



**UCAB**

Universidad  
Católica  
Andrés Bello

Caracas  
Venezuela

# Revista de la Facultad de Derecho Nº 58



Revista de la Facultad  
de Derecho  
2003 / N° 58



Facultad de Derecho  
Universidad Católica Andrés Bello

**Revista de la Facultad de Derecho N° 58**

Director Alberto Baumeister Toledo  
Caracas, 2003  
ISSN: 0255-5328

©Universidad Católica Andrés Bello  
Facultad de Derecho / Dirección de Publicaciones  
Escuela de Derecho / Centro de Investigaciones Jurídicas  
Urb. Montalbán  
Apartado 20.332  
Caracas 1020 - Venezuela

**Consejo Editorial**

Jesús María Casal, hijo  
*Decano de la Facultad de Derecho*  
Emilio Píriz Pérez  
*Director de Publicaciones UCAB*  
Magaly Vásquez González  
*Directora de la Escuela de Derecho*  
María Gracia Morais de Guerrero  
*Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas*  
Ana María Guarío  
*Por la Dirección de Postgrados*  
César Augusto Carballo  
*Por la Comunidad de Profesores*  
Alberto Baumeister Toledo  
*Director de la Revista de la Facultad de Derecho*

**Consejo de Redacción**

Emilio Píriz Pérez  
*Director de Publicaciones UCAB*  
María Gracia Morais de Guerrero  
*Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas*  
Allan Brewer Carías  
*Presidente de Editorial Jurídica Venezolana*  
Alberto Baumeister Toledo  
*Director de la Revista de la Facultad de Derecho*

**REVISTA ARBITRADA**

**Comité de arbitraje:**

José Melich Orsini  
Allan Brewer Carías  
Rafael Bernad Mainar  
Carlos Acedo Sucre  
Mariolga Quintero Tirado  
Arturo Díaz Bravo  
Fernando Fernández  
Rafael Chavero G.  
Víctor Pulido M.  
Manuel Rodríguez C.  
María C. Domínguez Guillén



Producción y diseño: PUBLICACIONES UCAB  
Composición y paginación: MERY LEÓN  
Diseño de carátula: ESTUDIO DE DISEÑO. FUNDACIÓN CARLOS E. FRÍAS  
Impreso por: EDITORIAL TEXTO, C. A.

## INDICE

Editorial .....	9
<b>DOCTRINA NACIONAL</b>	
<b>Derecho Constitucional</b>	
<i>Axiología y Constitución. Hacia una teoría Política de las Libertades</i> por Rafael Ortiz Ortiz .....	13
<b>Derecho Mercantil</b>	
<b>Societario</b>	
<i>Las fusiones internacionales de sociedades a la luz del derecho venezolano</i> por Gustavo Muci Facchin .....	55
<b>Derecho Penal</b>	
<i>Esquema de la Investigación y el Procedimiento ante la Corte Penal Internacional</i> por Fernando Fernández .....	69
<b>Filosofía Del Derecho</b>	
<i>Administración de Justicia, Interpretación de la norma fundamental y Sala Constitucional</i> por Fernando Parra Aranguren .....	91
<i>De la intención del legislador y otras intenciones: Una aproximación a la idea de integridad</i> por Marcos R. Carrillo Perera .....	97

<i>Los principios orientadores de la Doctrina Social de la Iglesia y su influencia dentro del proceso de interpretación Jurídica</i> , por Emilio J. Urbina Mendoza .....	113
<b>Colaboración Estudiantil</b>	
<b>Penal</b>	
<i>EL nuevo papel de la sociedad civil organizada en el proceso penal venezolano. La representación de las víctimas del delito</i> por Daniel Leza Betz .....	145
DOCTRINA EXTRANJERA	
<b>Constitucional</b>	
<i>La Legitimación, su relación con la existencia del caso y la acción meramente Declarativa como vía de control de constitucionalidad ( aproximación desde Estados Unidos)</i> , por M. Soledad Penisse Iantorno de Machado y Fernando Machado Pelloni .....	231
<b>Civil (Personas y Familia)</b>	
<i>El derecho y el proyecto Genoma Humano (Consideraciones a la luz del Derecho comunitario Europeo y Español)</i> por Rafael Bernad Mainar .....	245
<b>Seguros</b>	
<i>Evolución y perspectivas de la protección del asegurado</i> por Alejandro Venegas Franco .....	283
<b>Derecho Procesal Civil</b>	
<i>La tutela judicial del crédito en el Código Procesal Civil Modelo para Ibero América: Desde la perspectiva del Proceso de Ejecución, Cautelar y Monitorio</i> por Darci Guimarães Ribeiro .....	299
SECCIÓN DE RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS	
A cargo de <i>Alberto Baumeister Toledo</i> .....	323

**SECCIÓN DE ESPECIALES**

**Actualidad Jurídica**

*Algunas reflexiones en torno a la realidad Argentina y su incidencia sobre algunas instituciones, entre otras sobre el sistema de administración de Justicia* Conferencia del Profesor Guillermo V. Lascano Q. .... 343

**In memoriam**

*Tulio Chiossone* por Luis Gerardo Gabaldón..... 357

## Editorial

Ha pasado ya algún tiempo desde nuestra última entrega de la Revista, pero las realidades nacionales, universitarias, económicas y hasta las mundiales han impuesto sus reglas y nos obligaron a relegar un poco la publicación de ésta ya cincuenta y ochoava versión de su existencia.

También tendremos que acostumbrarnos a otros cambios, al menos por ahora, mientras no salgamos del atolladero en que está el país, y con él sus instituciones, y por supuesto que todo ello ha provocado sus efectos en nuestra publicación.

Por lo pronto anunciamos una reducción del volumen habitual con la cual veníamos presentando la revista, procurando afectar sólo las secciones generales informativas para dar preferencia y espacio a los artículos de doctrina y temas de mayor relevancia, pues las noticias, comentarios y hasta las novedades de la Facultad, las publicaremos por otros medios.

En este número, tenemos una variada clase de estudios y trabajos de investigación, habiéndose dado especial cabida a varios de contenido eminentemente *ius filosóficos*, como lo son los de los Dres. Rafael Ortiz O., Fernando Parra , Marcos Carrillo P. y Emilio Urbina, respectivamente sobre: Axiología y Constitución, Administración de Justicia, Interpretación de la norma fundamental y Sala Constitucional; la intención del legislador y otras intenciones: Una aproximación a la idea de integridad y sobre Los principios orientadores de la Doctrina Social de la Iglesia y su influencia dentro del proceso de interpretación Jurídica

Todos son temas de especial actualidad, en tanto que hoy ha tomado particular importancia cuanto atiene a interpretación, ética y teoría de los valores.

En la Sección de Doctrina Extranjera damos la bienvenida a cuatro nuevos colaboradores, dos de ellos Argentinos, Drs. Soledad Penisse de Machado y Fernando Machado P., de quienes insertamos un trabajo sobre Derecho Procesal Constitucional que mereció premio en el pasado Congreso de Derecho Procesal Argentino, hecho por demás relevante, porque en su momento, si recuerdan cuando lo hubimos de reseñar, hablamos de la calidad de sus expositores, de sus interesantes ponencias y de lo concurrido del mismo. El tema por lo demás es igualmente de particular interés en tanto hace referencia por igual a un tema de palpitante vigencia en el Procesal Constitucional, ahora tan en boga en nuestro entorno jurídico. El otro colaborador Dr. Darci Guimaraes Ribeiro, es miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y nos hace entrega de un interesante trabajo referido a la protección del Crédito en las disposiciones del Código Procesal Modelo vinculado a los juicios ejecutivos especiales y al Monitorio

Otro participante de la sección de Doctrina Extranjera es el Dr. Alejandro Venegas F., de Colombia, quien nos presenta un estudio sobre seguros, al cual estamos seguro se ganará la atención de todos nuestros lectores

Por igual nuestro veterano y dilecto colaborador, Dr. Rafael Bernad M., nos entrega un enjundioso trabajo sobre el tema del Genoma Humano, ahora tan controvertido internacionalmente.

Dentro de lo Penal, insertamos dos importantes colaboraciones, una del hoy colega Daniel Leza B., que en su momento, y como estudiante le hizo recibir el premio de Investigación que otorga la UCAB y referido al Nuevo papel de la sociedad civil organizada en el proceso penal venezolano (la representación de las víctimas del delito) y la otra del Dr. Fernando Fernández, de evidente actualidad, en tanto viene referido al funcionamiento y características de la recién puesta en funcionamiento Corte Penal Internacional.

Sobre Derecho Societario se reproduce un interesante trabajo vinculado al tema de las Fusiones Internacionales, cuyo autor es el Dr. Gustavo Muci F.



En la Sección de actualidad jurídica entregamos con especial propósito una interesante conferencia que pronunciara el Dr. Guillermo V. Lascano que se refiere a problemas de palpante vigencia tanto en Argentina como en nuestro país; que constituye una muestra más de la comunidad de vivencias y carencias latinoamericanas. La forma de tratar el tema y lo grato de la exposición permitirá deleitarse a nuestros lectores en el enfoque que se hace del tema analizado.

Con este breve esbozo sobre el contenido y los colaboradores de la Revista, los dejamos ahora hasta el último trimestre de este año, oportunidad para entregar otro nuevo número de la Revista, que estará especialmente dedicado a conmemorar el cincuentenario de la fundación de nuestra Universidad Católica Andrés Bello.

No queremos terminar esta corta introducción sin congratularnos y hacer del conocimiento de nuestros lectores la grata noticia de que precisamente entre los actos que han dado inicio a la celebración de tan importante aniversario, estuvo el conferimiento del Doctorado Honoris Causa en Derecho a nuestro apreciado R.P. Gustavo Sucre S.J. funcionario de la más alta estima en todos los niveles de nuestra casa de estudios y ya casi por igual con idéntico número de años que la UCAB desempeñándose como su eficiente y eficaz Secretario, a quien nuestra publicación y sus Consejos, Editorial y de Redacción, hacen llegar sus sentidas felicitaciones.

Como siempre nuestras muy expresivas gracias a los colaboradores en este número de la Revista.

*Alberto Baumeister Toledo*  
*Director*

# **Axiología y Constitución Hacia una Teoría Política de las Libertades**

Rafael Ortiz-Ortiz

La aplicación progresiva de los principios de los derechos del hombre es en gran parte obra de la enseñanza. La escuela, junto con otras instituciones sociales, tienen el deber de contribuir eficazmente, y en toda medida de sus posibilidades, a desarrollar la comprensión de los principios que se hallan en la base de los derechos del hombre y a inculcar en los futuros ciudadanos actitudes y comportamientos conformes a los mismos. Múltiples son las tareas de la escuela pero pocas pueden ser más importantes para el futuro de la sociedad.

UNESCO: *Quelques suggestions pour un enseignement sur les Droits del l'homme*, Paris, 1969.

## **SUMARIO**

1. Introducción
2. La tarea de interpretación de los operadores jurídicos
3. Una posición pre-científica: ¿qué son los valores?
4. El sistema constitucional de valores implícitos
  - a. El orden estatal formalista
  - b. La propuesta iusnaturalista
  - c. Nuestra propuesta: sistema de valor implícito

5. Hacia una teoría política de las libertades
  - a. Limitaciones al ejercicio del poder
    - 1) Limitaciones expresas o explícitas
      - a) Supremacía constitucional
      - b) El principio de legalidad
      - c) Principio de finalidad
    - 2) Limitaciones impresas o implícitas
      - a) La democracia
      - b) La representación y participación
      - c) Valores superiores
  - b. Limitaciones al ejercicio de la libertad
    - 1) La *otredad* como noción limitante al ejercicio de los derechos
    - 2) Otras vinculaciones
6. Valores Superiores de la Constitución: la Dignidad Humana
7. De la Configuración del Estado: la Ética y el Pluralismo Político
8. A modo de conclusiones

## 1. INTRODUCCIÓN

Cuando se intenta cualquier ensayo sobre lo que “es” una Constitución, son muchas las definiciones sobre las cuales puede sustentarse el especial *lumen sub quo* o ángulo de visión del investigador: el político, hablará de un “pacto” por el cual se armonizan las libertades; el jurídico, se sustentará sobre la idea de un documento base y fundamental de la organización de los poderes públicos; el sociólogo, apuntará a la idea de organización e interacción de fuerzas sociales, entre muchos otros. Sin embargo, la idea central que motoriza este breve análisis, es la de considerar que la Constitución *es la articulación de los valores de un pueblo y de una nación*. Este especial modo de ver la Constitución, nos obliga a visualizar *qué son* y *cómo son* los valores que una Constitución postula y, en particular, de cuál manera se armonizan o jerarquizan distintos valores en el texto constitucional venezolano.

Por supuesto que el estudio carecería de sentido si, luego de identificar la existencia y convivencia de diversos órdenes normativos,

ello no tuviera impacto alguno para la interpretación o aplicación. En otras palabras: ¿para qué sirve la identificación de los valores constitucionales? Para quienes nos hemos sentido atraídos por la axiología, inmediatamente se impone una respuesta: para la “interpretación” y “aplicación” de los postulados constitucionales *más allá* que la simple operación práctica y automática de su articulado.

## 2. LA TAREA DE INTERPRETACIÓN DE LOS OPERADORES JURÍDICOS

El interés que puede revestir la “identificación” de los *valores constitucionales* sólo tiene, a su vez, importancia, en la medida en que los operadores jurídicos, encargados de “interpretar” y “aplicar” la norma en cada caso concreto, puedan reflejar en esas soluciones individuales aquellos postulados generales que el Constituyente dejó plasmado *más allá del texto escrito*.

En nuestro idioma, la palabra ‘interpretar’ proviene del latín *interpretari* que traduce la idea de explicar o declarar el sentido de una cosa, y principalmente el de los textos faltos de claridad, y en su última acepción, según el Diccionario de Real Academia Española, denota concebir, ordenar o expresar de un modo personal la realidad<sup>1</sup>. Según creemos, ‘interpretar’ es ‘traducir’, y en general se entiende por interpretación la posibilidad de referir un signo a su designado o también la operación mediante la cual un sujeto (intérprete) refiere un signo a su objeto (designado). Ello implica que las palabras, *per se*, no significan nada y que su sentido se adquiere sólo mediante la presuposición que ellas se refieren a un ‘designado’; esta es la línea de pensamiento que seguía BOECIO. Durante muchos años, la interpretación se reducía a ser ‘estados o procesos mentales’, desde ARISTÓTELES<sup>2</sup> hasta los postrimerías del siglo XX, pasando por CHARLES PIERCE, para quien la interpretación ya no es sólo estados mentales sino se entendía como un hábito de acción,

1 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA(92): *Diccionario de la lengua española*, p. 834.

2 Para ARISTÓTELES, las palabras son “signos de las afecciones del alma, que son las mismas para todos y que constituyen las imágenes de objetos que son idénticos para todos”, siendo el alma o el pensamiento el sujeto activo de la tarea de interpretación. La doctrina permaneció vigente durante mucho tiempo, durante el cual se afirmaba que: a) La interpretación es un ‘hecho mental’; b) El signo verbal o escrito es diferente de la afección de la mente o concepto; y c) la relación entre el signo verbal y el concepto es arbitraria y convencional.

esto es, como la respuesta habitual y constante que el intérprete del signo da al signo mismo<sup>3</sup>, y CHARLES MORRIS que ha hecho prevalecer esta tesis en la semiótica contemporánea. Ha sido, sin embargo, MARTÍN HEIDEGGER quien ha definido la tarea de interpretar en el sentido que no es tomar conocimiento de lo comprendido sino el desarrollo de las posibilidades proyectadas en el comprender<sup>4</sup>.

En lo que a nosotros respecta, la interpretación no es otra cosa que la traducción de aquello más allá de lo que los signos denotan; esto es, más que un conjunto de palabras lógicamente estructuradas y dispuestas de tal manera que permiten la comunicación; ello no es suficiente para plantear la tarea de 'interpretación' puesto que tal labor es más que la *comunicación en sí misma*. En cambio que 'interpretar' es hacer 'decir' a las palabras y los signos, lo que a veces no dicen, desde el punto de vista comunicacional, y ello sólo es posible mediante un percibir sentimental o emotivo, esto es, la traducción axiológica de los signos. Esta es la noción de interpretación que manejamos en las ciencias históricas, aún cuando reconocemos que es una noción diferente, y tiene que serlo, en el campo de las ciencias de la naturaleza.

Una 'interpretación axiológica' implica desentrañar los bienes o valores que los signos y las palabras encierran, a veces, oculto tras un conjunto de proposiciones enrevesadas y, otras tantas, debiendo el intérprete hurgar en la totalidad el verdadero sentido de los signos o palabras objeto de la interpretación. En el marco constitucional no ocurre algo distinto, 'interpretar' la Constitución es hurgar tras los signos y las palabras lo que 'dicen' más allá de sí mismas, y por ello interpretar es traducir; la tarea de la interpretación de la Constitución se define términos de precisar los 'valores' y los 'bienes jurídicos' que sus palabras encierran, sólo así somos capaces de darle vida y contenido.

Puede afirmarse que la crisis del positivismo se centra en haber descuidado la dimensión histórica y ética del hombre y, en su lugar, conformarse con la simple correspondencia de una norma con respecto del *totum normativo*, esto es, si las normas jurídicas se agotaran en la

---

3 Vid. ABBAGNANO(82), NICOLA: *Diccionario de Filosofía*, p. 698.

4 Vid. HEIDEGGER(62), MARTÍN: *El ser y el tiempo*, p. 162.

simple constatación del órgano del cual emanan y, el procedimiento seguido para su elaboración, dejan sin explicación el curioso acontecimiento que una misma norma, interpretada en épocas distintas, pueden arrojar conclusiones disímiles cuando no, contradictorias. Al operador de justicia le ocurrirá frecuentemente que una misma norma aplicada en momentos jurisdiccionales distintos, ofrece soluciones insospechadas en momentos diversos. Eso se debe, precisamente, a la tarea de ‘interpretar’, esto es, traducir los valores o bienes jurídicos que el legislador (ordinario o constituyente) trató de establecer abstractamente en la norma y, el momento histórico, en que el operador efectivamente concretiza.

Esto permitirá, al operador jurídico, la solución a las necesarias antinomias que pueden resultar de la aplicación del texto constitucional, máxime, la Constitución venezolana de 1999, producto de la premura y la celeridad que el Ejecutivo “impuso” a la “soberana” Asamblea Nacional Constituyente de 1999. Un ejemplo, nos permitirá aclarar la propuesta anterior:

Artículo 324. Sólo el Estado puede poseer y usar armas de guerra. Todas las que existan, se fabriquen o se introduzcan en el país pasarán a ser propiedad de la República *sin indemnización ni proceso*. (...)

Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. (...)

Repárese que “artículos” tienen rango constitucional pero, el intérprete no puede conformarse con la declaración del artículo 324 que niega la posibilidad de un debido proceso cuando se trate de armas de guerra; pensemos, por un momento, si no será posible “discutir” si se trata de “armas” y, si éstas, son de “guerra”; desde luego, entonces, que esa “actuación” que, se supone debe ser de la Administración Pública, no puede “prescindir” del debido proceso. Ahora, para que esta afirmación pase de ser una simple *afirmación de fe* debe estar *justificada*; la garantía del “debido proceso” es una de las conquistas más importantes de los llamados “derechos de la tercera generación”, suponen un “límite” a la

actuación del Estado (en su función jurisdiccional o administrativa) en su relación con los particulares. Si entendemos que los “ciudadanos” o el “pueblo” son los titulares de la soberanía y, su “voluntad”, se ha expresado en la consagración del debido proceso *en todas las actuaciones administrativas o jurisdiccionales*, entonces, a pesar de que la propia Constitución disponga un supuesto en el cual no se aplica proceso alguno, debe entenderse que ésta última atenta contra el postulado general, esencial o axiológico del debido proceso.

La solución a la aparente antinomia, pudiera comportar dos posiciones, una más radical que la otra; a saber:

- a. Considerar que el artículo 324, a pesar de estar consagrado en la Constitución, deviene en “inconstitucional” por colidir contra un postulado esencial en la esfera de libertad de los ciudadanos;
- b. Establecer el carácter de las normas “prevalentes” dentro del mismo ordenamiento constitucional, ello trae como consecuencia que, a pesar de la postulación del artículo 324, debe “siempre” aplicarse el artículo 49 en torno al debido proceso. Esta solución hace que, una persona, a quien se le impute la tenencia de armas de guerra pueda, sin embargo, tener un proceso de determinación y con las garantías inherentes a su defensa; si, efectivamente se constata que se trata de armas de guerra entonces deviene la aplicación del artículo 324 en cuanto a que éstas pasan a ser propiedad de la República.

Ésta última solución permite dejar incólume la *finalidad* del artículo 324 y, se cumpliría al mismo tiempo, con el postulado constitucional de la garantía del debido proceso consagrado en el artículo 49. Al mismo tiempo puede afirmarse que, en una interpretación como ésta, se ha detectado la existencia de un “valor” fundamental: la garantía del debido proceso y, por ese carácter valioso, “debe” ser *interpretado y aplicado* de la manera que mejor convenga al desarrollo del postulado axiológico.

Con todo que las anteriores observaciones lucen francamente pertinentes, sin embargo la tarea de “identificar” lo que son los valores y, cuándo éstos son o no “superiores” o fundamentales, no es una tarea fácil; supone, necesariamente, saber *qué son los valores, cómo son los valores y cuánto valen los valores*.

### 3. UNA POSICIÓN PRE-CIENTÍFICA: ¿QUÉ SON LOS VALORES?

El campo de los valores es el objeto propio y preciso de la *axiología*. Ello supone estar de acuerdo, al menos en su existencia, pues su negación haría innecesario cualquier estudio sobre ellos. En otras palabras, la existencia misma de la *axiología* supone, necesariamente, la existencia de valores porque, en caso contrario, no resultaría *axiología* alguna y, esto supone, que la respuesta sobre la existencia de los valores escape del campo propio de la *axiología*, sería una respuesta, digamos, pre-científica.

La aproximación etimológica de la noción ‘*axiología*’ señala del gr. ‘*axios*’, digno; y ‘*logos*’, tratado, y comúnmente se denomina ‘teoría de los valores’, llamada también ‘*estimativa*’, y fue separada de la *ontología* (estudio del *ser*) por el filósofo húngaro C. BOHEN; para otros autores, la palabra fue usada en 1902 por el filósofo francés LAPIE, en su obra ‘*Lógica de la voluntad*’. Por su parte, EDUARDO VON HARTMANN lo hace derivar de *axu*, “precioso, digno”; *axico*, “yo aprecio”; y éste es el sentido mayormente aceptado<sup>5</sup>.

La *axiología* es pues *teoría de los valores* y ha sido reconocida, recientemente, como parte importante de la filosofía en general, llegando a pensarse -incluso- que toda la filosofía se resumía en los valores. De la *axiología* deriva también la voz ‘*axioma*’, para significar lo ‘digno’ o el ‘valor’, aún cuando los ‘*axiomas*’ se han ido desarrollando en el campo de la geometría y las matemáticas, y ha desdibujado este emparentamiento inicial. En un principio el ‘valor’ estuvo referido a “todo objeto de preferencia o elección”, y hubo sido utilizado para indicar a) La utilidad o el precio de los bienes materiales, y b) La ‘*dignidad*’ o el mérito de las personas. El uso filosófico del término comienza a generalizarse cuando lo refieren a “cualquier objeto de preferencia o de selección”. Modernamente se han desarrollado, según NICOLAI ABBAGNANO, tres aspectos que cualifican toda teoría de los valores:

---

5 Vid. ORTIZ-ORTIZ(99), RAFAEL: *Introducción a la teoría general de los valores y a la axiología jurídica*, pp. 36 y siguientes.



- a) El valor no es simplemente la preferencia o el objeto de la preferencia, sino más bien lo preferible, lo deseable, el objeto de una anticipación o de una espera normativa<sup>6</sup>;
- a) Por otro lado, no es un mero objeto ideal, del que puedan prescindir completa o casi completamente las preferencias o las elecciones efectivas, sino que es más bien la guía o la norma (no siempre seguida) de las elecciones mismas y, en todo caso, su criterio de juicio<sup>7</sup>;
- c) Por consiguiente, la mejor definición es la que lo considera como una *posibilidad de elección*, o sea, como una disciplina inteligente de las elecciones, que puede conducir (y conduce) a dar privilegio a otras, prescribiendo la repetición cada vez que determinadas condiciones se verifiquen<sup>8</sup>.

Así entonces una *teoría de los valores* tiende a ser una *crítica* (del gr. *critein*, “análisis minucioso”) de los valores, ello es, determinar las *auténticas* posibilidades de elección. A nuestro modo de ver, los valores constituyen el sustrato de nuestras *preferencias*, de modo que valorar es, fundamentalmente, preferir; y a la vez, nuestras preferencias se fundamentan en aquello que es *digno* de suyo, de modo que las preferencias individuales no le afectan, antes por el contrario se imponen, con inusitada e inefable fuerza, a nuestras apetencias y preferencias. En general puede concebirse lo *axiológico* como lo que es digno y por ello mismo se aprecia, y la axiología se encarga de determinar lo que es *inherente a todos los valores particulares*.

La ciencia, a su vez, debe partir de un axioma necesario: existen valores para el hombre, aún cuando no dependan de su particular manera de ver la vida, y tampoco tienen porqué ser relativos a su propio *sistema*. En muchas oportunidades nos hemos encontrado en medio de una difícil discusión: el carácter ‘relativo’ o ‘absoluto’ de los valores. Para algunos, los valores (tales como la belleza, la bondad, la justicia, la verdad misma) dependen de lo que cada quien (subjetivismo individual) o lo que la sociedad (subjetivismo social) haya determinado, previamente, sobre lo

---

6 Vid. DEWEY(49). JOHN: *The field of value*, en ‘*Value: a cooperative inquiry*’, p. 68; también KLUCKHOHN Y OTROS en ‘*Toward a general theory of action*’, p. 422.

7 Vid. MORRIS(56), C.: *Varieties of human value*, cap. I., p. 163.

8 ABBAGNANO(82), NICOLA: *Diccionario de Filosofía*, p. 1178.

que es bello, bueno o justo. Para otros, es innegable que los valores de lo bello, bueno, justo y verdadero no ‘dependen’ ni del hombre ni sus especiales circunstancias fácticas o empíricas, antes por el contrario, se imponen a la conciencia de cada quien.

Lo cierto es que nos resistimos a la idea de que los valores dependan -ontológicamente- de lo que cada persona, por sus circunstancias, pueda establecer como ‘verdad’ o ‘justo’, si tal fuera el caso, no hubiera posibilidad de establecer premisas de verdad, ni mucho menos de bondad o de justicia. Sin duda existe una base de ‘convención’ en todo lo axiológico, pero lo convencional no tiene porqué ser arbitrario. Quizás la diferencia se encuentre en nuestra capacidad para ‘captar’ el momento axiológico, es decir, nuestra manera de saber que estamos en presencia de un valor y que, no podemos o no debemos, rechazarlo o despreciarlo. ¿Quién puede afirmar, en su sano juicio, que abofetear a su mamá es un acto ‘bueno’?; ¿quién puede prescribir que hacer daño a otro es una conducta ‘justa’ y necesaria?

Nuestra radical e inefable condición humana nos impone un conjunto de ‘principios’ de conducta que debe respetarse y desarrollarse, y sobre ellos edificar nuestra socialización, lo contrario sería sumergirnos en la barbarie, la anarquía y lo más parecido a vivir como bestias. ¿Qué otro sentido tienen la educación y las religiones? Es más, ¿cuál sería el sentido de las reglas y las normas si no es, precisamente, para favorecer las conductas ‘deseadas’ y proscribir, las conductas que se aceptan ‘dañinas’ en nuestra dimensión asociativa? Es aquí justamente donde entra la ‘estimativa jurídica’. La estimativa, como sinónimo de la axiología según la tradición de BOHEN, cuando tiene por objeto los valores del Derecho, es *estimativa jurídica*, la cual opera, fundamentalmente, en tres niveles:

- a. Ontología de los valores jurídicos: la cual tendría como objeto central, determinar si el Derecho tiene ‘valores’, o si los valores son cuestión extraña a ‘lo jurídico’. Este aspecto es indispensable para poder disertar sobre los valores jurídicos o la estimativa jurídica, puesto que si se niega la existencia de los valores en relación con el Derecho, se niega la ciencia misma;
- b. Gnoseología de los valores jurídicos: tiene como objetivo fundamental precisar cómo se conocen esos valores, esto es, cómo saber que un determinado valor es propio del Derecho y le conviene;

- c. Jerarquización de los valores jurídicos: en este aspecto de la estimativa jurídica se precisa si todos los valores jurídicos tienen 'igual' o 'diferente' jerarquía, o nivel axiológico; esto supone pensar que no todos los valores jurídicos tienen la misma entidad, en función de aquellos que deben 'preferirse' a otros sin que, éstos últimos, dejen de ser, por eso, valores jurídicos.

El primer aspecto, esto es, la *ontología de los valores jurídicos* implica una decidida repuesta afirmativa: el Derecho es, esencialmente, un juicio valorativo, es decir, lo 'jurídico' es *per se* 'obligatoriedad', y ello implica el reconocimiento de una fuerza interna de los preceptos, en atención a lo que sea bueno, bello, verdadero y, fundamentalmente, *justo*. Esta posición asumida por el autor no desconoce la existencia de otras doctrinas que niegan este carácter axiológico a las normas jurídicas, tal como tendremos ocasión de analizar en el epígrafe siguiente. Volveremos sobre este aspecto en ese momento. En segundo lugar, lo que se refiere a la "gnoseología de los valores jurídicos" tiene una respuesta más compleja de carácter metafísica: ¿cómo conocemos que estamos en presencia de un valor? Acaso, ese *reconocimiento* ¿no implica una concesión a la subjetividad de quien reconoce?, en este caso el *objeto valorado* se identifica con el 'acto de valoración' y ello nos haría perder en un mar de relatividad que atentaría contra los valores mismos. Quizás la respuesta sea dada por la ética material de los valores, doctrina que propugnó a principios del siglo XX, el filósofo alemán MAX SCHELER, para quien los valores no se conocen por vía de la *razón* ni por vía de la *experiencia* sino por una especial estructura valorativa de los seres humanos: *la intuición emocional*.

En efecto, los valores son 'esencias-cualidades' que pueden ser captados mediante la intuición emocional y no a través de la intuición gnoseológica común. Se entiende por intuición emocional el 'sentimiento intencional' en tanto que captación del estado vivencial con referencia directa e inmediata a un objeto; así por ejemplo, captar la 'belleza' de una estatua es una cuestión bien diferente de la percepción de la 'estatua' pues para esto último basta con los sentidos, en cambio que la captación de la 'belleza' como 'cualidad' de la estatua, se comprende por nuestra especial estructura sentimental o emocional. Captamos los valores, afirma SCHELER, incluso su jerarquía, por medio de las vivencias emocionales del

percibir sentimental<sup>9</sup>. En el foro de los *prácticos* del Derecho se discute si la ‘justicia’ es o no un valor del Derecho, y si tal noción es un ‘concepto jurídico indeterminado’, es decir, aquellos que responden a cada momento histórico y relativo a la previa determinación que sobre ello haga la sociedad (al menos la sociedad de prácticos).

En muchas ocasiones se nos ha inquirido a versar sobre el hecho de que lo que es “justo para unos, no lo es, necesariamente, para otros”. Tal como creemos, tal planteamiento parte de un error de base, y es pensar que *lo justo* se identifica con el *gusto* o con el hecho de que alguien resulte ganancioso o victorioso en un litigio. En realidad, la noción de *justo* trasciende a tales circunstancias momentáneas, y a las sanas o insanas preferencias de quien le dieron o no, la razón en un proceso judicial. Lo justo no tiene nada que ver con el ‘proceso’ sino con su objeto, la materia litigiosa que el proceso trata de dilucidar. El error o la certeza judicial en nada quitan o ponen a la ‘justicia’ de las pretensiones. Es posible que nos den la razón en un juicio y, en el fondo, sepamos que es una situación ‘injusta’, y también es posible que resultemos vencidos y sepamos que tal vencimiento –suena extraño decirlo– fue justo.

Aquí HANS Kelsen tenía razón, no puede identificarse la justicia con la felicidad individual o los logros individuales, por cuanto ello haría imposible un orden social justo. Sin embargo sería necio no reconocer que hay una ‘justicia’ del proceso a diferencia de la ‘justicia de su objeto’, pero el primero siempre es de carácter formal, mientras que el segundo se involucra con la ‘dignidad’ del objeto pretendido; el carácter formal no implica ningún dejo peyorativo, antes por el contrario tiene que ver que el cumplimiento de las reglas, fases, modos, formas y maneras en que el proceso debe desenvolverse (se aproxima en mucho al llamado “derecho al debido proceso legal”); en cambio, el carácter de ‘justicia’ en referencia con el pleito tiene que ver con la ‘verdad’, lo ‘bueno’, lo ‘necesario’, y ‘lo debido materialmente’.

---

9 Vid. SCHELER(48), MAX: *ÉTICA. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético*, p. 108. Vid. También FRONDIZI(7734R)RISIÈRE: *Qué son los valores. Introducción a la axiología*, p. 128; RUYER(69), RAYMOND: *Filosofía del valor*, p. 108; GARCÍA BACCA(47), JUAN DAVID: *Nueve grandes filósofos contemporáneos*, p. 230, y ORTIZ-ORTIZ(99), RAFAEL: *Introducción a la teoría general de los valores y a la axiología jurídica*, pp. 187 y siguientes.

Mostremos ello con un ejemplo: alguien que tiene razón, materialmente, contesta la demanda cuando el juicio ya se encuentra en estado de Informes; es obvio que, si la pretensión del actor no es contraria a Derecho, este demandado será vencido ¿Puede hablarse que el proceso fue injusto?, sin embargo se reconoce que la *justicia* estaba de su lado. Repetimos que el 'proceso justo' es aquel que permite que los intervinientes en el proceso sean escuchados, puedan probar, alegar, contradecir, impugnar, etc., esto es, facultades procesales; en cambio, la justicia de la pretensión se mueve en el campo netamente del valor, es decir, con referencia a lo debido, lo verdadero, lo conveniente, lo necesario. Esta es la clave, a nuestra manera de ver, para entender el precepto constitucional venezolano que establece que 'no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales'.

La manera a través de la cual *captamos* la presencia de valores (dignos de *suyo* o *per se*) sólo puede ser a través de un acto, sincero, de reconocimiento interior de todos esos elementos con que hemos definido la justicia de la pretensión, y no puede agotarse en un 'concepto' (elemento puramente racional o ideal). De la 'justicia' no puede ofrecerse un concepto y mucho menos una definición, así como tampoco puede darse conceptos de 'amor', 'amistad', 'belleza', o el color 'rojo' o 'azul'. Sencillamente se captan o no, y ello va a depender de nuestra propia capacidad emocional pero, en modo alguno, significa que tales nociones *dependan* de la querencia o la meras preferencias individuales de cada quien. Quien pretenda negar la existencia del color 'rojo', por la sola falta de un concepto, tiene una simpática manera de saberlo cuando se coloque frente a un toro, y allí sabrá que negar la 'rojeidad' es una necedad, así como también lo es, negar la 'justicia' cuando efectivamente estamos frente a ella. Este elemento emotivo, metafísico si se quiere llamar, es tan importante que puede explicar perfectamente bien las relaciones entre lo 'legal' y lo 'legítimo', y entre lo 'racional' y lo 'razonable'; en efecto, la legalidad es simple adecuación exterior de la conducta a la ley, en cambio que legitimidad implica una *querencia* y un sentimiento de veracidad y bondad de la norma o de las instituciones. Esa querencia no es 'racional', ni podría serlo, y ojalá nunca lo sea; esa querencia es 'razonable' para referirnos a ese *factum* que nos hace ser 'humanos', es decir, la necesaria referencia a sentimientos de valor objetivamente dados.

Por último, la estimativa jurídica se enfrenta con la *jerarquización de los valores jurídicos*, esto es, reconocer que no todos los valores jurídicos deben responder a una misma 'dignidad' sino que nuestras preferencias se mueven entre unos y otros, colocando -al menos idealmente- unos valores sobre otros. Esta es quizás la tarea más difícil y compleja de los abogados. Ser leal al cliente, por una parte, y al mismo tiempo defender la 'verdad', significa colocar en una balanza una serie de valores que cada quien debe sopesar y adoptar posiciones de vida. Así por ejemplo, nadie duda que la 'propiedad' es un valor del Derecho (es un bien jurídico que el Derecho y el Estado deben tutelar), las sociedades que no lo han creído así han terminado en el más rotundo fracaso económico; pero, entre la 'propiedad' y la 'vida', sin duda, nuestras preferencias no se quedan indiferentes sino que, de manera decidida, nos inclinamos por defender la vida. Sin embargo, ¿nos atreveremos a pensar igual cuando son 'nuestros propios bienes' los que deben ceder ante la 'vida' de los demás? Si la noción de ontología axiológica nos colocaba de cara al "sistema axiológico", la propuesta de jerarquización de valores nos permite afirmar la existencia de *valores normativos* y *valores de aplicación* como manera de *comprender* los valores jurídicos, y la determinación de sus niveles, ambos aspectos serán estudiados en los epígrafes siguientes.

#### **4. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE VALORES IMPLÍCITOS**

Entendemos por 'sistema' un conjunto de elementos que, debidamente estructurados, cumplen con una finalidad común, y en el cual cada uno de ellos cumple una función que posibilitan la consecución del "todo". Cuando nos referimos a 'sistema axiológico' planteamos, en primer lugar, la existencia de unos valores de necesaria referencia cuando hurgamos sobre el Derecho; en segundo lugar, que existen valores diversos los cuales deben ser estructurados para cumplir con el sistema; y en tercer lugar, la determinación de los valores y de su 'valor' interno, entonces podremos con mayor facilidad aplicarlo a cada caso concreto, es decir, reconocer en cada caso cuál debe ser el valor de preferencia material. Las respuestas que se ha dado sobre la *existencia* de valores con respecto del Derecho no ha sido, precisamente, uniforme. En nuestra investigación podemos resumir tres posiciones en torno al problema.

### **a. El orden estatal formalista**

La noción de ‘estatal-formalismo’ tiene su máxima aspiración o su ideal supremo en la *seguridad jurídica*, sobre todo en su aspecto de certeza o de claridad acerca de lo que es el Derecho; en este sentido, el Derecho se acerca al Estado y, de acuerdo con esta visión, el Derecho es “lo que está establecido conforme a los modelos determinados por el propio Estado para clarificar o identificar al Derecho”<sup>10</sup>, de modo que la fuente primaria del Derecho lo constituye la ley. El máximo representante de esta orientación es el jurista austriaco HANS Kelsen quien, como fiel representante del positivismo, ofreció una visión estática del Estado y del Derecho. Como es común en el positivismo, cuando se consolida la autonomía de la sociología con EMILIO DURKHEIM, al establecer la *solidaridad mecánica* (para aquellos que colocan la preeminencia de la conciencia colectiva y valores sociales por encima de los individuales) y la *solidaridad orgánica* para aquellas sociedades complejas en las cuales los derechos individuales, la justicia y, en general, los derechos humanos forman parte determinante en el modelo social, los positivistas encontraron la voluntad colectiva (conciencia colectiva en lenguaje de DURKHEIM) representada por el Estado, éste debe tener la potestad de elaboración de las normas (jurídicas) e imponerlas mediante la coacción a través de la presión física o punitiva (coacción jurídica).

Antes de adentrarnos en el pensamiento kelseniano sobre los juicios de valor, debemos reconocer, con ALBERT CALSAMIGLIA en su ‘Estudio preliminar’ de los ensayos de Kelsen sobre la justicia, que el jurista austriaco es fiel defensor y representante de la corriente del relativismo axiológico dominante en la época de entreguerras. Siendo que el relativismo, en el campo de la axiología, no niega la existencia de los valores; simplemente niega que se pueda establecer racionalmente una jerarquía entre ellos que sea válida en todo tiempo y lugar<sup>11</sup>. Según el relativismo axiológico, los criterios de valor últimos y supremos son *elegidos* por la voluntad del

10 Vid. RODRÍGUEZ PANIAGUA(77), JOSÉ Ma: *Derecho y ética*, p. 16.

11 Sobre el relativismo axiológico puede consultarse ORTIZ-ORTIZ(96), RAFAEL: *Relativismo y absolutismo o aporética de la axiología contemporánea*, en Revista de la Fundación Procuraduría, nº 15. Caracas, 1996; también en ORTIZ-ORTIZ(96), RAFAEL: *SCHELER Y HARTMANN en el umbral de la ontología axiológica*, Revista Frónesis, Vol 3, nº 2. Universidad del Zulia. Maracaibo, 1996; y en nuestro libro *Introducción a la teoría general de los valores y a la axiología jurídica*, cap. III, p. 75.

hombre o *descubiertos* mediante la fe o la intuición, pero *no pueden ser probados por la ciencia*<sup>12</sup>.

En el pensamiento kelseniano un ‘juicio de valor’ es aquel que sostiene que la ‘Constitución es un acto lícito’ y que, como tal, es el fundamento necesario de todos los demás juicios de valor; así entonces, la Constitución como plataforma sobre la que se edifica todo el resto del ordenamiento jurídico, no encuentra norma alguna que la *justifique* sino que debe suponerse en sí misma como válida. ¿Dónde, encuentra Kelsen, la sustentación de la validez de la norma constitucional? No puede predicarse tal validez en la autoridad de los ‘padres de la Constitución’, y tampoco en que ‘Dios dio autoridad a los creadores de la Constitución’, sino que “se trata no de una norma creada por un acto de voluntad sino de una norma presupuesta por el pensamiento jurídico”<sup>13</sup>, es decir, ‘norma postulada por la mente humana’ y luego de allí, los valores objetivos del Derecho estarán determinados por la adecuación de la norma inferior con respecto de la norma superior.

La noción de una norma –dice Kelsen– de un ‘deber ser’ es puramente ideológica, esto es, es un concepto que cumple una función distinta de la que consiste en describir y explicar la realidad; un sistema de normas jurídicas es una ideología, se trata de una ideología paralela a una realidad social, realidad ésta que se opone al Derecho como ‘poder’, de modo que “el derecho puede ser considerado como una ideología específica de un determinado poder históricamente dado”<sup>14</sup>, poder que se identifica con el Estado, de donde el sistema de normas jurídicas es un puro poder estatal. Así entonces el ‘sistema’ de normas responde a la posibilidad de imputación de la norma con respecto de un sistema, y su propia existencia depende:

- a. La vigencia del ordenamiento jurídico considerado como un todo, al que la norma pertenece;
- b. La presencia de un hecho que “cree” la norma; y
- c. La ausencia de cualquier hecho que la anule.

---

12 Vid. CASAMIGLIA(92), ALBERT: *Estudio preliminar*, en KELSEN(92), HANS: *¿Qué es justicia?*, pp. 10-11.

13 Vid. KELSEN(79), HANS: *La idea del derecho natural y otros ensayos*, pp. 259 y siguientes.

14 O.c., 251.



Con base en estas tres premisas, Kelsen puede afirmar que si existe un 'valor' del Derecho sólo puede radicar en su 'validez' y no en la eficacia de una norma jurídica aislada, es decir, la eficacia de una norma jurídica aislada no puede ser condición de su validez, porque de otra suerte los juicios jurídicos negativos de valor –juicios según los cuales una conducta es antijurídica- nunca serían posibles. Pero la norma jurídica aislada sólo puede ser válida si lo es la Constitución; sobre la Constitución se basa la validez de cada una de las normas jurídicas<sup>15</sup>.

Para Kelsen, como se sabe, la justicia no es consustancial al Derecho, y si existe algún valor éste no podría ser sino objetivo, esto es, el valor del Derecho consiste en una relación entre un objeto y una norma jurídica positiva o la norma básica supuesta (la Constitución), es, en este sentido, un valor objetivo, de modo que el valor del Derecho es su propia validez, el *deber-ser* de una norma jurídica y, a su vez, esto descansa sobre la suposición de la *norma fundamental*.

El valor será objetivo por cuanto todos pueden hacer la comparación entre la norma aislada y su concordancia con la norma fundamental. Ahora bien, la validez de la norma descansa, a un mismo tiempo, en su efectividad, y esa efectividad es precisamente lo que se ha denominado seguridad jurídica, es decir, la confianza de que las normas están conformes con el mandamiento constitucional (validez) y que concretamente serán aplicadas en cada caso concreto conforme al sistema (eficacia).

Así entonces, en su ensayo sobre *¿Qué es justicia?*, Kelsen establece que el problema de la justicia y de los valores es un pseudoproblema desde la perspectiva positivista. Para el positivista, no hay ni puede haber una *racionalización* del tema de los valores. El positivismo ha distinguido muy rígidamente -afirma ALBERT CALSAMIGLIA- entre saberes científicos (que son los que nos aproximan a la verdad) y no científicos (que no tienen carácter cognoscitivo aunque puedan tener apariencia de conocimiento)<sup>16</sup>. El positivismo ha entrado en crisis, fundamentalmente, por la falta de respuestas a los problemas más profundos del hombre contemporáneo, y pueden resumirse, entre otras razones, las siguientes:

---

15 O.c., 259.

16 O.c., p. 20.

1. Las tesis positivistas han acentuado el énfasis en la 'legalidad' y la 'racionalidad' del ordenamiento jurídico como un *totum*, pero han descuidado el problema de la legitimidad de las normas, suponiendo que la 'validez' de la norma se agota exclusivamente en un *acto de voluntad*, cosa que se remonta a HOBBS y, en parte, a ROUSSEAU, ya que ambos consideraban que la decisión, el acto de voluntad del soberano, es el acto esencial y legalmente básico.

Siguiendo a CARL FRIEDRICH, la razón de este sistema es la confusión entre la 'autoridad' y la 'legitimidad', por cuanto no es posible basar la 'autoridad' en la ley positiva olvidando que también la ley positiva requiere de una 'autoridad'. A decir del filósofo alemán, la autoridad de la ley depende de que sea *razonable* -es decir, de su justicia- que la legitimidad de una constitución, de un estatuto, de una decisión depende de ser conforme a Derecho, y que su legalidad depende de su concordancia con las leyes positivas<sup>17</sup>. Esto supone, a nuestro ver, separar el Derecho de la ley positiva, puesto que ambos no se identifican, por el contrario, la noción de Derecho, así como la noción de 'norma jurídica' excede al de la ley positiva; en el primer caso, el Derecho es tal por su *obligatoriedad*, por cuanto tal como lo señala LEGAZ Y LACAMBRA, la vida es libertad y, por verse proyectada al futuro, se convierte en *deber ser*, y por esa proyección es radicalmente valorativa o axiológica<sup>18</sup>.

2. Si bien es cierto que la Constitución es el fundamento de validez de las restantes normas del ordenamiento, sin embargo el *fundamento constitucional* no es un *simple* acto de voluntad general, sino traducción y articulación de los *valores* de un pueblo, explícita o implícitamente manifestada en su vida individual y colectiva.

En efecto, lo que mantiene viva la unión de los hombres en sociedad no se agota en su sola voluntad libremente manifestada, sino la *comuni6n* en un mismo *sentimiento* de valores, que bien pueden ser racionalizados a través de la legislación positiva, sin embargo lo que le da carácter vinculante y obligatorio no es sólo la autoridad del Estado en redactarlas, sino en la medida en que tal funci6n creadora responda a unas mismas querencias, necesidades, creencias y, fundamentalmente, valores. Un

17 FRIEDRICH(64), CARL JOACHIM: *La filosofa del Derecho*, pp. 291 y siguientes.

18 Vid. LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS: *La obligatoriedad jur6dica*, pp. 8 y siguientes.

pueblo sin valores tiende necesariamente a sucumbir aplastado y asfixiado por el propio monstruo creado a merced de una mayoría relativizada en las urnas, a veces sin mucha conciencia y sin sustentación real.

En este aspecto Kelsen tiene razón: la Constitución responde a una ideología imperante (sea cierta o falsa), pero no hay duda que, al menos en Venezuela, las personas que redactaron la Constitución (Asamblea Nacional Constituyente) respondían en un 97% a una misma ideología política denominada “Movimiento V República” cuyo líder es, a su vez, el Presidente de la República. Verdad es decir que la nueva Constitución de la nueva República Bolivariana mejoró, en mucho, los principios y los preceptos de la derogada Constitución de 1961, aún cuando en el plano de la realidad práctica, en muchos casos, se pretenda otorgar carácter programático y no de aplicación inmediata, tal como lo postulamos quienes creemos que este nuevo Texto Fundamental es de aplicación *preferente, inmediata, absoluta*, es decir, ‘normativa’.

3. La tercera razón a través de la cual se evidencia el fin del positivismo, está en su carácter reduccionista, esto es, negar ‘racionalidad’ de aquellos saberes que no concuerdan con su idea de ciencia, por ello mismo, actualmente, la tesis de Kelsen y de los positivistas en general, sobre la justicia no puede mantenerse.

No es posible, comenta Calsamiglia, identificar la razón con la razón científica del siglo XIX, como ha querido hacer el positivismo. El campo de la racionalidad es más amplio que el de la razón científica y, aunque incluya a ésta, no se agota en ella. Como se sabe, para el jurista vienés existe una clara y decidida identificación entre la razón científica (que tiene su modelo en la Física) y la racionalidad en general; todo aquello que no sea abordable por el método científico no es auténtico conocimiento, y es por ello que cuando trata de la definición de Justicia afirma que “es un ideal irracional”.

En realidad hoy se sabe, al menos existe un consenso en la comunidad científica, que hay la *posibilidad de conocimientos racionales no estrictamente científicos*, tales como la filosofía e, incluso para Calsamiglia, es posible el tratamiento racional de los valores. Para Norberto Bobbio es perfectamente posible el tratamiento racional de los valores por ello convirtió el positivismo jurídico en *positivismo crítico*, a través

de la distinción entre ciencia jurídica y la filosofía jurídica<sup>19</sup>, pero adentrarnos en este tema superaría nuestras pretensiones. Lo que sí es cierto es que los, relativamente recientes, trabajos de JOHN RAWLS en su *Teoría de la justicia*, HART sobre *The concept of law*, y el trabajo de DWORKING *Taking Rights in seriously* han avanzado en mucho sobre la posibilidad de racionalizar la justicia sin negar, a nuestra manera de ver, el elemento emotivo que siempre acompaña la posibilidad del conocimiento de los valores en general.

4. Debe señalarse, por último, que para la orientación estatal-formalista el valor supremo del Derecho es la *seguridad jurídica*, y la justicia siempre será una ‘justicia legal’, esto es, el respeto y la observancia por el juez u otro funcionario, de cualquiera de las normas estatutarias vigentes y de las costumbres generales; de hecho, lo que no pueda encuadrarse en la ley, ni en las otras fuentes que ella ha incorporado u otros procedimientos de autointegración, no existe en el mundo del Derecho, es jurídicamente irrelevante.

Sin embargo, a nuestro ver, la *seguridad jurídica* no es un *prius* con respecto del Derecho, ni mucho menos puede ser su *causa*, sino justamente al contrario, la seguridad jurídica es la consecuencia o el *posterius* de un orden legal justo. De modo que la *justicia es causa eficiente* de lo jurídico, y ello traerá como efecto o consecuencia (*posterius*) la conciencia individual de poseer reglas positivas, claras, observadas (*seguridad jurídica*) y además *queridas*. Recordemos que cuando se redacta una ley, normalmente es un hecho que ocurre en cuatro paredes, de allí su carácter ‘abstracto’ y ‘general’, pues no se hace pensando en un ‘caso en particular’ sino en una ‘conducta deseada’ o ‘reprobable’. Ese estatuto objetivo es redactado y realizado por quien tiene la custodia, siempre temporal, del interés general, y normalmente -como antes se precisó- responde a una ideología determinada con todas sus virtudes, pasiones y desventuras. Si la justicia y los valores se agotaran en el marco de la ley, dejaríamos por fuera la posibilidad de ‘adecuación’ de lo abstracto de la norma, a la ‘justicia’ de cada caso concreto; es decir, se verían en

---

19 Vid. BOBBIO(80), NORBERTO: *La teoría pura del Derecho y sus críticos*, en ‘Contribución a la teoría del Derecho’, pp. 119 y siguientes, y en la misma obra, el trabajo del mismo autor titulado *Filosofía del Derecho y teoría general del Derecho*, pp.71 y siguientes.

oposición permanente los llamados ‘valores normativos’ de los ‘valores de aplicación’, nociones éstas que explicaremos más adelante<sup>20</sup>.

### **b. La propuesta iusnaturalista**

El iusnaturalismo, la doctrina de los derechos naturales y de los derechos humanos, ha sido la tabla de salvación de una asfixia segura a la que nos empujaba el positivismo jurídico. El reconocimiento de unos ‘derechos’ y ‘garantías’ cuyo único y exclusivo aval es la propia condición humana, por encima de cualquier organización estatal, y por encima de las formalidades con que se redacta una ley en un momento determinado, es sin duda uno de los grandes aportes para construir un mundo mejor.

Como se sabe el ‘iusnaturalismo’ o ‘derechos naturales’ comporta un conjunto de “normas jurídicas sancionadas por la propia naturaleza humana”, esto es, por nuestra sola condición de personas y a quienes le son inherentes. Según creemos, la mejor elaboración de la doctrina se debe a Santo Tomás de Aquino quien distinguía: a) Ley eterna (*lex aeternae*) para designar el ‘orden’ imperante en el proceso de creación del mundo por parte de Dios; b) Ley divina (*lex divinae*) para referirse a las regulaciones de conductas que ha dispuesto el creador para sus criaturas animadas, y sancionadas a través de la palabra revelada; c) Ley natural (*lex ethica naturalis*) para referirse concretamente al conjunto de normas sustentadas en la ley divina para la regulación de las conductas humanas en su relación de bondad con los demás, de allí su carácter ético; y d) Ley humana (*lex humanae*) para designar las posibilidades de los hombres en otorgarse sus propias regulaciones. Así, la ley natural tiene como sustentación, la propia ley eterna destinada a regir tanto los seres animados como inanimados, por ser consustancial con el orden implícito en el universo.

Quienes no compartan esta visión teológica de los derechos naturales deberán admitir, no obstante, que existe una esfera de derechos

---

20 Imaginemos un ordenamiento jurídico en un sistema totalitario y dictatorial de gobierno, ¿podrá afirmarse que la validez del tal ordenamiento se agota en el *acto de voluntad* de quien dicta las normas? Es evidente, a nuestra manera de ver, que la sola consagración de un conjunto de normas en un estatuto objetivo y conocido no significa *per se* que sea *justo*, y ello muestra porqué la equiparación entre lo ‘justo’ y lo ‘legal’ es una falacia de enormes proporciones.

que nos pertenecen aún que el Estado mismo no lo reconozca; que nuestra propia 'naturaleza humana' y nuestra sola condición de 'personas' es suficiente para establecer una serie de libertades y derechos que nos pertenecen. Es innegable también que el propio Derecho positivo ha tenido que reconocer esta realidad y, al menos en nuestro constitucionalismo, desde sus primeros albores, ha reconocido la existencia de estos derechos que, en nuestro medio, se denominan 'constitucionalizables'; así entonces la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prescribe:

**ARTÍCULO 22:** 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.

Esta norma es reflejo directo de lo que establecía el artículo 50 de la derogada Constitución de la República de Venezuela y el cual fue mejorado mediante la inclusión de la expresión "y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos", de modo que los derechos constitucionalizables pueden derivar tanto del texto expreso de la propia Constitución como de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, y los mismos, a tenor de lo establecido en el artículo 23, según el cual:

**ARTÍCULO 23:** Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre el goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

De modo que el iusnaturalismo y el humanismo, en cuanto a los Derechos, reciben una especial connotación en el nuevo constitucionalismo patrio. A propósito de las nociones de 'derechos naturales' y 'derechos humanos' nos basta con señalar que los primeros atienden a aquellos derechos y garantías inherentes a la condición humana del hombre, sancionados y validados por la propia naturaleza, tales como la libertad, la dignidad, la igualdad, y todos aquellos que puedan ser

asimilables a tal categoría. En cambio que, por 'derechos humanos' se entiende "el conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional"<sup>21</sup>.

Como se aprecia, los derechos humanos constituyen el desarrollo de los derechos naturales en tanto que ambos están directamente referidos a la 'persona', al ser humano en su dimensión individual o colectiva. La gran debilidad del iusnaturalismo ha sido, y será, su falta de objetivación, esto es, la claridad de sus postulados y la razón de su fuerza pareciera descansar en una noción metafísica, carente de algún sesgo de objetividad que la hace peligrar en su propia constitución, en su conocimiento y, mucho más grave aún, en su aplicación.

Algunos autores, como RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE, en Costa Rica, han dudado incluso del carácter jurídico de los derechos humanos pues, en su decir, "se refieren a todas aquellas exigencias relacionadas con las necesidades básicas de la vida humana y que, por diversas razones, no se encuentran positivizadas en los diferentes ordenamientos jurídicos"<sup>22</sup>. Sin embargo, tal afirmación no es, a nuestro modo de ver, correcta; primero, porque los derechos humanos son tan 'juídicos' como cualquier norma 'positivada'; y, en segundo lugar, no es cierto que sea una condición -como causa de la noción de derechos humanos- que los mismos no se encuentren recogidos en normas de Derecho positivo. A nuestro ver, independientemente que los derechos humanos sean declarados y reconocidos en los textos de Derecho positivo, sean una causa para que *dejen de ser* derechos humanos, antes por el contrario su 'humanidad' deriva de sus propios postulados y de su propio objeto.

GIORGIO DEL VECCHIO, partiendo de la afirmación de CICERÓN según el cual *natura iuris ab hominis repetenda est natura* estableció como premisa metodológica que "no queda más que recurrir a la naturaleza humana, o sea buscar en la conciencia de nuestro ser el fundamento último del Derecho"<sup>23</sup>. El concepto de 'naturaleza humana' puede tener,

21 PÉREZ LUÑO(86): *Los derechos fundamentales*, p. 25.

22 Vid. HERNÁNDEZ VALLE(90), RUBÉN: *La tutela de los derechos fundamentales*, p. 12.

23 DEL VECCHIO(47), GIORGIO: *Filosofía del Derecho*, pp. 449 y siguientes; también en DEL VECCHIO(43), GIORGIO: *El concepto de la naturaleza y el principio del derecho*, p. 65.

en efecto, una doble visión: la mecanicista o causalista, y la ‘ideológica’ o ‘ideográfica’. En el primero, el hombre se presenta como una partícula infinitesimal de la naturaleza *in genere* (*particula naturae* como propone BARÜCH SPINOZA), y en este caso se entiende por naturaleza “la totalidad de lo real empírico, y más precisamente, la coordinación de todos los fenómenos en la especie de la causalidad”. Todas las acciones humanas –en este contexto– son necesarias y *no valubles* mientras se consideren como *fenómenos de la naturaleza*.

En cambio, a raíz de los estudios kantianos sobre el *homo phänomenon*, es decir, bajo la noción de libertad que lo define, el hombre deja de considerarse como un eslabón más en la cadena causal, para erigirse en principio rector de *significancias*; al referirnos al sujeto, como principio absoluto, adquiere –la naturaleza humana– una dimensión ética. Lo empírico sólo nos permite conocer la historia pero no la significancia de lo que es fundamentalmente humano<sup>24</sup>. Tal es la ley ética fundamental que surge de la misma esencia del hombre, en cuanto trasciende la *naturaleza* en sentido físico; si el hombre fuera simplemente un fenómeno o un agregado de fenómenos, no se plantearía, para él, el problema ético, ni tendría sentido el *imperativo*.

Siendo las acciones humanas, en su calidad de fenómenos, siempre y necesariamente *conformes a la naturaleza*, no serían susceptibles de una ulterior consideración crítica, de un juicio evaluativo de su legitimidad o ilegitimidad. Empero, no hay duda que colocar el fundamento último y supremo del Derecho en la naturaleza humana, es débil en sus consecuencias prácticas. Fundamentalmente porque un grupo de autores han puesto de antítesis el Derecho natural con respecto del Derecho positivo y viceversa, y en segundo lugar, por esa falta de concreción positiva que, a veces, nos hace perder de vista la radical dimensión ética de los seres humanos.

### **c. Nuestra propuesta: sistema de valor implícito**

Las respuestas del positivismo y iusnaturalismo no han resultado satisfactorias por sus respectivas debilidades. Recientemente, en nuestro

24 Vid. ORTIZ-ORTIZ(92), RAFAEL: *La triple formulación kantiana del imperativo categórico kantiano y otros aspectos de su ética*; y nuestro *Ensayo sobre los principios metafísicos del Derecho en la filosofía crítica kantiana*.



país, ocurrimos a un cambio de concepción y de nuestras propias perspectivas en la solución de cada caso concreto. El reconocimiento expreso, a nivel constitucional, del carácter 'ético' del Estado, y el realce que ha tenido la noción de 'justicia' en nuestro nuevo Texto Fundamental, hace que se replantee la manera de 'interpretar' el Derecho y, como consecuencia, de aplicar el Derecho.

Como antes decíamos, la mera condición humana, como supremo valor de lo jurídico, puede tener visos de formalidad, cuestión que debe ser superada, a nuestra manera de ver, con una herramienta adicional: la dignidad humana. Cuando el intérprete está imbuido de positivismo se le hace difícil observar nuevas dimensiones que van más allá del cuadrado e inmediato presente de la norma, como si la tarea interpretativa no discurriera por los senderos de la axiología. *Interpretar* es, fundamentalmente, *valorar*, y el fracaso y las equivocaciones del Positivismo se encuentran en no haber entendido esa relación necesaria.

Existe, en nuestra humilde opinión, un *sistema de valores* implícito en el ordenamiento jurídico como un *totum*, es decir, la *totalidad normativa* responde a unas ideas y unas necesidades concretas y humanas que deben ser abordadas tanto por quien elabora la norma como quien la aplica en un momento histórico determinado. En particular, en nuestro país, la distancia entre el Estado y la sociedad se debió a que la 'justicia formal' (la justicia de la ley y de los procesos judiciales) se agotaba en una simple petición de principios, según la cual la 'voz de la ley' mermó las ansias y las necesidades de la gente de una verdadera justicia. Justicia, no en el sentido de obtener siempre el triunfo, o la victoria en una contienda judicial; sino *justicia* en el sentido de conocer y decidir, a tiempo y más allá de los simples formalismos, la solución jurídica a los conflictos. Este distanciamiento conllevó a una clara ruptura entre la sociedad, el Estado y el Derecho y a una clara *deslegitimación* de los órganos de administración de justicia; es por ello que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, constituida con nuevos magistrados a partir de la entrada en vigencia de la nueva Constitución, estableció en una sentencia que:

Nuestro excesivo formalismo no esencial además a la existencia de los procesos, ha hecho que se afirme que para tramitar la demanda de nulidad es necesario que el demandante lo exprese '*con las palabras necesarias y adecuadas*' en su libelo de demanda, pareciera ser pues que volvemos a las abandonadas prácticas del procedimiento formulario romano donde las "formalidades" eran esenciales para tramitar la "Actio" y que de no pronunciarse expresamente las palabras, acompañadas con la gesticulación correspondiente, por ese sólo hecho la 'Actio' no era concedida. Pareciera entonces que no es suficiente con determinar que efectivamente el justificable está impugnando materialmente la actividad de la Administración que lo dejó sin empleo, sino que absurdamente se requiere que pronuncie con exactitud las palabras "*demandando la nulidad del acto*". Por actitudes como ésta nuestro sistema de administración de justicia entró en crisis, no sólo por el elemento de corrupción administrativa que no puede ser achacado a todos los tribunales del país, sino por esa manera eufemísticamente defendida por y para las formas que dejan sin respuesta a las necesidades cotidianas de los ciudadanos deviniendo en una frustración acumulada por años, de poca fe y de inexistente esperanza en los órganos que se encargan de "administrar la justicia" en nombre de la República.

(...) Existe una nueva manera de "leer y desleer el Derecho" y tener la inteligencia suficiente para distinguir cuándo una formalidad es o no esencial, para lo cual la jurisprudencia tiene una urgente y necesaria misión. En el caso *sub examine*, el Tribunal de la Carrera Administrativa debió entender que el ritualismo exigido iba en franca y perversa interpretación en contra de la justicia, pues no era necesario que el actor "pronunciara" las sagradas palabras de que demandaba la nulidad del acto; es cierto que el abogado equivocó la vía procesal, pero esta ignorancia de quien estaba llamado a patrocinar al administrado en la mejor defensa de su defendido, bien pudo subsanarse entendiendo que existía una verdadera querrela funcional contra el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, hoy Ministerio de Salud y Desarrollo Social. Esto es, si de la pretensión deducida se desprende claramente lo perseguido por el administrado, si se observan —como efectivamente ocurre en el presente caso— suficientes elementos de juicio para saber que lo realmente querido por el administrado es la revisión de la ilegalidad de las actuaciones de la Administración, entonces no debió declararlo inadmisibile, antes bien la calificación jurídica que el abogado dé a su recurso no es necesariamente vinculante al ente administrador de justicia pues de conformidad con el artículo 14 del Código de Procedimiento Civil, el juez es verdadero "director del proceso" para conducirlo por los canales regulares que mejor convenga al caso concreto cuando la situación es de ostensible ignorancia de parte del

recurrente, además de las potestades inquisitivas del Juez con competencia en lo contencioso administrativo, tal como ha sido señalado en jurisprudencia reiterada de esta Corte<sup>25</sup>.

La legitimidad del Derecho no descansa en la 'autoridad' del Estado ni del soberano, ni siquiera en la 'naturaleza humana' sino en el conjunto de 'valores', noción que incluye y excede la de *bienes jurídicos*, que articula la unión de los hombres en sociedad. Esa es justamente la noción de Estado de Derecho y de 'derechos fundamentales' pues ambas nociones están sustentadas en su clara referencia a un mundo de valor que se impone a los hombres a pesar de su resistencia momentánea a ellos. Esa 'legitimidad' y 'razonabilidad' del sistema jurídico se fundamenta en valores implícitos que, a su vez, constituyen un *sistema de valor*, es decir, un conjunto de elementos axiológicos que precisan la finalidad del sistema jurídico mismo. En este sentido el filósofo alemán ENMANUEL KANT contribuyó, decididamente, en la formación del concepto de Estado de Derecho, categoría interdependiente con la de los derechos fundamentales, esto es, aquel Estado en el que son soberanas las leyes, en cuanto constituyen la manifestación externa de las exigencias de racionalidad y libertad, y no la arbitraria voluntad de quienes detentan el poder<sup>26</sup>.

El sistema implícito de valores se sustenta, a su vez, en dos nociones que hemos manejado desde hace algún tiempo: a) Valores normativos, y b) Valores de aplicación.

Ambos parten de la enseñanza de COUTURE quien afirmaba que si la voz de la sentencia fuera la misma voz de la ley, muchos fenómenos jurídicos carecerían de explicación, y el maestro LUIS LORETO quien afirmaba que "el Derecho vivo, positivo y concreto surge cada día de los juicios de valor que sobre la vida de la nación pronuncian los magistrados judiciales"<sup>27</sup>. Se dice que el juez da vida y corporeidad al Derecho, hasta

25 Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 24 de mayo de 2000, en el juicio de Raúl Rodríguez Ruiz vs. Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, publicación nº 511

26 Vid. ORTIZ-ORTIZ(92), RAFAEL: *La triple formulación kantiana del imperativo categórico kantiano y otros aspectos de su ética*; y nuestro *Ensayo sobre los principios metafísicos del Derecho en la filosofía crítica kantiana*.

27 Vid. LORETO, LUIS: *Estudios de derecho procesal civil*, p. 333; ORTIZ-ORTIZ(93), RAFAEL: *Filosofía del derecho y la decisión judicial*, pp. 88-89. También FIX ZAMUDIO(65), HÉCTOR: *El juez ante la norma constitucional*, p. 57.

el propio CICERÓN comparaba los jueces con los oráculos de la ciudad entera, y su decisión era normalmente resultado de la convicción sobre la verdad y la justicia de una litis. Es por ello que planteamos que el ‘sistema jurídico’ se completa e integra con la creación judicial del Derecho por parte del juez, quien debe componer las lagunas axiológicas que se le presenta, entendiendo por tales ‘momentos en los cuales el legislador común no va en contra de los postulados constitucionales (valores normativos) sino que deja al criterio del juzgador el establecimiento de los valores de aplicación, en cuyo caso la tesis de la integración normativa debe dar paso a la labor constructiva de los jueces’<sup>28</sup>. Lo que debe entenderse por ‘valores normativos’ y ‘valores de aplicación’, y su aplicabilidad en cada caso concreto de la realidad jurídica del país, será estudiado en el epígrafe siguiente.

## 5. HACIA UNA TEORÍA POLÍTICA DE LAS LIBERTADES

Ha señalado el buen maestro LEVIS IGNACIO ZERPA que el razonamiento jurídico está vinculado en forma estrecha con la axiología. No se trata de un razonamiento formal ni de simples o complejas reglas de inferencia. La cuestión no es de verdadero o falso. En el razonamiento jurídico nos encontramos en el campo de lo verosímil, lo probable, lo plausible, lo razonable; se trata de procurar –concluye el buen maestro– la adhesión de persuadir mediante la argumentación<sup>29</sup>; agregaríamos, lo ‘legítimo’, lo ‘digno’ y lo axiológicamente bueno.

Desde Luego que, el análisis axiológico no está separado de las demás “visiones” (ideas, en términos de PLATÓN) que se tenga sobre la Constitución; así, entonces la *articulación de los valores del pueblo* se insertan en el documento jurídico supremo de organización del *poder* del Estado (Poder Público) que sería la visión del jurista; por otro lado, ese documento que inserta *valores explícitos e implícitos* también se concibe como un “pacto” por el cual se armonizan las “libertades”. Repárese entonces que este razonamiento nos lleva a la consideración de la Constitución como *límite en el ejercicio del poder* y como *habilitación para el ejercicio de la libertad*.

28 Vid. ORTIZ-ORTIZ(99), RAFAEL: *Introducción a la teoría general de los valores y a la axiología jurídica*, p. 275.

29 ZERPA(89), LEVIS IGNACIO: *El razonamiento jurídico*, pp. 308-311.

## **a. Limitaciones al ejercicio del poder**

La noción de “poder” que utilizamos en este apartado, no se refiere tan sólo al ejercicio del “Poder Público” para ubicarlo en una noción trascendente e, inmanente, en el propio texto constitucional. En efecto, se supone que para la organización de la población en determinado territorio, se requiere la existencia de algunas personas que *gobiernen* y otras que están llamados a ser *gobernados*; la organización así concebida da origen al concepto de “Estado”, mientras que la segunda noción nos da la idea de la “política”. Así, el Estado sería la manera o la forma en que se estructuran sus elementos existenciales (población, territorio y gobierno o poder), mientras que, la política, en el sentido usado por ARISTÓTELES, implica el convencimiento de que alguien está destinado a gobernar (ejercicio del poder) y muchos quienes están llamados a ser gobernados.

Cuando se organiza el “pacto” y se *constituye* el Estado, nace, como lo dice GIORGIO DEL VECCHIO, una “persona” o un nuevo ente (el Estado) quien deberá ejercer el *poder* de la manera o en la forma en que, los ciudadanos, lo han establecido en el pacto fundacional; es por esto, entonces, que la Constitución es, también, un *pacto político*, en el sentido que está destinado a regular el ejercicio del *poder*, en todas sus manifestaciones. Ahora bien, para el cumplimiento del cometido que se le ha atribuido al Estado (fines esenciales) se sustenta sobre la base de una estructura organizativa (organización) con unas técnicas determinadas (técnicas organizativas), es por ello, que la manera más frecuente de encontrar el ejercicio del *poder* sea, precisamente, a través de las actividades que desarrolla el Poder Público.

Por otro lado, el propio *pacto constitucional* se encarga de establecer los *modos* en que el ejercicio de las funciones pueden ser ejercidos, son éstos los *límites al ejercicio del Poder* que, si bien se aplican primariamente, a los órganos del Poder Público, sin embargo pueden y deben ser entendidos, como propios de *cualquier órgano estatal*, sea del Poder Público o no. A grandes rasgos:

## 1) Limitaciones expresas o explícitas

### a) Supremacía constitucional

La primera regulación, en importancia, que constituye un límite expreso al ejercicio del poder, lo encontramos en la necesaria sujeción que deben tener los órganos del Estado a los postulados constitucionales. Así en efecto, el artículo 7º postula que "La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución". Como dice EISEMANN, la Constitución es

"el grado supremo o, desde el punto de vista dinámico, la fuente, el principio del orden estático entero: no se encuentra, en la esfera de Derecho interno, nada por encima de las reglas constitucionales, nada que les sea superior, porque no hay nada que les sea lógicamente anterior. Las normas constitucionales son soberanas en el orden interno porque no están ni pueden estar limitadas"<sup>30</sup>.

Como se observa de la disposición transcrita, la supremacía constitucional implica dos tipos de vinculaciones: a) supremacía subjetiva, la cual implica que *todas las personas* están sujetas a los postulados constitucionales; y b) supremacía objetiva, que implica que *todas las situaciones fácticas* concretas deben ser analizadas a la luz de las normas constitucionales.

### b) El principio de legalidad

Implica que el ejercicio del Poder Público sólo puede realizarse sobre la base de competencias expresas atribuidas tanto por la Constitución como por la ley, independientemente de los procesos de reorganización competencial que implica el proceso de descentralización. El artículo 137 establece que "La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen". Desde luego que la "definición de atribuciones" alude, en realidad, al régimen competencial que habilita a cada órgano o a cada ente público para la realización de sus actividades específicas.

30 Apud. LINARES QUINTANA(53), SEGUNDO V.: *Tratado de la ciencia del Derecho constitucional*. Editorial Alfa. Buenos Aires, 1953, tomo II, pp. 243 y siguientes.

### c) Principio de finalidad

Todas estas actuaciones, desde la sujeción del Estado a las normas constitucionales, como la distribución del régimen competencial, *debe* sustentarse, a su vez, la *finalidad* que persigue la propia organización del Estado, esto es, sus fines esenciales postulados en el artículo 3º constitucional: “El Estado tiene como sus fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución. La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para garantizar dichos fines”.

### 2) Limitaciones impresas o implícitas

Además de las limitaciones expresas o explícitas en la Constitución y en las leyes, se encuentran también limitaciones implícitas que tienen que ver con el establecimiento de los *valores superiores*; en efecto, el artículo 2º de la Carta Magna, dispone:

Venezuela se constituye en un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

#### a) La democracia

Resulta curiosa la disposición contenida en el artículo 6º según la cual, el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen, es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables, pues la expresión “es y será siempre” pareciera desconocer la soberanía popular quien, teóricamente, pudiera disponer un “gobierno” no democrático o no descentralizado. Sin embargo, lo que interesa destacar es que, en el marco de los “principios fundamentales” (Título I de la Constitución) se encuentra una definición política por excelencia: la forma de gobierno democrático.

## b) La representación y participación

Mucho se ha insistido en Venezuela, sobre la inconveniencia de establecer la “democracia representativa” que postulaba el texto constitucional derogado y, en su lugar, establecer un concepto novedoso en la Ciencia Política, cual es la “democracia protagónica” con el calificativo, además, de “participativo”.

Desde los griegos, la democracia ha sido el sistema de gobierno que más cerca del ciudadano ha estado, y ello se debe porque el genio de los atenienses lograron implementar una real *participación* de los *demos* en la cosa pública; de hecho, en la *Paideia* de WERNER JAEGER se nos muestra que el gran ideal de los griegos, fundamentalmente en la edad de PERICLES, llamada la edad de oro (Siglo IV A.c.) era la *areté* o la cuádruple vinculación del ser con respecto de sus semejantes (*ethos*), consigo mismo (*mor*), con la naturaleza (*physis*) y con los dioses; pero la relación *ética* por excelencia era la participación por el *bien-estar* de los demás, esto es, una relación fundamentalmente política. Destaca entonces –como elemento que configura el momento democrático– en la *participación* de los ciudadanos en la *cosa pública*, los asuntos del Estado, los intereses generales, el bien colectivo.

La democracia es, entonces, directamente proporcional a la participación, y a su vez, esta participación tiene que ser responsable, acertada, honesta, sincera, *veraz* dirían algunos, y ello sólo se logra con un pueblo “informado”, esto es, un pueblo capaz de recibir información, procesarla y responder a los retos de la participación. De nada sirve que pueda dejarse al pueblo la participación si ésta no es constructiva y heurística, y al mismo tiempo, la participación supone un pueblo informado, capaz de ponderar razones, de visualizar resultados, de proponer soluciones. Como enseña SÁNCHEZ FERRIZ:

Doble es, pues, el reto que se plantea para la consecución del ideal democrático: el fenómeno de la participación y el respeto a la libertad personal. Sólo así puede ser humana, cívica, responsable y eficaz tal participación. Sin libertad para discernir y decidir el cómo, cuándo, por qué y para qué; más aún, sin libertad para participar o no participar en cada caso, no hay participación auténtica, habrá una participación ciega, fanática, pero no precedida de reflexión<sup>31</sup>.

31 Vid. SÁNCHEZ FERRIZ(89), REMEDIO: *Estudio sobre las libertades*. Tirant lo branch. Valencia (España), 1989. También puede leerse a PECES BARBA(80): *Derechos fundamentales*.



La democracia es, entonces, una *idea*, un planteamiento a realizar, un proyecto por construir y por concretar; las democracias latinoamericanas muestran, claramente, las desviaciones, debilidades y máscaras que ocultan una realidad golpeante y sufrida; los latinoamericanos, como decía CARLOS RANGEL, no sabemos lo que hemos sido y, peor aún, nos sabemos lo que queremos ser. La preocupación por nuestras democracias es y debe ser prioridad de primer orden si, en verdad, queremos construir una sociedad justa, próspera y con la mayor *suma de felicidad posible*. A no dudar que nuestras democracias han entrado en crisis, o siempre lo han estado, y a nuestra manera de ver, la causa se centra en la falta de autenticidad<sup>32</sup>.

### c) Valores superiores

La existencia de "valores superiores" en la Constitución es un hecho del cual hemos aceptado su existencia en los epígrafes precedentes y, como quiera que, tales valores constituyen limitaciones tanto al ejercicio del poder como al ejercicio de la *libertad*, dedicaremos un epígrafe especial.

#### a. Limitaciones al ejercicio de la libertad

Bien es cierto que la Constitución y las leyes significan y comportan una limitación al ejercicio del *poder* pero, a no dudarlo, también el ejercicio de la libertad supone la existencia de unas limitaciones *necesarias* para la propia subsistencia de la colectividad y del Estado; brevemente, diremos:

#### 1) La otredad como noción limitante al ejercicio de los derechos

Mucho se ha dicho que la *co-existencia* y la necesaria dimensión social del ser humano le impone, como deber primario y básico, el respeto por los derechos de los demás. Se ha planteado, en el ámbito de la cotidianidad, que "mi derecho llega hasta donde comienzan el de los

---

Ed. Latina Universitaria. Madrid, 1980, pp. 180 y siguientes; DÍAZ(75), C.: *Estado de derecho y sociedad democrática*. Cuadernos para el diálogo. Madrid, 1975, pp. 148 y siguientes.

32 Véase en este mismo sentido SAAVEDRA LÓPEZ(87), MODESTO: *La libertad de expresión en el Estado de Derecho: entre la utopía y la realidad*. Ed. Ariel. Barcelona (España), 1987.

demás”; sin embargo, ENMANUEL KANT ha demostrado la falacia de tal afirmación. En el ámbito colectivo, los derechos no se presentan *métricamente* como separados unos de otros, sino, más bien, como *armonizados* bajo una ley racional de coexistencia. Las supuestas limitaciones de los derechos significa que, el ejercicio de la libertad (libre arbitrio) de unos pueda conciliarse con el ejercicio de la libertad (libre arbitrio) de los demás. El artículo 20 constitucional es quizás lo más representativo de este aserto: “Todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social”.

Significa entonces lo que, en el postmodernismo, se llama “otredad”, es decir, el reconocimiento de la necesaria existencia y *con-vivencia* con los demás seres humanos, con el *otro* que es tan “igual” como yo mismo, y que tiene derecho como los propios.

## 2) Otras vinculaciones

También la supremacía constitucional significa una limitación al ejercicio de la libertad y, sin duda, los valores superiores.

## 6. VALORES SUPERIORES DE LA CONSTITUCIÓN: LA DIGNIDAD HUMANA

De los aspectos de la Constitución venezolana, a casi dos años de su vigencia, que menos atención se le ha prestado es al Título Fundamental, y precisamente este “título” contiene, plasma y postula lo que se ha denominado “valores normativos fundamentales” por el cual se perfila el Estado y la sociedad esperada. La Constitución es la articulación de los valores de un pueblo, sus querencias, sus anhelos, expresión de sus frustraciones de lo no logrado, de los sueños inconclusos. La Constitución es la vida del pueblo proyectada en normas, y si los operadores de justicia no le dan *vida* a ese modelo entonces la Constitución se convierte en un nuevo fraude, de los muchos que ha padecido a lo largo de estos últimos años; pero, ¿Qué es “darle vida” a la Constitución?, ¿cuáles son esos valores superiores?, ¿cómo concretarlos en la esfera vital de quienes esperan, aguardan y exigen?

El pueblo de Venezuela ya dejó de ser el *Juanbimba* en alpargatas, sin medias y sin camisa; afortunadamente esa “democracia” de la cual se

denigra permanentemente arrojó como resultado una casta indomable de juventud, reacia e intolerante ante la agresión, consecuente e intemperante... juventud que piensa, razona, siente. Es, a esa juventud, a la cual pertenecemos.

Para determinar cuáles son los valores superiores de la Constitución basta con leer su propio texto, y en sus primeros artículos se van perfilando esos "bienes" jurídicos sobre los cuales debe sustentarse toda organización social, y todo el quehacer jurídico y político; así:

1. La República Bolivariana de Venezuela fundamenta "sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional" en la doctrina de Simón Bolívar;
2. Venezuela propugna como "valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación" la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

Si no queremos que estas expresiones se conviertan en la representación de la vacuidad, y sólo sirvan de referencia para elaborar frases acartonadas, elaboradas, que adornen los discursos políticos, entonces el intérprete —sobre todo el aplicador de la norma— tiene que darle un contenido, un sentido vital. Esa es la única manera de evitar que la Constitución se constituya en un dantesco fraude colectivo.

¿Cuál sentido debe tener la libertad, igualdad, y justicia en nuestra vida colectiva?

Con base en esas tres palabras prácticamente se construyó la revolución francesa; pero también la revolución bolchevique de 1919, y la mexicana del mismo año; es más, no hay "movimiento revolucionario" que no tenga dentro de sus postulados tales principios: desde la cubana, sandinista, boliviana, etc., todas, mal que bien, ofrecen al "pueblo" la consecución de la libertad, igualdad (por lo general asociada a la igualdad social), y la justicia; sin embargo, hoy se sigue preguntando ¿Qué es la *libertad*?, ¿cómo se obtiene la *igualdad*?, y, sobre todo ¿qué es la *justicia*?

Determinar lo que debe entenderse por esos "valores" es, en mucho, menos complejo que precisar cómo se vivifica, esto es, la manera en que el *sentido* de tales palabras y conceptos se manifiestan en la realidad

cotidiana del “pueblo” pero ya no esa entelequia amorfa sino cada ser humano en particular, cada individuo con cédula de identidad y, nombre y apellidos.

Ambos problemas, el de la *determinación conceptual y precisa* de los valores y su *vivificación en la esfera de cada persona* se complica porque, tal vez, no seamos capaces de “de-finir” lo que debe entenderse por tales; de hecho FERNANDO SABATER afirma que no es deseable que esos humanos conceptos referidos a la justicia, la ética, el amor, etc., porque su *definición* es una limitación a nuestra propia capacidad de soñar. Tal vez sea cierto; pero justamente, tampoco podemos dejar a la inquietud momentánea de los placeres y los deseos, sea quienes *informen* lo que debe ser justo o digno.

En una conversación con jóvenes en la Universidad Fermín Toro, a comienzos de 2001, les puse el ejemplo del “amor”: todos éramos capaces de “sentirlo” pero no “definirlo”; la belleza, la verdad, la alegría, la melancolía, la justicia, todos eran “conceptos” que debían tener un referente pero el mismo no podía ser captado sino a través del sentimiento, la emoción, lo que PASCAL llamaba la *logic de cour*, esas *razones que el corazón tiene y que la razón no conoce*. Ello es, precisamente, lo que ocurre con la *libertad, igualdad y justicia* como valores constitucionales, esa es su bendición y también su maleficio.

En nuestras humildes clases de Filosofía del Derecho en la Universidad Católica Andrés Bello lo explicamos de esta manera: “la verdad”, “la belleza”, “el amor”, “la justicia” así, *en abstracto*, no existen, y si existen no sirven para nada; lo que *es*, y lo que *existe* es “la verdad de esta proposición”, “la belleza de esa puesta de sol”, “el amor de mi madre”, “la justicia de esta sentencia”; en otras palabras, tales conceptos sólo pueden *determinarse* a través su *vivificación en la esfera de una situación concreta y determinada*.

Esto explica porqué usando la justicia como bandera pueden cometerse las mayores injusticias; en nombre del amor pueden las personas matar a sus semejantes; y en nombre de la verdad, engañar al pueblo; de igual manera, en nombre de la “libertad” puedo oprimir y limitar el pensamiento, la expresión, la opinión; y en nombre de la igualdad, puedo establecer diferencias odiosas camino al privilegio de quienes, temporalmente, ostentan el poder.

En definitiva: en nombre de la Constitución puede violarse la Constitución misma ¿Paradójico no?

Los valores son “superiores” y “fundamentales” por una razón: la interpretación y la aplicación de los mismos debe hacerse de la manera que mejor convengan y mejor desarrollen esos valores; es decir no puede haber “libertad” limitando y cercenando la libertad, y no puede haber “igualdad” estableciendo diferencias donde no cabe, racionalmente, diferenciar. Escuchemos la voz de la Constitución:

Artículo 2º. Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad,

## **7. DE LA CONFIGURACIÓN DEL ESTADO: LA ÉTICA Y EL PLURALISMO POLÍTICO**

No tenemos seguridad que cuando la Asamblea Nacional Constituyente, a finales de 1999, cuando se “discutía” la nueva Constitución, nuestros representantes, tuvieran clara conciencia de lo que significa que el Estado venezolano se “constituía” en un Estado social, de Derecho y de justicia; para el intérprete no hay herramientas que le permitan descifrar en qué se estaba pensando cuando se estableció que se propugna como valores superiores de su “ordenamiento jurídico” y su “actuación”, la *preeminencia, en general*, de la ética y el pluralismo político. Sin embargo, a pesar de no haber vestigios de discusión sobre tales términos, algún significado deben tener; cuando las leyes, y aún la Constitución, son aprobadas por el pueblo, ya no son del legislador sino del pueblo mismo; la Constitución ya no le pertenece al poder político a pesar de ser un acto esencialmente político: le pertenece al pueblo, y como somos parte de él, entonces quienes leemos, interpretamos y aplicamos el Derecho, tenemos la obligatoria tarea de darle sentido, contenido, materia, fondo, consistencia.

Lo cierto es que si la ética es un “principio” tanto del ordenamiento jurídico como de la actuación del Estado debe significar algo, y debe tener un contenido, si no es así entonces son palabras huecas sin importancia alguna, y sólo sirvió para rellenar un “embuste” con que se compró la voluntad del pueblo soberano de Venezuela. Ética en el ordenamiento y ética en el “comportamiento” del Estado, es decir, de sus

órganos y, más concretamente, de los funcionarios encargados de ejercer las funciones públicas desde el Jefe del Ejecutivo como lo es el Presidente de la República hasta el más humilde juez de Municipio del país.

En principio la noción de “ética” es frecuentemente confundida con la “moral”, cuando en verdad, desde sus orígenes responden y aluden a realidades diferentes. WERNER JAEGER ha mostrado que el *ideal* griego, cuna del pensamiento helénico occidental, se bifurcaba en una cuádruple relación:

1. Relación individual con un ser superior, normalmente representado en Dioses, múltiples pero con características humanas, visión teísta de las relaciones individuales (la religión y todas las formas de representación mágica, fantástica o mítica);
2. Relación individual con la naturaleza (separado de las creencias mágico religiosas el hombre hurga en la propia naturaleza la explicación de los fenómenos que lo rodean; búsqueda del principio (origen y fundamento) de todas las cosas (en THALES DE MILETO era el agua, mientras que en ANAXIMANDRO y ANAXÍMENES era un *indeterminado* o *apéiron*, y el *aire* por el otro); la ciencia que se encarga de esa relación era la *phisys*;
3. Relación individual consigo mismo en pos del autoperfeccionamiento individual, la autoconciencia de su propio valer; la *areté* de las virtudes individuales inmanentemente consideradas, es decir, pro *mor* o por fuerza de su propia dignidad (campo específico de la *moral*);
4. Relación individual con los demás seres humanos, perfección o *areté* del perfeccionamiento a través de las relaciones intersubjetivas, consideración propia del “yo” en tanto que miembro de una especie y de una misma naturaleza; esa *bondad* que tiende a la perfección en el marco de relaciones intersubjetivas es el campo preciso de la *ética* (del gr. *Ethos*, costumbre o hábito interiorizado en pos del perfeccionamiento a través de las relaciones con los demás).

Ética es entonces la mayor bondad posible en el marco de las relaciones intersubjetivas de los seres humanos, bondad que se expresa en la *areté*, por hábito (*habis, exis, ethos*), a través del cual se expresa la *perfección* y con ella el *ser* del hombre.

Que la ética sea *fundamento* del ordenamiento jurídico significa, en nuestra conciencia del Derecho, un marco de relaciones humanas regidas por la bondad, de basamento de nuestra propia perfección junto a la perfección de los demás; reglas jurídicas *justas* en esencia, buenas en consistencia. Lo bueno, lo justo no se riñe con la verdad o con el resto de los valores, todos tienen como plataforma al hombre, y más precisamente lo que hay de general y común entre los hombres: su dignidad. Una norma sólo será éticamente admisible cuando no anule, menoscabe, menosprecie o disminuya la *dignidad humana*.

La ceguera y la miopía intelectual de muchos harán afirmar que lo bueno o lo justo y hasta la verdad, son nociones *relativas*, con base en la supina afirmación e que “lo que es bueno para alguien, no lo es para otra persona”; que “lo que es justo aquí, no lo es allá”, y que nadie es “poseedor de la verdad”. Todas estas afirmaciones son trampas del lenguaje, y a los ignorantes fáciles presa de la falacia. Lo justo, lo bueno y lo verdadero se imponen sobre cualquier conciencia, válido aquí y allá, ahora y mañana; lo que ocurre es que tendemos a pensar en “la verdad”, “la justicia” y “la bondad” sin percatarse que esas son *esencias cualidades* que sólo se aprecian *depositadas en las cosas o bienes sobre los cuales recae*, y además captadas no racionalmente o empíricamente, sino a través de una especial intuición. Sin duda son nociones que exceden las modestas pretensiones de este trabajo pero dignas de un estudio más detallado.

Al lado de la dificultad de establecer la ética como “fundamento” del ordenamiento y de la actuación del Estado, hemos de advertir también la connotación y denotación del *pluralismo político*. Como se sabe, desde ARISTÓTELES, la política —como ciencia— relaciona “los llamados a gobernar con los llamados a ser gobernados”; la política es el campo propio de la participación en los asuntos públicos de gobierno, de conducción y de liderazgo. Por *pluralismo político* entonces será la aceptación de esa “participación múltiple” en los asuntos del Estado, es la aceptación de la disidencia, de la crítica, de la activa participación.

Si en Venezuela se respeta ese “pluralismo político” el amable lector lo sabe; si en Venezuela, la ética rige el comportamiento del Estado... Ud. amable lector... también lo sabe.

## 8. A MODO DE CONCLUSIONES

1. La Constitución postula, explícita e implícitamente, un sistema armónico de valores superiores que deben ser tomados en cuenta por el operador jurídico a la hora de "interpretar" y "aplicar" el ordenamiento abstracto a los casos concretos de la vida diaria;
2. El sistema de valores conforma la razón de ser del "Estado" y la necesidad de la existencia de las relaciones "políticas";
3. Este sistema de valores constituyen un *límite* al ejercicio del poder por parte del Estado pero, al mismo tiempo, constituye un límite al ejercicio de la libertad de cada quien;
4. Los valores explícitos e implícitos en la Constitución pueden ayudar a solventar las eventuales contradicciones que se susciten entre ordenes normativos diversos pero, también, en un mismo orden normativo, por ejemplo, el constitucional. La existencia de un "valor" significa que el intérprete queda vinculado a su respeto, elección o preferencia;
5. Dentro de los "valores superiores" que nuestra Constitución postula está la dignidad humana, la libertad y el *libre* desenvolvimiento de la personalidad;

Como dijimos, sólo cuando aprendamos a *comprender* las necesidades, anhelos, sueños, aspiraciones y las querencias de nuestro pueblo... la Constitución dejará de ser un *símbolo*, una palabra, una entelequia, una frase, para convertirse en un ente *vivo* que se *define* como el hombre sabio y justo ante el reto de su propio destino...

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

- ABBAGNANO(74), NICOLA: *Diccionario de filosofía* (trad. ital. *Dizionario di filosofia* por Alfredo Galetti). Fondo de Cultura Económica. México, 1974.
- BOBBIO(80), NORBERTO: *La teoría pura del Derecho y sus críticos*, en *Contribución a la teoría del Derecho*, Edit. Fernando Torres. Valencia (España), 1980.



- \_\_\_\_\_ : (65) *El problema del positivismo jurídico* (Trad. ital *Il problema del positivismo giurídico* por Ernesto Garzón Valdés). Editorial Universitaria. Buenos Aires, 1965.
- \_\_\_\_\_ : (80) *Filosofía del Derecho y teoría general del Derecho*, en *Contribución a la teoría del Derecho*, Edit. Fernando Torres. Valencia (España), 1980.
- CASAMIGLIA(92), ALBERT: *Estudio preliminar*, en KELSEN(92), HANS: *¿Qué es justicia?*. Editorial Ariel. Barcelona, 1992.
- DEWEY(49). JOHN: *The field of value*, en 'Value: a cooperative inquiry'. Mass. Univer. Press, 1949.
- DEL VECCHIO(47), GIORGIO: *Filosofía del Derecho* (Trad. ital. Luis Legaz y Lacambra). Bosch, Casa editorial. Barcelona (España), 1947.
- \_\_\_\_\_ : (43) *El concepto de la naturaleza y el principio del derecho* (Trad. ital, M. Castaño). Edit. Reus. Madrid, 1943.
- DÍAZ(75), C.: *Estado de derecho y sociedad democrática*. Cuadernos para el diálogo. Madrid, 1975.
- FIX ZAMUDIO(65), HÉCTOR: *El juez ante la norma constitucional*. Revista de la Facultad de Derecho de México, XV, 57. pp. 25-77. S.e. México, 1965.
- FRIEDRICH(64), CARL JOACHIM: *La filosofía del Derecho* (Trad. Al. Por Margarita A. Franco). Fondo de Cultura Económica. México, 1964.
- FRONZIZI(773<sub>4R</sub>)RISIÈRE: *Qué son los valores. Introducción a la axiología*. Breviarios n° 35. Fondo de Cultura Económica. México, 1977.
- GARCÍA BACCA(47), JUAN DAVID: *Nueve grandes filósofos contemporáneos*. Publicaciones del Ministerio de Educación. Caracas, 1947.
- HERNÁNDEZ VALLE(90), RUBÉN: *La tutela de los derechos fundamentales*. Editorial Juricentro. Costa Rica, 1990.
- KELSEN(92<sup>2</sup>), HANS: *¿Qué es justicia?*. (Trad. Ingl. *What is justice? Justice, law, and politics in the mirror of science* por Albert Calsamiglia). Editorial Ariel. Barcelona, 1992.
- \_\_\_\_\_ : (65<sup>4</sup>): *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho* (trad. fr. *Théorie du droit. Introduction à la science du droit* por Moisés Nilve). Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1965.

- \_\_\_\_\_ : (79) *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Editorial Nacional. México, 1979.
- KLUCKHOHN Y OTROS: *Toward a general theory of action*. Ed. Parsons y Chils, 1951.
- KRÜGER(73), H.: *Festschr, fur scheuner*, 1973.
- LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS: *La obligatoriedad jurídica*. Anuario de Filosofía del Derecho. Instituto de Estudios Jurídicos, s.f. Buenos Aires.
- LINARES QUINTANA(53), SEGUNDO V.: *Tratado de la ciencia del Derecho constitucional*. Editorial Alfa. Buenos Aires, 1953.
- ORTIZ-ORTIZ(99<sup>a</sup>), RAFAEL: *Introducción a la teoría general de los valores y a la axiología jurídica*. Ediciones Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1999.
- \_\_\_\_\_ : (96<sup>a</sup>) Relativismo y absolutismo o aporética de la axiología contemporánea, en *Revista de la Fundación Procuraduría*, nº 15. Caracas, 1996;
- \_\_\_\_\_ : (96<sup>b</sup>) La dignidad humana y el desarrollo de la personalidad como premisa axiológica del constitucionalismo venezolano, Premio de la Procuraduría General de la República, en 1996, en *Revista de la Fundación Procuraduría* nº 14, pp. 15-297. Caracas, 1996.
- \_\_\_\_\_ : (96<sup>c</sup>) *SCHALER Y HARTMANN en el umbral de la ontología axiológica*, *Revista Frónesis*, Vol 3, nº 2. Universidad del Zulia. Maracaibo, 1996.
- \_\_\_\_\_ : (95) *La fundamentación filosófica de los derechos humanos*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 1995.
- \_\_\_\_\_ : (93) *Filosofía del Derecho y la decisión judicial*. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, nº 88, pp. 65-118. Derecho. UCV, Caracas, 1993.
- \_\_\_\_\_ : (92<sup>a</sup>) *La triple formulación kantiana del imperativo categórico kantiano y otros aspectos de su ética*. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, nº 44. Caracas, 1992.

- \_\_\_\_\_ : (92<sup>b</sup>) *Ensayo sobre los principios metafísicos del Derecho en la filosofía crítica kantiana*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, nº 45. Caracas, 1992.
- PECES-BARBA(84), GREGORIO: *Los valores superiores*. Editorial Técnos. Madrid, 1984.
- \_\_\_\_\_ : (80) *Derechos fundamentales*. Ed. Latina Universitaria. Madrid, 1980.
- PÉREZ LUÑO(96<sup>a</sup>), ANTONIO E.: *Manual de informática y derecho*. Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1996.
- \_\_\_\_\_ : (96<sup>b</sup>) *Ensayos de informática jurídica*. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. México, 1996.
- \_\_\_\_\_ : (95<sup>a</sup>) *Derechos Humanos, estado de derecho y Constitución*. Editorial Técnos, S.A., Madrid, 1995.
- \_\_\_\_\_ : (95<sup>b</sup>) *Los derechos fundamentales*. Editorial Técnos, S.A. Madrid, 1995.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA(92<sup>22</sup>): *Diccionario de la lengua española*. S.e., España. 1992.
- RUYER(69), RAYMOND: *Filosofía del valor*. Fondo de Cultura Económica. México, 1969.
- SÁNCHEZ FERRIZ(89), REMEDIO: *Estudio sobre las libertades*. Tirant lo branch. Valencia (España), 1989.
- SCHELER(48), MAX: *Ética. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético*. Revista de Occidente. Buenos Aires, 1948.
- ZERPA(89), LEVIS IGNACIO: *El razonamiento jurídico*. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto, 1989.

# Las fusiones internacionales de sociedades a la luz del derecho venezolano

Gustavo Muci Facchin

## SUMARIO

### I. La fusión internacional de sociedades:

¿Qué es una fusión internacional de sociedades?

A la luz de la legislación venezolana ¿Qué debe entenderse por una sociedad extranjera?

¿Cuál es la ley aplicable al proceso de fusión internacional?

### II. El canje de las acciones y sus implicaciones en materia de inversión extranjera:

¿Qué es una inversión extranjera directa a la luz del Acuerdo de Cartagena?

¿El canje de acciones por efecto de una fusión internacional es una inversión extranjera directa a la luz del Acuerdo de Cartagena?

### III. Derecho de los accionistas ante un proceso de fusión:

Derecho de canje de acciones

El derecho de separación

### IV. Conclusiones

## I. LA FUSIÓN INTERNACIONAL DE SOCIEDADES

### 1. *¿Qué es una fusión internacional de sociedades?*

Un proceso de fusión internacional de sociedades implica la extinción o disolución de una o más personas jurídicas, constituidas en diversas jurisdicciones (distintas entre sí), por su consolidación en una de las sociedades preexistentes (fusión por absorción o por incorporación). En adición al efecto de la extinción o disolución de la sociedad absorbida antes señalado, la fusión internacional por absorción también conlleva el traspaso en bloque del patrimonio de la sociedad absorbida a la absorbente<sup>1</sup>, aumentando el capital social de ésta en la medida que corresponda. Los accionistas de la sociedad absorbida (la que se extingue) pasarán a ser accionistas de la sociedad absorbente, recibiendo (a título de canje) un número de acciones proporcional a sus respectivas participaciones en el capital social de la sociedad absorbida.

En atención a lo antes expuesto, el proceso de fusión por absorción internacional presenta las siguientes características más resaltantes:

- a) El traspaso a título universal de la totalidad del patrimonio, de una o más sociedades ubicadas en diversas jurisdicciones (que se les denomina absorbidas o incorporadas) a otra preexistente (que se le denomina absorbente).
- b) La existencia de una multiplicidad de jurisdicciones.
- c) La extinción o disolución<sup>2</sup> de las sociedades absorbidas, las cuales subsisten patrimonialmente en cabeza de la absorbente.
- d) El aumento proporcional del capital social de la sociedad absorbente.
- e) La adquisición por parte de los accionistas de las sociedades absorbidas de la condición de accionistas de la sociedad absorbente, mediante el canje de las acciones de las absorbidas por acciones de la absorbente, las cuales serán emitidas por ésta por efecto del aumento del capital social producto del incremento patrimonial.

---

1 Al ser un traspaso en bloque, en una misma y única transacción, la sociedad absorbente recibe tales activos y obligaciones a título de sucesión universal. Lo cual implica que la sociedad absorbida subsiste como realidad empresarial a través de la sociedad absorbente.

2 El artículo 340 del Código de Comercio dispone que "las compañías de comercio se disuelven: ...7° Por la incorporación a otra sociedad".

## **2. A la luz de la legislación venezolana ¿Qué debe entenderse por una sociedad extranjera?**

Por una parte, el artículo 24 del Código Civil divide a las personas, en cuanto a su nacionalidad, en venezolanas y extranjeras, y el artículo 26 establece que las personas extranjeras gozan de los mismos derechos que las venezolanas y, por la otra, el artículo 354 del Código de Comercio venezolano reputa como nacionales a las sociedades constituidas en el extranjero que tengan en Venezuela el objeto principal de su explotación, comercio o industria, así como también establece que las sociedades que tienen en el país sucursales o explotaciones que no constituyan su objeto principal, conservan su nacionalidad, pero a todos efectos se las considera domiciliadas en Venezuela.

De lo antes expuesto se infiere que si la sociedad absorbida (constituida en el extranjero) tiene en Venezuela el objeto principal de su explotación, comercio o industria o tiene una sucursal o explotación en Venezuela, se entenderá, a todos los efectos, domiciliada en Venezuela y deberá cumplir con todos los requisitos de ley que tuviera que cumplir una sociedad constituida en Venezuela a los efectos de fusionarse con otra sociedad.

## **3. ¿Cuál es la ley aplicable al proceso de fusión internacional?**

El ordenamiento jurídico venezolano contempla de forma genérica al proceso de fusión; sin embargo, no hace distinción entre fusión de carácter interno y fusión internacional. No obstante, al no hacer mención expresa al proceso de fusión internacional, consideramos que el supuesto de hecho que regula nuestro legislador es, en principio, el proceso de fusión de sociedades constituidas en Venezuela. Ahora bien, en derecho privado prevalece el principio de la libertad contractual, según el cual: "lo que no está expresamente prohibido, se entiende permitido", por tanto, es forzoso concluir que en Venezuela está legalmente permitida la fusión internacional de sociedades<sup>3</sup>.

---

3 Debemos destacar que hasta donde llega nuestro conocimiento, no existe jurisprudencia patria sobre fusión internacional de sociedades.

Como se indicó *supra*, cuando no existan disposiciones expresas en los ordenamientos jurídicos internos de cada país que regulen los procesos de fusiones internacionales, las partes contratantes deberán cumplir con la ley personal que les corresponda, es decir, con la ley del lugar de su propia constitución, ya que el tratamiento legal de los requisitos formales, materiales y patrimoniales de la fusión, las garantías de los accionistas, la protección de los acreedores, entre otros, varían mucho de unos a otros ordenamientos jurídicos. En este sentido, la Ley de Derecho Internacional Privado, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 36.511, de fecha 6 de agosto de 1998, dispone que el lugar de constitución de una persona jurídica será aquél en donde se hayan cumplido los requisitos de forma y de fondo requeridos para su creación y será conforme al Derecho del lugar de su constitución que se verificará la existencia, la capacidad, el funcionamiento y la disolución de las personas jurídicas de carácter privado<sup>4</sup>.

Ahora bien, si el proceso de fusión internacional implicase la incorporación de una sociedad mercantil extranjera a una sociedad mercantil venezolana, consideramos que la sociedad extranjera deberá, además de cumplir con los requerimientos de forma y de fondo estipulados por su ley personal, observar y cumplir con los requerimientos contenidos en la legislación venezolana para el perfeccionamiento del acuerdo de fusión. Tales requerimientos se encuentran contenidos en los artículos 343 y siguientes del Código de Comercio venezolano, los cuales comprenden:

- a) La fusión deberá ser acordada por la Asamblea de Accionistas de cada sociedad (en forma independiente), entendiéndose, por la Asamblea de Accionistas de la sociedad extranjera, y por la Asamblea de Accionistas de la sociedad venezolana<sup>5</sup>. El acuerdo de fusión deberá estar escrito en castellano<sup>6</sup> y domiciliado en la ciudad de Caracas, al

4 Artículo 20 de la Ley de Derecho Internacional Privado.

5 Para que sea válida la decisión tomada en la asamblea, será necesaria la presencia de al menos un número de accionistas que represente las tres cuartas partes del capital social y el voto favorable de los que representen la mitad, por lo menos de ese capital (artículo 280 del Código de Comercio venezolano). Esta disposición debe aplicarse cuando los estatutos sociales no dispongan otra cosa.

6 Artículo 13 del Código Civil venezolano.

incorporarse el patrimonio de la sociedad extranjera al de la sociedad venezolana.

- b) Los administradores de cada una de las sociedades integrantes del proceso de fusión deberán presentar, para su registro y publicación<sup>7</sup>, ante el Registro Mercantil correspondiente, el acuerdo a través del cual se haya decidido la fusión. Asimismo, presentarán sus respectivos balances, incluyendo el balance consolidado (todos auditados por contadores externos). A nuestro juicio, la sociedad venezolana debería presentar ante el Registro Mercantil que corresponda, el acuerdo de fusión debidamente suscrito por las partes contratantes y los balances suyos y los de la sociedad extranjera, aunque ésta no forme parte de ese expediente, para que sean registrados en su propio expediente<sup>8</sup>. Asimismo, el acuerdo de fusión debería tener como anexos las Actas de Asamblea de Accionistas (al menos copias fieles y exactas de las originales), de cada una de las sociedades que participan en el proceso de fusión, en las cuales conste la aprobación de la fusión por parte de los accionistas de cada una de dichas entidades.
- c) Una vez realizado el registro arriba indicado, el acuerdo de fusión deberá ser publicado en un diario mercantil del domicilio de la sociedad absorbente.
- d) Una vez realizada la precitada publicación, deberán esperarse tres (3) meses, desde la fecha de publicación (ver literal anterior), para que la fusión tenga plenos efectos legales (*erga omnes*). Ahora bien, si la ley personal de la sociedad extranjera establece un plazo mayor para que la fusión tenga plenos efectos, entonces las partes deberán establecer dicho plazo en el propio acuerdo de fusión. Sin embargo, como quiera que el proceso de fusión involucraría a una sociedad venezolana (que es la sociedad absorbente), las partes no podrán

<sup>7</sup> El artículo 217 del Código de Comercio venezolano dispone que "todos los convenios o resoluciones que tengan por objeto... la fusión de una compañía con otra, y la disolución de la compañía, aunque sea con arreglo al contrato estarán sujetos al registro y publicación establecidos en los artículos precedentes".

El plazo para dicho registro es de quince (15) días contados a partir de la fecha del acuerdo de fusión (artículo 215 del Código de Comercio venezolano).

<sup>8</sup> El artículo 226 del Código de Comercio venezolano dispone que en los Registros Mercantiles (antiguamente "Tribunales de Comercio") se formará un expediente contentivo de toda la documentación referente a cada compañía que se registre.



convenir un plazo menor a los tres (3) meses previsto en el artículo 345 del Código de Comercio venezolano, ya que dicho plazo es de orden público y no puede ser relajado por convenio entre las partes, salvo que conste el pago de las deudas sociales o medie la aquiescencia de los acreedores.

- e) Por otra parte, y de acuerdo a la legislación del país de la sociedad absorbida y/o de la jurisdicción donde se encuentren los bienes inmuebles (si los hubiere), deberán verificarse las formalidades sobre los traspasos registrales de inmuebles que haya ocasionado la fusión así como las notificaciones que deban realizarse a los órganos públicos respectivos.

Por otra parte, a nuestro juicio, las partes contratantes deberán realizar los pasos que de seguidas exponemos, los cuales no están comprendidos en las disposiciones que regulan el proceso de fusión en nuestro Código de Comercio:

- a) Todas las cantidades que se expresen en el acuerdo de fusión en moneda distinta al bolívar (moneda de curso legal en Venezuela), deberá indicarse su contravalor en bolívares a los fines de cumplir con lo previsto en el artículo 117 de la Ley del Banco Central de Venezuela.
- b) El Acta de Asamblea de Accionistas de la sociedad absorbida, contenitiva de la aprobación de la fusión deberá estar debidamente traducida, por intérprete público, al castellano y legalizada<sup>9</sup> o apostillada.
- c) Como quiera que el patrimonio de la sociedad absorbida pudiera estar compuesto por activos en moneda extranjera, y como quiera que el balance de dicha sociedad está expresado en moneda extranjera, deberá ser reexpresado a bolívares y en idioma castellano<sup>10</sup>.

---

9 En este sentido, es importante tener presente que el artículo 11 del Código Civil venezolano establece que "la forma y solemnidades de los actos que se otorguen en el extranjero, aun las esenciales a su existencia, para que éstos surtan plenos efectos en Venezuela, se rigen por las leyes del lugar donde se hacen. Si la Ley venezolana exige instrumento público o privado para su prueba, tal requisito deberá cumplirse".

10 El artículo 13 del Código de Comercio proclama que en Venezuela "el idioma legal es el castellano. Las oficinas públicas no podrán usar otro en sus actos y los libros de cuentas de los comerciantes, banqueros, negociantes, empresarios y demás industriales, deben llevarse en el mismo idioma".

- d) Como quiera que la sociedad venezolana absorberá a la extranjera, dicha absorción implicará una sustitución de patrono. Por tanto, debería determinarse qué requerimientos exige la ley personal de la sociedad absorbida en materia de sustitución de patrono.
- e) En adición a los anteriores literales, la sociedad absorbida deberá cumplir con todos los requerimientos de forma y de fondo previstos por su ley personal y en sus estatutos; si dicha ley prevé disposiciones que al ser aplicadas en Venezuela violan disposiciones de orden público venezolano, los actos que se realicen conforme a dichas disposiciones extranjeras se tendrán como no realizadas en Venezuela y, por ende, no surtirán efecto alguno. Ahora bien, es importante advertir que si la ley personal de la sociedad extranjera no permite la fusión entre sociedades o no permite la fusión internacional de sociedades, no podrá, a nuestro juicio, llevarse a cabo el proceso de fusión bajo análisis.
- f) Por otra parte, en aras de la transparencia del proceso de fusión y de los intereses de los acreedores de las sociedades que en él intervendrán, y a los fines de solventar cualquier inquietud que pudiera surgirle al Registrador Mercantil de la jurisdicción de la sociedad absorbente (sociedad venezolana), en torno al cumplimiento por parte de la sociedad absorbida de todos los requerimientos de ley exigidos por su ley personal en materia de fusión, consideramos prudente contar con la opinión, en Derecho, de un abogado de la jurisdicción de la sociedad extranjera, que certifique que la sociedad absorbida cumplió con todas las disposiciones legales aplicables y prueba de las disposiciones legales que lo permitan. Dicha opinión debería ser un anexo del acuerdo de fusión, para que así sea incorporada al expediente mercantil que la sociedad venezolana (la absorbente) tenga ante el Registro Mercantil correspondiente.
- g) Asimismo, consideramos que por tratarse de un tema novedoso, sería prudente, en aras de la transparencia del proceso de fusión, que las Juntas Directivas de cada una de las sociedades objeto de fusión, documenten en un Acta, en forma detallada y explicativa las razones económico-financieras que soportan el proyecto de fusión. En particular la relación de canje de las acciones, en atención a la complejidad misma de una fusión internacional y a que nuestro orde-

namiento jurídico no prevé disposición alguna sobre la relación de canje.

- h) Finalmente, reiteramos que el acuerdo de fusión deberá cumplir con los extremos de ley de las respectivas jurisdicciones y, como expusimos *supra*, deberá estar avalado por sendas opiniones emitidas por abogados autorizados para ejercer el Derecho en las distintas jurisdicciones que el proceso de fusión involucre, a los fines de certificar su conformidad con todos los extremos de ley. Dichas opiniones deben ser parte del acuerdo de fusión y, por tanto, reiteramos que deberían ser anexos de dicho acuerdo.

## II. EL CANJE DE LAS ACCIONES Y SUS IMPLICACIONES EN MATERIA DE INVERSIÓN EXTRANJERA

Como expusimos con antelación, unos de los efectos de la fusión es la adquisición por parte de los accionistas de las sociedades absorbidas (sociedad extranjera) de la condición de accionistas de la sociedad absorbente (sociedad venezolana), mediante el canje de las acciones de las absorbidas por acciones de la absorbente, las cuales serán emitidas por ésta en atención al aumento del capital social que deberá realizarse a los fines de reflejar cuantitativamente el patrimonio incorporado a la sociedad absorbente. Dichas acciones serán canjeadas equitativamente por los accionistas de la absorbida, quienes recibirán acciones de la absorbente atendiendo a la proporción de su participación en el capital social de la sociedad absorbida, manteniendo la misma situación patrimonial cuantitativa, pero pasando a ser propietarios de una parte más pequeña de un patrimonio más amplio<sup>11</sup>. Los accionistas entregarán acciones denominadas en divisas y recibirán acciones denominadas en bolívares. La relación de canje la deberán determinar las partes contratantes en forma equitativa y por consenso, ya que en nuestra legislación no existe referencia alguna a la relación de canje ni a cómo debe fijarse el tipo de canje.

Ahora bien, cuando el proceso de fusión involucra a sociedades que están ubicadas en jurisdicciones disímiles, los accionistas de la

---

11 A ésto se le ha definido como la expresión numérica del principio de equidad en la fusión.

sociedad absorbida pasan a ser accionistas de una compañía extranjera (sociedad venezolana) y, por tanto, comienzan a ser titulares de una inversión extranjera.

Lo antes expuesto nos obliga a preguntarnos ¿si el canje de acciones por efecto de una fusión internacional es considerado por el Acuerdo de Cartagena como una inversión extranjera directa? y ¿si los inversionistas extranjeros gozan de los beneficios legales que la inversión extranjera directa confiere?

### **1. ¿Qué es una inversión extranjera directa a la luz del Acuerdo de Cartagena?**

En atención a las disposiciones contenidas tanto en la Decisión 291<sup>12</sup> como en el Decreto 2.095<sup>13</sup>, se considera inversión extranjera directa cuando:

- Se ha realizado un aporte en dinero, proveniente del extranjero y en moneda libremente convertible, al capital social de una sociedad constituida en Venezuela. Para que dicha inversión sea susceptible de registro ante la Superintendencia de Inversión Extranjera, dicho aporte debe haber ingresado a Venezuela y debe haberse convertido a bolívares (regla general) y, lógicamente, debió haber sido utilizado para pagar el capital suscrito en el respectivo aumento de capital.
- Se aporta, en vez de dinero, maquinaria y equipo (bienes tangibles) o también bienes intangibles.
- Se convierte deuda en inversión (proceso de conversión de deuda en inversión).
- Un inversionista extranjero directo reinvierte las utilidades que haya tenido.

12 Decisión 291, mediante la cual se dicta el Reglamento del Régimen común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías.

13 Decreto N° 2.095, de fecha 13 de febrero de 1992, mediante el cual se dicta el Reglamento del Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 34.930, de fecha 25 de marzo de 1992.

## **2. ¿El canje de acciones por efecto de una fusión internacional es una inversión extranjera directa a la luz del acuerdo de Cartagena?**

A nuestro juicio, el canje de acciones por efecto de una fusión internacional no encuadra plenamente dentro de los supuestos de hecho que hemos identificado en el literal anterior, por tanto, los accionistas de la sociedad absorbida no podrán registrar su inversión ante la Superintendencia de Inversiones Extranjera, pues la transferencia en bloque del patrimonio social conjuntamente con el canje accionario no está contemplado como una inversión extranjera directa, salvo que logren hacer ver ante la Superintendencia de Inversiones Extranjeras que la transferencia en bloque se inserta dentro del supuesto relativo al aporte de maquinaria y equipo (bienes tangibles) o también bienes intangibles. En consecuencia, si no se llegare a materializar el registro de la inversión extranjera directa por parte de los accionistas de las sociedades extranjeras absorbidas, en la eventualidad de que se implantare en Venezuela un control cambiario<sup>14</sup>, en principio, tales inversionistas no podrán repatriar su inversión o las utilidades que ésta les haya podido generar.

Por otra parte, a nuestro juicio, tales accionistas tampoco podrían alegar ante la Superintendencia de Inversiones Extranjeras que su inversión es de aquellas contempladas en el artículo 27 del Decreto 2.095, es decir, una inversión en cartera, pues dicho supuesto implica:

- La adquisición de acciones, participaciones o derechos propiedad de inversionistas nacionales o subregionales, por parte de inversionistas extranjeros en empresas nacionales, mixtas o extranjeras. Las acciones que los accionistas de la sociedad absorbida reciben de la sociedad absorbente son a título de canje, por tanto, el negocio jurídico es distinto al previsto en la citada norma, es decir, no está presente la figura de adquisición de acciones.
- Otro de los supuestos que contempla la precitada disposición legal es que la adquisición la realicen los inversionistas en alguna de las bolsas de valores venezolanas. Por tanto, si las acciones de la sociedad absorbente no cotizan en bolsa y aunque cotizaran tampoco estaríamos bajo este supuesto de hecho, pues habría que cubrir dos elementos, a

---

14 Hoy día en Venezuela no existen restricciones cambiarias; hay libertad cambiaria.

saber: que las acciones coticen en bolsa y que sean adquiridas en bolsa por inversionistas extranjeros. Ninguno de estos elementos se dan en procesos de fusión, pues las acciones que se reciben a título de canje son acciones nuevas producto del aumento del capital social, y las que se cotizan en bolsa son acciones que fueron suscritas y pagadas en momento pretérito, con antelación a la fusión y no como efecto de la misma.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, el hecho de que los accionistas no puedan registrar su inversión ante la Superintendencia de Inversión Extranjera, ésto no obsta, en modo alguno, para que la sociedad absorbente solicite la calificación que corresponda ante dicho organismo.

## **II. DERECHO DE LOS ACCIONISTAS ANTE UN PROCESO DE FUSIÓN**

### **1. Derecho de canje de acciones**

Como se indicó *supra*, los accionistas de la sociedad absorbida tienen derecho a que sus acciones sean canjeadas equitativamente por acciones de la sociedad absorbente. Ahora bien, este no es un derecho que esté expresamente consagrado en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, es una consecuencia lógica de todo proceso de fusión que no puede ser obviada. Sin perjuicio de lo antes expuesto, habría que igualmente determinar si la ley interna de la sociedad absorbida prevé expresamente el derecho de canje de acciones.

### **2. El derecho de separación**

Los accionistas de una sociedad, cuando se vinculan a ella, lo hacen en atención a las condiciones y características particulares del ente al cual se adhieren, que están definidas por el ordenamiento legal y estatutario que le sea aplicable. La corriente de pensamiento jurídico de vanguardia ven a la fusión como una modificación estatutaria y, por ende, alteran las condiciones y características originarias que la sociedad tenía para el momento en que el accionista se adhirió a la misma. En tal sentido, se plantea el problema de que si los accionistas que hayan votado

en contra del proceso de fusión tienen derecho a separarse de la sociedad o puede serles impuesta la nueva situación estatutaria. Las modificaciones a las cuales usualmente se hace referencia son las siguientes: cambio del objeto social (en la eventualidad de que se fusionen sociedades con objetos sociales disímiles), la transformación (en la eventualidad que se fusionen sociedades que se hayan constituido bajo figuras societarias disímiles), y la transferencia al extranjero del domicilio social.

En nuestro ordenamiento jurídico, al accionista no se le reconoce expresamente el derecho a separarse de la sociedad por disentir del acuerdo de fusión. Sin embargo, el artículo 282 del Código de Comercio venezolano sí prevé dicho derecho para el supuesto de cambio del objeto social, para lo cual obtendrán el reembolso de sus acciones en proporción del activo social, según el último balance aprobado. Ciertos autores venezolanos<sup>15</sup> se inclinan por reconocer que en los procesos de fusión de empresas que tienen objetos sociales disímiles, ya sea para constituir una sociedad nueva o para incorporar una sociedad a otra, se está en presencia de una alteración del objeto social. En el caso de las fusiones por absorción o incorporación, la transformación o reforma ocurre en la sociedad absorbida y es a los accionistas de dicha sociedad a quienes en principio se les alteran las condiciones iniciales que les motivaron a adherirse a dicha sociedad y, por tanto, quienes tienen el derecho a separarse. Sin embargo, al no estar dicho derecho expresamente previsto en nuestra legislación, queda a libertad de los particulares el reconocerlo. Ello se puede hacer *ab-initio* (desde el momento de su constitución), incorporándolo a los estatutos sociales o en el propio acuerdo de fusión. En ambos casos deberá preverse las condiciones en las cuales los accionistas disidentes obtendrán el reembolso de sus acciones.

### III. CONCLUSIÓN

El Legislador venezolano no ha contemplado expresamente en nuestro ordenamiento jurídico la fusión internacional de sociedades; pero tampoco la ha prohibido expresamente. Por tanto, es forzoso concluir

---

15 Entre los cuales destaca el profesor Alfredo Morles Hernández (ver MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. Universidad Católica Andrés Bello. Cuarta Edición. Caracas, 1998. Página 1.453).

que en Venezuela está legalmente permitida la fusión internacional de sociedades, en razón que, en derecho privado prevalece el principio de la libertad contractual, según el cual: "lo que no está expresamente prohibido, se entiende permitido".

Ahora bien, al prescindir nuestro ordenamiento jurídico de una referencia expresa sobre el precitado proceso internacional de fusión de sociedades, consideramos que a dicho proceso le será aplicable tanto las normas en materia de fusión contenidas en el Código de Comercio venezolano, como aquellas disposiciones que lo regulen en la jurisdicción donde esté constituida y domiciliada la sociedad extranjera. Es decir, al proceso le será aplicable la ley personal correspondiente a cada una de las personas jurídicas que intervengan en el antes citado proceso. Dicha ley personal no es otra que aquella que viene determinada por el lugar de constitución de la empresa<sup>16</sup>, a la cual deberá atenderse en todo lo relativo a capacidad, representación y, lógicamente, disolución como efecto de la fusión. Como puede observarse, los procesos de fusiones internacionales son complejos, pues entrañan la presencia de conflictos de leyes relativos a los principios, condiciones, requisitos y pasos necesarios para la realización de la misma<sup>17</sup>.

Al aplicarse ambas legislaciones al proceso de fusión internacional, las partes, a los fines de perfeccionar y ejecutar validamente el acuerdo de fusión, deberán cumplir con todos los requerimientos legales exigidos en las jurisdicciones respectivas.

---

16 En este sentido, el artículo 20 de la Ley de Derecho Internacional Privado, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 36.511, de fecha 6 de agosto de 1998, proclama que:

"La existencia, la capacidad, el funcionamiento y la disolución de las personas jurídicas de carácter privado se rigen por el Derecho del lugar de su constitución. Se entiende por lugar de su constitución, aquél en donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas".

17 A tales efectos, el artículo 37 de la Ley de Derecho Internacional Privado dispone que:

"Los actos jurídicos son válidos, en cuanto a la forma, si cumplen los requisitos exigidos en cualquiera de los siguientes ordenamientos jurídicos:

1. El del lugar de celebración del acto;
2. El que rige el contenido del acto; o
3. El domicilio de su otorgante o del domicilio común de sus otorgantes".



Finalmente, es igualmente importante destacar que la materialización de la fusión internacional, será imposible si las leyes aplicables a la materia en la jurisdicción donde se encuentre la sociedad extranjera la prohíben expresamente.

# Esquema de la Investigación y el Procedimiento ante la Corte Penal Internacional

Fernando M. Fernández<sup>1</sup>

## SUMARIO

I) OBJETIVOS. II) INTRODUCCIÓN. III) LOS PRINCIPIOS, LOS DERECHOS Y LAS GARANTÍAS: 1. Principios Fundamentales; 2. Los derechos y las garantías; 3. Derechos del acusado; 4. Indemnización por error judicial; 5. Derechos de las víctimas. IV) INVESTIGACIÓN Y PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. 1) Iniciativa. 2) Autorización de la Investigación. 3) Inicio de la Investigación. 4) Funciones y atribuciones del Fiscal con respecto a la investigación. 5) Oportunidad única para proceder a una investigación. 6) Orden de detención u orden de comparecencia dictada por la SCP (art. 58) 7) Procedimiento de detención en el Estado de detención. 8) Audiencia confirmatoria de los cargos antes del juicio. 9) Lugar e inicio del Juicio. 10) Del Fallo condenatorio Del Fallo condenatorio. 11) Apelación del Fallo condenatorio o absolutorio o de la pena. 12) Procedimiento de apelación. VI. CONCLUSIONES. VI) BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES RECOMENDADAS

---

<sup>1</sup> Presidente de la Sección Venezolana de Amnistía Internacional. Consultor del PNUD. Socio de Baker & McKenzie. Profesor del Postgrado en Derecho Procesal Penal de la Universidad de Carabobo y de la Universidad Católica del Táchira. Ha dictado varios seminarios sobre la Corte Penal Internacional en el Instituto Pedro Gual del Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela.

## I. OBJETIVOS

El propósito de esta ponencia es hacer un breve esquema de la investigación penal y el proceso, así como los principios, derechos y garantías ante la Corte Penal Internacional (CPI). Por lo limitado de nuestro objeto, prescindiremos de la exhaustividad propia de otros desarrollos y de los detalles que harían muy larga esta presentación. En la bibliografía anexa se encontrarán las fuentes que pueden ser consultadas en la profundización de estas líneas.

De esta manera, la Sección Venezolana de Amnistía Internacional, presta su colaboración con el éxito de este Seminario Internacional organizado por el Ministerio Público, con el auspicio del Tribunal Supremo de Justicia, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la Embajada de España y la Oficina de Cooperación Española.

## II. INTRODUCCIÓN

Para la Sección Venezolana de Amnistía Internacional es un verdadero agrado presentar este esquema de la investigación y el procedimiento penal en la persecución de los crímenes previstos en el Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional, en el entendido de brindar las herramientas de acción para impedir la impunidad de las más graves violaciones de los derechos humanos. Con el desarrollo de las normas del Estatuto de Roma en el derecho interno se cerrará el círculo contra quienes cometan los crímenes establecidos en él.

Luego de 50 años de expectativas y discusiones y de haberse justificado plenamente su creación, la ONU aprobó en 1998 el Estatuto de Roma, mediante el cual se establece la Corte Penal Internacional (CPI), de forma independiente y permanente, con lo cual se supera la frágil legitimidad de los tribunales Ad-Hoc que han existido hasta ahora (Nüremberg, Tokio, Yugoslavia y Ruanda), encargados de castigar los delitos contra la humanidad cometidos por sus dirigentes y militares.

Hasta ahora 160 países han firmado el Estatuto de Roma. De los cuales 46 lo han ratificado. Venezuela fue el 11° en hacerlo y el primero de Iberoamérica. El Estatuto de Roma fue publicado en Gaceta Oficial (13/12/2000). El Estatuto entrará en vigencia una vez que ratifique el país N° 60.

Amnistía Internacional y la Coalición por la Corte Penal Internacional han sido algunas de las Organizaciones No Gubernamentales más interesadas y efectivas en lograr su total aprobación, para lo cual han desplegado intensas actividades, encuentros y seminarios.

El Estatuto de Roma, además de crear la CPI, tipifica los delitos más graves contra los derechos humanos y establece el procedimiento (acusatorio) de persecución penal. La consecuencia de esto es que los Estados firmantes se obligan a reformar internamente sus leyes penales y de procedimiento, a los fines de dar cumplimiento a esta nueva obligación y desarrollar internamente el control, la prevención y la represión de cualquier actuación delictiva en perjuicio de las derechos fundamentales. La CPI actuará de forma complementaria de las jurisdicciones nacionales, y sólo será competente luego que se constate que un Estado no puede o no quiere enjuiciar a los responsables de los delitos.

En el caso de Venezuela, ya se hizo la tarea de crear al COPP, recientemente reformado para hacerlo más eficiente, pero sin sacrificio alguno de sus principios, pero falta por reformar totalmente el Código Penal y el Código de Justicia Militar, a los fines de tipificar los delitos de genocidio, lesa humanidad y de guerra, tal como es la obligación derivada del Estatuto de Roma.

La gran novedad del Estatuto de Roma es que establece la responsabilidad penal de personas naturales que comanden tropas o que dirijan un Estado y que cometan delitos contra la humanidad. A lo cual se suman los líderes militares o políticos de grupos guerrilleros o informales que ataquen poblaciones civiles en conflictos no internacionales.

### **III. LOS PRINCIPIOS, LOS DERECHOS Y LAS GARANTÍAS**

Es de hacer notar el impresionante esfuerzo para hacer que gran parte de la comunidad mundial de naciones adoptara el Estatuto de Roma, particularmente en lo referente a los principios de tipo penal y del proceso penal. Baste con pensar las dificultades surgidas entre los especialistas del derecho civil, derecho anglosajón y países tan disimiles como los musulmanes. Asimismo, los aportes de las ONG's enriquecieron enormemente las discusiones y sus resultados. Lo que arrojó un importante

saldo positivo, el cual se resume en los principios y las normas sobre los derechos y garantías.

### 1. Principios fundamentales

Los mismos están diseminados en varios de los artículos del Estatuto y son los siguientes:

- i. Corte penal permanente (art. 1)
- ii. Jurisdicción sobre los crímenes más graves de trascendencia internacional (art. 1)
- iii. Carácter complementario de las jurisdicciones nacionales (art. 1)
- iv. La CPI tendrá responsabilidad jurídica internacional (art. 4)
- v. Proceso penal acusatorio, oral y público (implícito)
- vi. Cosa Juzgada (art. 20)
- vii. Derecho aplicable (art. 21)
- viii. *Nullum crimen sine lege* (art. 22)
- ix. *Nulla poena sine lege* (art. 23)
- x. Irretroactividad *rationae personae* (art. 24) *In dubio pro reo* (art. 24)
- xi. Responsabilidad penal individual (art. 25)
- xii. Exclusión del procesamiento menores de 18 años (art. 26)
- xiii. Improcedencia del cargo oficial (art. 27)
- xiv. Responsabilidad de los jefes y otros superiores (art. 28)
- xv. Imprescriptibilidad (art. 29)
- xvi. Elemento de intencionalidad (art. 30)
- xvii. Circunstancias eximentes de responsabilidad (art. 31)
- xviii. Error de hecho y error de derecho (art. 32)
- xix. Ordenes superiores y disposiciones legales (art. 33)
- xx. Independencia de los Magistrados (art. 40)
- xxi. Presunción de Inocencia (art. 66)

## 2. Los derechos y las garantías

- a) Derechos de las personas durante la Investigación (art. 55):
  - i) Nadie estará obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable
  - ii) Nadie será sometido a forma alguna de coacción, intimidación, amenazas, torturas, ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.
  - iii) Derecho a un traductor en su idioma nativo
  - iv) Nadie será sometido a arrestos o detención arbitrarios, salvo lo dispuesto en el Estatuto
- b) Antes del interrogatorio:
  - i) A ser informada de los motivos para creer que ha cometido un crimen de los previstos en el Estatuto
  - ii) A guardar silencio, sin que ello sea considerado como elemento en la determinación de su inocencia o culpabilidad
  - iii) A ser asistida por un abogado de su preferencia, o de uno de oficio de forma gratuita.
  - iv) A ser interrogada en presencia de su abogado, a menos que haya renunciado previamente a la asistencia letrada.

## 3. Derechos del acusado (art. 67)

- a) Ser oído públicamente y a una audiencia justa e imparcial, así como las siguientes garantías en pie de igualdad:
  - i) A ser informado sin demora y detallada, en un idioma que entienda y hable de la naturaleza, contenido y causa de los cargos de la acusación
  - ii) A disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse libre y plenamente con su defensor.
  - iii) A ser juzgado sin dilaciones indebidas.
  - iv) A hallarse presente durante el proceso y a defenderse personalmente o por medio de su abogado defensor, el cual puede ser gratuito si careciere de medios.

- v) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo, en igualdad de condiciones. Podrá oponer excepciones y a presentar pruebas admisibles
  - vi) Obtener asistencia de intérprete competente y contar con las traducciones adecuadas si en las actuaciones de la Corte o en documentos empleados se emplea un idioma que no comprende o habla.
  - vii) A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, sin que ello pese en la determinación de su inocencia o culpabilidad.
  - viii) A declarar de palabra o por escrito en su defensa sin prestar juramento.
  - ix) A que no se invierta la carga de la prueba ni se le obligue a presentar contrapruebas.
- b) Además, el Fiscal está obligado a presentar a la defensa las pruebas con las cuales cuenta, tenga acceso o estén bajo su control, tan pronto sea posible; y que a su juicio, indiquen o tiendan a señalar la inocencia del acusado o atenuar su culpabilidad, o que puedan afectar la credibilidad de las pruebas de cargo.

#### **4. Indemnización del detenido o del condenado por error (art. 85)**

- i. El detenido o recluso ilegalmente o por error tiene derecho efectivo a ser indemnizado
- ii. El condenado por error judicial, luego de la anulación de la condena equivocada, salvo que el error le sea imputable, tendrá derecho a la indemnización.
- iii. Derecho a ser indemnizado cuando se absuelva o se sobresea la causa, debido a un error judicial grave y manifiesto.

#### **5. Derechos de las víctimas (Arts. 68, 75 y 79)**

- i. Protección de seguridad, bienestar físico y psicológico., dignidad y vida privada de las víctimas, sin perjuicio de los derechos del acusado.
- ii. Confidencialidad de ciertas partes del juicio, como excepción al principio de publicidad. Uso de medios electrónicos u otros medios especiales.

- iii. Tomar en cuenta las opiniones de las víctimas en todo momento, sin perjuicio de los derechos de los acusados.
- iv. Crear la Dependencia de Asistencia a las Víctimas y Testigos.
- v. Limitar la presentación de las pruebas en público, sin perjuicio de los derechos del acusado
- vi. Medidas de protección para los agentes y funcionarios de los Estados, así como de la información pertinente.
- vii. Derecho a restitución, indemnización y rehabilitación
- viii. Condenar con penas de restitución, indemnización y rehabilitación o uso del Fondo Fiduciario.
- ix. Estas normas no son en perjuicio de las reglas de derecho interno de los países.

#### **IV. INVESTIGACIÓN Y PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL**

##### **1. Iniciativa:**

Para actuar ante la CPI la iniciativa puede provenir de 3 fuentes:

- i) Cuando un Estado parte remite al Fiscal una situación en la que parezca que se ha cometido uno de los crímenes en los cuales la CPI ejerce su competencia;
- ii) Cuando el Consejo de Seguridad (Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas) remite al Fiscal una situación en la que parezca haberse cometido uno o varios crímenes y;
- iii) Cuando el Fiscal inicia una investigación de oficio. (Art. 13)

##### **2. Autorización de investigación:**

En el supuesto de que el Fiscal inicie una investigación de oficio deberá:

- i) Luego de analizar la veracidad de la información obtenida, y de llegar a la conclusión de que existe fundamento para iniciar una investigación, presentar a la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP) una petición de autorización de investigación.



- ii) De considerar la SCP, que existe fundamento para iniciar una investigación autorizará su inicio, sin perjuicio de las resoluciones que pueda posteriormente tomar la CPI con respecto a su competencia y admisibilidad.
- iii) De negarse la SCP a autorizar la investigación, esto no será obstáculo para que ulteriormente, el Fiscal presente una petición basada en nuevos hechos o pruebas relacionados con la misma situación.
- iv) De considerar el Fiscal, al inicio de su investigación acerca de la veracidad de los hechos que no existe fundamento suficiente para una investigación, informará de ello a quienes la hubieren presentado. (Art. 15).

### **3. Inicio de la Investigación:**

El Fiscal luego de analizar la información que disponga tendrá en cuenta:

- i) Si dicha información constituye fundamento suficiente para creer que se ha cometido uno de los crímenes en los cuales la CPI es competente;
- ii) Si la causa es admisible o inadmisibile;
- iii) Si existen razones sustanciales para creer que aún teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia. En el supuesto de proceder este caso el Fiscal lo deberá notificar a la SCP;
- iv) Si tras la investigación, el Fiscal llega a la conclusión de que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento, ya que:
  - No existe una base suficiente de hecho o de derecho para pedir una orden de detención o de comparecencia;
  - El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias: gravedad del crimen; intereses de las víctimas; edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen, el Fiscal notificará su conclusión motivada a la SCP, al Estado que haya remitido el asunto o al Consejo de Seguridad.

- A petición del Estado que haya remitido el asunto o del Consejo de Seguridad, la SCP podrá examinar la decisión del Fiscal de no proceder a la investigación, de considerar que existe fundamento suficiente, el Fiscal deberá reconsiderar su decisión. El Fiscal, podrá reconsiderar en cualquier momento su decisión de iniciar una investigación o enjuiciamiento sobre la base de nuevos hechos o nuevas informaciones.
- La decisión del Fiscal solo surtirá efecto si es confirmada por la SCP. (Art. 53).

#### **4. Funciones y atribuciones del Fiscal con respecto a la investigación:**

El Fiscal, con la finalidad de establecer la veracidad de los hechos podrá:

- i) Ampliar la investigación a todos los hechos y las pruebas que sean pertinentes para determinar la responsabilidad penal;
- ii) Adoptar medidas adecuadas para asegurar la eficacia de la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes;
- iii) Respetará los derechos que el Estatuto le confiere a las personas;
- iv) Podrá realizar investigaciones en el territorio de un Estado;
- v) Hacer comparecer e interrogar a las personas objeto de la investigación, víctimas y testigos;
- vi) Solicitar la cooperación de un Estado u organización;
- vii) Concertar las disposiciones o los acuerdos compatibles con el Estatuto, a fin de facilitar la cooperación de un Estado, una organización intergubernamental o una persona;
- viii) Convenir en que no divulgará en ninguna etapa del procedimiento los documentos o la información que obtenga a condición de preservar su carácter de confidencial y únicamente a los efectos de obtener nuevas pruebas; y
- ix) Adoptar o pedir que se adopten las medidas necesarias para asegurar el carácter confidencial de la información, la protección de una persona o la preservación de las pruebas. (Art. 54)

### **5. Oportunidad única para proceder a una investigación:**

La SCP podrá adoptar las siguientes disposiciones cuando se presente una oportunidad única de proceder a una investigación:

- i) El Fiscal comunicando a la SCP podrá recibir el testimonio o la declaración de un testigo o de examinar, reunir o verificar pruebas;
- ii) La SCP a petición del Fiscal, podrá adoptar las medidas que sean necesarias para velar por la eficiencia e integridad de las actuaciones y en particular, para proteger los derechos de la defensa, como por ejemplo: formular recomendaciones o dictar ordenanzas respecto del procedimiento que habrá que seguirse; ordenar que quede constancia de las actuaciones; nombrar a expertos; autorizar al abogado defensor del detenido o de quien haya comparecido ante la Corte a nombrar otro para que comparezca y represente los derechos de la defensa; adoptar todas las medidas que sean necesarias para reunir o preservar las pruebas.
- iii) A menos que la SCP ordene otra cosa, el Fiscal proporcionará la información correspondiente a la persona que ha sido detenida o que ha comparecido en virtud de una citación en relación con una investigación;
- iv) La SCP cuando considere que el Fiscal no ha solicitado alguna de estas medidas que a su juicio, sean esenciales para la defensa del juicio, le consultará al Fiscal si se justificaba no haberlas solicitado, en caso contrario, la SCP podrá de oficio adoptar esas medidas.
- v) El Fiscal podrá apelar de la decisión de la SCP de actuar de oficio. La apelación se substanciará en un procedimiento sumario.
- vi) La admisibilidad o la forma en que quedará constancia de las pruebas reunidas o preservadas para el juicio se regirá por las Reglas de Procedimiento y Prueba. (Art. 56)

### **6. Orden de detención u orden de comparecencia dictada por la SCP (art. 58).**

En cualquier momento, luego de iniciada la investigación la SCP dictará, a solicitud del Fiscal, la orden de detención contra una persona si, tras examinar la solicitud y las pruebas y otra información presentada por el Fiscal estuviere convencida de que:

i) Hay motivo razonable para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte; y

ii) Si la detención parece necesaria para:

- Asegurar que la persona comparezca en juicio;
- Asegurar que la persona no obstruya ni ponga en peligro la investigación ni las actuaciones de la Corte; o
- Impedir que la persona siga cometiendo ese crimen o un crimen conexo que sea de la competencia de la Corte y tenga su origen en las mismas circunstancias.

i) La Corte, sobre la base de la orden de detención, podrá solicitar la detención provisional o la detención y entrega de la persona;

ii) El Fiscal podrá pedir a la SCP que enmiende la orden de detención para modificar la referencia al crimen indicado en ésta o agregar otros;

iii) El Fiscal podrá pedir a la SCP que, en lugar de una orden de detención, dicte una orden de comparecencia. La SCP de estar convencida de que hay motivo razonable para creer que la persona ha cometido el crimen que se le imputa y que bastará con una orden de comparecencia para asegurar que comparezca efectivamente, dictará, con o sin las condiciones limitativas de la libertad (distintas de la detención) que prevea el derecho interno, una orden para que la persona comparezca. (art. 58)

7. Procedimiento de detención en el Estado de detención (art. 59).

El Estado parte que haya recibido una solicitud de detención provisional o de detención y entregará y tomará inmediatamente las medidas necesarias de conformidad con su derecho interno y lo establecido en el Estatuto. En tal sentido:

i) El detenido será llevado sin demora ante la autoridad judicial competente del Estado de detención, que determinará si, de conformidad con el derecho de ese Estado:

- La orden es aplicable;

- La detención se llevó a cabo conforme derecho; y
  - Se han respetado los derechos del detenido.
- i) El detenido tendrá derecho a solicitar la libertad provisional antes de su entrega. La autoridad competente del Estado de detención examinará si, dada la gravedad de los presuntos crímenes, hay circunstancias urgentes y excepcionales que justifiquen la libertad provisional y si existen las salvaguardias necesarias para que el Estado de detención pueda cumplir su obligación de entregar a la persona a la Corte;
  - ii) La solicitud de libertad provisional será notificada a la SCP, que hará recomendaciones a la autoridad competente del Estado de detención. Antes de adoptar su decisión, la autoridad competente del Estado de detención tendrá plenamente en cuenta esas recomendaciones, incluidas las relativas a medidas para impedir la evasión de la persona;
  - iii) De concederse la libertad provisional, la SCP podrá solicitar informes periódicos al respecto;
  - iv) Una vez que el Estado de detención haya ordenado la entrega, el detenido será puesto a disposición de la Corte tan pronto como sea posible. (Art. 59)

### **8. Audiencia confirmatoria de los cargos antes del juicio (art. 61).**

Posterior a la entrega de la persona a la Corte o su comparecencia voluntaria ante ésta:

- i) La SCP celebrará una audiencia para confirmar los cargos sobre la base de los cuales el Fiscal tiene la intención de pedir el procedimiento. La audiencia se celebrará en presencia del Fiscal y del imputado, así como de su defensor;
- ii) La SCP a solicitud del Fiscal o de oficio, podrá celebrar una audiencia en ausencia del acusado para confirmar los cargos en los cuales el Fiscal se basa para pedir el enjuiciamiento cuando el imputado:
  - Haya renunciado a su derecho a estar presente; o
  - Haya huido o no sea posible encontrarlo y se hayan tomado todas las medidas razonables para asegurar su comparecencia ante la Corte e informarle de los cargos y de que se celebrará una audiencia

para confirmarlos. En este caso, el imputado estará representado en un defensor cuando la SCP resuelva que ello redunde en interés de la justicia

iii) Dentro de un plazo razonable antes de la audiencia:

- se proporcionará al imputado un ejemplar del documento en que se formulen los cargos por los cuales el fiscal se proponga enjuiciarlos; y
- se le informará de las pruebas que el Fiscal se proponga presentar en la audiencia

iv) Antes de la audiencia, el Fiscal presentará respecto de cada cargo las pruebas suficientes para creer que el imputado cometió el crimen que se le imputa. El Fiscal podrá presentar pruebas documentales o un resumen de las pruebas y no será necesario que llame a los testigos que han de declarar en juicio;

v) En la audiencia el imputado podrá:

- Impugnar los cargos;
- Impugnar las pruebas presentadas por el Fiscal; y
- Presentar pruebas.

vi) La SCP determinará, sobre la base de la audiencia, si las pruebas son suficientes para creer que el imputado cometió cada crimen que se le imputa. Dependiendo de la determinación la SCP:

- Confirmar los cargos;
- No confirmar los cargos;
- Levantará la audiencia y pedirá al Fiscal que considere la posibilidad de:
  - Presentar nuevas pruebas o llevar a cabo nuevas investigaciones en relación con un determinado cargo; o
  - Modificar un cargo en razón de que las pruebas presentadas parecen indicar la comisión de un crimen distinto que sea de la competencia de la Corte.

vii) Una vez confirmados los cargos y antes de comenzar el juicio, el Fiscal, con autorización de la SCP y previa notificación al acusado, podrá modificar los cargos. El Fiscal, si se propusiera presentar nuevos

cargos o sustituirlos por otros más graves, deberá pedir nuevamente una audiencia confirmatoria de cargos. Una vez comenzado el juicio, el Fiscal, con autorización de la Sala de Primera Instancia (SPI), podrá retirar los cargos.

viii) Una vez confirmados los cargos, la Presidencia constituirá la Sala de Primera Instancia que se encargará de la siguiente fase del procedimiento y podrá ejercer funciones de la SCP que sean pertinentes y apropiadas en ese procedimiento. (Art. 61)

### **9. Lugar e inicio del Juicio**

A menos que se decida otra cosa, el juicio público se celebrará en la sede de la Corte (art. 62) de la siguiente forma:

- i) El acusado deberá estar presente durante el juicio. En el caso de que el acusado perturbe continuamente el juicio, la SPI podrá disponer que salga de ella y observe el procedimiento y dé instrucciones a su defensor desde fuera, utilizando en caso necesario, tecnologías de comunicación. Estas medidas se adoptarán únicamente en circunstancias excepcionales, después de que se haya demostrado que no hay otras posibilidades razonables y adecuadas, y únicamente durante el tiempo que sea estrictamente necesario. (art. 63)
- ii) Al comenzar el juicio la SPI dará lectura ante el acusado de los cargos confirmados anteriormente por la SCP. La SPI se cerciorará de que el acusado comprende la naturaleza de los cargos. Dará al acusado la oportunidad de declararse culpable o inocente;
- iii) Durante el juicio, el magistrado Presidente podrá impartir directivas para la substanciación del juicio, en particular para que este sea justo e imparcial. (Art. 64)
- iv) En el supuesto de que el acusado se declare culpable, la SPI determinará:
  - Si el acusado comprende la naturaleza y las consecuencias de la declaración de culpabilidad;
  - Si la declaración de culpabilidad está corroborada por los hechos de la causa conforme a:
    - Los cargos presentados por el Fiscal y aceptados por el acusado;

- Las piezas complementarias de los cargos presentados por el Fiscal y aceptados por el acusado;
- Otras pruebas, como declaraciones de testigos.
  - La SPI de constatar que se cumplen las condiciones anteriormente señaladas, considerará que la declaración de culpabilidad, junto con las pruebas adicionales presentadas, constituye un reconocimiento de todos los hechos esenciales que configuran el crimen, y podrá condenarlo por ese crimen.
  - La SPI de constatar que no se cumplen las condiciones a que se hace referencia en el apartado ii, tendrá la declaración de culpabilidad como no formulada, en este caso el juicio prosigue con arreglo al procedimiento ordinario y podrá remitir la causa a otra SPI. (art. 65)

#### **10. Del Fallo condenatorio (art. 74):**

- i) En el caso de que se dicte un fallo condenatorio, la SPI fijará la pena que proceda imponer, para lo cual tendrá en cuenta las pruebas practicadas que se hayan hecho en el proceso;
- ii) Salvo en el caso en que sea aplicable el art. 65, la SPI podrá convocar de oficio una nueva audiencia, y tendrá que hacerlo si lo solicita el Fiscal o el acusado antes de que concluya la instancia, a fin de practicar diligencias de prueba o escuchar presentaciones adicionales relativas a la pena. En el caso de realizarse esta audiencia adicional se escuchará:
  - Lo que establezca la Corte acerca de los principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes
  - La Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación;
  - La Corte antes de tomar una decisión, tendrá en cuenta las observaciones formuladas por el condenado, las víctimas, otras



personas o Estados que tengan interés, o las que formulen en su nombre;

- Los Estados partes darán efecto a la decisión dictada por la Corte.
- Nada de lo dispuesto podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de las víctimas con arreglo al derecho interno o el derecho internacional.
- La pena será impuesta en audiencia pública y, de ser posible, en presencia del acusado.

### **11. Apelación del Fallo condenatorio o absolutorio o de la pena.**

Los fallos dictados por la SPI pueden ser apelados por la persona condenada, por el Fiscal a favor del condenado o por el Fiscal a título personal.

- i) El Fiscal puede apelar por alguno de los motivos siguientes:
  - Vicio de procedimiento;
  - Error de hecho; o
  - Error de derecho.
- ii) El condenado, o el Fiscal en su nombre, podrá apelar por alguno de los siguientes motivos:
  - Vicio de procedimiento;
  - Error de hecho;
  - Error de derecho; o
  - Cualquier otro motivo que afecte a la justicia o a la regularidad del proceso o del fallo.
- iii) El Fiscal o el condenado podrán apelar de una sentencia, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, en razón de una desproporción entre el crimen y la condena;
- iv) La Corte, si al conocer de la apelación de una sentencia, considerase que hay fundamentos para revocar la condena en todo en parte, podrá invitar al Fiscal y al condenado a que presenten sus argumentos de conformidad con los causales especificadas en los literales (i) y (ii) del punto 10. Este procedimiento también será aplicable cuando

la Corte, al conocer de una apelación contra la sentencia únicamente, considere que hay fundamentos para reducir la pena.

- v) El condenado deberá permanecer privado de libertad mientras se falla la apelación;
- vi) Cuando la duración de la detención fuese mayor que la de la pena de prisión impuesta, el condenado será puesto en libertad, sin embargo si apela el Fiscal, esa libertad quedará sujeta a las condiciones siguientes:
- Si la sentencia fuere absolutoria, el acusado será puesto en libertad de inmediato, con sujeción a las siguientes normas:
    - En casos excepcionales y teniendo en cuenta, el riesgo concreto de fuga, la gravedad del delito y las probabilidades de que se dé lugar a la apelación, la SPI, a solicitud del Fiscal, podrá decretar que siga privado de la libertad mientras dure la apelación.
    - Las decisiones dictadas por la SPI en virtud de los literales anteriores son apelables.
- vii) La ejecución de la decisión o sentencia serán suspendidas por el plazo fijado para la apelación y mientras dure el procedimiento en los casos en que la SPI ordene que el condenado permanezca privado de libertad o cuando haya sido puesto en libertad por que la pena era mayor que la detención y el Fiscal haya apelado. (Art. 81)

## **12. Procedimiento de apelación (art. 83):**

- i) Si la Sala de Apelaciones inadmite la apelación, quedará firme la sentencia, pero, si decide que las actuaciones apeladas fueron injustas y que ello afecta la regularidad del fallo o la pena o que el fallo o la pena apelados adolecen efectivamente de errores de hecho o de derecho o de vicios de procedimiento podrá:
- Revocar o enmendar el fallo o la pena; o
  - Decretar la celebración de un nuevo juicio en otra SPI

## V. CONCLUSIONES

El estudio del Estatuto de Roma sobre la CPI, apenas está empezando a cobrar cuerpo en Venezuela, pese a que el país y su representación tuvo un destacado papel en el seno de las Naciones Unidas. Para la Sección Venezolana de Amnistía Internacional es un momento de gran importancia: se trata de divulgar el contenido de un instrumento que brinda las herramientas para combatir la impunidad de los crímenes contra la humanidad.

Es de destacar, que las normas relativas al procedimiento, la investigación, los principios, derechos y garantías, son las piezas fundamentales de un juicio justo e imparcial que asegura a los inocentes que no sufrirán injusticias, pero implacable frente a lo que no tiene justificación.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES RECOMENDADAS:

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión Nacional de Derechos Humanos. *Normativa Internacional de Derechos Humanos para la aplicación de la Ley. Manual de Derechos Humanos para los Cuerpos de Seguridad*. Caracas, 1998.

AMBOS, Kai y otros: *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1999.

AMBOS, Kai y otros: *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. Fundación Konrad Adenauer Stiftung. Medellín, 1997.

Amnistía Internacional: *Juicios Justos*. Madrid, 1999.

Amnistía Internacional: *Venezuela. El Eclipse de los Derechos Humanos*. Mundograf. Madrid, 1993.

Amnistía Internacional: *Tribunales Penales Internacionales. Manual sobre Cooperación de los Gobiernos*. Campillo Nevado, S.A. Madrid, 1997.

Amnistía Internacional: *Informe 2001*. Madrid, 1997.

Amnistía Internacional: *Informe 1998. Un Año de Promesas Rotas*. Editorial Amnistía Internacional. Madrid, 1998.

- Amnistía Internacional: *Valija Didáctica. 50 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Italgáfica, S.A. Caracas, 1998.
- BUERGENTHAHL, Thomas, GROSSMAN, Claudio y otros: *Manual Internacional de Derechos Humanos*. Editorial Jurídica Venezolana. San José, 1990.
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS: *La Corte pena Internacional y los Países Andinos*. Lima, 2001.
- CHERIF BASIOUNNI, M.: *Note explicative sur le Statut de la Cour Pénale Internationale*. Revue Internationale de Droit Penal. Toulouse, 2000.
- FERNÁNDEZ, Fernando M.: *Manual de Derecho Procesal Penal*. Editorial McGraw-Hill. Caracas, 1999.
- FERNÁNDEZ, Fernando M.: *Manual de los Derechos Humanos*. Mimeografiado, 2001.
- FERNÁNDEZ, Fernando M.: *La Doctrina de los Derechos Humanos y el Copp. En: Los Derechos Humanos y la Agenda del Tercer Milenio. XXV Jornadas "J. M. Domínguez Escovar"*. Barquisimeto, 2000.
- FERNÁNDEZ, Fernando M.: *El Procedimiento ante el Tribunal penal Internacional*". Mimeografiado. Caracas, 2001.
- FERNÁNDEZ, Fernando M.: *McVeigh y la Pena de Muerte*. Venezuela Analítica, La Biblioteca. Caracas, 2001.
- FERNÁNDEZ, Fernando M.: *La Desaparición Forzada. Avances de la Legislación Penal Venezolana*. Venezuela Analítica, La Biblioteca. Caracas, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Editorial Trotta. Madrid, 1995.
- Fundación Konrad Adenauer: *Recopilación para la Comprensión, Estudio y Defensa de los Derechos Humanos*. Têxtos Ágora. Caracas, 1995.
- GIL GIL, Alicia: *Derecho Penal Internacional*. Editorial Tecnos. Madrid, 1999.

- Instituto Americano de Derechos Humanos: *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina, Informe Final*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1986.
- INTERNATIONAL CRIMINAL LAW SOCIETY: *The Rome Statute – What's Next?. Domestic and Foreign Approaches to the Implementation of International Criminal Law in National Law*. Berlín, 2000.
- LALINDE ABADIA, Jesús: *Las Culturas Represivas de la Humanidad*. Universidad de Zaragoza. Zaragoza, 1992.
- LEE, Roy S. y otros: *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute*. La Haya, 1999.
- Organización de las Naciones Unidas. *Recopilación de Reglas y Normas de las Naciones Unidas en la Esfera de la Prevención del Delito y la Justicia Penal*. Nueva York, 1993.
- Organización de las Naciones Unidas. *Carta de las Naciones Unidas*. Nueva York, 1947.
- ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza: *Derecho Internacional Humanitario. Tratados Internacionales y otros textos*. Editorial McGraw-Hill. Madrid, 1998.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo: *Informe sobre Desarrollo Humano 2000*. New York, 2000.
- Revista de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Ministerio de Relaciones Exteriores: *Los Derechos Humanos en Venezuela. Hacia un Programa Nacional de Derechos Humanos*. Primer Encuentro de las ONG's con el Ejecutivo Nacional. Italgráfica, S.A. 1997.
- RODRÍGUEZ CEDEÑO, Víctor: *Temas de Derecho Internacional. La Justicia Internacional*. San Juan, 1996.
- ROXIN, Claus: *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2000.
- SILVA CUBILLÁN, Humberto: *Derecho Internacional Humanitario*. Fondo Editorial Agenda XXI. Caracas, 1996.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Derecho Penal. Parte general*. Editorial Ediar. Buenos Aires, 2000.

**Tratados aprobados por la República y otros convenios internacionales:**

- Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (GO # 5.507 Extraordinario del 13 de diciembre de 2000).
- Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (GO # 2.146 Extraordinario del 28 de enero de 1978);
- Ley Aprobatoria de la Convención Americana de Derechos Humanos (GO # 31.256 del 14 de junio de 1977);
- Ley Aprobatoria de la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (ambas en GO # 34.743 del 26 de junio de 1991);
- Normas de la ONU sobre el tratamiento del delincuente;
- Ley Aprobatoria de la Convención de los Derechos del Niño (GO # 34.541 del 29 de agosto de 1990);
- Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana contra la Corrupción;
- Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana sobre Extradición.
- Ley Aprobatoria de la Convención de (Viena) de Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (GO # 34.741 del 21 de junio de 1991).
- Proyecto de Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma para la Creación del Tribunal Penal Internacional (Senado de la República).
- Convenios de la Corte Suprema de Justicia: Asociación de Cortes y Tribunales Supremos de Iberoamérica, Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos e Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

**Resoluciones de la ONU, otros tratados y declaraciones:**

- Declaración Universal de los Derechos del Hombre;
- Cartas Constitutivas de la ONU y OEA.
- Carta Europea sobre Derechos Humanos (2000);

- Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder. Informe del Séptimo Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente Documento A/CONF.121/22/Rev.1. 40/34.
- Recomendaciones de la ONU sobre los Jueces, Fiscales y Abogados;
- Código de Conducta de la ONU para Funcionarios Encargados de hacer Cumplir la Ley;
- Tratados bilaterales de cooperación judicial en materia penal
- Proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes. Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional Documento PNNICC/2000/1/Add.2.
- Proyecto de Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional. Secretaría del Grupo de Trabajo encargado del Acuerdo sobre los privilegios e inmunidades de la Corte penal Internacional de la Comisión Preparatoria de la Corte penal Internacional. Documento PCNICC/2000/WGAPIC/L.1.
- Proyecto de texto definitivo de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Documento PCNICC/2000/1/Add.1.

# Administración de Justicia, Interpretación de la norma fundamental y Sala Constitucional

Fernando Parra Aranguren\*

1. En un estudio reciente, elaborado para el Libro Homenaje que el Tribunal Supremo de Justicia preparó en homenaje a José M. Delgado Ocando, Carlos María Carcova enfoca el problema de la interpretación del derecho y la hermenéutica judicial con miras a contestarse la pregunta *¿qué hacen los jueces cuando juzgan?* Al responderse menciona, primero, el papel que, tradicionalmente, se les había asignado, pasivo y meramente cognitivo, de actuar como voz (portavoz, diría Ross) de la ley y luego destaca opiniones más modernas, donde se les atribuye, en mayor o menor grado, una función constitutiva del sentido con que el discurso del Derecho se despliega y materializa.
2. “*Administrar justicia*” e “*interpretar la ley*” son expresiones usadas como sinónimas pero, en realidad, tienen un significado diferente (Ross). El primero es un vocablo más amplio que el segundo. La “*administración de justicia*” –siendo la resultante de un paralelogramo de fuerzas donde el vector dominante es la conciencia jurídica (formal y material)- designa la actividad integral del juez que lo conduce a la decisión. Tal facultad de obrar, se suele denominar, igualmente, “*interpretación de la ley*”; pero, cuando se utiliza tal locución, se

---

\* Abogado por la UCAB. Especialista en Derecho Laboral. Ex profesor en la LUZ, UCAB y UCV.



hace con el objeto de esconder la función creadora del órgano aplicador.

3. Negar esta facultad productora implica acoger la tesis tradicional de la interpretación, caracterizada por ser dogmática y normativa en cuanto explica *cómo debe ser* (no *cómo es*) interpretado el derecho. De este modo se oculta la actividad político-jurídica del juez y la reduce a la obtención de conclusiones lógicas derivadas del análisis de reglas de derecho (Ross).
4. Desde un punto de vista práctico y en la mayoría de los casos, por no decir la totalidad, el aplicador del derecho estudia el expediente y, en forma tal vez inconsciente, con fundamento en su formación, concluye cuál de las partes tiene la razón. Seguidamente, procede a justificar su conclusión mediante argumentos jurídicos aun cuando puede suceder que, en tal tarea, se vea precisado a modificar su opinión inicial, dependiendo de las circunstancias del caso concreto.
5. La administración de justicia, así entendida, resulta de dos actividades: una, puramente cognoscitiva (expresiva de datos) y otra, emotiva-volitiva (fundamentada en valoraciones sociales y observaciones sociológico-jurídicas). En otras palabras, es la secuela de una facultad de obrar donde las funciones cognoscitiva y valorativa se fusionan en una sola (Ross).
6. Además de lo expuesto, existen otros problemas. Los Estados no viven solos sino formando una comunidad internacional, lo cual los hace someterse a ciertas normas pues, de otro modo, subsistirían en la anarquía y cada uno de ellos haría lo que estime pertinente. De este hecho derivan conflictos de leyes, no sólo entre diversos órdenes jurídicos, sino entre la ley nacional y la internacional que el juez debe resolver. Para contestar sobre la relación entre una y otra, ambos sistemas pueden considerarse como independientes, sin predominio del uno sobre el otro (tesis dualista). También pueden entenderse como formando parte de un orden jurídico único (tesis monista). En este supuesto, es posible conceder la primacía al derecho interno como un tributo al racionalismo individualista; o al derecho internacional, aceptando de este modo la posibilidad de reglas de obligatorio cumplimiento para los Estados.

7. También queda abierta siempre la interrogante de determinar cuál es el “orden social valorativo” o el “proyecto político”, pues tal pregunta puede ser respondida de modos diversos, fundamentalmente como una de las vías posibles que el órgano aplicador puede utilizar para refundamentar el sistema normativo. “Proyecto político”, sin embargo, parece una idea más frágil y menos compartida que la de “tradición de cultura”, entendida como valores estables, prenormativos, existentes en una sociedad determinada y expresados bajo la forma de mito, religión, filosofía y arte (Ross).
8. Puede mencionarse asimismo –como afirma Germán Bidart Campos en artículo reciente, escrito para el Libro que el Tribunal Supremo de Justicia ha preparado en homenaje a Humberto José La Roche Rincón (*Los Derechos no enumerados en la Constitución*)- que la asunción de la teoría de los *derechos implícitos* (*innominados* o *no enumerados*) en los textos constitucionales, ha planteado la existencia de derechos ‘*con*’ normas y ‘*sin*’ normas, esto es, que la fuente de origen de algunas facultades se sitúa más allá de las disposiciones escritas que las reconocen o declaran. Además de la importancia filosófica de esta afirmación, desde el punto de vista constitucional “vale como un principio básico de interpretación, una vez que es la propia constitución la que nos está recordando que en ella hay *silencios* e *implicitudes* a los que hemos de acudir para darle funcionalidad operativa”. Por lo cual concluye “es como si el constituyente nos dijera: sean cuidadosos en mi interpretación porque hay cosas que no están escritas y que carecen de norma textual, pero que forman parte de mi contenido axiológico; hay que saber buscarlas y aplicarlas”.
9. Por último, la administración de justicia, en el ámbito de lo constitucional, presenta la cuestión muchas veces tratada, pero que no por ello debe olvidarse, de los problemas lógicos que pueden plantearse al órgano aplicador (antinomias, redundancias y presuposiciones incorrectas, defectuosas o falsas) y que, necesariamente, debe resolver.
10. Secuela de la vigencia del texto constitucional de 1999, fue la creación –dentro del Tribunal Supremo de Justicia- de la Sala Constitucional, a la cual, *entre otras competencias*, corresponde la labor de adecuar

el ordenamiento preconstitucional a los valores y principios –político, sociales y económicos- del nuevo régimen. Esto es, la de *refundamentar* el sistema normativo con miras a evitar la proliferación de lagunas o vacíos conducentes a la ineficacia social de actos normativos producidos por el Estado con anterioridad a la Ley Fundamental vigente (artículo 334).

11. Con este fin, ha revivido el concepto de *homología* –siendo lo mismo, ya no es lo mismo– ampliamente utilizado en el derecho español para justificar la necesidad de reconfigurar el sistema jurídico infraconstitucional de ese país a raíz del inicio de la vigencia de la Constitución de 1978.
12. Esta función se justifica, no sólo en el orden axiológico, sino desde el punto de vista del derecho positivo por cuanto el propio texto constitucional ordena que las interpretaciones de la Sala, acerca del contenido y alcance de los principios constitucionales, tengan fuerza vinculante tanto para los demás tribunales del país como para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia. Esto es, cuando la Sala interpreta la norma constitucional en sí misma -o cualquier disposición subalterna- no sólo está resolviendo un caso concreto, sino que produce una regla de derecho de cumplimiento obligatorio para los jueces y, con ellos, el resto de la comunidad. Ello para garantizar el rol de custodio de la Ley Fundamental que le ha sido confiado y la uniformidad de su aplicación (función *cuasi auténtica* o *paraconstituyente*) y sin que ello impida la posibilidad de modificar sus propias decisiones sobre determinados textos.
13. De este modo, el constituyente ha complementado la vieja figura del “legislador negativo” (Kelsen) con el agregado del “legislador positivo”, de importancia en el país por las interpretaciones constitucionales derivadas de la apreciación de un caso concreto, por un lado, y, por el otro, del recurso de interpretación constitucional. Este legislador positivo tiene como presupuesto fáctico la existencia de una duda *generalizada* o *razonable*, en la terminología utilizada por la Sala.
14. En sentencia 346 de 23 de marzo de 2001, la Sala especificó las condiciones de admisibilidad de la acción de interpretación del texto constitucional mencionado en el numeral anterior: legitimación para recurrir; precisión en cuanto al motivo de la acción; que el punto

sometido no haya sido decidido anteriormente y no sea necesario modificarlo; que no sustituya recursos procesales existentes; la imposibilidad de acumular la pretensión interpretativa a otro recurso o acción de naturaleza diferente; y que no exista la convicción de que constituye un intento subrepticio de obtener resultados cuasi jurisdiccionales que desbordan este tipo de recurso.

15. Además de este carácter de legislador positivo, la Carta Fundamental le atribuye a la Sala tanto la facultad de declarar la inexistencia de una omisión constitucional por parte de los órganos legislativos del Estado como la de fijar los principios sobre los cuales deberá fundamentarse la nueva legislación (artículo 336, numeral 7).
16. Corresponde, pues, a la Sala fijarse sus propios límites en el ejercicio de estas facultades. En este sentido, se declaró incompetente para suplir las potestades de los órganos del poder público pues “sería impropio del poder garantizador de la Constitución que ejerce (...) irrumpir *motu proprio* y de manera indiscriminada en el desempeño de las funciones de otros órganos (...) so pretexto de velar por su eficacia y eficiencia, incluso en la realización de la Constitución” (sentencia 346 de 23 de marzo de 2001). Como secuela, “el ejercicio de las funciones político administrativas, legislativas o electorales es competencia del órgano al que corresponda constitucionalmente, sin que a este Tribunal *ex ante* le incumba pronunciarse respecto de dicho ejercicio, salvo potestad expresa en tal sentido” (ibídem).
17. Mediante sentencia 1029 de 13 de junio del año en curso, también como auto límite, declaró que “el control constitucional que el artículo 336.5 de la Constitución (...) atribuye a esta Sala, impide (...) cualquier proferimiento previo de la misma sobre cuestiones que pudieran ser sujetas a la jurisdicción constitucional”.
18. De acuerdo con lo indicado, los poderes que se desprenden de las interpretaciones dadas en los fallos de la Sala son amplios. Carcova, al responder la pregunta con que iniciamos estos comentarios, señaló: “los jueces cuando juzgan (...) ponen en juego todo lo aprendido, conceptual o experiencialmente” pues “conocen, interpretan, valoran, deslindan, estipulan y, además, dudan” porque siendo la suya, “una tarea humana, resulta fatalmente incierta y compleja”. Tomando esto en consideración y la magnitud de sus responsabilidades frente a los

ciudadanos y el resto del país, los integrantes de la Sala –palabras de Bidart Campos- deben ser cuidadosos. Esto es, ejercer sus potestades no sólo con sapiencia, sino con prudencia pues ésta es el límite más importante que tienen en el ejercicio de sus funciones.

19. Para concluir debo agradecer a La Universidad del Zulia, donde transcurrió mucho de mi tiempo como docente universitario, y particularmente al Instituto de Filosofía del Derecho que lleva por nombre el de mi amigo de muchos años José Manuel Delgado Ocando, la gentileza que tuvieron en invitarme a que expusiera, en un alarde de audacia y afecto, estas ideas, algunas de las cuales debo reconocer, discutí con mi alumno de ayer y amigo desde su época en las aulas universitarias, Rubén Laguna Navas. Al César, lo que es del César.

# **De la intención del legislador y otras intenciones: Una aproximación a la idea de integridad \***

Marcos Rubén Carrillo Perera\*\*

Un melómano atento habrá percibido alguna vez mientras escucha una sinfonía de Beethoven que en el momento de mayor dramatismo, de mayor fuerza y peso orquestal, en un momento dado, y sin aparente explicación, las trompetas, que son los instrumentos más potentes de la orquesta, súbitamente dejan de tocar por un par de compases para luego seguir dando brillo a la melodía.

Unos años después de la muerte de Beethoven, otro gran compositor, Richard Wagner, estudió a profundidad la obra sinfónica del maestro de Bonn y llegó a la conclusión de que las lagunas orquestales que se observaban en sus obras eran producto de las limitaciones naturales de los instrumentos de aquel período. En efecto, al tiempo que Beethoven

---

\* Ponencia para el coloquio interdisciplinario "Repensar la Interpretación Jurídica". UCAB. 30 y 31 de marzo. 2000

\*\* Profesor de Filosofía del Derecho y Resolución Alternativa de Conflictos UCAB. Master en Filosofía e Historia del Derecho London School of Economics and Political Science.

componía sus gloriosas sinfonías, las trompetas y los cornos no tenían el sistema de válvulas que a partir de la época de Wagner permitió a dichos instrumentos tocar todas las notas del sistema diatónico. Por el contrario, cuando se escribió la sinfonía Pastoral, por ejemplo, los instrumentos en cuestión sólo podían producir un número muy limitado de notas ya que eran lo que se ha denominado instrumentos naturales, es decir, sólo producían determinadas notas de la serie armónica, lo que les imposibilitaba tocar en ciertos pasajes donde no podían obtener el sonido adecuado para lograr la armonía requerida por el compositor.

El autor de *Tristán e Isolda*, debió decidir si lo que había escrito Beethoven debía mantenerse inmaculado o si, por el contrario, se podían introducir ciertos cambios en la orquestación con el fin de clarificar el sentido musical y estético de la obra. En el primero de los casos se corría el riesgo de mantener esos vacíos orquestales que son contrarios a la esencia misma de toda obra musical. Pero, el problema era grave en el segundo caso: ¿Cómo justificar “retoques” a las obras del más grande músico de la historia? Seguramente, Wagner habrá pensado en justificar la introducción de ciertos cambios razonando que ésa fue la intención del autor, sin embargo, el compositor del *Himno de la Alegría* nunca tuvo conocimiento de que los instrumentos con válvulas existieran, es decir, Beethoven no pudo prever ese caso, de allí que hubiera sido una arbitrariedad de Wagner achacarle al maestro intenciones que no pudo tener o, en el mejor de los casos, nunca habrá método para descubrir si las tuvo. De allí que, si Wagner quería solventar las incoherencias de orquestación existentes, debía pensar en una opción distinta, a través de la cual pudieran justificarse cambios en las obras sin que fueran producto de su capricho, pues ello podía tener como consecuencia desdibujar su belleza musical.

En resumen, el controversial intérprete encontraba el siguiente panorama: el análisis de la obra fundamentándose sólo en lo escrito limitaría las posibilidades estéticas de la obra beethoveniana. Determinar la intención del autor era imposible en este caso. No podía introducir cambios justificados en su opinión personal ya que podían ser el producto de una simple arbitrariedad. De allí, que Wagner tenía que descartar estos tres métodos de interpretación pues todos probaron ser ineficaces, razón por la que debía ensayarse algún mecanismo alternativo.

Ante esta situación la forma más objetiva de realizar las modificaciones orquestales era la de recurrir a principios de estética, estilo, armonía, orquestación, organología y de evolución histórica e interpretar las sinfonías dentro de este contexto. Pero tal interpretación, habría de hacerse de manera que, en caso de retocarse una obra, los cambios introducidos pudieran ser vistos como la opción que mejor encajaba dentro de la serie de principios expuestos, de modo que no implicase contradicciones entre ellos, lo que en última instancia, lejos de clarificar el sentido de la obra pudiera, eventualmente, distorsionarlo. Para evitar esto último, Wagner necesitaba ver la obra de Beethoven dentro de un contexto de integridad en el cual su interpretación fuera coherente con los principios estéticos y musicales y con la evolución histórica de los mismos como un todo.

El problema que se le presentaba a Wagner en ese momento es muy parecido al del abogado o el juez a la hora de tomar una decisión sobre los argumentos para interpretar el significado de la norma jurídica. El jurista se consigue con varios métodos para interpretar la ley, sin embargo, como hemos visto en la historia que acabamos de contar, es posible que, al igual que Wagner, el intérprete de la ley se encuentre con algunos escollos al tratar de utilizar uno u otro y, en última instancia, deberá decidir cuál es el que produce la mejor interpretación posible de la práctica jurídica en el contexto de los principios jurídicos, políticos y morales de una sociedad.<sup>1</sup>

## II

Cuando el jurista se encuentra frente a un texto legal, la primera tendencia es a interpretar el significado propio de las palabras según la conexión de ellas entre sí.<sup>2</sup> Si el caso es sencillo, o el significado de las palabras es muy obvio, no hay ningún problema para la aplicación de la norma. Por ejemplo, una disposición que establece la mayoría de edad a los 18 años, en principio, no debe causar mayores problemas interpretativos y, en consecuencia, no son casos normalmente

1 La idea que desarrollaremos pretende explicar la teoría de la integridad de Ronald Dworkin.

2 Artículo 4 Código Civil



controvertidos en derecho. Pero es un hecho que no todas las normas jurídicas son tan claras o simples como el ejemplo transcrito. En muchos de los casos, el juez se consigue con expresiones o palabras formuladas equívocamente que dificultan atenerse exclusivamente al significado propio de las palabras. Por ejemplo, el maestro Radbruch analiza un caso presentado en una estación ferroviaria de Polonia en el que el reglamento de ferrocarriles prohibía el paso de perros al andén. Llegó un día un ciudadano a la estación con un oso y pretendió subir, a lo cual se opuso vehementemente el vigilante de turno. El dueño del plantigrado refutó la prohibición aduciendo que el reglamento se refería a los perros y no a los osos, sin embargo, su argumento fue infructuoso y tanto el caballero como el oso tuvieron que perder el tren.<sup>3</sup>

¿Cómo debía abordar un juez el caso? La primera opción en que normalmente se piensa es realizar una interpretación gramatical. No obstante, tal forma de argumentar, parece inútil para justificar la posición del vigilante pues no existe forma alguna en el lenguaje para transformar un oso en un perro. De allí, que utilizando la interpretación de las palabras según su significado y la conexión de ellas entre sí, debía concluirse que el ciudadano tenía derecho a pasar al andén con su oso, lo cual parece ser algo descabellado a la luz de los razonamientos de cualquier ciudadano con sentido común.

La interpretación gramatical parece inadecuada para analizar normas que tengan redacciones defectuosas o equívocas. En efecto, como demuestra el caso citado, ciertas normas están redactadas de manera tal que, interpretarlas literalmente puede conllevar a conclusiones que disten de la intención última de la norma y que no son coherentes con argumentos razonables.<sup>4</sup>

Pareciera que detrás de las palabras utilizadas por quien redactó la norma había otra intención que trascendía su significado o que, en todo caso, existe un vacío o laguna que debe ser solventado de alguna manera. Comparando la situación con nuestra analogía podríamos decir que una

---

3 Citado por Recasens-Siches, Luis en *Filosofía del Derecho*.(1959) Capítulo XXI. Editorial Porrúa. México.

4 Sobre la utilización de argumentos razonables en derecho véase la obra citada de Recasens-Siches, así como su *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. (1956).

interpretación literal de lo escrito por Beethoven no permitiría cambios en la orquestación que a todas luces potenciarían el carácter y la belleza de la obra.

Descartado el método de interpretación literal para la solución de este caso debemos ahora revisar dos métodos de interpretación comúnmente utilizados por algunos abogados. Uno es el apelar a la intención del legislador para descubrir el verdadero sentido de la norma y el otro es la discrecionalidad del juez para determinar el sentido de la disposición por aplicar.

### III

Para solucionar problemas como el expuesto, los abogados y los jueces apelan tradicionalmente a la denominada intención del legislador para tratar de hacer una interpretación razonable. Como vimos en el caso de la obra de Beethoven, Wagner tenía un problema: ¿cómo determinar la intención de Beethoven si éste nunca tuvo conocimiento de los instrumentos con válvulas? Y aún si los hubiera conocido ¿cómo determinar los estados mentales y las intenciones del autor? Varios elementos podrían ayudar; por ejemplo, ver la obra en su contexto evolutivo, analizar los conocimientos musicales del autor, estudiar las cartas, las notas de prensa, la crítica, los comentarios de familiares y amigos, los escritos de los biógrafos, etc. Tal vez, el análisis de este contexto aunado a un estudio de los principios estéticos, musicales y orquestales podrían ayudar a determinar si Beethoven tuvo la intención de agregar las trompetas en esos compases o no.

Sin embargo, hacer una analogía entre descubrir la intención del autor de una obra y la intención del legislador tiene ciertos "bemoles". Existe una diferencia importante entre una y otra situación pues "el legislador" no es sino una ficción para definir al órgano del poder público que tiene la función de redactar las leyes.<sup>5</sup> Pero en el estado democrático contemporáneo el órgano legislativo está conformado por cientos de personas que representan los intereses más plurales de la sociedad, de

5 En este sentido véase Guest, Stephen. (1997) *Ronald Dworkin*. Pág. 152. Edinburgh University Press.

allí que no es lo mismo preguntarse sobre la intención de un artista, creador individual, que de un cuerpo con carácter asambleístico. Entonces, "¿quiénes son los autores de una ley?"<sup>6</sup>. ¿Debe ser todo el congreso o todos los que votaron en la sesión aprobatoria o sólo aquéllos que votaron a favor de la aprobación de la Ley? Pero en el proceso de elaboración de la ley existen muchos más elementos y sujetos que los legisladores; hay asesores de las comisiones redactoras, comisiones asesoras que presentan los primeros borradores, comisiones técnicas. ¿Deben ser incluidas como intención del legislador las opiniones de estos órganos pertenecientes a la estructura administrativa del congreso?. Además existen proyectos independientes que son estudiados y de los cuales se toman ideas, representantes del gobierno, representantes de personas interesadas en la materia que se va a regular haciendo "lobby" con la finalidad de dirigir una norma hacia un fin determinado. ¿Son estas opiniones parte de la intención del legislador?

Pero supongamos que para determinar la intención del legislador sólo se toma en cuenta la opinión de los miembros del congreso que aprobó la ley. En este caso tendríamos otros problemas: ¿Qué pasa con la opinión de los miembros que votaron en contra? ¿Qué opinión debe prevalecer, la de la mayoría, una opinión que represente la "pluralidad de intereses.. o una intención representativa que supone un average mítico, o un legislador representativo cuya opinión es cercana a aquélla de la mayoría de los legisladores pero sin ser idéntica a ninguna de ellas?"<sup>7</sup>

Aún si pensáramos que es la opinión de la mayoría la que debe prevalecer nos conseguiríamos con más escollos pues cada legislador puede haber estado de acuerdo con la aprobación de alguna medida pero con intenciones muy diversas. Un legislador puede votar por la aprobación de una ley de la cual tiene un conocimiento casi nulo y, sin embargo, tener una gran variedad de motivaciones: unos apoyarán el proyecto por convicción política o moral, otros por considerarlo beneficioso a la sociedad, otros por línea partidista, otros porque conviene a los intereses de sus empresas o de aquéllos que financiaron su campaña, etc.

6 El punto es desarrollado extensamente en Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. (1996). Pág. 318 y ss. Fontana Press

7 Idem pag.320

En palabras de Stephen Guest se puede decir:

No tiene sentido hablar sobre una intención que tenga un grupo de personas porque nuestras intenciones se relacionan con los actos que sólo nosotros mismos podemos llevar a cabo, de allí que una persona no puede determinar que otra haga algo y en consecuencia, *a fortiori*, una persona no puede determinar que un grupo haga algo. De allí, que un grupo de personas no puede tener las mismas intenciones, sólo intenciones similares. La idea de un solo grupo bajo una misma condición psicológica no es la adecuada para explicar la idea de la intención de la ley.<sup>8</sup>

De lo expuesto se puede concluir que la intención del legislador no puede ser vista como el análisis de las posiciones subjetivas o estados mentales de los legisladores al momento de aprobar un cuerpo normativo. Seguir este método nos llevaría a un número infinito de combinaciones que nunca llegarían a revelar si hubo alguna intención con la aprobación de una ley.

#### IV

Si la interpretación gramatical no es suficiente para determinar la intención de una norma y comprobado que una visión sobre la intención del legislador como la anteriormente expuesta es inútil para explicar el sentido de un mandato legal, debe analizarse la posibilidad de utilizar la discrecionalidad del juez para determinar el sentido de la norma.

Los autores positivistas han fundamentado su teoría de interpretación legislativa en el poder discrecional del juez para interpretar la norma. Así, Kelsen explica que para tomar una decisión el juez debe decidirse por la interpretación

que le parezca más apropiada de tal modo que, entre las diversas interpretaciones posibles, una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto —es por ello que decir que la decisión del juez— está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única<sup>9</sup>.

8 Guest, Stephen. Op. Cit. Pag.154.

9 Kelsen, Hans.(1934) *Teoría Pura del Derecho*. Pág. 167. Editorial Universitaria de Buenos Aires. 17ma edición. 1981.

Esto permite que haya diversas formas de llenar los requerimientos del ordenamiento jurídico sin que necesariamente haya una respuesta que sea la justa o la correcta.

El problema para Kelsen se limita a comprobar que la decisión tomada por el juez es la interpretación válida y la que se hace ley siempre que se mantenga dentro de los límites de la norma. En este sentido, la actuación del juez está subordinada a la ley. El juez no puede crear nuevas disposiciones, sólo puede aplicar las normas preexistentes y esa aplicación tiene varias posibilidades de ser llevada a cabo entre las cuales el juez escoge una. De esta manera se evita que el juez introduzca sus convicciones personales y se genera certeza en cuanto al poder de decisión de los jueces y a la previsibilidad de la ley. Se argumenta a favor de esta posición que, de este modo, se evita la posibilidad de que el juez cometa arbitrariedades pretendiendo "mejorar" la ley.

Retomando nuestro problema musical, y siguiendo este principio interpretativo, se puede decir que el intérprete de la obra sinfónica de Beethoven sólo debe limitarse a ejecutar las notas por él escritas, pues agregar notas o instrumentos sería crear una nueva obra en función de las ideas personales del intérprete, lo cual debe evitarse si se quiere respetar la intención del maestro. No obstante, los vacíos orquestales y sus consecuencias estéticas y dramáticas siguen allí.

Es obvio que lo pretendido por esta línea de pensamiento es, en última instancia, mantener la certeza y evitar interpretaciones aberradas o parcializadas que puedan ocultarse bajo el pretexto de mejorar el objeto de análisis mediante la interpretación, lo cual es muy factible. En efecto, algún músico podría pensar que los vacíos orquestales de Beethoven se pueden solventar, por ejemplo, con la introducción de guitarras eléctricas, de nuevos temas o de armonías de jazz, lo cual parece contrariar la estética propia de la obra del maestro alemán.

Lo mismo parece suceder con un juez creativo. Si retomamos nuestro ejemplo del oso, el juez que decidiera que al animal no le es permitido subir al andén, podría ser atacado desde dos ángulos: Se puede aducir que el incluir al oso en una norma que está destinada sólo para perros, no sólo sería una arbitrariedad del juez sino que también estaría usurpando las funciones del legislador al crear un nuevo supuesto de hecho que no había sido previsto por él. El juez no estaría ejerciendo su función de

aplicar la ley sino la de otro órgano del poder público, violentando de esta forma el principio de separación de funciones del Estado. Por otro lado si el juez ha creado una nueva norma (al prohibir al dueño del oso que suba al andén con su mascota) estaría aplicando retroactivamente una disposición creada *a posteriori*, violentando el principio irretroactividad de la ley.<sup>10</sup>

De allí, que la pregunta natural sea ¿cómo lograr la interpretación de la obra o la ley sin que se cometan arbitrariedades?

## V

El asunto de los vacíos orquestales en Beethoven tiene que ver con un problema de estructura.<sup>11</sup> No hay razón aparente (salvo la incapacidad de los instrumentos de la época) para que cuando el maestro repite una frase idéntica a la oída minutos antes en otra tonalidad cambie la orquestación de una manera que debilita el efecto conclusivo de la última sección de un movimiento. Parece lógico pensar que, de haber tenido la posibilidad, las trompetas no se hubieran eliminado por un par de compases sino que se habrían mantenido idénticas reforzando el carácter de la frase, tal como lo hicieron en su sección equivalente.

Este parecer se fundamenta en una idea: la coherencia de la obra. Más que su consistencia puramente lógica, la coherencia pretende interpretar la obra fundamentándose en su unidad, es decir, trata de expresar una sola visión de conjunto de la obra. Así, una sinfonía debe ser una unidad, una sola pieza de principio a fin, en lugar de ser la sumatoria de varias secciones interpretadas de forma aislada. En última instancia, lo que se quiere es que se "hable con una sola voz"<sup>12</sup> que dé sentido a la obra como un todo.

Para lograr este objetivo debe hacerse una interpretación que logre fundarse sobre bases que ayuden a trascender la visión de las obras

10 En este sentido ver Dworkin, Ronald.(1977) *Taking Rights Seriously*. Pág. 88 y ss.

11 En música la forma o estructura de la obra es el elemento crucial para hacerla coherente. Esta se fundamenta en el modo como se exponen, se desarrollan y se reexponen los temas.

12 Véase Guest, Stephen. Op. Cit.

como un agregado de varias secciones, se debe apelar a elementos superiores que den unidad a la misma. Estos elementos son los principios pues es a partir de ellos de donde nacen los demás elementos de una determinada práctica social. De allí que la interpretación, más que ser el examen de lo escrito o de lo pensado por alguien, debe ser el producto de un análisis que haga la obra coherente con los principios fundamentales de la práctica artística o social en la que se desarrolla y su contexto.

El derecho es una práctica social. Es una creación del hombre como una entidad distinta a él. Para determinar la finalidad de una práctica social, es preciso descubrir cuál es su propósito en la sociedad y para ello es necesario utilizar métodos de interpretación.

El derecho no escapa al planteamiento expuesto relativo a la coherencia del argumento y a la fundamentación sobre principios. Aún cuando ya hemos descartado algunas posibilidades de métodos interpretativos comúnmente aceptados, siempre que se haga una interpretación de las prácticas sociales los intérpretes pueden llegar a estar en desacuerdo, tal como ha sucedido hasta ahora con nuestros ejemplos. De allí, que eventualmente se podría coincidir con Kelsen en el sentido que "un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál es la única correcta o justa".<sup>13</sup> Sin embargo, cuando un juez decide un caso no puede hacerlo de forma aislada o caprichosa. El juez está constreñido por las leyes y las decisiones pasadas en relación con la materia. Pero estos elementos no son suficientes para definir la labor de un juez. En efecto, es un hecho que existen leyes y decisiones anteriores que pueden estar erradas (por la simple razón de ser obras humanas). Más aún, pueden presentarse casos en los que no se consiga una ley que claramente disponga una solución o un precedente que sirva de fundamento. Descartado, como ha quedado, un fundamento subjetivo o discrecional de una decisión, debe apelarse a otra forma de analizar la ley de forma que permita al juez interpretarla creativamente sin que dependa de la discrecionalidad de quien interpreta.

Para limitar el poder discrecional del juez se debe tratar el sistema jurídico como una unidad, como un todo interconectado que tenga sentido

---

13 Kelsen, Hans. Op. Cit. Pág. 170

como un agregado de varias secciones, se debe apelar a elementos superiores que den unidad a la misma. Estos elementos son los principios, pues es a partir de ellos de donde nacen los demás elementos de una determinada práctica social. De allí que la interpretación, más que ser el examen de lo escrito o de lo pensado por alguien, debe ser el producto de un análisis que haga la obra coherente con los principios fundamentales de la práctica artística o social en la que se desarrolla y su contexto.

El derecho es una práctica social. Es una creación del hombre como una entidad distinta a él. Para determinar la finalidad de una práctica social, es preciso descubrir cuál es su propósito en la sociedad y para ello es necesario utilizar métodos de interpretación.

El derecho no escapa al planteamiento expuesto relativo a la coherencia del argumento y a la fundamentación sobre principios. Aún cuando ya hemos descartado algunas posibilidades de métodos interpretativos comúnmente aceptados, siempre que se haga una interpretación de las prácticas sociales los intérpretes pueden llegar a estar en desacuerdo, tal como ha sucedido hasta ahora con nuestros ejemplos. De allí, que eventualmente se podría coincidir con Kelsen en el sentido que “un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál es la única correcta o justa”.<sup>13</sup> Sin embargo, cuando un juez decide un caso no puede hacerlo de forma aislada o caprichosa. El juez está constreñido por las leyes y las decisiones pasadas en relación con la materia. Pero estos elementos no son suficientes para definir la labor de un juez. En efecto, es un hecho que existen leyes y decisiones anteriores que pueden estar erradas (por la simple razón de ser obras humanas). Más aún, pueden presentarse casos en los que no se consiga una ley que claramente disponga una solución o un precedente que sirva de fundamento. Descartado, como ha quedado, un fundamento subjetivo o discrecional de una decisión, debe apelarse a otra forma de analizar la ley de forma que permita al juez interpretarla creativamente sin que dependa de la discrecionalidad de quien interpreta.

Para limitar el poder discrecional del juez se debe tratar el sistema jurídico como una unidad, como un todo interconectado que tenga sentido

---

13 Kelsen, Hans. Op. Cit. Pág. 170



al interpretarse integralmente. El derecho, al igual que la obra sinfónica de un autor, no es una suma de elementos más o menos autónomos sino una creación única de carácter complejo. Para que el derecho sea un verdadero sistema debe ser coherente internamente, así como en su relación con el resto de los elementos que determinan los fundamentos políticos y morales de una sociedad.

La única manera de entender la práctica jurídica como un todo es interpretarlo de modo que el derecho sea una voz única y coherente que dé una "visión unitaria de la justicia"<sup>14</sup> y no confunda o desoriente a la población.<sup>15</sup> En otras palabras, el derecho debe entenderse como "integridad estructural",<sup>16</sup> que es el fundamento de las relaciones de una ley o de una decisión judicial con otras normas haciendo una interpretación razonable de ellas como un todo. Así, dentro de los límites de la estructura, el juez puede ser creativo siempre que no se exceda de esos límites. Pero, ¿cómo se determinan las fronteras de la estructura?

Para lograr tal objetivo es necesario, de acuerdo con lo expuesto, fundamentar la interpretación sobre argumentos de principio que trasciendan la interpretación de forma literal y aislada en cada caso que se presente.

Los principios a que hacemos referencia están definidos no sólo por normas jurídicas, sino que son el fundamento de una teoría política general que sustenta el modelo de una sociedad democrática. Toda norma jurídica es producto, en última instancia, de ciertas convicciones políticas y morales que una sociedad considera deben ser protegidas. Así, es preciso que las diferentes ramas del poder público actúen de forma consistente, evitando que se diga algo y se actúe de otro modo. El objetivo es que el estado se comuniqué con una sola voz hacia todos sus ciudadanos, procurando una visión única de la justicia que produzca certeza. Es por ello que la interpretación debe tener sentido en el contexto propio del derecho, así como en el contexto moral y político que justifique la teoría política del estado democrático.

---

14 Véase Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Pág 132 a 135

15 *Idem*. Pág. 346

16 Lon Fuller. "Positivism and Fidelity to Law - A Reply to professor Hart". 1958. Pág. 670 *En Harvard Law Review*. Vol. 71.

Para ello Ronald Dworkin, mediante su teoría de integridad, ofrece una solución. Explica el autor que para el debido desarrollo de una interpretación integrativa, como la que se ha venido exponiendo, ella debe encajar (“fit”) de la mejor manera posible en la historia política, moral y jurídica como un todo. El juez al interpretar la norma debe tratarla como una “pieza de historia social”.<sup>17</sup>

Para explicar esta idea Dworkin apela a la imagen de una novela en la cual el juez actúa como un autor que debe escribir un nuevo capítulo de una historia que se ha venido desarrollando. Para que la novela tenga sentido, el autor tiene límites que los capítulos anteriores le han impuesto en torno al género, la trama, el estilo, la evolución de los personajes, el lenguaje, etc. Claro está que el autor puede hacer lo que le plazca para continuar la novela, pero eso no la convertiría en una gran obra. Sólo una interpretación coherente con los elementos que forman la novela la harían una obra de trascendencia.

Ahora bien, aún logrando una interpretación consistente el autor se conseguirá con varias opciones posibles. Es por ello que debe hacer juicios sustantivos de los elementos involucrados para determinar no sólo cuál desarrolla la novela sino para disponer cuál la desarrolla de la mejor manera posible en concordancia con las características intrínsecas de sus elementos. Por supuesto que determinar esto es un asunto sometido a controversia (esencia de la argumentación jurídica). En última instancia es posible una gran variedad de argumentos, pero ello no quiere decir que “cada uno sea tan bueno como el otro”,<sup>18</sup> siempre habrá la posibilidad de un argumento que haga la obra mejor como novela.

Como habíamos visto en nuestro ejemplo, existen muchas opciones para completar la orquestación de una sinfonía de Beethoven, pero no cualquiera encajará debidamente, y siempre habrá una que encaje mejor dentro de la evolución del argumento musical de la obra. La utilización de armonías de jazz o de guitarras eléctricas no encajará como lo haría el uso de trompetas, decidida luego de un análisis de los elementos de principio expuestos previamente utilizados de forma que se adecúen debidamente a la estética del compositor.

---

17 Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. (1996). Pág. 338

18 Guest, Stephen. Op. Cit. Pág. 42

Esta forma de interpretar la ley tiene la virtud de mantener el carácter creativo y dinámico del derecho, lo que permite su desarrollo sin depender de decisiones discrecionales. La evolución de las instituciones y de los valores sociales permitirá, no la modificación de la ley por vía judicial para adaptarla a los nuevos tiempos, sino la evolución de la ley en concordancia con el sistema.<sup>19</sup> Ello permite que el derecho no se estanque en principios inmutables y cerrados sino que tales principios pueden dar origen a la aparición de nuevos derechos según vayan evolucionando el marco institucional y las necesidades sociales.

Si bien toda interpretación conlleva una reflexión interna del intérprete, entender la interpretación de las normas como el producto de un análisis integrativo de la práctica jurídica en relación con la teoría política y moral que fundamenta la idea de estado, saca de la esfera subjetiva a la interpretación y la lleva al plano de consistencia filosófica e institucional. De este modo, cuando un juez tenga que interpretar una norma, no podrá hacerlo según sus convicciones morales, políticas o jurídicas particulares, sino que lo debe hacer como expresión de un estado que tiene una visión coherente de la teoría política que lo justifica.

Siguiendo con el ejemplo de nuestro oso, cuando el juez vaya a decidir este caso, no podrá hacerlo fundamentado en su convicción personal de que el oso no debe viajar en el tren. Tampoco debe fundamentar su argumento en una idea de política pública, como por ejemplo, la necesidad de mantener limpios los vagones y los andenes o de conservar las butacas del tren en buen estado. El argumento debe fundarse sobre un principio que logre justificar su decisión dentro del marco de una teoría política. Así, el juez deberá argumentar, por ejemplo, sobre un derecho de protección y respeto que tiene todo ciudadano al circular en transporte público, que puede tener su fundamento último en la protección de su derecho al libre tránsito. Claro está que el dueño del oso podrá argumentar en este mismo sentido, pero el juez deberá decidir conforme a aquella posición que encaje de mejor manera, no sólo dentro del esquema de principios jurídicos sino dentro del marco político y moral que sustenta las instituciones de su sociedad.

---

19 Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. (1996). Pág. 338

Mediante el método de la integridad, no sólo se pueden resolver problemas relacionados con la falta de claridad de las normas jurídicas, como el que hemos venido evaluando. En oportunidades la norma es suficientemente clara y estipula alguna obligación de forma diáfana. No obstante, en estos casos el intérprete también debe analizar la norma en un contexto de integridad, pues es sólo de esa manera en que podrá comprobar si la norma es consistente, no sólo en forma aislada sino en su contexto jurídico y en el marco teórico-político de referencia. Aún si la norma claramente redactada permite la posibilidad de elegir entre varias opciones, el intérprete no podría escoger una opción que no fuera coherente con los principios que orientan el sistema legal y político pues rompería la coherencia con la que debe expresarse el estado.

El concepto de integridad ofrece un grado de certeza al limitar la noción de poder discrecional. No obstante, a diferencia de otros métodos de interpretación, evita el anquilosamiento de las instituciones al permitir soluciones creativas en el proceso interpretativo pero dentro de elementos que evitan la arbitrariedad y dan coherencia a los actos que expresan la voluntad del estado a través de los órganos del poder público.

Estos elementos son de fundamental importancia en la evolución jurídica de nuestro país pues, por un lado, se puede lograr la transformación de la práctica jurídica sin necesidad de apelar a reformas constantes de los cuerpos normativos y, por otro, establece mecanismos que definen un marco institucional y teórico para la interpretación, que evitaría su anquilosamiento o el fundamento sobre coyunturas políticas que distan mucho de ser el marco teórico político-moral al que hemos hecho referencia en este trabajo.

Interpretar el derecho integrativamente no es politizarlo (en el sentido de acomodarlo a los requerimientos del gobierno o de las circunstancias de turno), es interpretarlo como un evento que forma parte de una filosofía política y moral que trasciende lo personal o coyuntural y justifica la actuación del estado dentro de un marco teórico y de un contexto institucional que debe ser respetado por cualquier persona que actúe como vocero de alguna de las ramas del poder público.

Finalmente, la interpretación integrativa tiene tres consecuencias dentro de la pequeña historia que hemos narrado: Permitirá a Wagner introducir colores orquestales que coadyuven a disfrutar de la obra de

Beethoven con un renovado esplendor, concederá la oportunidad de evolución creativa de la práctica jurídica sin apelar a la discrecionalidad y obligará al dueño del oso a dejar a su mascota en casa y tomar otro tren.

# **Los principios orientadores de la Doctrina Social de la Iglesia y su influencia dentro del proceso de interpretación jurídica**

Emilio J. Urbina Mendoza\*

## **SUMARIO**

I. Nota introductoria. II. Los principios orientadores de la acción en la Doctrina Social de la Iglesia. 1. El principio como concepto (una aproximación teórica). A. La jerarquización de los principios: ¿verdadera problemática para la dimensión teórica y práctica de la Doctrina Social de la Iglesia? 2. Dimensión histórica de los principios orientadores de la acción. 3. Dimensión funcional de los principios orientadores de la acción. 4. Características de los principios orientadores de la acción. 5. Principales principios de la orientación de la acción en la Doctrina Social de la Iglesia. A. Principio de la primacía de la persona humana y su dignidad. a. Características de la persona humana. b. El Hombre como fin de todo el sistema. III. Los principios orientadores de la Doctrina Social de la Iglesia y el Derecho. 1. Legalismo, positivismo e interpretación jurídica bajo la mirada de la Doctrina Social de la Iglesia. A. Los principios generales del Derecho. B. El postpositivismo y los principios de la Doctrina Social de la Iglesia. IV. Recapitulación y críticas.

---

\* Abogado, cursante del Magister Scientiarum en Ética y filosofía social (ILADES - Santiago Chile). Catedrático de Teoría de la Interpretación Jurídica y filosofía del Derecho de la Universidad Católica del Táchira.

## I. NOTA INTRODUCTORIA

Desde las escuelas jurídicas romanas hasta el normativismo puro de Kelsen, el Derecho se le ha definido aproximativamente, como la normativización de los valores predominantes en un tiempo y espacio determinados, los cuales imponen un método para su interpretación y ejecución por intermedio de órganos legitimados y dotados de poder coactivo<sup>1</sup>.

Del ensayo definitorio nos interesa para el presente artículo dos notas concordantes: *el Derecho como expresión de valores y su mecánica de interpretación*. Ambos tramos si bien es cierto han sido confeccionados por el propio occidente sobre los cimientos de las coordenadas primas del pensamiento greco-romano, no hay duda de la concluyente influencia del cristianismo en la arquitectónica de sus instituciones, que hasta el tiempo de la *Novo Millennio Ineunte*<sup>2</sup>, su impronta impregna las dimensiones éticas de nuestro Derecho.

El cristianismo desde la etapa post-clásica del derecho romano moldeó con sus principios y doctrina toda una forma de concebir al fenómeno jurídico. Prueba fehaciente de lo afirmado se inscribe en el mismo proemio del *Corpus Iuris Civilis*:

Imperatoriam maiestatem non solum armis decorat, *sed etiam legibus oportet esse armata*, ut utrumque tempus, et ellorum et pacis, recte possit gubernari, et Princeps Romanus victor existat non solum in hostibus proeliis, sed etiam per legitimos tramites calumniantum iniquitates expellens, *et fiat tan iuris religiosissimus, quam victis hostibus triumphator*(destacado nuestro)<sup>3</sup>

---

1 Sobre la historia y operatividad de las definiciones sobre el término "Derecho", Cfr.: GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al Derecho*. México D.F., Edit. Porrúa (1963); RECANSENS SICHES, Luis. *Curso de Introducción al Derecho*. México D.F., Edit. Porrúa (1967); VILLORO TORANZO, Miguel. *Introducción al Derecho*. México D.F., Ediciones CAJICA (1970), también VILLORO TORANZO, Miguel. *Metodología del trabajo jurídico*. México D.F., Universidad Iberoamericana (1980) y OLASSO, Luis María. *Curso de Introducción al Derecho*. Caracas, Ediciones de la Universidad Católica Andrés Bello (1997).

2 Roma, AAS 93 (2001).

3 La versión que manejamos en el texto transcrito corresponde a GARCIA DEL CORRAL, Ramón. *Corpus Iuris Civilis*. Madrid, Edit. Bosch (1990).

Terminará por evangelizar al Derecho durante todo el segundo milenio reconociéndole, mucho antes del nuevo testamento, su naturaleza semidivina pues como se conocía la *Iurisprudentia divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*<sup>4</sup>.

La doctrina cristiana introducirá valores durante toda una época en donde la *Civitas Dei* y la urbe mundana se fusionaban bajo una suerte de *summa respublica christiana*. En este tiempo el Derecho quedará tutelado bajo preceptos religiosos, llegándose a confundir con la moral sin distinguir las fronteras entre uno y otro campo.

La irrupción de la modernidad desatará más adelante el segundo oleaje protestatario casi tan igual como la reforma luterana, pero con la diferencia que en vez de izar los estandartes de otra lectura sobre el cristianismo (Vgr. Luteranismo, Calvinismo, Anglicismo) catalizará la apología del éxito en la autoafirmación del individuo<sup>5</sup>. La modernidad manumitirá al Derecho y éste se convertirá en el instrumento de coacción favorito de la sociedad liberal secularizada<sup>6</sup>. Sin embargo, a pesar de la arremetida ateizante, las ciencias jurídicas no terminaron depurándose como si ocurrió con otros saberes. El sedimento moral de casi 17 siglos galvanizaba infranqueablemente la dogmática jurídica del Estado liberal de Derecho junto al enunciado del *potestatem adversum me ulla, nisi tibi datum esset desuper*<sup>7</sup>.

---

4 Digesto. I, 2. 10 § 2.

5 Según el profesor Gregorio Peces-Barba, la transición hacia la modernidad estuvo marcada por cuatro rasgos peculiares: a. La secularización, b.- El naturalismo, c.- El racionalismo, d.- El individualismo. Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid, Ediciones de la Universidad Carlos III y el Boletín Oficial del Estado (1995) 128.

6 Desde el plano teológico, la secularización reviste una problemática lingüística que durante el transcurso del tiempo ha adquirido nuevas significaciones. Las mismas están orientadas hacia un concepto del ideario político o de lucha de las ideas, pero cuyo origen apunta por describir todo el universo simbólico que implica la edad de los hombres. Cfr. EICHER, Peter. *Diccionario de conceptos teológicos (Traducción de Claudio Gancho)*. Barcelona, Editorial Herder. II (1990) 445. También cfr. CLARKE, Paul Barry y LINZEY, Andrew. *Dictionary of Ethics, Theology and Society*. Londres, Routledge (1997) 747 y ss.

7 San Juan. Cap. 19, Ver. 11.



Con la llegada del siglo XIX y el distanciamiento entre el pensamiento católico y profano que lo caracterizaron<sup>8</sup>, la Iglesia Católica replanteará su reacción frente al despojo realizado por el liberalismo. Un nuevo Pontífice (León XIII) con una visión más dilatada y racionalizada de la realidad, distinguido, abierto, humanista y mejor diplomático, completa la legítima independencia entre el poder civil (perfectibilidad y orden) y las autoridades eclesiásticas.

En la encíclica *Diuturnum illud*<sup>9</sup>, primera de los documentos políticos leoninos y 10 años antes de la *Revurm Novarum*, se colige para el lector avezado la comparación entre el nuevo Derecho de corte secular con la doctrina jurídica católica al mejor estilo del *Iustitia et Iure*<sup>10</sup>. Más adelante, en la encíclica *Immortale Dei*<sup>11</sup>, León XIII sugiere sutilmente la importancia de la alianza entre los Estados y la Iglesia, y esa alianza como tal trae consigo implícitamente la renovación de los lazos comunicantes entre la doctrina cristiana y el Derecho<sup>12</sup>.

---

8 CORETH, Emerich; PFLIGERSDORFFER, Georg y NEIDL, Walter. *Filosofía cristiana en el pensamiento católico de los siglos XIX y XX*. Madrid, Ediciones Encuentro. III (1997) 47.

9 LEÓN XIII. Carta Encíclica *Diuturnum illud*. Roma, ASS 14 (1881) 4-14.

10 El supuesto origen de la autoridad política y por ende la legitimación del poder jurídico, centró su discurso en torno al modelo contractualista de Rousseau, Locke y la escuela liberal clásica. Se expresará su SS León XIII: "(...) en cuanto a la tesis de que poder político depende del arbitrio de la muchedumbre, en primer lugar, se equivocan de opinar así. Y, en segundo lugar, dejan la soberanía asentada sobre un cimiento demasiado endeble e inconsistente. Porque las pasiones populares, estimuladas con estas opiniones como otros tantos acicates, se alzan con mayor insolencia y con gran daño de la república se precipitan, por una fácil pendiente en movimientos clandestinos y abiertas sediciones (...)" Carta Encíclica *Diuturnum illud*, n° 17.

11 LEÓN XIII. Carta Encíclica. *Immortale Dei*. Roma, ASS 17 (1885) 161-180.

12 Será contundente el razonamiento del Papa Pecci: "(...) Dios ha repartido, por tanto, el gobierno del género humano entre dos poderes: el poder eclesiástico y el poder civil. El poder eclesiástico, puesto al frente de los intereses divinos. El poder civil, encargado de los intereses humanos. Ambas potestades soberanas en su género. Cada una queda circunscrita dentro de ciertos límites, definidos por su propia naturaleza y por su fin próximo. De donde resulta una como esfera determinada, dentro de la cual cada poder ejercita iure proprio su actividad (...) Para determinar la esencia y la medida de esta relación unitiva no hay, como hemos dicho, otro camino que examinar la naturaleza de cada uno de los dos poderes, teniendo en cuenta la excelencia y nobleza de sus fines respectivos. El poder civil tiene como fin próximo y principal el cuidado de las cosas temporales.

En 1891 publica el Sumo Pontífice la encíclica *Rerum Novarum* y con ella la partida de nacimiento de la Doctrina Social de la Iglesia. Sin que se haga alusión expresa sobre la estructura del Derecho, la *Rerum Novarum* aspirará por un mundo mucho más equitativo en donde sus instituciones jurídicas jugarán un papel de profundos cambios sociales.

La Doctrina Social de la Iglesia (DSI) no es una ideología que influye jerárquica y a *velis nobis* sobre las diferentes expresiones intelectuales y prácticas de los hombres, sino que como enseñanza estructurada, denuncia la problemática social que trasciende de los sistemas sociales y judiciales injustos e inequitativos. En la mayoría de los casos propone las directrices alternativas para conjurar la fuente de iniquidad y perversión en cada uno de los órdenes sociales que atenten contra las enseñanzas del evangelio de Cristo. Es, a juicio de Possenti, una forma de filosofía (moral) pública<sup>13</sup> que permitirá permear al Derecho sin resucitar la idea del eterno retorno al medioevo eclesial.

Entonces, si el Derecho, como parte integrante de un sistema social global, es capaz de asumir el sayo de la arbitrariedad, o mejor dicho mutarse en anti-Derecho con la gravedad de que toda nuestra vida, tanto individual como social, se desenvuelve dentro de un mundo normativizado; si no existe una conciencia clara en los aplicadores de dichas normas, coherente con el ideal de libertad cristiana y la experiencia de la vida trascendental, entonces, la Doctrina Social de la Iglesia, está *más*

---

El poder eclesiástico, en cambio la adquisición de los bienes eternos. Así, todo lo que de alguna manera es sagrado en la vida humana, todo lo que pertenece a la salvación de las almas y al culto de Dios, sea por su propia naturaleza, sea en virtud del fin a que está referido, todo ello cae bajo el dominio y autoridad de la Iglesia. Pero las demás cosas que el régimen civil y político, en cuanto tal, abraza y comprende, es de justicia que queden sometidas a éste, pues Jesucristo mandó expresamente que se dé al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios. No obstante, sobrevienen a veces especiales circunstancias en las que puede convenir otro género de concordia que asegure la paz y libertad de entrambas potestades: por ejemplo, cuando los gobernantes y el Romano Pontífice admiten la misma solución para un asunto determinado. En estas ocasiones la Iglesia ha dado pruebas numerosas de su bondad material, usando la mayor indulgencia y condescendencia posibles (...)." Carta Encíclica *Immortale Dei*, n° 6.

13 POSSENTI, Vittorio. "La Doctrina Social de la Iglesia como filosofía pública". En: *Tierra Nueva*. Centro para el Desarrollo e integración de América Latina. Bogotá N° 70 (1989) 8.

*que legitimada para formular los reparos que sean necesarios frente a las injusticias que se cometan en nombre de esa misma Justicia*<sup>14</sup>.

La DSI así como las ciencias jurídicas, comparten muchas características que las compatibilizan a ambas. Una de ellas, y quizá la que ha permitido la existencia ininterrumpida en el tiempo, ha sido el dinamismo<sup>15</sup> que día a día las construyen como obras perfectibles sin final temporal como ocurre con cualquier edificación física. Es el ahora pero todavía no, que tanto nos han hablado y reflexionado magistralmente teólogos y moralistas.

Ese dinamismo ha creado verdaderos puentes entre el Derecho y la DSI, manifestado en las propias palabras del Papa Pío XI cuando reconoce que un gran paso para corregir las atrocidades de la cuestión social fue la formación de una nueva legislación<sup>16</sup>, legislación que lleva en su espíritu las reflexiones y principios de la *Rerum Novarum*.

Pero quedarnos en el plano del reconocimiento legislativo sería pretender corregir una realidad con meras manifestaciones teóricas. La DSI ha contribuido en la creación de principios que serán reconocidos por el Derecho y que servirán como fuentes para la resolución de conflictos.

De esta forma tenemos los dos instrumentos que requiere un juzgador a la hora de proferir sus fallos, la norma y los principios, y éstos si no trascienden a la realidad, si sólo existen sobre el papel, entonces, lo más seguro es que estemos en presencia de un fantasma jurídico. En la aplicación y hermenéutica, apuntará Ricci, deviene la fuerza obligatoria del Derecho<sup>17</sup>.

Esta necesidad de ir a la acción previa reflexión, es lo que precisamente nos ha motivado escribir las presentes líneas. El dinamismo de la enseñanza social de la Iglesia, si bien no interviene para dar una estructura determinada o para proponer un modelo prefabricado, ella no

---

14 Cfr. PABLO VI. Carta Apostólica *Octogesima Adveniens*. (1971) 43.

15 Cfr. PABLO VI. Carta Apostólica *Octogesima Adveniens*. (1971) 42.

16 Cfr. PÍO XI. Carta encíclica *Quadragesimo Anno*. (1931) 19.

17 RICCI, Francisco. *Derecho Civil, teórico y práctico*. (Traducción de Pilar Burgos). Barcelona, Edit. Antalbe. I (1960) 18.

se limita simplemente a recordar unos principios generales tal como lo advertía SS. Pablo VI <sup>18</sup>.

Esta acción dentro de la patria jurídica no es más que en la actividad juzgadora, actividad que requiere de un método de interpretación acorde con el ideal de Justicia. El juez como sujeto sobre el cual recae el verdadero peso del Derecho, no es un mero aplicador mecánico de la norma sino que necesariamente requerirá la intervención de los principios generales del Derecho con el fin de ilustrarlo hacia el camino de la Justicia <sup>19</sup>.

Como veremos más adelante, muchos de los principios generales del Derecho son elaboración imputable a la DSI. De esta forma, con el presente artículo buscamos:

1. Determinar cuales son los principales principios orientadores de la acción que ha elaborado la DSI, y

2. Precisar cuál es la operatividad de éstos en el proceso interpretativo de normas.

Por estas razones, hemos querido encaminar nuestro trabajo hacia un aspecto que dentro de nuestro mundo de normas es olvidado. Se olvida y se sosiega a la Justicia que es el fin último del Derecho, por otros objetivos de bajo relieve como es el mantenimiento de estructuras injustas, el favorecimiento de grupos instalados, sean ideológicamente de izquierda o derecha y el fomento de un Derecho cosificado y formalista, sin visión ni ritmo.

---

18 Cfr. PABLO VI. Carta Apostólica *Octogesima Adveniens*. (1971) 42.

19 Caso emblemático corresponde al propio artículo 2° de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Cfr. Gaceta Oficial Extraordinaria n° 5.453 del 24/03/2000). *“Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia e los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”*. El texto constitucional encierra varios de las ideas-fuerza defendidas por la cristiandad, sea en su valoración humana o axiológica.

esa tradición<sup>25</sup>. Dicho carácter se iniciará desde 1958 con el ascenso de Juan XXIII hasta nuestros días. La *civilización del amor* hija del Concilio Vaticano II, además de ser una utopía, es un objetivo más consecuente y materializable que una repatriación hacia un modelo social que se caracterizó por pestes, hambre, barbarie y estamentos irreconciliables identificados con los privilegios.

Superado este problema, surge otro no menos importante. Una vez que se edifican principios, unos adquirirán más importancia que otros desarrollando toda una compleja discusión sobre la jerarquía.

A. La jerarquización de los principios. ¿Verdadera problemática para la dimensión teórica y práctica de la Doctrina Social de la Iglesia?

Tanto en el Derecho como en la DSI la jerarquización de los principios ha generado disputas. Unas que otras relacionadas con la influencia externa de corrientes del pensamiento. Por ejemplo, hay casos donde el principio de la subsidiaridad debe ser matizado por una aplicación fuerte de la solidaridad. O por el contrario, cuando hay una intervención estatal excesiva sobre la libertad económica, se requerirá de más subsidiaridad.

Ante el dilema sobre ¿qué criterio debe utilizarse para hacer prevalecer un principio sobre otro no para hacerlo nugatorio, sino subordinarlo? o ¿Existirá acaso una jerarquía implícita, casi matemática en cada uno de ellos con respecto al otro?, la respuesta no puede abordarse en forma simplista. En cada uno de los principios se encuentran inmersos valores y concepciones válidas para todos los casos. Las vías parecen cerradas, a primera vista, para toda actividad que implique jerarquización dentro del campo principista.

A nuestro juicio, la graduación de los principios de la DSI, no debe darse en la forma como se aborda la jerarquización de las ideas dadas por líneas ideológicas, ni mucho menos por el más descarnado pragmatismo utilitarista. La DSI al no ser una ideología<sup>26</sup> se encuentra

---

25 “ (...) Nuestra época está azotada y penetrada de errores radicales, está desgarrada y alterada con profundos desordenes; *pero es también una época que abre inmensas posibilidades de bien al espíritu generoso de la Iglesia* (...) (destacado nuestro)” Cfr. JUAN XXIII. *Mater et Magistra*. (1961) 260.

26 RIVAS, Exequiel. *Naturaleza y significación de la Doctrina Social de la Iglesia*. (*Guía de clases*). Santiago de Chile, Universidad Alberto Hurtado-ILADES (2001) 4.

liberada de toda condicionante paradigmática terrena. Tampoco es el combustible para la acción individual irresponsable y autonomista, como lo percibió una parte del clero latinoamericano que se lanzó a la ortopraxis armada de la teología de la liberación<sup>27</sup> para construir la nueva sociedad.

Entonces, si la jerarquía entre estos principios no debe darse por las líneas descritas ¿cuál es el camino? Si el principio es base o fundamento del todo no debe olvidarse jamás el fin para el cual fueron creados los mismos. La teleología principista será el criterio clave para la determinación de la prevalencia de uno sobre el otro. Y si nos preguntamos, ¿cuál es el fin de fondo de la DSI y del Derecho?. Amén de denunciar y proponer alternativas, encontraremos que todo está dirigido para garantizar la *dignidad de la persona humana*.

De esta forma, el principio de la dignidad de la persona humana como centro de atención y fin de las acciones, asumirá el carácter de *primum principium* entre todos los que se cristalicen. Esto lo comprobamos cuando se analizan con detalles las medidas que buscan eliminar las desigualdades sociales de nuestro tiempo, no por prescindirlas y crear estructuras más equitativas per se, sino para fraguar moldes de una sociedad donde el hombre se pueda autorealizar en consonancia con el evangelio de Cristo o sus convicciones trascendentales.

Esto nos lleva a concluir que la prevalencia de un principio sobre otro estará dado con las propias exigencias que determine la dignidad de la persona humana. Sí en determinado período la persona queda infravalorizada por un Estado avasallante, entonces, el principio de la subsidiaridad será el vehículo para descolliar esa dignidad. Ante una realidad que caracterizada por un concepto jurídico y filosófico de propiedad privada al mejor estilo quirritario, la brújula que guiará la acción estará marcada por el principio de la destinación universal de los bienes, ayudado por la solidaridad.

---

27 Para más detalles sobre la Teología de la Liberación Cfr. GUTIÉRREZ, Gustavo. *Teología de la Liberación*. Lima, CEP (1971); LEPELEY, Joaquín. "Teología de la Liberación. Un análisis temático-cronológico". En: *Paramillo*. San Cristóbal, Universidad Católica del Táchira, Nº 4 (1985) 5-206, y también Cfr. VEKEMANS, Roger. "Teología de la Liberación (Dossier)". En: *Paramillo*. San Cristóbal, Universidad Católica del Táchira, Nº 5 (1986) 501-949.

### **3. Dimensión funcional de los principios orientadores de la acción**

Si hablamos que todo principio es base o fundamento de una acción, es loable asignarles funciones propias. La más importante, como su palabra los identifica, es la *labor de orientación* que deben cumplir. Esta variante funcional les permite convertirse en la estrella polar que guía toda conducta de los grandes hombres de la Iglesia. Sin los principios, la actividad que pueda desplegar la DSI estará signada por la fragmentación, el aislamiento y el enfrentamiento entre sus miembros. Los principios orientadores de la acción impiden que la improvisación y el activismo secuestren las iniciativas de los promotores sociales.

A la par de la función de orientación, encontramos también otra función implícita, pocas veces señalada por los documentos pontificios o del magisterio Latinoamericano. *La función esperanzadora* de estos principios, nos llevan a las convicciones de la existencia de un deber ser, es decir, que muchos de estos principios señalan la realidad que día a día quiere construirse. Los principios anuncian y describen, en la mayoría de los casos, el mundo que esperamos ver o por lo menos dejar fundadas las bases para nuestros sucesores.

Por otro lado, los principios orientadores al marcar las directrices claras que deben seguirse, abre el compás para la determinación de las responsabilidades de cada uno de los que conformamos la Iglesia Católica, sea en la calidad de eclesástico o laico. Sólo cuando se tienen unos verdaderos baremos es posible establecer las responsabilidades de los que entregan su voluntad para la construcción de la civilización del amor.

### **4. Características de los principios orientadores de la acción**

Siguiendo el esquema de los autores Soria y Díaz Sánchez<sup>36</sup>, los principios orientadores se caracterizan por:

En primer lugar, poseen una *dualidad dimensional*, que los hacen al mismo tiempo adquirir un carácter teórico y práctico. Un nivel teórico, porque al buscar explicar la realidad del hombre y de la sociedad con sus problemas, echa mano de teorías, doctrinas y conceptos desde la óptica filosófica, teológica y cultural. Sin embargo, no se quedan en el

---

36 SORIA, Carlos (O.P.) y DÍAZ SÁNCHEZ, Juan Manuel. Ob. Cit., Pág. 92.

mero problema deductivo ni inductivo sino que trascienden en el accionar cotidiano, asumiendo formas prácticas ejecutadas. Si los principios quedaran sólo en un universo de teorías, serían prontamente desechados pues su alma se encuentra en su perenne vocación de hacerse materia sencilla.

En segundo lugar, la *doble faz* de ser teoría y práctica a la vez, le otorga la capacidad de asumir una pretensión aceptada por todas las corrientes libertarias, de *validez universal* en su contenido fundamental<sup>37</sup>. Por esta razón, la aplicabilidad y guía pueden ser utilizados en cualquier parte del planeta, en todas las comunidades políticas o sociales respetando y adaptándose a la tradición e ideosincracia de cada pueblo.

### **5. Principales principios de la orientación de la acción**

Acogiéndonos a la advertencia del Documento de la Congregación para la Educación Católica, los principios que a continuación vamos a trabajar no deben ser considerados en forma taxativa. Por otro lado, tampoco pretendemos agotar la explicación sobre cada uno de ellos, sino un mero recorrido sinóptico del estado actual de ellos. Estos principios son:

- A. El principio de la primacía de la persona humana y su dignidad
- B. El principio del bien común<sup>38</sup>
- A. El principio de la solidaridad<sup>39</sup>

---

37 Ibid.

38 La definición del bien común adoptada por la Doctrina Social de la Iglesia corresponde a la confeccionada por SS. Juan XXIII en la *Mater et Magistra*. nº 65. Definición por cierto, aceptada como la más completa e indiscutible dentro de cualquier campo o área del saber. También sobre sus implicaciones posteriores, así como la operatividad Cfr. JUAN XXIII. *Pacem in terris*. (1963) 55. PÍO XII. *Radiomensaje navideño Con Sempe nouva*. (1942) AAS. 35 (1943) 13. CONGREGACIÓN PARA LA EDUCACIÓN CATÓLICA. *Orientaciones para el Estudio y Enseñanza de la Doctrina Social de la Iglesia en la Formación de los Sacerdotes*. Roma (1988) 37. CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE. *Instrucción Libertatis Conscientia*. Roma AAS. 79 (1987).

39 Para detallar sobre el principio de la solidaridad, como virtud humana y cristiana, Cfr. JUAN PABLO II. *Sollicitudo rei socialis*. (1987) 39-40.



- A. El principio de la subsidiaridad<sup>40</sup>
- A. El principio de la destinación universal de los bienes<sup>41</sup>
- A. La opción preferencial por los pobres<sup>42</sup>

En el presente artículo únicamente vamos a desarrollar el *prima principium*, relativo a la dignidad de la persona humana. Sólo debemos advertir que todos los principios que se enuncien o desarrollen con posterioridad, estarán inevitablemente subordinados a éste. En ningún caso puede pretenderse que otro principio asuma la máxima jerarquía, pues ello llevaría a extremos inaceptables.

Sólo imaginémosnos si lleváramos al principio de la subsidiaridad *in modo indiscriminato e miope, consideri solamente l'individuo, produrrebbe un pluralismo distruttivo*<sup>43</sup>. En fin, cuando no se aplican los principios adecuadamente, se corre el riesgo de daños al sistema social, muchas veces excesivamente difíciles de reparar en poco tiempo.

Otro caso gráfico sería concebir la preeminencia absoluta del bien común sobre el bien individual, deformando el sano concepto del derecho de propiedad. Por otra parte, si maximizamos la idea de la opción preferencial por los pobres muy pronto estaremos diseñando una nueva forma de exclusión de abajo hacia arriba, desdeñando de cualquier iniciativa empresarial o esfuerzo que permita aquél ahorro tan añorado

40 La subsidiaridad como principio ha sido magistralmente expuesto y desarrollado por PÍO XI en la *Quadragesimo Anno*. (1931). Tres acciones debe respetar el Poder Público con este principio: a) Dejar hacer, b) Ayudar a hacer y c) Hacer por sí mismo.

41 Del principio de la destinación universal de los bienes, encontramos una conexión estrecha con la dignidad humana, pues se concibe la sana doctrina de que todos los bienes son dados por la naturaleza para el aprovechamiento humano al máximo. Juan Pablo II será más que enfático en afirmar esta suerte de los bienes de la tierra. Cfr. JUAN PABLO II. *Sollicitudo rei socialis*. (1987) 42. También, sobre la intervención de la Justicia y la caridad en la destinación universal de los bienes Cfr. CONCILIO VATICANO II. *Gaudium et Spes*. Roma (1965) 36.

42 El principio de la opción preferencial por los pobres, tiene su génesis en la conferencia de Puebla (1979), allí por primera vez se aborda los variables enfoques que posee la pobreza en los países, sobre todo en los subdesarrollados. La pobreza asume una multidimensión que debe ser estudiada a fondo. Cfr. RIVAS, Exequiel. Ob. Cit., Pág. 111.

43 FERRARI PASSANO, Paolo Da (S.J.). "Il Principio di Sussidiarietà". En: *La Civiltà Cattolica*. Roma, Quaderno 3552 – II (1998) 543. El autor en cuestión realiza un ejercicio casuístico que incluye otros principios llevados a situaciones insostenibles.

para que los proletarios de León XIII obtengan un pedazo de suelo<sup>44</sup>, cristalizando la pobreza como una forma de asegurar privilegios o poder.

A. Principio de la primacía de la persona humana y su dignidad.

El Papa Juan XXIII en *Mater et Magistra*, coloca la piedra angular de este principio en los siguientes términos:

Como se desprende de lo dicho hasta aquí, el principio fundamental de esta concepción consiste en que cada uno de los seres humanos es y debe ser el fundamento, el fin y el sujeto de todas las instituciones en las que se expresa y se actúa la vida social: cada uno de los seres humanos visto en lo que es y en lo que debe ser según su naturaleza intrínsecamente social, y en el plan providencial de su elevación al orden sobrenatural<sup>45</sup>

Obsérvese tres aspectos especiales del pasaje citado:

- a. El Ser Humano es el fundamento
- b. El Ser Humano es el fin
- c. El Ser Humano es el sujeto

Es decir, que por él, para él y con él deben ser diseñados y ejecutados todos los proyectos, ideologías, estructuras y demás obras producidas por el ingenio humano. Esto nos lleva a determinar qué debe entenderse por dignidad, no sólo en el plano teológico, sino filosófico y jurídico.

El vocablo persona es acuñado por primera vez en Roma. Para la juridicidad romana *personae* era entendida como las máscaras que cubrían el rostro de los actores teatrales con el objeto de intensificar la intensidad y volumen de sus voces. Sin embargo, no duró mucho tiempo en que el sentido originario de *personae* evolucionara, para asumir la idea de individualidad<sup>46</sup>.

Si echamos un vistazo a nuestro idioma, la palabra persona significa “Individuo de la Especie Humana”<sup>47</sup>. Conseguir esta idea no fue el

44 Cfr. LEÓN XIII. *Rerum Novarum*. (1891) 8.

45 Cfr. JUAN XXIII. *Mater et Magistra*. (1961) 219.

46 GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. México D.F. Editorial Porrúa. (1963) 273.

47 REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. Madrid, II (1984) 1014.

producto de una simple recolección o ejercicio de racionalidad, ya que para llegar a ese punto fue menester comprender el carácter espiritual del concepto, de encontrar un apunte extraño de algo sobrepuesto al actor de carne y hueso, que lo amplifica de esa realidad corpórea biológica y lo replantea en un modo de ser nuevo<sup>48</sup>. Maritain nos explica qué es esa realidad superior:

La Persona tiene una Dignidad Absoluta porque está en relación directa con lo absoluto, único medio en que puede hallar su plena realización, su patria espiritual es todo el universo de los bienes que tienen valor absoluto, y que reflejan, en cierto modo, un absoluto superior al mundo hacia el cual tienden<sup>49</sup>

Con estas líneas también nos da a entender que el hombre no es persona en su puridad individualista, tal como y como las aproximaciones de las doctrinas pre-cristianas justificaron. La persona al entrar en sociedad es cuando se da cuenta de la existencia de sus semejantes, y ese contacto lo repotencia y revitaliza al trascender del todo del cual es parte sin que ello represente que sea la suma de cada una de las personas en ese todo<sup>50</sup>.

a. Características de la persona humana:

Para entender el principio de la primacía de la persona humana, debe tomarse en cuenta cuáles son los rasgos fundamentales del concepto in commento, pues por más que tratemos y ejercitemos académicamente, jamás podemos aproximarnos totalmente al misterio del hombre<sup>51</sup> bajo la mira de la pureza conceptual<sup>52</sup>.

48 ROMERO, Francisco. *Filosofía de la Persona y Otros Ensayos de Filosofía*. Buenos Aires, Editorial Losada (1951) 18.

49 MARITAIN, Jacques. *Los Derechos del Hombre*. Buenos Aires, Editorial la Pléyade (1972) 11.

50 MARITAIN, J. Ob. Cit. Pág. 20.

51 DESSIATO, Massimo. *Introducción al Estudio del Hombre (Dimensiones Fundamentales de la Existencia Humana)*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello - Centro de Estudios Religiosos, Cuadernos Docentes N° 2 (1992) 34.

52 El brocardo *Omnia definitio in iure, periculosa est*, es el fiel reflejo de esta advertencia que puede hacerse extensible dentro de otras áreas del saber.

En primer lugar, *la encarnación corpórea del hombre* lo hace estar presente en el mundo, lo hace ser conocido antes de su creación y lo posiciona en un sitio de superioridad.

En segundo lugar, *la espiritualidad racional* lo hace conocer del mundo que lo rodea, obligándolo al ejercicio continuo de concentración-exteriorización donde juegan un papel importante la reflexión y la actuación.

En tercer lugar, *la conciencia de la sujeción* por parte de ese sujeto para con un principio superior que lo eleva de un mecanismo de simples músculos, huesos y sangre.

En cuarto lugar, *la universalidad* lo hace partícipe de ser inmutable aquí o en cualquier parte del cosmos, en pocas palabras, el ecumenismo lo hacen ser lo que es en donde quiera que se encuentre.

En quinto lugar, *la individualización*, que según Dessiato, lo resta de cualquier objetivización le hacen ver que no es parte mecanicista de un todo (suma de las individualidades, como pretendió hacerlo el sociologismo jurídico de Duguit), un mero principio abstracto (al estilo del racionalismo de Descartes con el cogito), una estructura (en el mejor de los marxismos) o una arquitectura inmóvil. Gevaert nos ilustra acertadamente:

La idea como persona no indica cualidades o propiedades diversas, no es una cualidad (hombre) impersonal y neutra, sino algo que no entra ya en el reino de las cualidades y de las propiedades y que no se puede nunca descubrir y reconstruir siguiendo la pista de una acumulación de cualidades<sup>53</sup>

En sexto lugar, la propia *solidaridad* que deriva de esa conciencia de pertenencia a un mismo género y a una misma dignidad que lo obliga a responder al otro al verse él mismo singularizado, limitado y confundido.

Estas son las bases fundamentales del hombre que lo hacen ser el centro de todo, es un absoluto que según Ferrater Mora, *representa lo que es por sí mismo, lo independiente, lo incondicionado*<sup>54</sup>.

53 GEVAERT, Joseph. *El problema del Hombre*. Salamanca, Ediciones Sígueme (1987) 142.

54 FERRATER MORA, J. Ob. Cit., I, Col. 21.

De la noción absoluta desembocamos en el problema de la Dignidad Humana, categoría axiológica que para el profesor Fernández Segado, no ha llegado a una definición satisfactoria<sup>55</sup>.

Como consecuencia de esta dignidad, los jesuitas Giner y Aranzadi<sup>56</sup>, han formulado las consecuencias de la dignidad en 2 grupos:

- El Hombre es el Centro de todos los Valores que le Circundan.
- La Dignidad de la Persona Humana es Universal e Inviolable.

b. El Hombre como Fin de todo el Sistema:

Cuando uno observa la dinámica global pareciera que a pesar de tanto empeñarnos para vivir en forma digna, los malestares sociales se incrementan a un ritmo geométrico alarmante. La constante expoliación a que se somete a la humanidad, incluso en los países desarrollados, nos lleva a plantearnos si alguna vez las ofertas intelectuales o los modelos de desarrollo pensaron al hombre como un fin.

Sierra Bravo, al comentar el magisterio social de SS Pío XII<sup>57</sup> nos señala 3 notas características que deben ser siempre tomadas en cuenta para ratificar el valor teleológico del hombre. Estas son:

**A. La integralidad humana:** si tenemos en cuenta que esa dignidad con la que está impregnada la persona se materializa en una serie de atributos y elementos que ni se pueden negar, ni mucho menos reducir pues el hombre: “Es una realidad referida a valores, pertenece al mundo de los fines que se obtienen por una actividad consciente y libre, es un creador de la cultura mediante la incorporación de los valores a la historia”<sup>58</sup>

También se corre el peligro de olvidar al hombre como fin cuando perfectamente se toman en cuenta todas esas notas atributivas; sin

55 FERNANDEZ SEGADO, Francisco. “La Dignidad de la Persona como valor Supremo del Ordenamiento Jurídico”. En: *Revista Tachireense de Derecho*. San Cristóbal, Nº 7 (1995) 9.

56 ARANZADI, Dionisio y GINER, Carlos. *Lo Social y Yo*. Madrid, Editorial Aguilar (1964) 83.

57 SIERRA BRAVO, Restituto. *La Persona Humana en el Magisterio de Pío XII*. Madrid, Editorial Aguilar (1960) 23 y ss.

58 ESTIBALEZ, L.M. *La Dignidad de la Persona Humana en la Mater et Magistra*. Madrid, Editorial Bosch (1967) 163.

embargo, se les jerarquiza inarmónicamente señalándole puestos arbitrarios o contradictorios.

**B. *El Carácter Activista del Hombre.*** El hombre es propiamente hombre porque siempre está por emprender nuevos proyectos y experiencias desconocidas. El misterio humano radica en la imposibilidad de descansar, de no detenerse ante lo adquirido. En este punto hay que tener mucho cuidado, puesto que las sociedades se valen de ese activismo humano con el objeto de utilizarlo en la consecución de otros fines que exponen al hombre a ser medio para esa realización.

**C. *La Afirmación de la Vocación y elevación de la Persona Humana a una vida sobrenatural.*** Maritain nos dice que la raíz primaria de la persona no es la sociedad, sino Dios<sup>59</sup>, por la participación misma en la dignidad divina de ese ser creador que nos coloca al nivel de las cosas eternas, que nos señala la existencia de otro plano al cual llegar, donde el tiempo y el lugar son inexistentes. El tránsito por esta tierra es preparación para ese nuevo mundo.

### **III. LOS PRINCIPIOS ORIENTADORES DE LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA Y EL DERECHO**

La influencia de los principios supra descritos, dentro del discurso jurídico, tendrá múltiples manifestaciones y niveles diferenciados. Esto se origina por la capacidad de aplicación no sólo en la conducta personal de los individuos que constituimos el Pueblo de Dios, sino que se eleva hasta la misma actuación desplegada por las instituciones<sup>60</sup>, no como extensión de sus directivos sino como una genuina manifestación de la voluntad institucional.

El Papa Pío XI en la *Quadragesimo anno* enunciará uno de los logros de la Doctrina Social de la Iglesia sobre la legislación:

(...) animó a algunos católicos a colaborar íntimamente en esta materia con los gobernantes, siendo frecuentemente ellos los promotores más

---

59 MARITAIN, J. Ob. Cit., Pág. 26.

60 RIVAS, Exequiel. Ob. Cit., Pág. 118.

ilustres de esa nueva política en los parlamentos; más aún, sacerdotes de la Iglesia, empapados totalmente en las doctrinas de León XIII, fueron quienes en no pocos casos propusieron al voto de los diputados las mismas leyes sociales recientemente promulgadas y quienes decididamente exigieron y promovieron su cumplimiento.

El fruto de ese trabajo ininterrumpido e incansable es la formación de una nueva legislación, desconocida por completo en los tiempos precedentes, que asegura los derechos sagrados de los obreros, nacidos de su dignidad de hombres y de cristianos; estas leyes han tomado a su cargo a protección de los obreros (...)"<sup>61</sup>

Aunque fue todo un logro la consagración de disposiciones legales ampliamente influidas y pensadas desde la óptica principista, muy pronto serán presas fáciles del positivismo jurídico que diseñó nuevas y variadas formas de violentar esos derechos, arduamente ganados en las trincheras legislativas.

De esta forma, la guerra contra la cuestión social no había sido definitivamente triunfal para quienes la sufrían. Simplemente se trasladó hacia otro campo de batalla, de terreno más difícil y movidizo: *de los parlamentos pasó al delicado mundo tribunalicio*.

Y dentro de los tribunales, la actividad que caracteriza al jurista y centra toda su esencia es la problemática de la interpretación<sup>62</sup>. Para el momento en que la DSI se encontraba denunciando otros problemas, la exégesis como método era aplicado en forma indiscutible y eran cuestionados los métodos, conceptos o presupuestos para conectar la vida social y las concepciones ideológicas de las ciencias del Derecho con el mundo metajurídico.

Si bien la legislación laboral consagró un salario mínimo, éste terminaba en transformarse en una suerte de *salario máximo*, ya que aplicado literalmente las disposiciones en el más brutal y mero tenor legalista, sin observancia dinámica de los principios, jurídicamente se consideraba satisfecha la exigencia. Así, se cumplía una de las visiones proféticas de Juan XXIII: "Sin embargo, la vida social en nuestro tiempo

---

61 Cfr. PÍO XI. *Quadragesimo Anno*. (1931) 19.

62 PETZOLD-PERNÍA, Hermann. *Presentación a la Obra de Chaim Perelman*. Maracaibo, Centro de Estudios de Filosofía del Derecho de la Universidad del Zulia (1974) 5.

es tan variada, compleja y dinámica, que las ordenaciones jurídicas, incluso cuando están elaboradas con competencia exquisita y previsoramente, quedan muchas veces incapaces de amoldarse a toda la realidad”<sup>63</sup>

Respondiendo al Papa llamado bueno, cuando tratamos de justificar una decisión legal, no nos limitamos a unir diferentes partes de una ley pertinente, con la sabiduría convencional que se aplica al caso en juego. Lo que buscamos es que la mayor cantidad posible de elementos jurídicos relevantes encajen en una historia que refleje una deseable autoimagen del Derecho<sup>64</sup>. El problema ahora será cómo influyen estos principios orientadores de la acción dentro del proceso de interpretación de normas jurídicas, proceso en el cual se realiza el Derecho<sup>65</sup>.

### **1. Legalismo, positivismo e interpretación jurídica bajo la mirada de la Doctrina Social de la Iglesia**

La doctrina clásica sobre la aplicación del Derecho se reduce, de modo casi exclusivo, a la teoría de la interpretación de la ley. Más allá de factores políticos, sociales y aún psicológicos, coadyuvantes a la explicación del fenómeno, se impone la supremacía de la ley y su predominio como fuente formal del Derecho. En pocas palabras el positivismo en extremo.

El derecho romano, estructurado en la época justiniana sobre la idea del predominio de la ley (*corpus iuris civilis*), desarrolló una teoría de la interpretación relativa sólo a la ley. Cuando la expresión de la norma se lleva a efecto a través de la costumbre, es tan íntima la relación entre ella y su medio de expresión (los actos de la colectividad) y se identifica de tal modo el órgano creador de la norma (colectividad) con el órgano que la expresa (la propia colectividad) que no cabe admitir sino en casos excepcionales una imperfección en la expresión de la

---

63 Cfr. JUAN XXIII. *Pacem in terris*. (1963) 71.

64 VAN OENEN, Gijs. “El Derecho y sus descontentos”. En: *Prisma*. Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, Nº 12 (1999) 51.

65 DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*. Madrid, Editorial Tecnos, I (1998) 159.



norma<sup>66</sup>. Celso será lacónico: “Es contra derecho juzgar o responder en vista de alguna parte pequeña de la ley, sin haber examinado atentamente la ley”<sup>67</sup>

Durante quince siglos la teoría jurídica aceptó, con ligerísimos “paréntesis”, históricos y geográficos, una concepción equiparadora de los términos “Derecho” y “ley”. La aplicación del Derecho se limitaba a la interpretación de la ley y la realizaban los jueces con la ayuda de los jurisconsultos.

La correspondencia entre legalismo (entendido como predominio de la ley sobre las demás fuentes del Derecho) e interpretación, se refleja, también, en el iusnaturalismo escolástico y en el racionalista. Bajo sus banderas se desarrolla la ciencia del Derecho hasta el advenimiento del historicismo.

Numerosos pensadores, al abordar el tema del predominio de la letra o el espíritu de la ley evidencian su preferencia por ésta y recuerdan al Apóstol San Pablo: “la letra mata, el espíritu vivifica”

A partir del siglo XX, se comenzó a germinar una conciencia entre los teóricos del Derecho, sobre la posibilidad de abandonar el legalismo. Y encontraremos dentro de la DSI también una de las voces que contribuirá sugestivamente contra los estragos del positivismo legalista.

Como reseña Gutiérrez García en su compilación de conceptos fundamentales de la DSI, el magisterio social de la Iglesia no ha prestado una atención detenida al positivismo como sistema de pensamiento en la filosofía y en las ciencias, sino en la proyección jurídica y política de esta corriente<sup>68</sup>.

---

66 ALVAREZ SUÁREZ, Ursicino. *Curso Elemental de Derecho Romano*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos. I (1948) 109. También, véase PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo. *Derecho Romano*. Valencia, Editorial Tirant lo blanch (1997) 107. Para el autor en cuestión, el problema de centralizar como fuente única el corpus iuris civilis, se debe fundamentalmente a la característica de unidad en la actuación, pues, fue prioridad imperial, la restauración de un criterio unitario de interpretación, ello como producto de la desintegración y empobrecimiento del derecho romano.

67 Digesto. I, 3. § 24.

68 GUTIÉRREZ GARCÍA, José Luis. *Conceptos fundamentales en la Doctrina Social de la Iglesia*. Madrid, Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, III (1971) 463.

De los 9 pontificados bajo estudio en este curso, será el de Pío XII quien dedicará varias reflexiones al problema, cuando no en forma casi exclusiva. En primer lugar, denuncia la manipulación de ciertos grupos que se benefician del positivismo jurídico. Éste aparecerá vinculado: “(...) al servicio de determinados grupos, clases y movimientos, cuyos programas señalan y determinan el camino a la legislación y a la práctica judicial”<sup>69</sup>

En segundo lugar, ve con preocupación la separación absoluta entre la ley natural y la ley y Derecho positivo, fisura que daría lugar a situaciones que riñen con la moral<sup>70</sup>.

En tercer lugar, el positivismo jurídico es totalmente contradictorio a los *principios cristianos*. Esta contradicción genera verdaderos problemas de conciencia, sobretodo al juez de esta confesión<sup>71</sup>, al quebrarse el lazo eminentemente moral que lo une a la vida individual y social<sup>72</sup>.

En cuarto lugar, el positivismo para este Papa representa una verdadera causa de perturbación y desorden dentro del poder judicial, llegando a la peligrosa desnaturalización del Derecho para transformarse en una especie de anti-Derecho. Veamos otra de las denuncias:

El error del racionalismo moderno ha consistido precisamente en la pretensión de querer construir un sistema de los derechos humanos y la teoría general del Derecho considerando la naturaleza del hombre como un ente que existe por sí mismo, carente de toda referencia necesaria a un ser superior, de cuya voluntad creadora y ordenadora dependa en la esencia y en la acción. Vosotros conocéis en qué dédalo inexplicable de dificultades se encuentra envuelto el pensamiento jurídico contemporáneo a causa de esta desviación inicial, y cómo el jurista que se ha conformado al canon establecido por el llamado positivismo, ha visto fracasado su esfuerzo, perdiendo con el recto conocimiento de la naturaleza humana, la sana concepción del Derecho, *que ha visto mermada su fuerza coactiva sobre la conciencia del hombre, que es su primero y principal efecto*. Las cosas divinas y humanas, que según la definición de Ulpiano, forman el objeto más

69 Cfr. PÍO XII. *Con sempre* 46. AAS 35 (1943) 21.

70 Cfr. PÍO XII. *L'importance* 20. AAS 42 (1950) 255-256, también Cfr. *Il programma* 13. AAS 47 (1955) 768-769 y *Con vivo compiacimento* 3. AAS 41 (1949) 604.

71 Cfr. PÍO XII. *Con felice pensiero* 12. AAS 41 (1949) 602.

72 Cfr. PÍO XII. *En ouvrant* 7. AAS 46 (1954) 484.

general de la jurisprudencia, están tan íntimamente unidas, que no se puede ignorar las primeras sin perder al mismo tiempo la exacta valoración de las segundas (destacado nuestro)<sup>73</sup>

La gravedad y profundidad del análisis de SS. Pío XII, llegan hasta el propio corazón del Derecho, el cual no es más que su fuerza coactiva. Esto nos lleva a razonar que los principios orientadores de la acción que enuncia la DSI le imprimen la fuerza y legitimidad al Derecho más allá de las meras concepciones morales. Y toda autoridad que ampare su actuación en este Derecho, más que una protección legítima a un interés tutelado, sería la complacencia de caprichos y aberraciones de ciertos sectores:

Donde se rechaza la dependencia del Derecho humano respecto del Derecho Divino, donde no se apela más que a una apariencia incierta y ficticia de autoridad terrena y se reivindica una autonomía jurídica regida únicamente por razones utilitarias, no por una recta moral, *allí el mismo Derecho humano pierde necesariamente, en el agitado quehacer de la vida diaria, su fuerza interior sobre los espíritus; fuerza sin la cual el Derecho no puede exigir de los ciudadanos el reconocimiento debido ni los sacrificios necesarios* (destacado nuestro)<sup>74</sup>

En quinto lugar, todas las visiones y advertencias sobre este insostenible orden que lanzara desde el Vaticano la Cátedra de Pedro, se materializará lamentablemente en las atrocidades y crímenes de guerra cometidos por los funcionarios del nacionalsocialismo, los cuales actuaban bajo la lógica perfecta de la ley escrita. (Vgr.: en Alemania se legisló sobre las formas de exterminio de la población judía en los campos de concentración, legislación sobre deportaciones masivas, legislación abortiva, legislación confiscatoria). Terminada la confrontación bélica, se llevó a efecto el proceso de Nieremberg donde impunemente los procesados argüían que “cumplían las órdenes emanadas de la ley”.

Tal era y tal es todavía, debemos decirlo, en algunos sitios el “Derecho lega”. Todos nosotros hemos sido testigos del modo con que algunos que habían obrado según este Derecho, han sido llamados después a

---

73 Cfr. PÍO XII. *Con felice pensiero* 8. AAS 41 (1949) 600.

74 Cfr. PÍO XII. *Summi pontificatus* 42. AAS 31 (1939) 432.

dar cuenta de él ante la justicia humana. Los procesos que con esta ocasión se han desarrollado, no solamente han conducido a verdaderos criminales a la suerte que les era debida; han demostrado también la tolerable condición a la que una ley del Estado, completamente dominada por el positivismo jurídico, puede reducir a un funcionario público, que de otra manera, por su naturaleza y dejado libre en sus sentimientos, habría permanecido como un hombre honrado”<sup>75</sup>

En nuestros días, gran parte del espíritu legislativo de nuestros principales textos normativos provienen de esta época denunciada<sup>76</sup>, pero, los correctivos aplicados en la postguerra contribuyeron al desmontaje de la maquinaria silogística armada por el positivismo.

El retorno de un iusnaturalismo más real y concretado, apoyado por la toma de conciencia ética en los hombres del Derecho, permitieron la aplicabilidad de otras fuentes, diferentes a la ley y la costumbre. Cuando el iusnaturalismo, apunta Squella, invoca el derecho natural como una realidad jurídica anterior y superior a los ordenamientos jurídicos positivos dotados de vigencia histórica, a los cuales proporciona el fundamento de su validez, a lo que apela, en fin, es a una ética, o sea, a un conjunto de convicciones que los iusnaturalistas tienen acerca de lo bueno, de lo justo, de lo correcto<sup>77</sup>.

El artículo 4º del Código Civil venezolano es espejo de lo descrito con anterioridad. Allí se fija la regla general de la interpretación de las normas jurídicas. El referido artículo, se encuentra redactado con el siguiente tenor:

A la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador.

Cuando no hubiere disposición precisa de la ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulen casos semejantes o materias análogas; y, *si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho* (destacado nuestro)

75 Cfr. PÍO XII. *Con vivo compiacimento* 13. AAS 41 (1949) 606-607.

76 Para citar algunos casos, el Código Civil Venezolano (1942) y el Código Penal Venezolano (1926); ambos con plena vigencia.

77 SQUELLA, Agustín. “¿Por qué vuelve hablarse de Derecho Natural?. En: *Revistas de Ciencias Sociales*. Valparaíso, Universidad de Valparaíso, Nº 41 (1996) 433.

Aunque lacónica será la letra del texto legal, el mismo permite gradaciones al sistema, entregando discretamente al posible intérprete una serie de ideas y soluciones para su problema jurídico.

De la Vega Benayas<sup>78</sup> plantea la posibilidad de adoptar un criterio flexible aún dentro de las normas más cerradas que la consagrada en nuestro artículo 4º del código civil, donde el legislador insinúa al aplicador, so pretexto de un consejo, la posibilidad de usar un sincretismo metódico o elección *ad libidum* según sea el caso, observando siempre la utilización conjunta y armónica de las normas.

Ahora bien, en el in fine del artículo transcrito, se observa la posibilidad lógica de la aplicación de los llamados principios generales del Derecho.

A. Los principios generales del Derecho. ¿Principios orientadores de la acción de la Doctrina Social de la Iglesia?

Una vez que hemos visto el ascenso, cénit y caída del positivismo jurídico, hay una fuente del Derecho que fue aplicada antes de la aparición de esta desviación histórica. Los principios generales del Derecho, así como fueron bautizados, no son reglas ni máximas jurídicas, son una verdadera fuente inagotable de soluciones de amplia carta de naturaleza. Han estado presentes desde la etapa clásica del derecho romano:

*De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est; et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est; si nex id quidem appareat, tunc ius, quo Urbs Roma utilitur servari oportet (destacado nuestro)*<sup>79</sup>

El texto en cuestión pertenece a Salvio Juliano, allí mismo aparece la idea de una fuente que ha estado presente en la historia jurídica de la mítica Roma. Los principios generales del Derecho, comparten las mismas características que conlleva la idea de principio, sólo que tendrán una mecánica y lógica diferente.

---

78 VEGA BENAYAS, Carlos de la. *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del código civil*. Madrid, Editorial Civitas (1976) 113.

79 Digesto. I, 3. 32.

Joaquín Arce y Flórez, en un estudio pormenorizados sobre éstos, llega a la conclusión de que es prácticamente imposible llegar a un concepto cerrado, puesto que los principios generales del Derecho encierran los siguientes componentes<sup>80</sup>:

- a. Son ideas fundamentales de la organización jurídica de la nación
- b. Emanan de la conciencia social
- c. Cumplen la función fundamentadora, interpretativa y supletoria
- d. Respecto del total ordenamiento jurídico

De lo transcrito nos interesa la fuente y las funciones que cumplen estos principios en el momento de aplicar el Derecho.

Sobre el origen de los Principios, la doctrina jurídica o bien los ha mitificado, maximando su valoración, o por el contrario, los ha minimizado hasta reducirlos a un vaciamiento de contenidos que los hace intrascendentes<sup>81</sup>. Lo que sí ha estado conteste es que su nacimiento se debe a las lagunas que se generan en la ley, esas mismas que Josserand aceptará con tino<sup>82</sup>.

La solución de las lagunas legales, es decir, las formas de suplirlas o de completarlas, ha sido en la historia jurídica una *vexata questio* afrontadas de distintas maneras. Una de estas maneras ha sido la inclusión impretermitible de los principios generales del Derecho.

Permitida la intervención de éstos, ha surgido la perenne disputa de establecer cuál ha sido la fuente de inspiración para tales principios. Los iusnaturalistas, consideraron que los principios generales del Derecho son los mismos del derecho natural, cuales verdades jurídicas naturales y universales determinadas por la recta razón. *Les principes généraux du droit, qui ont été lentement dégagés par l'évolution juridique*<sup>83</sup>.

De ser así, estaría justificada la adaptación de los principios orientadores de la DSI dentro de la categoría de fuente subsidiaria. De esta forma, la DSI no sólo será un ente de inspiración legislativa, sino

80 ARCE Y FLÓREZ VALDÉS, Joaquín. *Los Principios Generales del Derecho y su formulación constitucional*. Madrid, Editorial Civitas (1990) 76 y ss.

81 ARCE Y FLÓREZ VALDÉS, J. Ob. Cit., Pág. 21.

82 JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Buenos Aires, Editorial EJE, I (1950) 83.

83 MAZEAUD, Jean y MAZEAUD, Henry. *Leçons de Droit Civil*. París, Éditions Montchrestien, Tome Premier, Premier Volumen (1970) 131.

que también *puede emplearse dentro de la interpretación que realiza el juez*:

La inducción de los Principios de las leyes positivas precedió la labor del legislador de introducir en ellas los principios del Derecho Natural, *que luego, por tanto, el Juez podrá transformar ascendiendo por iguales fuentes que el legislador utilizó antes en la redacción de la ley* (destacado nuestro)<sup>84</sup>

Esto nos lleva a la conclusión, que toda problemática iuris originada en cualquier litis, deberán tenerse en cuenta estos principios más allá de los casos que presenten lagunas, incluso en aquellos donde impera el aforismo romano del *in claris no fit interpretatio*. Fíjese que el juez debe en todo momento analizar las normas con el imperativo de los principios que dieron vida a las mismas.

A manera de ejemplo, si se debe aplicar una ley laboral en un caso de un despido injustificado, el juez no debe contentarse con interpretar el articulado, sino que debe tutelar el principio de la dignidad de la persona humana, creando soluciones que se ajusten más al imperativo de la Justicia al aparentemente sugerido por la ley.

Con esta mecánica, los principios generales del Derecho se transforman en una especie de superfuente<sup>85</sup> que suplen, informan y fundamentan todo el sistema normativo.

B. El Postpositivismo y los Principios de la Doctrina Social de la Iglesia:

Ante el fracaso del positivismo, la escuela americana, con Dworking a la zaga, inicia la crítica a los modelos formalistas imperantes para la época<sup>86</sup>. Dworking planteará que la interpretación del Derecho debe hacerse desde la perspectiva del caso en concreto, afrontando<sup>87</sup>:

---

84 ARCE Y FLÓREZ VALDÉS, Joaquín. Ob. Cit., Pág. 43.

85 Ibid.

86 ATIENZA, Manuel. *Seminario sobre Interpretación y Argumentación Jurídicas Contemporáneas*. [en línea]. Biblioteca Virtual de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá (1997). En: [http://: www.fij.edu.co/hipermedios/seminarios/argumentación](http://www.fij.edu.co/hipermedios/seminarios/argumentación) [Consulta: 29 de enero de 2000].

87 DWORKING, Ronald. *El imperio de la justicia: de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces*. (Traducción de Claudia Ferrari). Barcelona, Editorial Gedisa (1988) 78.

- Las pruebas presentadas por las partes y las obtenidas de oficio
- La filosofía del Derecho que impere en el momento
- La moral como fenómeno humano y los paradigmas éticos
- El buen diseño de las normas jurídicas por parte del legislador
- Determinado el derecho fundamental aplicable al caso concreto.

A Dworking se le sumarán los autores Alexy, Guastini y Zagrebelsky.

Alexy expondrá que un método de interpretación busca mostrar el cómo y cuándo manejar los argumentos en la interpretación y en la argumentación<sup>88</sup>. Guastini elaborará la tesis de la argumentación como principal herramienta interpretativa<sup>89</sup>. El autor en cuestión afirma que la interpretación, o mejor dicho, los enunciados interpretativos no son ni verdaderos ni falsos, pues el llamado sentido jurídico de la norma o del legislador nunca ha existido. Entonces nos preguntamos ¿qué valor tiene la norma jurídica?, pues si le restamos su ratio se concluiría que es un mero cascarón sin contenido alguno.

Para saltar el escollo Guastini le atribuye a la norma un mero valor estipulatorio, siendo aquéllas instrumentos para fijar definiciones estipulativas. Con esta construcción teórica se aparta de las visiones formalistas (cognitivist) y realistas (escépticas) que se han elaborado entorno a la interpretación.

Entonces, ante este panorama, está más que justificado y sustentado que un Juez en el momento de sentenciar, pueda perfectamente desarrollar toda la parte motiva de su fallo bajo la óptica hermenéutica de los principios orientadores de la acción de la DSI, sin que ello tenga que hacer referencias a postulados teológicos o transforme el proceso que dirige en un apéndice del cristianismo.

#### **IV. RECAPITULACIÓN Y CRÍTICAS**

Hemos tratado de dar un vistazo a unos de los temas claves para las dos áreas sapienciales tratadas: El Derecho y la DSI. La amortización

---

88 ATIENZA, M. Ob. Cit., Pág 7.

89 Ibid.



de la enorme deuda moral que se ha contraído con aquellos quienes sufren la miseria inmerecida, también reclama por una intervención cada día más eficaz de los hombres que hacemos el Derecho, pues la Justicia es reclamada por miles de almas que se apagan por el ruido de las desigualdades sociales. Es el llamado de ejemplarización que hace el Papa bueno en *Pacem in Terris*: “Por esta razón, aquellos magistrados que no reconozcan los derechos del hombre o los atropellen no sólo faltan ellos mismos a su deber, sino que carece de obligatoriedad lo que ellos prescriban”<sup>90</sup>

Los derechos fundamentales no deben reducirse a una mera consagración en la Constitución, es decir, a una mera formalidad jurídica<sup>91</sup>. Hoy más que nunca se pregonan desde todos los puntos cardinales del planeta pero su conculcación está a la orden del día en los cinco continentes. Tal vez no hemos prestado atención a la preocupación de la Comisión *Justitia et Pax*: “Los medios legales no aseguran por sí solos los derechos del hombre”<sup>92</sup>

---

90 Cfr. JUAN XXIII. *Pacem in terris*. (1963) 61.

91 LASANTA CASERO, Pedro Jesús. *Doctrina Social de la Iglesia. Cuestiones claves para una sociedad más justa*. Santiago de Chile Ediciones Palabra (1992) 34.

92 COMISIÓN PONTIFICIA JUSTITIA ET PAX. *La Iglesia y los derechos del hombre*. Ciudad del Vaticano, Documento de trabajo N° 1 (1975) 122.

# **El nuevo papel de la sociedad civil organizada en el proceso penal venezolano. La representación de las víctimas del delito\***

Daniel Leza Betz\*\*

## **Sumario**

Delimitación del Estudio

Metodología

I. Consideraciones Previas

1. Evolución histórica de la posición procesal de la víctima
2. Evolución del enfoque victimológico del estudio de la víctima
3. Nociones sobre la víctima del delito
4. Nociones sobre las Fundaciones y las Asociaciones Civiles

II. Participación De La Sociedad Civil Organizada En El Proceso Penal

1. La representación de las víctimas de los delitos que afectan bienes jurídicos pluripersonales tutelados tanto por intereses colectivos como por intereses difusos (artículo 116, numeral 4° del COPP)

---

\* Trabajo laureado como el premio a la mejor investigación estudiantil de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (1998-99).

\*\* Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello.

- 1.1. Determinación de la víctima
- 1.2. Las personas titulares de bienes jurídicos pluripersonales e indivisibles tutelados por intereses colectivos o intereses difusos como víctimas del delito
- 1.3. Legitimación para la representación de las víctimas afectadas por este tipo de delitos
- 1.4. Requisitos legales para la procedencia de la representación
- 1.5. Problemas prácticos que podrá arrojar el aparte único del artículo 116 del COPP
- 1.6. La celebración de acuerdos reparatorios
2. La representación de los derechos humanos, entendiendo a éstos como un bien jurídico indivisible tutelado por intereses difusos. (artículo 118 del COPP).
  - 2.1. Determinación de la víctima
  - 2.2. La consagración de los derechos humanos como bien jurídico indivisible tutelado por intereses difusos
  - 2.3. Breve aproximación a la protección de los derechos humanos
  - 2.4. Legitimación procesal
  - 2.5. Limitaciones para la procedencia de la representación
3. La asistencia especial de las víctimas directas del delito. (artículo 119 del COPP)
  - 3.1. Las facultades de representación consagradas en el artículo 119 y su relación con las conferidas por los artículos 116, numeral 4º y 118 del COPP
  - 3.2. Legitimación procesal. Las facultades de las Asociaciones de protección o ayuda de las víctimas

#### CONCLUSIONES - ADENDUM

#### **DELIMITACIÓN DEL ESTUDIO**

La marcada y novedosa participación de la ciudadanía, introducida por el Código Orgánico Procesal Penal <sup>1</sup>, ha sido una de las modificaciones

1 Publicado en Gaceta Oficial N° 5.208-Extraordinario, de fecha 23 de enero de 1998. En lo sucesivo COPP.

mas comentadas y debatidas del mencionado cuerpo normativo. Sin embargo, el enfoque dado al estudio de tan relevante avance se ha orientado hacia el papel que representa su incorporación directa –de la ciudadanía– en el nuevo proceso penal durante la fase del juicio oral, desempeñando alternativamente, las funciones de escabinos y jurados <sup>2</sup>.

Ahora bien, consideramos fundamental hacer referencia a otro punto de vista relativo a la incorporación ciudadana en el derecho adjetivo penal venezolano. Nos referimos a las nuevas facultades con las cuales ha sido investida la Sociedad Civil Organizada para participar activamente dentro del nuevo sistema procesal penal. Como sabemos, ésta, constituida en Instituciones no lucrativas, se encuentra habilitada, *ex lege*, para representar a las víctimas del delito en ciertos supuestos taxativos predeterminados por el COPP <sup>3</sup>. Es precisamente éste, el enfoque en el que se centrará la presente investigación, por lo que escapa de nuestros objetivos analizar las posibilidades de asistencia al imputado que el COPP igualmente reconoce, aunque de forma más genérica, a las llamadas Asociaciones de asistencia jurídica <sup>4</sup>.

La víctima del delito en el sistema penal venezolano ha sido tradicionalmente relegada a un segundo plano, sin verdaderos y expresos derechos, siendo considerada, más bien, como un simple denunciante o testigo y no como una verdadera *parte* dentro del proceso. La importancia que le reconoce el COPP a sus derechos y a la reparación del daño

- 
- 2 Cfr. IRAZU SILVA, José Luis. Participación Ciudadana en la Administración de Justicia, en Primeras Jornadas de Derecho Procesal Penal “El Nuevo Proceso Penal”. Universidad Católica “Andrés Bello”. Caracas, 1998. Páginas 167 y siguientes. ROSELL SENHENN, Jorge. El Juicio Oral y Público (La Audiencia Contradictoria), en Código Orgánico Procesal Penal, Comentado con 7 Monografías. McGraw-Hill Interamericana. Caracas, 1998. Páginas 158 y siguientes. DELGADO, Roberto. Organización de la Participación Ciudadana según el Código Procesal Penal, en Segundas Jornadas de Derecho Procesal Penal, “La Vigencia Plena del Nuevo Sistema”. Universidad Católica “Andrés Bello”. Caracas, 1999. Páginas 115 y siguientes.
- 3 Artículos 116 numeral 4, y 118 del COPP. Debemos hacer la salvedad que en el supuesto establecido en el artículo 119 del COPP, la habilitación no podrá entenderse derivada de la Ley, ya que como desarrollaremos con mayor profundidad en su oportunidad, se requiere la mediación de un instrumento poder que la acredite.
- 4 Artículo 122 numeral 2º del COPP.

sufrido por ésta, es otra de las características emblemáticas que signan a este novedoso cuerpo normativo.

Las nuevas posibilidades abiertas por el COPP, constituyen un verdadero “salto cuántico”<sup>5</sup> con relación al sistema imperante en el Código de Enjuiciamiento Criminal<sup>6</sup>. Esta regulación se encuentra inspirada en las más modernas corrientes doctrinarias, abanderadas de la reparación de los daños sufridos por la víctima como consecuencia del hecho punible y propulsoras de la devolución del proceso penal a sus partes naturales, entre las cuales figura, naturalmente, la víctima<sup>7</sup>.

Nuestro principal interés radica en el estudio de las facultades de representación conferidas a la Sociedad Civil Organizada, constituida en Instituciones sin fines lucrativos, dentro del nuevo proceso penal venezolano. Consideramos que este reconocimiento expreso, acompañado por las consecuencias prácticas que conlleva, refleja un importante avance con relación al tratamiento legislativo del incipiente Tercer Sector<sup>8</sup> venezolano, al igual que a las responsabilidades que ha venido asumiendo en esta materia.

Es claro y alentador el reconocimiento que hace nuestro Legislador a las labores que han emprendido este tipo de Instituciones desde la década de los años ochenta<sup>9</sup>, reafirmandose por demás, su potencial

---

5 FERRER, María Josefina, La Participación de la Víctima en el Sistema de Administración de Justicia Penal, en Segundas Jornadas de Derecho Procesal Penal, “La Vigencia Plena del Nuevo Sistema”. Universidad Católica “Andrés Bello”. Caracas, 1999. Página 33.

6 Publicado en Gaceta Oficial N° 748-Extraordinario, de fecha 3 de febrero de 1962. En lo sucesivo CEC.

7 Cfr. MAIER, Julio. La Víctima en el Sistema Penal, en De los Delitos y de las Víctimas. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, 1992. ROXIN, Claus. La Reparación en el Sistema de los Fines de la Pena, en De los Delitos y de las Víctimas. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, 1992. LARRAURI, Elena. Victimología, en Victimología: Presente y Futuro. Editorial Temis, S.A. Santa Fe de Bogotá, 1993.

8 Bajo esta denominación se agrupan todas aquellas Instituciones de naturaleza no lucrativa constituidas para la prosecución de fines de interés general -también entendidas como Organizaciones de Beneficio Público- distanciándolas de esta forma, de los tradicionales sectores público y privado. OLIVEIRA, Anna Cynthia. Terceiro Setor. Uma Agenda para Reforma do Marco Legal. Comunidade Solidária, Serie Marco Legal Terceiro Setor, Río de Janeiro, 1997. Páginas 9-10.

9 Con especial trascendencia en la defensa de los derechos humanos. Cfr. FERRER, María Josefina. Op. cit. Página 28.

para coadyuvar en la solución de futuros conflictos de naturaleza penal, con especial referencia a aquellos suscitados por delitos que afectan bienes jurídicos tutelados tanto por intereses colectivos como por intereses difusos. Consideramos que es en este contexto general en el cual la Sociedad Civil Organizada está llamada a representar su nuevo papel dentro del proceso penal venezolano.

### **1. Metodología**

Delineados los objetivos que nos proponemos, debemos añadir algunas consideraciones sobre la metodología que seguiremos en la elaboración del presente ensayo. Así, para abordar el análisis de las facultades de representación de las víctimas encomendadas por el COPP a la Sociedad Civil Organizada, partiremos de ciertas consideraciones preliminares destinadas a ubicar al lector en el tema; para luego comentar de forma detallada las facultades de representación conferidas y las implicaciones de su especial consagración legal.

Sobre la base de esta orientación metodológica, hemos estimado indispensable detenernos, como puntos previos, en el tratamiento de ciertos aspectos relacionados con el sujeto procesal cuya representación es encomendada a las Instituciones que nos ocupan. Presentaremos así, algunas consideraciones sobre la evolución del posicionamiento procesal de la víctima, al igual que sobre los diferentes enfoques dogmáticos dados al estudio de la misma. Hecho este acercamiento eminentemente histórico, nos centraremos en la construcción de un concepto de víctima, a partir tanto de la evolución sufrida por la concepción de este sujeto procesal como de las nociones que sobre el mismo se desprenden del propio COPP.

Concluyendo el tratamiento de estas consideraciones preliminares, presentaremos una breve aproximación a la naturaleza jurídica de las Instituciones acreedoras de las facultades de representación a que ya hemos hecho referencia, haciendo especial énfasis en los caracteres distintivos tanto de las Fundaciones como de las Asociaciones Civiles y las diferencias existentes entre ambas categorías de entes no lucrativos.

Adelantadas estas observaciones, nos ocuparemos en desarrollar el tema específico objeto de nuestra investigación. Al efecto, seguiremos el orden establecido por el Legislador para la consagración legal de las

facultades que nos ocupan. Partiremos del análisis de la posibilidad de representación de las víctimas colectivas y difusas para luego detenernos en las facultades de representación de las víctimas de las violaciones de derechos humanos cometidas por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones o con ocasión a ellas, entendiendo a éstos –los derechos humanos– como un bien jurídico tutelado por intereses difusos. Por último, analizaremos la posibilidad genérica de representación de las víctimas del delito, previa delegación expresa de éstas. En cada uno de los supuestos legales, trataremos las características más relevantes de las facultades conferidas, haciendo especial referencia a la naturaleza de la delegación y a la legitimación procesal que confiere.

## **I. CONSIDERACIONES PREVIAS**

### **1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA POSICIÓN PROCESAL DE LA VÍCTIMA**

La evolución histórica de los derechos de las víctimas del delito y su participación activa –es decir sus posibilidades de hacer– dentro de los procesos penales, ha sufrido considerables fluctuaciones. La víctima pasó de jugar un papel principal dentro del proceso penal –como protagonista del conflicto social–; a encontrarse plenamente al margen del mismo; para luego retomar el interés del estudio de las ciencias que conforman el sistema penal y así su posición en él <sup>10</sup>. Su intervención, como vemos, se ha caracterizado por las oscilaciones pendulares de sus potestades procesales. De esta forma, encontramos que la doctrina internacional se ha preocupado por delimitar las diferentes etapas por las cuales ha transitado la posición adjetiva de las víctimas <sup>11</sup>.

#### 1.1. LA NEUTRALIZACIÓN DE LA VÍCTIMA

Las consideraciones sobre la intervención procesal del afectado por el delito, deben necesariamente partir de este punto <sup>12</sup>. La pérdida

---

10 Cfr. LARRAURI, Elena. Op. cit. Páginas 55-56

11 Con relación a este punto, nos guiaremos por el análisis realizado por BERTOLINO, Pedro. La Situación de la Víctima del Delito en el Proceso Penal Argentino, en La Víctima en el Proceso Penal. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1997. Página 3.

12 *Ibidem*. Página 3.

abrupta, “la expropiación”, de sus facultades en el proceso como consecuencia de la creación de la persecución penal pública, a través de la cual se reservó al Estado el monopolio legítimo de la acción penal, desplazó totalmente la eficacia de la voluntad de la víctima en el enjuiciamiento criminal<sup>13</sup>. Esta limitación inicial, inspirada principalmente por el temor a la llamada “víctima vengativa”<sup>14</sup> y sus repercusiones sobre el proceso, conllevaron a que el Estado les “robara”<sup>15</sup> el conflicto a sus partes naturales –la víctima y el victimario–, transformando al mismo en una forma de control estatal directo sobre los súbditos; en una relación exclusiva entre éste –el Estado– y el imputado, manteniéndose al margen la reparación del daño sufrido por la víctima.

## 1.2. EL RENACIMIENTO DE LA VÍCTIMA

Como consecuencia de su neutralización, la víctima fue tradicionalmente excluida del proceso penal. Sin embargo, en los últimos tiempos el tratamiento de este sujeto procesal ha pasado a constituir “el tema de moda de la política criminal”<sup>16</sup>. Ahora bien, no es la primera vez que ésta se encuentra en un plano sobresaliente de la reflexión penal. En este sentido, la doctrina internacional se ha pronunciado sobre la necesidad de suprimir el papel de figura marginal de la víctima del delito frente al del imputado, quien en cierto modo era considerado como la figura central del procedimiento penal<sup>17</sup>.

---

13 MAIER, Julio. La Víctima en el Sistema Penal. Op. cit. Página 185-187.

14 Sobre esta supuesta característica de la víctima, BINDER, entre otros, ha comentado: “Está perfectamente demostrado que tal afirmación es falsa. Cuando la víctima ingresa al proceso penal busca, fundamentalmente, una reparación; sobre todo, muchas veces, una reparación pecuniaria, y no la venganza.” BINDER, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, 1993. Página 308.

15 GEISZEN, Hans citado por MAIER, Julio. La Víctima en el Sistema Penal. Op. cit. Página 189-190.

16 Ibídem. Página 185.

17 ESER, Albin. Acerca del Renacimiento de la Víctima en el Procedimiento Penal, en De los Delitos y de las Víctimas. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, 1992. Página 16. En contra, HIRSCH comenta: “Es también inexacto, según hoy se afirma, que ahora el ofendido ha sido descubierto nuevamente para el proceso penal, después de que, en el transcurso de la evolución jurídica, se lo hubo desalojado más y más y, por último, expulsado totalmente de él. El, antes bien, fue rescatado sólo de aquellos



Por otro lado, se advierte que el empleo de este término –renacimiento– pudiera entenderse como una pretensión de restaurar un derecho penal primigenio en la historia; por lo cual hay autores que han agregado que, con miras a evitar posibles confusiones, sería mas adecuado hablar de un redescubrimiento de la víctima <sup>18</sup>.

### 1.3. EL PROTAGONISMO DE LA VÍCTIMA

Más allá de su “renacimiento” o “redescubrimiento”, existe una tendencia actual orientada hacia el reconocimiento de un protagonismo del ofendido dentro del proceso penal. “No sólo se requiere la “*intervención*”, es decir, un simple “*tomar parte*”, sino que también se exige la “*participación*”, esto es, un más vinculante “*formar parte*”, en el enjuiciamiento del hecho penal, de quien ha sido, en sustancia, uno de sus “protagonistas”, justamente con el autor.”<sup>19</sup>

Es precisamente éste, el enfoque dado por nuestro Legislador a la materia. En el nuevo proceso penal, como sabemos, la víctima no sólo “toma parte” en el proceso, sino que se le reconocen derechos y facultades propios y se establece la obligación –en cabeza de los órganos jurisdiccionales- de velar por la tutela efectiva de éstos, al igual que por los intereses de la víctima, como por ejemplo, la pronta reparación del daño <sup>20</sup>.

---

cuya mirada, durante los años sesenta, había rendido homenaje de fidelidad a una política criminal demasiado unilateral.” HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la Posición de la Víctima en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal, en De los Delitos y de las Víctimas. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, 1992. Páginas 94-95.

18 BERTOLINO, Pedro. Op. cit. Página 4.

19 Ibídem. Página 5. Se ha afirmado que este renacimiento tuvo su auge a partir de la Declaración de Principios Fundamentales de Justicia para la Víctima del Delito y del Abuso del Poder. Resolución 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 29 de noviembre de 1985. En este sentido, el interés doctrinario suscitado por esta declaración y los principios sentados por ella, han sido considerados como el factor que desencadenó las reformas de los sistemas penales a favor de las víctimas a nivel internacional, al igual que en nuestro país. SAÍN SILVEIRA, José Tadeo. Los Acuerdos Reparatorios, en Segundas Jornadas de Derecho Procesal Penal “La Vigencia Plena del Nuevo Sistema”. Universidad Católica “Andrés Bello”. Caracas, 1999. Página 90.

20 Artículos 117 y 34, 35 y 36 del COPP entre otros.

#### 1.4. LA ASISTENCIA DE LA VÍCTIMA

Como natural consecuencia de su protagonismo dentro del procedimiento penal, se encuentra la expectativa de la necesaria asistencia de las víctimas. Ésta deberá estar dirigida, en principio, hacia una doble vertiente <sup>21</sup>:

- En primer lugar, la asistencia destinada a la tutela de la víctima dentro del proceso penal, con fines de evitar la llamada “victimización secundaria” producto precisamente del transcurso del devenir de un procedimiento judicial <sup>22</sup>.

- Por otro lado, se afirma que en la búsqueda del resarcimiento del ofendido, la reparación del daño tanto material como moral <sup>23</sup>, deberá guiar el procedimiento penal <sup>24</sup>.

#### 5. Posición del COPP

Los avances legislativos alcanzados por el COPP saltan a la vista, encontrándose en armonía, como ya hemos señalado, con las más

---

21 BERTOLINO, Pedro. Op. cit. Página 5.

22 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Presente y Futuro de la Victimología, en Victimología: Presente y Futuro. Editorial Temis. 2º Edición. Santa Fe de Bogotá, 1993. Páginas 30 y siguientes. Es precisamente en este aspecto que se centra la importancia de la participación de la Sociedad Civil Organizada dentro del proceso penal y la asesoría jurídica que puede prestar a las víctimas del delito. En igual sentido, ver artículo 117, numeral 3º del COPP. Sobre este punto, es decir, sobre la victimización secundaria, volveremos con mayor detalle cuando analicemos las potestades de representación conferidas por el artículo 119 del COPP.

23 Sobre las posibilidades de reparación de los daños del delito a través de la novedosa figura de los acuerdos reparatorios consagrados en los artículos 34, 35 y 36 del COPP, recomendamos consultar los comentarios de SAÍN SILVEIRA, José Tadeo. Op. cit. Página 85 y siguientes.

24 Ambos principios se encuentran consagrados en el artículo 115 del COPP el cual establece: “La *protección y reparación* del daño causado a la víctima del delito son *objetivos del proceso penal*.” Para lo que se agrega:

El Ministerio Público está *obligado* a velar por dichos intereses en todas las fases. Por su parte, los jueces *garantizarán* la vigencia de sus derechos y el respeto, protección y reparación durante el proceso. Asimismo, la policía y los demás organismos auxiliares *deberán* otorgarle un trato acorde con su condición de afectado, facilitando al máximo su participación en los trámites en que deba intervenir. (Destacado nuestro).

modernas tendencias de la llamada “nueva” victimología<sup>25</sup>. Sin embargo, esta característica de avanzada ha sido criticada y catalogada como una simple copia de tendencias legislativas extranjeras; alegándose que la reforma no es producto de una necesidad articulada de nuestra sociedad que haya generado la concientización sobre las necesidades de las víctimas del delito y sobre sus derechos procesales <sup>26</sup>.

Igualmente se ha señalado una realidad que afecta a nuestro sistema jurídico de forma integral, cual es la proliferación de la actividad legislativa del Estado sancionando numerosos instrumentos normativos que –por sí solos– no constituyen la solución de los problemas que aquejan a nuestra sociedad y específicamente en el caso objeto de nuestro estudio, los de las víctimas del delito.

Es comprensible el escepticismo y entendemos que pueda pensarse que en el marco de la profunda reestructuración del proceso penal originada a raíz de la entrada en vigencia del COPP, pueda pasarse por alto o diluirse –frente a aspectos como la instauración de los juicios orales y públicos o la participación ciudadana, bien sea como jurados o escabinos– la tutela y protección de las víctimas.

Ahora bien, no consideramos que esta situación, ni tampoco la falta de mención expresa de ciertos antecedentes legislativos en la exposición de motivos del Código, como por ejemplo de la Declaración de Principios Fundamentales de Justicia para la Víctima del Delito y del Abuso de Poder, antes nombrada; revele la falta de preocupación del Legislador sobre la materia, ni mucho menos vaticine su inaplicación práctica <sup>27</sup>.

Precisamente frente a esta posibilidad –el olvido de los derechos y facultades procesales de las víctimas–, es que consideramos que la participación de las Instituciones que nos ocupan viene a demostrar el verdadero interés del Legislador por la tutela judicial efectiva de las víctimas

---

25 De esta manera es denominada por algunos autores la corriente victimológica surgida durante la década de los años ochenta, en oposición a la tradicional victimodogmática. La naturaleza y diferencias entre ambas corrientes doctrinas serán comentadas con más detalle *infra*. Cfr. LARRAURI, Elena. Op. cit. Página 56.

26 FERRER, María Josefina. Op. cit. Página 35.

27 Son éstas las principales críticas que hace FERRER a la consagración legal de las nuevas potestades procesales de la víctima en el COPP. *Ibidem*. Página 36.

del delito. En este sentido, a pesar de las obligaciones impuestas tanto al Ministerio Público, como a los Jueces, la policía judicial y los auxiliares de justicia, nuestro Legislador se preocupó por incluir a otros entes –privados en el caso que nos ocupan– que habilitó ampliamente para representar a las víctimas y sus intereses dentro del proceso penal.

Es de hacer notar que la participación de las Instituciones no lucrativas se caracteriza –normalmente– por atacar problemas de interés general, brindándole ayuda al Estado –y en casos hasta supliéndolo– en aquellas áreas en las cuales los servicios públicos que presta son insuficientes y hasta inexistentes. Estamos convencidos que la asesoría jurídica gratuita que prestarán estas Instituciones, probará ser trascendental para el logro efectivo de la protección de la víctima; razón ésta, que ha guiado nuestro esfuerzo en la presente investigación.

## **2. Evolución del enfoque victimológico del estudio de la víctima**

La preocupación por el estudio serio de la víctima dentro del sistema penal en conjunto es de reciente data. De la misma forma que sus potestades procesales, el estudio detenido de la víctima fue tradicionalmente relegado a un segundo plano frente a la preocupación de la criminológica por el delincuente. Éste y su tratamiento, constituyeron por largo tiempo el centro del interés exclusivo del estudio científico criminológico<sup>28</sup>.

La evolución de la victimología nos muestra dos corrientes principalmente, dos enfoques con relación al estudio de la víctima. La primera, en perjuicio de ésta, en búsqueda mas bien de la exoneración del autor del delito excluyendo su culpabilidad como consecuencia de la participación o coculpa de la víctima en el hecho típico; y la segunda, por el contrario, en pro de la defensa de la víctima, propugnando su fortalecimiento y participación activa en el proceso penal<sup>29</sup>.

---

28 HIRSCH, Hans Joachim. Op. cit. Página 94.

29 GUÍA, María Esther. La Víctima del Delito en Proceso Penal, en Código Orgánico Procesal Penal, Comentado con 7 Monografías. McGraw-Hill Interamericana. Caracas, 1998. Página 105.

## **6. La “nueva” victimología frente a la victimodogmática.**

Los esfuerzos hechos en un principio con relación al análisis y trascendencia de la víctima dentro del sistema penal se encontraron signados por tendencias positivistas similares a las que dieron origen a la criminología. La preocupación por el establecimiento de tipologías de la víctima, con miras a la determinación de la víctima nata, sustentan plenamente esta afirmación<sup>30</sup>. Así, encontramos que el enfoque dado al estudio del tema se encontraba orientado a indagar sobre las causas biológicas, antropológicas y sociales que llevaban a la configuración del *homo víctima*<sup>31</sup>. Estas primeras tendencias han sido ya superadas por las modernas corrientes doctrinarias, dando paso, como veremos, a lo que conocemos hoy en día como la “nueva” victimología.

### 1. LA VICTIMODOGMÁTICA

A raíz de su génesis positivista, la victimología dedicó sus esfuerzos simplemente al análisis del papel causal de la víctima en el origen del delito, la descripción de las características físicas de la víctima y la definición de modelos entre las víctimas y los autores<sup>32</sup>. Esta corriente de pensamiento constituye el principal afluente de lo que pasó a recoger posteriormente la llamada “victimodogmática”<sup>33</sup>, la cual surge desde la victimología y constituye:

la dogmática orientada al comportamiento de la víctima y que dice partir de la constatación victimodogmática relativa a la existencia de ciertas víctimas que, ya sea por actos dolosos, ya por actos imprudentes,

---

30 Sobre un análisis comparativo entre las diferentes clasificaciones de Tipologías de la Víctima, recomendamos consultar: MAYORCA, Juan Manuel. La Nueva Criminología, Tomo III. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1995. Páginas 218 y siguientes.

31 VON HENTING, citado por BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. cit. Página 4. En este sentido, el autor citado llegó a hacer afirmaciones tales como que las víctimas “tienen el delito en sus venas”, constituyendo por tanto “la reserva criminal”. En Venezuela, siguiendo esta corriente, se suscribe ANIYAR DE CASTRO, Lola. Victimología. Editorial Universitaria de la Universidad del Zulia. Maracaibo, 1969.

32 PETERS, citado por BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Idem.

33 Sobre una aguda crítica a esta corriente doctrinaria, ver BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. cit. Página 49 y siguientes.

contribuyen a la producción del hecho delictivo y pueden calificarse, en mayor o menor medida, de corresponsables del mismo <sup>34</sup>.

## **2. La “nueva” victimología**

Como reacción frente a estas tendencias surge, en la década de los años ochenta, la llamada “nueva” victimología. Sus postulados, en oposición a los planteados por la victimodogmática, persiguen consolidar la sensibilización y preocupación por las necesidades y derechos de las víctimas, sin contraponer sus derechos frente a los del supuesto delincuente <sup>35</sup>. La discusión sobre la reparación del daño sufrido por este sujeto procesal y el reconocimiento de verdaderos derechos y potestades procesales, han constituido uno de los temas mas debatidos y desarrollados por la moderna doctrina internacional <sup>36</sup>. Las reformas procesales que han devenido de esta intensa discusión doctrinaria en el ámbito internacional han apuntado a la posibilidad de autocomposición del procedimiento penal <sup>37</sup>, al igual que al resarcimiento de los daños sufridos por la víctima; ambas figuras recogidas por el COPP, con ciertos matices, a través de los acuerdos reparatorios.

## **3. Nociones sobre la Víctima del Delito**

Tal como hemos comentado, la posición de la víctima en el proceso penal ha transitado por diversas etapas evolucionando hasta el

---

34 SILVA SÁNCHEZ citado por SOLÉ RIERA, Jaume. La Tutela de la Víctima en el Proceso Penal. J.M. Bosch Editor. Barcelona, 1997. Páginas 22-23. La victimodogmática o victimología convencional ha sido caracterizada por: a) un análisis individualista de las relaciones entre la víctima y el delincuente; b) una tendencia por considerar a la víctima como responsable y c) una tendencia a concentrarse en el delito común. WALKLATE citado por LARRAURI, Elena. Op. cit. Página 56.

35 *Ibidem*. Páginas 56-57.

36 Así, entre otros ROXIN, Claus. La Reparación en el Sistema de los Fines de la Pena. Op. cit. Página 129 y siguientes. MAIER, Julio. La Víctima en el Sistema Penal. Op. cit. Páginas 214 y siguientes

37 Propugnada por una corriente denominada Abolicionismo Penal la cual propone que “busquemos opciones a los castigos, no sólo castigos opcionales.” CHRISTIE citado por BOVINO Alberto. La Víctima como Preocupación del Abolicionismo Penal, en De los Delitos y de las Víctimas. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, 1992. Página 263.

reconocimiento pleno de sus potestades procesales y de la necesidad de entender a la reparación del daño sufrido por éstas como uno de los objetivos primordiales del proceso penal. Asimismo, podemos afirmar que la concepción de la víctima del delito ha sufrido considerables variaciones. En fin, encontramos que la concepción de las víctimas ha evolucionado en la misma dirección que su estudio, es decir, hacia una concepción más amplia que cobije a un mayor número de personas que podrán entenderse como afectadas por el delito.

### **7. Concepción clásica**

Los orígenes positivistas que, como sabemos, caracterizaron los primeros esfuerzos criminológicos destinados al estudio de la víctima del delito; delimitaron consecuentemente el alcance del término bajo análisis. En este orden de ideas, tradicionalmente se circunscribió el concepto de víctima a la persona natural que sufría daños en aquellos bienes jurídicos, cuya titularidad poseía, protegidos por el derecho penal, bien sea por el hecho de otro o por accidentes debidos a factores humanos o mecánicos<sup>38</sup>.

### **8. Evolución del concepto**

La anterior definición ha sido progresivamente superada en dos etapas distintas. La primera, constituida por la inclusión y reconocimiento de la posibilidad de que las personas jurídicas, quienes también son sujetos de derechos y obligaciones<sup>39</sup> –y sin duda poseen bienes jurídicos tutelados por el derecho penal–, pudieran ser afectadas por el delito y en tal sentido, ser consideradas como víctimas del hecho punible<sup>40</sup>.

38 NEUMAN citado por GUÍA, María Esther. Op. cit. Página 104.

39 Artículo 19, ordinal 3º del Código Civil.

40 NEUMAN citado por GUÍA, María Esther. Op. cit. Página 104. En este sentido, el ordinal 1º del artículo 116 del COPP al hacer referencia a la “*persona* directamente ofendida por el delito” no distingue a qué tipo de personas alude la norma. Así, debemos concluir que el Legislador incluyó en este precepto legal tanto a las personas naturales como a las jurídicas, amparando por ende sus derechos e intereses como víctimas del delito. Esta conclusión se ve reafirmada de forma expresa a través del artículo 301 del COPP que establece: “Sólo la persona, natural o *jurídica*, que tenga la calidad de *víctima* (...)”. Así, no podrá quedar duda alguna sobre la incorporación de las personas jurídicas al concepto de víctimas dentro del sistema penal venezolano.

Sin embargo, la inclusión de las personas jurídicas dentro del concepto de la víctima ha probado ser insuficiente frente a las nuevas tendencias de criminalidad no convencional. Así, encontramos los llamados delitos contra bienes jurídicos referidos al buen funcionamiento del sistema o aquellos delitos que afectan bienes tutelados por intereses tanto colectivos como difusos <sup>41</sup>.

### **9. La concepción del COPP**

Sobre la base de lo expuesto y como consecuencia de los avances legislativos alcanzados por el COPP, estimamos que el derecho positivo venezolano ha acogido plenamente la posibilidad de reconocer como víctimas del delito, a grupos organizados corporativamente, al igual que a grupos de personas indeterminados o de difícil determinación, en aquellos supuestos en que los hechos punibles afecten bienes jurídicos indivisibles, tutelados por intereses colectivos o por intereses difusos, respectivamente.

Podemos consolidar así, un acrisolado concepto de víctima ofrecido por el COPP, entendiéndola como aquel “sujeto, persona física o jurídica, grupo o colectividad de personas, que padece, directa o indirectamente, las consecuencias perjudiciales de la comisión de un delito.” <sup>42</sup> A esta definición, podríamos únicamente agregar una acotación destinada a desarrollar el punto relativo al “grupo o colectividad de personas” entendidas como víctimas del delito. Así, consideramos necesario reafirmar que nuestro código de procedimiento penal reconoce como víctimas, en el caso de delitos que afectan bienes jurídicos indivisibles y comunes tanto a un grupo de personas organizadas corporativamente, es decir, relacionadas entre sí por un vínculo jurídico previo; como a un grupo indeterminado o de difícil o imposible determinación de éstas, no relacionado a través de vínculo jurídico alguno. Podemos concluir, como desarrollaremos con mayor detenimiento en su oportunidad, que el radio abarcado por la clásica concepción de víctima se ve sustancialmente dilatado por el COPP, cobijando ahora tanto a las víctimas colectivas como a las víctimas difusas del delito.

---

41 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. cit. Página 9. En similar sentido, se pronuncia MAIER, Julio. La Víctima en el Sistema Penal. Op. cit. Página 213.

42 SOLÉ RIERA, Jaume. Op. cit. Página 21.



### **10. La víctima y el sujeto pasivo del delito**

Es necesario hacer una breve referencia a la relación –y la diferencia que en ciertos casos existe– entre estos dos sujetos dentro del sistema penal: la víctima y el sujeto pasivo de delito. A pesar de esta afirmación, observamos que parte de la doctrina nacional sostiene la identidad entre ambos, tratándolos indistintamente<sup>43</sup>. Sin embargo, a esta postura doctrinaria se han hecho ciertas observaciones, que resultan válidas a la luz de los cambios introducidos por la nueva normativa procesal penal venezolana<sup>44</sup>. En este sentido, estimamos acertado afirmar que el sujeto pasivo del delito no siempre es identificable con la persona titular del interés o bien jurídico protegido por la Ley, razón por la cual no puede sostenerse que siempre coincidan<sup>45</sup>.

### **4. Nociones sobre las Fundaciones y las Asociaciones Civiles<sup>46</sup>**

La naturaleza jurídica de las Fundaciones y Asociaciones Civiles constituye un tema fecundo y extenso, escapando por tanto de nuestros propósitos abordar el tratamiento de ambas Instituciones con la profundidad y el detenimiento que merecen. Pretendemos simplemente ofrecer, en esta oportunidad, una breve introducción –presentando algunos

---

43 En este sentido, ARTEAGA SÁNCHEZ ha expresado: “Por sujeto pasivo del delito ha de entenderse, como se ha precisado con relativo acuerdo en la doctrina, a la persona titular del interés o bien jurídico protegido por la norma, cuya ofensa constituye la esencia del delito.” ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto. Derecho Penal Venezolano. Séptima Edición. Paredes Editores. Caracas, 1994. Página 146.

44 Con especial énfasis en la unificación del empleo del término *víctima* para hacer referencia directa a este sujeto procesal, eliminándose, por ende, las expresiones “agraviado”, “ofendido” y “lesionado” entre otras de las empleadas en el CEC. GUÍA, María Esther. Op. cit. Página 105. En igual sentido, BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. cit. Páginas 9 y siguientes. Sobre este punto, volveremos en la oportunidad de analizar el artículo 119 del COPP y las facultades de representación que reconoce a cierta categoría de Asociaciones Civiles.

45 GUÍA, María Esther. Op. cit. Página 104. “Un ejemplo, podría ser, el de una niña a quien le arrebatan una joya que llevaba, perteneciente a su madre. En este caso, la niña es el sujeto pasivo, pero la víctima es la madre, titular del derecho de propiedad lesionado.”

46 Hemos tenido la oportunidad de pronunciarnos con anterioridad sobre este punto, así, consultar LEZA BETZ, Daniel. Beneficios Fiscales de las Instituciones sin Fines de Lucro en Venezuela. Ediciones Fundación Oportúnitas-SINERGIA. Caracas, 1999. Páginas 31 y siguientes.

aspectos fundamentales a ellas–, que facilite el mejor entendimiento del presente estudio.

Hechas estas reservas iniciales, encontramos que la doctrina ha dividido la clasificación de las personas jurídicas de derecho privado en dos categorías, a saber: (i) las de tipo fundacional, dentro de las cuales se encuentran naturalmente a las Fundaciones; y (ii) las de tipo asociativo, dentro de las cuales han sido ubicadas tanto las Corporaciones como las Sociedades y las Asociaciones <sup>47</sup>, siendo estas últimas las que presentan relevancia a los fines de nuestro estudio.

### **11. Las Fundaciones**

Las personas jurídicas de tipo fundacional se caracterizan por carecer de sustrato personal. Si bien es cierto que deben ser administradas por personas naturales, lo fundamental en ellas es la existencia de un sustrato real. La organización que necesariamente han de poseer, deberá ser mas bien entendida como una consecuencia necesaria de la acción de administración de un patrimonio para la consecución de un fin de interés general <sup>48</sup>. A pesar de ser esta la corriente dominante en la doctrina nacional al igual que en gran parte de la extranjera, se han sostenido –y aún se sostienen–, posiciones diametralmente opuestas que consideran a la organización como el elemento que se personifica a través de estas Instituciones. Así, se ha aseverado que “la fundación es una organización, dotada de personalidad jurídica, que no consiste en una alianza de

---

47 AGUILAR GORRONDONA, José Luis. Derecho Civil I. Personas. 11ª Edición. Manuales de Derecho, Universidad Católica “Andrés Bello”. Caracas, 1993. Página 44-45.

48 ACEDO MENDOZA, Manuel. Temas sobre Fundaciones, Estudio Jurídico, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica “Andrés Bello” Nº 23. Caracas, 1977. Página 211. En similar sentido, se pronuncia AGUILAR GORRONDONA quien afirma: “La fundación presupone (...) la atribución permanente y exclusiva de un conjunto de bienes (sustrato real) a una finalidad, sin que exista un conjunto de personas que integren el ente (aunque siempre habrá una o más personas que lo creen), razón por la cual se la llama *universitas rerum* o *universitas bonorum*.” AGUILAR GORRONDONA, José Luis. Op. cit. Página 339. Esta opinión es igualmente sostenida por GARRIDO ROVIRA, Juan y VILORIA FUENMAYOR, Guadalupe. Fundaciones del Estado en Venezuela. Editorial Torino. Caracas, 1994. Página 20-21.

personas, para la realización de determinados fines.”<sup>49</sup> Tal opinión es sostenida en la actualidad por ciertos autores en países como España<sup>50</sup> y Perú<sup>51</sup>. Esta posición, puede encontrar su fundamento en la Teoría del Patrimonio-personalidad, la cual sostenía la necesaria vinculación del patrimonio a la persona física. En este sentido,

para la doctrina tradicional resulta inconcebible el patrimonio sin un sujeto que le sirva de base de sustentación. Tal principio, indiscutible para esta corriente, ofrece serios inconvenientes cuando se lo enfrenta a (...) los patrimonios organizados para el cumplimiento de determinados fines (culturales, benéficos, científicos...), a los que se otorga (ulterior) personalidad. Según la doctrina clásica, en este último caso una masa de bienes no constituiría patrimonio por el simple hecho de su afectación a un fin, sino por la adquisición de la personalidad conforme al procedimiento organizado por la Ley.<sup>52</sup>

Sobre la base de lo expuesto, es forzoso concluir que los fundadores no podrán ser considerados como miembros de la Fundación. No obstante,

- 
- 49 ENNECERUS citado por CARRANCHO HERRERO, María Teresa. La Constitución de Fundaciones. José María Bosch Editor. Barcelona, 1997. Página 45.
- 50 Así, la Ley española 30/1994, del 24 de noviembre, sobre Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, en su artículo 1.1 define a las Fundaciones como: “(...) las *organizaciones* constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general.” (Destacado nuestro). Sobre la base de esta definición legal PIÑAR MAÑAS ha sostenido que dicha norma: “(...) es innovadora en el Derecho español, pues, superando la vieja concepción de las fundaciones como patrimonios adscritos al cumplimiento de fines de interés general, pone su acento en *la organización, que es lo que, en definitiva, se personifica*.”. PIÑAR MAÑAS, José Luis y otros, en Las Fundaciones en Iberoamérica. Régimen Jurídico (Obra colectiva). McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A. Madrid, 1997. Página 236. Sin embargo, esta opinión no es pacífica en la doctrina jurídica española y existen autores que a pesar de la definición legal de Fundación antes citada, sostienen que es el patrimonio el elemento esencial en las mismas y es precisamente éste el que se personifica. En este sentido, ver CARRANCHO HERRERO, María Teresa. Op. cit. Páginas 43 y siguientes.
- 51 HORMAZABAL TOVAR DE AGURTO, Inés y VEGA MERE, Yuri José Francisco, en Las Fundaciones en Iberoamérica. Régimen Jurídico (Obra colectiva). Op. cit. 419-420.
- 52 KUMMEROW, Gert. Compendio de Bienes y Derechos Reales. Derecho Civil II. 4ª Edición. McGraw-Hill Interamericana. Caracas, 1997. Páginas 7-8.

a éstos corresponde determinar, en el acto fundacional, la forma en que la Institución deberá ser administrada y podrán, según el caso, desempeñar las funciones de administradores, directores o funcionarios de la misma<sup>53</sup>.

### **3. El sustrato real como elemento esencial de las Fundaciones**

De lo expuesto se desprende la importancia que el patrimonio representa para la constitución de una Fundación, siendo a éste al que se le otorga personalidad jurídica. Este patrimonio autónomo<sup>54</sup>, debe ser adscrito a la Fundación por su fundador a través del “aporte fundacional” o “dotación”, el cual no deberá confundirse con el patrimonio de la Institución<sup>55</sup>. En este orden de ideas, cabe señalar que el aporte

53 ACEDO MENDOZA, Manuel. Op. cit. Página 210.

54 Debe entenderse como tal a “un patrimonio aparte y nuevo con un propio sujeto colectivo, o cuando menos, con finalidades propias, en espera de reconocimiento y sobre el cual inciden autónomos derechos y obligaciones.” MESSINEO, citado por BIONDI, a su vez citado por KUMMEROW, Gert. Op. cit. Página 35. La autonomía del patrimonio dependerá así, de la existencia de la persona a la cual estará adscrito, en nuestro caso la Fundación. Hasta ese momento, solo podrá hablarse de una autonomía fáctica, ya que los bienes no dejan de pertenecer a quienes los aportan.

55 El primero –el aporte fundacional- deberá ser entendido como el conjunto de bienes y derechos que el fundador o fundadores atribuyen a la Fundación al momento de constituirla, éstos, en virtud del negocio fundacional, salen del patrimonio del fundador pasando al de la Fundación. El patrimonio fundacional, por su parte, será el conjunto de bienes y derechos de los cuales es titular la Fundación una vez que ha sido constituida. Éste quedará conformado entonces, tanto por los bienes y derechos integrantes del aporte fundacional, como por todos aquellos adquiridos por la Institución por cualquier otro medio después de su constitución. PUIG FERRIOL, citado por CARRANCHO HERRERO, María Teresa. Op. cit. Página 208. Sobre este punto específico, encontramos mención en nuestro derecho positivo. Esta se encuentra contemplada en el artículo 4 de las Normas sobre las Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado y el Control de los Aportes Públicos a las Instituciones Privadas Similares, Decreto Nº 677 que reformó parcialmente el Decreto Nº 401, publicado en Gaceta Oficial Nº3.574-Extraordinario de fecha 21 de junio de 1985. Al respecto, la referida norma expresa: “Artículo 4º.- Se consideran fundaciones del Estado a los efectos del presente Decreto aquellas en cuyo acto de constitución haya participado cualquiera de los entes señalados en el artículo 2º, de tal forma que su *patrimonio inicial* en mas de un cincuenta por ciento (50 %) se haya hecho con aporte de dichos entes o cuando su *patrimonio* pase a estar integrado, en la misma proporción, por aportes de los referidos entes, independientemente de quienes hubieren sido sus fundadores. A los efectos de este artículo se entiende que el *patrimonio* de una fundación estará constituido en

fundacional deberá necesariamente ser *suficiente* para garantizar la prosecución de los fines de interés general para los cuales ha sido constituida la Fundación. Ahora bien, esto no significa que este tipo de Instituciones se encuentren inhabilitadas para obtener recursos a través de otros medios, como actividades de índole comercial o liberalidades; siempre con la reserva de que en última instancia destinen estos enriquecimiento obtenidos a las labores para las cuales fueron constituidas<sup>56</sup>. No obstante, debemos afirmar que una Fundación no puede estar condicionada, *ab initio*, a la obtención de estos ingresos aleatorios –por lo menos a corto y mediano plazo–, ya que esta situación atentaría directamente contra los intereses generales que tutelan y el carácter permanente <sup>57</sup> que necesariamente ha de signar las actividades de este tipo de Instituciones <sup>58</sup>.

#### **4. Objetivos de las Fundaciones**

Por medio del Código Civil, nuestro Legislador se preocupó por delimitar los objetivos para los cuales pueden constituirse, válidamente, las Fundaciones. Encontramos así, que el mencionado cuerpo normativo

---

cualquier momento por el conjunto total de sus activos menos su (sic) pasivo.” Como se desprende de la norma, el Ejecutivo actuando como Legislador (recordemos que estos casos nos encontramos frente a Decretos-leyes) reconoce, aun cuando empleando términos distintos, la diferencia entre la dotación inicial y el patrimonio de las Fundaciones.

56 Sobre este punto en particular se ha pronunciado extensamente la doctrina española aún antes de haber alcanzado consagración legislativa en dicho país. Cfr. CARRANCHO HERRERO, María Teresa. Op. cit. Páginas 211 a 221. Sin embargo, como sabemos, en Venezuela no existe exigencia legal alguna relacionada con la cuantía del aporte fundacional.

57 El empleo del término permanencia implica duración firme, perseverancia, estabilidad y no, como sería el caso de la perpetuidad, duración sin fin. De esta situación se deriva tanto la constancia de este tipo de Instituciones en la consecución de sus fines, independientemente del tiempo que se invierta en conseguirlos; como el hecho de que no podrán ser constituidas para la obtención de un fin específico, ya que una vez alcanzado éste, se vaciaría su objeto. Ahora bien, en Venezuela GARRIDO ROVIRA y VILORIA FUENMAYOR, siguiendo a FERRARA, han sostenido lo contrario, afirmando que el fundador propone que se realice un fin a perpetuidad. GARRIDO ROVIRA, Juan y VILORIA FUENMAYOR, Guadalupe. Op. cit. Página 23.

58 LEZA BETZ, Daniel. Op. cit. Páginas 35-39.

circunscribe taxativamente sus actividades a objetivos de utilidad general, a saber: artísticos, científicos, literarios, benéficos o sociales <sup>59</sup>.

Este punto es de suma importancia para los fines que nos hemos propuesto. En este sentido, resulta imprescindible determinar el alcance de los objetivos perseguibles por estas Instituciones, para facilitar el entendimiento de las posibilidades de representación de las Fundaciones dentro del proceso penal.

La utilidad general a que deben estar destinadas, no sólo implica la indeterminación de los sujetos beneficiarios de sus actividades, es decir la contraposición a utilidad particular o para determinadas personas, en la cual los favorecidos se encuentran plenamente identificados. Los objetivos establecidos en el Código Civil como de utilidad general pueden identificarse fácilmente con fines de interés público, que en condiciones de normalidad financiera, podrán ser desarrollados cabalmente por las diferentes Administraciones públicas. No obstante, esto no implica que la actuación de las Fundaciones esté limitada a actividades desempeñadas por la Administración, sino por el contrario, que no podrán entenderse dentro de los fines enumerados en el Código Civil a todos aquellos que carezcan de valor significativo o trascendencia social, contribuyendo por ende a la satisfacción de los intereses de la colectividad.

## **12. Las Asociaciones Civiles**

Las Asociaciones Civiles, a diferencia de las Fundaciones, gozan y se fundamentan sobre un sustrato personal <sup>60</sup>. Constituyen una reunión de personas organizadas corporativamente con el objeto de realizar un fin común, no lucrativo <sup>61</sup>. Esta organización corporativa revela la

59 Artículo 20 del Código Civil.

60 No es suficiente para que exista asociación civil que una pluralidad de personas figure en su administración (aunque puede tener un administrador único), pues *la presencia de las personas en las asociaciones civiles no debe ser provisoria, ni temporal, ni accidental, ni accesoria: tiene que ser esencial*. El elemento personal tiene que impregnarla permanentemente y en su totalidad. Por eso se dice que la asociación tiene sustrato (sustancia) personal.

ITRIAGO MACHADO, Miguel Ángel e ITRIAGO MACHADO, Antonio. Las Asociaciones Civiles en el Derecho Venezolano. Qué son y cómo funcionan. Ediciones del Escritorio Dr. Pedro L. Itriago P. / SINERGIA. Caracas, 1998. Pág. 59.

61 *Ibidem*. Página 58.

naturaleza principalmente colectiva de la actuación de este tipo de Instituciones. Su carácter no lucrativo o económico es el punto principal a través del cual se las diferencia de las Sociedades <sup>62</sup>, que como ya mencionamos, junto a las Corporaciones constituyen el resto de las personas de derecho privado de tipo asociativo.

### **5. El sustrato personal como elemento esencial de las Asociaciones Civiles**

El carácter personal de estas Instituciones es un elemento intrínseco, esencial a ellas. Éstas necesariamente han de poseer miembros que las integren y dirijan para entenderse válidamente constituidas. Esta situación acarrea como consecuencia la necesidad de organizar la actuación de estas personas jurídicas a través de por lo menos dos órganos principales, con los cuales toda Asociación Civil deberá contar: (i) una Asamblea de Miembros y (ii) un órgano destinado a su dirección, administración y funcionamiento general <sup>63</sup>.

### **6. Objetivos de las Asociaciones Civiles**

Como consecuencia directa de la falta de desarrollo legislativo en la materia, se observa que en nuestro derecho positivo no existen objetivos generales predeterminados para las Asociaciones Civiles <sup>64</sup>. El Código Civil únicamente hace referencia a éstas con la finalidad de establecer que son personas jurídicas y capaces, por ende, de contraer obligaciones y ejercer derechos <sup>65</sup>. Tal situación, lejos de perjudicarlas ha sido favorable

62 GOLDSCHMIDT, Roberto. Curso de Derecho Mercantil. Ediar Venezolana, Caracas, 1979. Páginas 211 y 212.

63 ITRIAGO MACHADO, Miguel Ángel e ITRIAGO MACHADO, Antonio. Las Asociaciones Civiles (...) Op. cit. Páginas 65-66.

64 Existen, sin embargo, leyes especiales que se han preocupado por determinar objetivos a ciertos tipos de Asociaciones Civiles. Encontramos así, entre otras a (i) las Asociaciones de Niños y Adolescentes cuyos objetivos se encuentran predeterminados por el artículo 84 de la Ley Orgánica de Protección al Niño y el Adolescente, publicada en Gaceta Oficial N° 5.266-Extraordinario de fecha 2 de octubre de 1998. En lo sucesivo LPNA. (ii) Las Asociaciones de Consumidores y Usuarios cuyos objetivos se encuentran establecidos en el artículo 10 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. Publicada en Gaceta Oficial N° 4.897-Extraordinario de fecha 17 de mayo de 1995. En lo sucesivo LPCU.

65 Artículo 19 ordinal 3° del Código Civil.

para las Asociaciones Civiles, debido a que les abre un gran campo de actuación.

Así, por ejemplo, por no existir norma alguna que expresamente le predetermine objetivos concretos, la Asociación Civil puede tener cualesquiera fines, generales o específicos, de utilidad general o de utilidad para determinadas personas (lo que también la diferencia de las fundaciones), que contribuyan al mejor cumplimiento de los fines de la persona humana y de la convivencia social; (...) <sup>66</sup>.

Esta posibilidad de representar intereses tanto de un grupo determinado y organizado de individuos, como de una generalidad de éstos, es un punto trascendental para el entendimiento de las normas del COPP que procederemos a analizar y en consecuencia para los objetivos que nos hemos propuesto a través de este estudio.

## **II. PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL ORGANIZADA EN EL PROCESO PENAL**

### **5. *La representación de las víctimas de los delitos que afectan bienes jurídicos pluripersonales tutelados tanto por intereses colectivos como por intereses difusos (artículo 116, numeral 4º del COPP).***

La introducción de esta posibilidad constituye una innovación sin precedentes en nuestro derecho adjetivo penal. Sin embargo, como veremos, la falta de técnica legislativa empleada en la redacción de la norma, hace imperativo que, en primer lugar, determinemos el pretendido alcance de la misma; para poder luego apreciar su trascendencia práctica. Con esto en mente, es necesario extraer de la norma ciertos aspectos procesales indispensables para el cabal entendimiento de las potestades conferidas. En este sentido, encontramos que el Código establece:

---

<sup>66</sup> ITRIAGO MACHADO, Miguel Ángel e ITRIAGO MACHADO, Antonio. El Impuesto Sobre la Renta en las Instituciones sin Fines de Lucro. Ediciones del Escritorio Dr. Pedro L. Itriago P. Caracas, 1994. Página 40.



Artículo 116. Definición. Se considera víctima:  
(omissis)

4°. Las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses y se hayan constituido con anterioridad a la perpetración del delito.  
Si las víctimas fueren varias deberán actuar por medio de una sola representación.

### 13. Determinación de la víctima

A primera vista, la lectura de la norma pareciera asomar la intención del Legislador en constituir a las “asociaciones, fundaciones y otros entes” como afectados directos de los delitos contra “intereses colectivos o difusos”, es decir como víctimas de estos hechos punibles<sup>67</sup>. No obstante, debe entenderse que en el supuesto legal bajo análisis nos encontramos en presencia de facultades de representación que recaen, *ex lege*, en cabeza de estas Instituciones<sup>68</sup>. Así, al ser delitos que afectan grupos de personas –organizadas corporativamente o no, cuantificables o no-, consideramos que no podrá hablarse de verdaderas víctimas directas

---

67 En este sentido se pronuncia MAIER al expresar: “De la víctima en sentido tradicional (...) se desprende hoy en día el concepto de víctima, ampliado a intereses sociales (bienes jurídicos colectivos). (...) Esto explica la irrupción, en este rubro, de la *asociaciones intermedias*, constituidas para la defensa de estos intereses o uno de cuyos objetos es, precisamente, el interés colectivo perjudicado, a quienes se les reconoce legitimación como víctimas, sin ser, en sentido estricto, las portadoras del bien jurídico concretamente perjudicado.” MAIER, Julio. La Víctima en el Sistema Penal. Op. cit. Página 213.

68 Cfr. BELLO RENGIFO, Carlos Simón. Una Introducción a la Fase Preparatoria del Código Orgánico Procesal Penal, en Código Orgánico Procesal Penal, Comentado con 7 Monografías. McGraw-Hill Interamericana. Caracas, 1998. Página 66. Esta opinión es igualmente sostenida por PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo. Manual de Derecho Procesal Penal. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 1998. Página 164.

69 Según su relación con el bien jurídico afectado y el reflejo de los daños producidos sobre su esfera jurídica. Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. cit. Página 11. Con relación a los delitos ecológicos o contra los consumidores, las víctimas de los mismos han sido denominadas, en el derecho comparado, como víctimas *colectivas* o *difusas*. BERTOLINO, Pedro. Op. cit. Página 24. En Venezuela, aun cuando no refiriéndose a ellas en estos términos, ARTEAGA SÁNCHEZ reconoce la marcada diferencia entre ambos tipos de víctimas. ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto. Op. cit. Página 147.

individuales o individualmente determinadas. Por el contrario, en atención a las especiales características de los bienes jurídicos afectados por estos delitos y la naturaleza de los intereses que los tutelan, debemos más bien entenderlas como víctimas colectivas o difusas –directas o indirectas<sup>69</sup>–, representadas en consecuencia por un querellante igualmente colectivo<sup>70</sup> o difuso.

Sobre la base de lo expuesto, podemos afirmar que no puede sostenerse ya, en el derecho venezolano, la tesis de los llamados “delitos sin víctimas”<sup>71</sup>. La norma transcrita elimina totalmente esta posibilidad, toda vez que éstos –los delitos sin víctimas– eran entendidos como aquellos que atentaban precisamente contra bienes jurídicos indivisibles, en los cuales la víctima del hecho punible no era fácil de determinar. Hoy en día, por el contrario, los encontramos plenamente amparados y reconocidos como defendibles por ante nuestro sistema de administración de justicia penal. El rechazo de nuestro Legislador a esta posibilidad –la existencia de los “delitos sin víctimas”– es categórico, situación que, en

---

70 BINDER, Alberto. Op. cit. Página 309.

71 BUSTOS RAMÍREZ comenta que a nivel doctrinario se ha puesto en duda, desde un punto de vista criminológico, la posible existencia de este tipo de delitos. El mencionado autor afirma que en estos casos sí existen *sujetos pasivos*, constituidos por todos los miembros de la sociedad –nótese como el autor no habla propiamente de víctimas– afectados por este tipo de delitos. Sostiene, sin embargo, que el problema penal sustancial es otro, es decir, si existe un bien jurídico que debe ser protegido y cuales serán los límites a dicha protección. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. cit. Página 9-11. Como veremos, en Venezuela la situación planteada por BUSTOS RAMÍREZ ha sido actualmente superada. Así, en primer lugar, nuestro Legislador entendió como verdaderas *víctimas* –léase víctimas y no sujetos pasivos– a todos aquellos titulares de intereses colectivos o difusos sobre bienes jurídicos pluripersonales afectados por el delito. Esto implica la creación de una ficción legal que, como ya lo adelantamos, nos permite entenderlos como auténticos titulares de los bienes jurídicos afectados. Por otro lado, las limitaciones a la protección que el Estado confiere a estos bienes se encontrará determinada, como el propio autor consultado señala, directamente por la Ley que cree el tipo penal. Recordemos al efecto la reserva legal sobre la materia (Artículo 49, numeral 6 de la Constitución de la República de Venezuela y artículo 1° del Código Penal) sustentada sobre la máxima: *Nullum crimen, nulla poena sine lege*. Corresponderá entonces al Legislador determinar cuáles son los bienes protegidos y cuáles las sanciones que devienen de la conducta típica. Serán éstos, en nuestra opinión, los límites a la protección de este tipo de víctimas y en consecuencia los de la persecución penal de los delitos de esta naturaleza.

nuestra opinión, no sólo representa un enorme avance con relación a lo establecido en el CEC <sup>72</sup>, sino que suscribe a la legislación venezolana dentro de las mas modernas corrientes doctrinarias sobre la materia.

**14. Las personas titulares de bienes jurídicos pluripersonales e indivisibles tutelados por intereses colectivos o intereses difusos, como víctimas del delito.**

La delimitación efectiva de quiénes deberán entenderse como víctimas del delito en este supuesto legal y por ende a quiénes representarán las Instituciones que nos ocupan, ha de partir, necesariamente, del alcance dado a los términos utilizados en la infeliz redacción de la norma. En este sentido, la construcción literal empleada por nuestro Legislador podría prestarse a confusión y por ende a diversas interpretaciones. Por ello, consideramos imperioso que debe ser precisada. Como sabemos, a la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del Legislador <sup>73</sup>. Sobre la base de esta máxima, estimamos, en primer lugar, que al hacer referencia a los “intereses colectivos o difusos” nuestro Legislador reconoció la palpable diferencia existente entre ambos <sup>74</sup>; empleando para ello la conjunción “o” en sentido disyuntivo.

La preocupación por el estudio de los intereses colectivos y los intereses difusos, ha sido uno de los temas más en boga dentro del derecho procesal en los últimos tiempos –con especial trascendencia en Italia– llegando incluso a constituir el tema monográfico de uno de los

---

72 Recordemos que en el sistema imperante bajo este Código, aparte del *agraviado* directo, únicamente se reconocían como *agraviados* –indirectos- a los ascendentes, descendentes, cónyuges y hermanos del ofendido, fueran o no legítimos (Artículo 106 del CEC), situación ésta, plenamente superada a través del postulado del artículo 116 del COPP.

73 Artículo 4 del Código Civil.

74 Debemos observar, sin embargo, que esta diferenciación no siempre fue clara. En este sentido, cuando comenzó a estudiarse el tema, en la década de los años setenta, la doctrina se debatió sobre la determinación de si ambos términos debían entenderse o no como sinónimos. MONTERO AROCA, Juan. La Legitimación en el Proceso Civil. (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él). Editorial Civitas. Madrid, 1994. Página 63.

Congresos Internacionales de Derecho Procesal <sup>75</sup>. Con esto en mente y por la importancia que las definiciones de éstos –los intereses colectivos y difusos– representan para los objetivos que nos hemos propuesto, presentaremos una breve aproximación a los mismos, haciendo especial detenimiento en los puntos que los diferencian y el desarrollo de la doctrina jurisprudencial de nuestro más alto tribunal sobre la legitimación procesal que confieren.

### **7. Nociones sobre los intereses colectivos**

La característica esencial de los intereses colectivos radica en que los mismo corresponden a un grupo de personas, que está o puede ser determinado, entre las cuales existe un vínculo jurídico previo. Así, existe una persona jurídica creada por los vínculos que las unen. Siendo precisamente a ésta, a quien le es encomendada la protección del interés colectivo de sus miembros <sup>76</sup>. Ahora bien, estos intereses deberán, necesariamente, estar vinculados a bienes jurídicos –protegidos previamente por el ordenamiento jurídico penal– comunes al grupo. De esta forma, la tutela de los mencionados bienes –pertenecientes por tanto a todos los miembros como conjunto– será ejercida por la persona jurídica que los agrupa <sup>77</sup>.

En este orden de ideas, debemos precisar que no podrá entenderse que al actuar en juicio, esta persona jurídica ostente la representación individual de cada una de las personas físicas implicadas. Por el contrario, estará acreditada de la representación institucional del conjunto y es en

---

75 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Las Partes en el Proceso, Terceros Intervinientes, Coadyuvantes, en Primeras Jornadas de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías. Editorial Jurídica Venezolana- FUNEDA. Caracas, 1995. Páginas 388-389. Específicamente el Segundo Congreso Internacional de Procedimiento Civil, celebrado en Wurzburg en septiembre de 1983.

76 MONTERO AROCA, Juan. Op. cit. Página 65.

77 Se ha afirmado que estos intereses develan una doble faz: (i) que el delito –en nuestro caso– ocasione un daño simultáneamente a todos los miembros de un grupo, y (ii) que el daño inferido individualmente a cada uno de los miembros, sea el resultado de ser partícipes en una situación colectiva y posible de ser disfrutada y por ende defendida. ORTIZ, citado por CASTILLO MARCANO, José Luis y otros. Aproximación a los Intereses Difusos, en Diario de Tribunales. Año XVII, Nº 5.567, de fecha 23 de octubre de 1992. Página 15.

virtud de ella que afirma, no la titularidad del derecho subjetivo individual, sino la de un interés colectivo cuya tutela justifica su existencia misma <sup>78</sup>.

### **8. Nociones sobre los intereses difusos**

A diferencia de los intereses colectivos, los intereses difusos son aquellos que corresponden a una serie de personas indeterminadas o de difícil o imposible determinación <sup>79</sup>, entre las que no existe vínculo jurídico alguno. Su afectación deriva sólo de hechos contingentes como ser consumidores de un mismo producto o vivir en un mismo lugar <sup>80</sup>. Ahora bien, estos grupos configurados por la especial situación de hecho que relaciona a sus integrantes, determinará —en nuestra opinión— la extensión de los sujetos titulares de este tipo de interés. Así, se ha afirmado que estos intereses “se refieren a un bien indivisible, en el sentido de que es insustituible de división de cuotas o fracciones adjudicables a cada uno de los intereses.” <sup>81</sup>. Será la naturaleza y extensión de estos bienes, las características que delimitarán el contorno del grupo difuso de personas que deberá ser considerado como víctima. Es por estas consideraciones que estimamos que en ciertos casos podrá afirmarse la existencia de bienes jurídicos que por su trascendencia sean susceptibles de generar intereses difusos en cabeza de un grupo integrado por todos los habitantes de un país determinado, supuesto éste que desarrollaremos con mayor detenimiento *infra*.

Como consecuencia del carácter indeterminado o de difícil determinación de sus titulares, se presentan numerosos problemas prácticos en torno a la legitimación que confieren para actuar en juicio. Así, es incuestionable que cada uno de los sujetos afectados puede ejercitar

---

78 MONTERO AROCA, Juan. Op. cit. Página 65.

79 BARBOSA MOREIRA, citado por GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Op. cit. Página 391. No obstante, no es pacífica esta afirmación, ya que existen autores que mantienen la *absoluta* indeterminación de los sujetos titulares de estos intereses y que por ende no es posible identificar a las personas implicadas. MONTERO AROCA, Juan. Op. cit. Páginas 65-66. En Venezuela se ha afirmado que “(...) el interés difuso es el que existe en relación con un grupo no cuantificable de sujetos, pero *si perfectamente identificable*.” (Destacado nuestro). RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. La Acción de Amparo contra los Poderes Públicos. Editorial Arte. Caracas, 1994. Página 95.

80 MONTERO AROCA, Juan. Op. cit. Página 66.

81 BARBOSA MOREIRA, citado por GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Op. cit. Página 391.

su derecho subjetivo propio<sup>82</sup>. Sin embargo, tampoco se puede negar que esa legitimación individual ordinaria, por la naturaleza del bien jurídico afectado, probará ser insuficiente para dar solución al problema común, pudiendo incluso, ser inconveniente para tales fines<sup>83</sup>.

Sobre la base de lo expuesto, podemos afirmar que en sentido estricto no existe un titular específico del interés difuso<sup>84</sup> para obtener en juicio la reparación del daño causado por un delito a un grupo de personas naturales. La titularidad de la acción corresponde a cualquiera de los integrantes del grupo –ya que todos ostentan el mismo interés– y por ende beneficia a todos por igual<sup>85</sup>. A pesar de esta afirmación, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido, como veremos, que la posibilidad de representar a todos los integrantes de un grupo indeterminado de personas debe desprenderse de una disposición legal expresa, ya que nadie puede “autotitularse” como representante de este tipo de intereses.

82 Esto se debe a que al ser afectado el bien correlativamente considerado, es decir el tutelado por intereses difusos y el cual, por su naturaleza, es apto para ser disfrutado por todos los integrantes de un grupo indeterminado; pueden ocasionarse, al mismo tiempo, lesiones diversas a bienes jurídicos individuales, cuyos titulares sí son perfectamente identificables y son componentes del grupo. PELLEGRINI GRINOVER, citada por CASTILLO MARCANO, José Luis y otros. Aproximación a los Intereses Difusos. Op. cit. Página 16.

83 MONTERO AROCA, Juan. Op. cit. Página 66.

84 La inexistencia de titulares específicos de los intereses difusos ha sido elevada, por la doctrina, como una de las características más resaltantes de éstos. Cfr. PÉREZ PERDOMO, Rogelio y RUGGERI, Ana María. La Protección de Intereses Difusos, Fragmentarios y Colectivos en el Derecho Venezolano, en Revista de Derecho Público, Nº 16. Octubre-diciembre 1983. Editorial Jurídica Venezolana.

85 Se ha afirmado que “(la) defensa (de intereses difusos) nace del marco de intereses que son de todos y de ninguno –en forma exclusiva-.” (Paréntesis nuestro). JIMENEZ, citado por CASTILLO MARCANO, José Luis y otros. Aproximación a los Intereses Difusos. Op. cit. Página 16. En este sentido, la doctrina ha sostenido que la representación de estos intereses se manifiesta en una doble vertiente: (i) a nivel individual, es decir que se atribuye la acción a cualquier ciudadano portador de un interés difuso, situación que, como veremos, crea el riesgo de confundir el interés difuso con el interés público y (ii) a nivel colectivo, en tal caso, la acción es encomendada a una Institución cuyos estatutos prevean como su objeto, la protección de intereses difusos; con la limitación que la legitimación debe ser acordada por una norma legal expresa. VILLEGAS, José Luis. La Protección Jurisdiccional de los Intereses Difusos y Colectivos. Cuadernos de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público Universidad Católica del Táchira Nº 6. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1999. Páginas 50-51.

**9. Criterios jurisprudenciales sobre la legitimación conferida por los intereses colectivos y difusos para actuar en juicio <sup>86</sup>**

El desarrollo del tema de la legitimación para accionar en representación con la legitimación conferida por intereses colectivos y difusos dado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en su Sala Político Administrativa, ha contribuido en gran medida a una equívoca concepción y confusión sobre ambos tipos de intereses. No han sido frecuentes, sin embargo, las oportunidades en las cuales el referido órgano jurisdiccional ha entrado a conocer y se ha pronunciado sobre el punto de la legitimación para accionar –en materia de amparo constitucional– a través de la representación de intereses colectivos o intereses difusos.

En este orden de ideas, la Sala ha sido errática en sus criterios sobre la legitimación conferida por intereses difusos específicamente. Así, ha sido su doctrina tradicional sostener la subjetividad de la acción de amparo, es decir, la exigencia de un interés personal, legítimo y directo –el mismo exigido para la impugnación de actos administrativos de efectos particulares– para intentarla. Confiamos que esta concepción ha sido definitivamente superada por la evolución de los criterios jurisprudenciales, que esperamos sean guiados por lo que estimamos como la sentencia de principios sobre la materia<sup>87</sup>, digna de ser estudiada con detenimiento, al igual que de forma sobrevenida por el propio texto de la Constitución de 1999.

Comenzando el análisis de la evolución jurisprudencial propuesto, cabe mencionar la Sentencia Oscar Vila Masot *vs.* Servicio Autónomo de Cartografía Nacional de fecha 13 de agosto de 1992. En este caso, la pretensión del accionante consistía en que, a través de amparo constitucional, la Corte Suprema de Justicia ordenase al Servicio Autónomo de Cartografía Nacional el cese de la publicación de mapas de Venezuela, que a su juicio, modificaban el territorio de la República y por tanto eran

---

86 Sobre un catálogo de la jurisprudencia sentada por nuestros tribunales de instancia, con relación a la legitimación para accionar a través de amparo constitucional en representación de intereses colectivos y difusos, ver *Ibidem*. Páginas 84 y siguientes.

87 Sentencia CSJ-SPA de fecha 15 de julio de 1999, recaída en el caso Asociación Civil Acción Ciudadana contra el SIDA *vs.* Ministerio de Sanidad y Asistencia Social que comentaremos con detalle *infra*.

violatorios de la Constitución, “toda vez que atentan contra la integridad territorial de la República.”<sup>88</sup>. En este caso, la acción fue declarada inadmisibles por falta de legitimación del actor en los siguientes términos: “Una orden de esta especie al Servicio Autónomo de Cartografía Nacional equivaldría a otorgarle al mandamiento de amparo efectos *erga omnes*, es decir, involucraría a sujetos no intervinientes en el presente proceso, pues resultaría imposible que el cese de la publicación de estos mapas sea dirigido única y exclusivamente a una persona (...) sin que afecte al resto de la colectividad no participante en la controversia. Con la presente petición el accionante está, aun cuando no de manera expresa, atribuyéndose una representación genérica de toda la ciudadanía lo que (...) desvirtúa uno de los principios fundamentales o esenciales de la acción de amparo (...)”<sup>89</sup>. De los extractos transcritos resulta evidente, que al mencionar a la ciudadanía en general, la Sala está haciendo referencia directa a la improcedencia del amparo sobre la base de la legitimación ejercida en tutela de intereses difusos<sup>90</sup>.

Sin embargo, este criterio no ha estado exento de excepciones. En este sentido, la Sala ha reconocido la legitimación para ejercer la acción de amparo en representación de intereses difusos. Así, encontramos la Sentencia Hospital Universitario de los Andes –Jorge Enrique Alvarado vs. Ministerio de Sanidad y Asistencia Social– de fecha 5 de noviembre de 1992. En esta oportunidad, el amparo fue interpuesto por un médico nefrólogo del mencionado Hospital en contra de la conducta omisiva del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, consistente en no haber hecho

---

88 Sentencia CSJ-SPA de fecha 13 de agosto de 1992, página 2. Consultada en original.

89 *Ibidem*. Página 6.

90 Este criterio ha sido ratificado por la Corte Suprema en Sala Política Administrativa en Sentencia de fecha 7 de enero de 1994, a través de la cual la Sala anuló una sentencia del Tribunal Superior Tercero de lo Contencioso Tributario, que había acordado una acción de amparo frente a la Ley de Impuesto al Valor Agregado, suspendiendo su aplicación. En esta sentencia, cabe destacar el tratamiento indistinto que hace la Sala de los intereses difusos y colectivos al expresar en la página 8 del fallo, y con relación al carácter restablecedor de la acción de amparo: “ (ésta) impide que los efectos del mandamiento del juez puedan extenderse a toda la colectividad, ya que –de así suceder- se estaría mas bien “garantizando” o “protegiendo” un interés general o, en el mejor de los casos, un interés *colectivo o difuso* (...)” (Paréntesis y destacado nuestro).



efectiva la asignación presupuestaria destinada a la dotación de equipos médicos necesarios en dicho establecimiento. En este sentido, el accionante expresó:

(...) debido al retardo en emitir las órdenes de compra (para la adquisición de los solicitados equipos médicos) a los enfermos renales del Hospital Universitario de los Andes, se les está ocasionando un grave daño incluso la muerte. El retardo, o mas bien la omisión, para la definitiva adquisición de los equipos médicos requeridos urgentemente por la Unidad de Nefrología del mencionado Hospital está menoscabando el derecho a la salud, ya que estos enfermos no pueden someterse a los más elementales tratamientos o métodos de cura a las enfermedades que padecen.<sup>91</sup>.

Nos encontramos claramente ante la protección de un grupo indeterminado o que podría llegar a ser de difícil incluso imposible determinación, representándose por ende un claro interés difuso. Esta sentencia, aprobada sin votos salvados, pareciera cambiar el criterio de la Sala sobre la legitimación requerida para el ejercicio de la acción de amparo constitucional, separándose así, de la tradicional doctrina jurisprudencial que pregonaba el carácter personalísimo y los efectos relativos de la acción.

Sin embargo, este supuesto cambio jurisprudencial de la Corte no se consumó. En este sentido, es relevante mencionar la sentencia Decisión Ciudadana –Ángel Enrique Zambrano *vs.* Consejo Supremo Electoral– de fecha 2 de diciembre de 1992. En esta oportunidad, la Sala no entró a conocer directamente en el propio texto del fallo la evidente representación que pretendía ejercerse de intereses difusos a través de la acción de amparo constitucional intentada, y declaró improcedente el recurso por no estimar violado precepto constitucional alguno omitiendo todo pronunciamiento expreso sobre la legitimación del accionante. Esta situación es expuesta claramente en el voto salvado de la Magistrada Hildegard Rondón de Sansó, aun cuando tenemos ciertas reservas sobre algunos de sus argumentos. Así, la disidente expone:

---

91 Sentencia CSJ-SPA de fecha 5 de noviembre de 1992, página 8. Consultada en original.

En el caso presente, el actor, si bien se presenta como Coordinador General de un Partido Político (...); sin embargo, la pretensión que alega no es la de obtener en forma inmediata con el amparo un beneficio concreto para sí o para el partido al cual representa. El actor, ejerce el amparo para obtener la suspensión del acto que irrespeta la normativa en base a la cual, la ubicación de los partidos en el instrumento de votación será escogida por los postulantes, siguiendo el orden de votación obtenido por cada uno de ellos en las últimas elecciones (...). Indudablemente que al ejercer el amparo como lo hiciera Decisión Ciudadana, requiriendo simplemente la aplicación de la norma que le permite la escogencia según el orden obtenido en las últimas votaciones, no esta tutelando su propio interés, ya que al juzgador no le consta (...) que dicho partido pudiese obtener el restablecimiento de una situación afectada. (...) No comparte sin embargo, la disidente el criterio expuesto, por estimar que en la *materia del amparo es donde la tutela de los intereses difusos se pone de manifiesto con mayor intensidad*, por que siendo este un medio rápido y sumario, es la mejor vía para atender a necesidades de grupos, derivadas de la violación o amenaza de derechos constitucionales por parte de los órganos del poder público. Planteada así la cuestión (...) el actor se presenta no simplemente como titular de un interés particular, sino de intereses que están por encima de si mismo como sujeto; pero que le corresponden como miembro de una colectividad. Actúa como el tutor de los electores que, a través de sus votos señalaron su preferencia en el ámbito regional y que, con la decisión del Consejo Supremo Electoral de desaplicar la Ley Orgánica del Sufragio, en beneficio de los grandes partidos nacionales, hace caso omiso de las preferencias locales manifestadas por los sufragantes. Desde la perspectiva que asomamos, el solicitante del amparo no solamente está debidamente legitimado como partido regional, sino como representante de los intereses locales que han sido discriminados mediante decisión del Consejo.<sup>92</sup> (Destacado nuestro).

De los extractos del voto salvado transcritos, podemos apreciar ciertos aspectos de relevancia: (i) el reconocimiento de la idoneidad de la acción de amparo constitucional para la tutela de intereses difusos y (ii) el criterio de reconocer una relación de representación de intereses difusos de una colectividad a través de sus autoridades electas democráticamente y no únicamente cuando esta representación es acordada

---

92 Sentencia CSJ-SPA de fecha 2 de diciembre de 1992, páginas 28-30. Consultada en original.

por norma legal expresa. No obstante, estos dos puntos, que representan un vertiginoso avance en la protección jurisdiccional de los intereses difusos en Venezuela, no han sido pacíficamente ratificados por la jurisprudencia posterior del Supremo Tribunal. Ahora bien, como ya habíamos adelantado, consideramos que a pesar de los aportes del voto salvado, en este caso no nos encontramos frente a la representación de intereses difusos en el sentido sostenido por el mismo. En este orden de ideas, somos de la opinión de que la representación ejercida por Decisión Ciudadana, se fundamenta, como afirma la disidente, en la representación de intereses difusos. Sin embargo, estimamos que en el caso en comento no se encuentra representando los intereses difusos de los electores del Municipio en cuestión, sino más bien los de todos aquellos ciudadanos miembros o militantes de partidos políticos locales perjudicados –como los miembros de Decisión Ciudadana– por el acto impugnado. Consideramos que es este el interés difuso que se pretendió tutelar en el caso bajo análisis, criterio que como vimos, no fue sostenido ni en el texto del fallo, ni en el del voto disidente.

Por otro lado y con la intención de hacer un ejercicio meramente académico para facilitar el entendimiento del tema que abordamos; podría afirmarse, que en el caso hipotético de haberse solicitado la suspensión del acto para beneficiar únicamente a sus integrantes –los militantes del partido Decisión Ciudadana–, debería entenderse que este partido hubiera estado actuando en representación clara de intereses colectivos en los términos que hemos desarrollado *supra*. En este sentido, la decisión del Consejo Supremo Electoral al afectar a sus miembros como grupo organizado, relacionado entre sí a través de un vínculo jurídico previo –y debido a que el perjuicio es causa directa de este vínculo jurídico, es decir por verse afectados directamente por ser miembros de este partido y únicamente por ello– es que consideramos que de haber sido la pretensión del recurrente que se le permitiera ejercer sus derechos legal y constitucionalmente reconocidos, estamos frente a una clara representación de intereses colectivos y no de intereses difusos.

Un ejemplo paradigmático de la confusión jurisprudencial sobre la materia, siendo este caso el único que conocemos en el que la Sala Político Administrativa entró a conocer y se pronunció expresamente sobre la naturaleza de ambos tipos de intereses, lo constituye la sentencia Simón Herbert Faull *vs.* Petróleos de Venezuela S.A., CORPOVEN y

Ministerio de Energía y Minas, del 2 de mayo de 1996. En esta oportunidad, la Sala afirmó:

(...) el interés colectivo es el de toda la comunidad (interés a la seguridad pública; a la puntualidad del transporte colectivo; a la eficiencia de los hospitales; a la idoneidad de los maestros; a la pureza del aire; etc.) en cuanto que, el interés difuso es el de un grupo particularmente afectado por un acto concreto de la Administración, grupo éste, cuyos integrantes si bien no están identificados uno a uno ni tampoco puede cuantificarse su entidad, si son perfectamente ubicables en un tiempo y lugar específicos.<sup>93</sup>

En el caso concreto, la Sala se encontraba conociendo una acción de amparo constitucional en la cual el actor solicitaba la prohibición de proseguir con la comercialización del gas natural como combustible alternativo a la gasolina, por cuanto aducía que las emanaciones producidas por los motores que funcionan empleando este tipo de combustible, eran sumamente dañinas para la salud del ser humano. El actor fundamentaba su legitimación en ser un “habitante de la República” y sostenía que actuaba en nombre de “todos los venezolanos”. Sobre la base de lo expuesto, es claro que el actor pretendía representar un grupo difuso de personas, supuestamente afectadas por el programa de Gas Natural adelantado por la industria petrolera. No obstante, y manteniendo el razonamiento lógico planteado en las definiciones brindadas por la misma sentencia de los intereses colectivos y los intereses difusos, la Sala concluyó:

En el caso presente, lo planteado no es la titularidad de un interés difuso, sino de un supuesto interés colectivo, del cual el actor se autoconsidera como representante, circunstancia ésta que impide que posea legitimidad para actuar, por cuanto sus alegatos pueden estar en contraste con los múltiples sujetos y entidades integrantes de la colectividad. Nadie puede autotitularse, –sin que exista norma que lo faculte para ello–, como representante de la colectividad, y menos aún, pretender que se dicte un fallo de conformidad con sus deseos, capaz de recaer sobre la totalidad de los ciudadanos, quienes pueden o no estar de acuerdo con la pretensión que hubiese deducido<sup>94</sup>.

---

93 Sentencia CSJ-SPA de fecha 2 de mayo de 1996, páginas 7-8. Consultada en original.

94 *Ibíd.* Página 8.

A pesar de la evidente confusión terminológica de la Sala en este fallo, podemos extraer de él ciertos aspectos relevantes para los objetivos de nuestro estudio. En primer lugar, encontramos una importante referencia a la necesaria existencia de una norma atributiva de legitimación que acredite la posibilidad de erigirse como representante de intereses difusos. De esta forma, la sentencia es clara al prohibir que una persona se “autotitule” como representante de la colectividad. Así, podremos considerar válidamente cumplido este requisito jurisprudencial a través de la norma del COPP que analizamos, ya que de forma clara y expresa atribuye a las personas jurídicas que comentaremos *infra*, potestades genéricas de representación de los grupos de personas titulares de este tipo de interés <sup>95</sup>. Por otro lado, la sentencia asoma, aunque sea de forma secante, la posibilidad que las personas jurídicas puedan formar parte del grupo indeterminado o de difícil determinación, capaz de sufrir el daño producido a un bien jurídico protegido por intereses difusos. Lo expuesto se desprende del texto del fallo al expresar: “(...) por cuanto sus alegatos pueden estar en contraste con los múltiples sujetos y entidades integrantes de la colectividad.” (Destacado nuestro). Como veremos mas adelante, esta posibilidad es acogida por el Legislador en el COPP, quien al consagrar a las Fundaciones como representantes de intereses difusos, tácitamente amplió el alcance de la titularidad de este tipo de intereses a las personas jurídicas.

Concluyendo el análisis jurisprudencial sobre la materia, consideramos indispensable comentar una reciente y revolucionaria sentencia de la Sala Político Administrativa recaída en el caso Asociación Civil Acción Ciudadana contra el SIDA *vs.* Ministerio de Sanidad y Asistencia Social en fecha 15 de julio de 1999. Ésta, como ya adelantamos, constituye sin duda alguna la sentencia más acabada y relevante en cuanto a la concepción de la legitimación procesal conferida por los intereses difusos en materia de amparo constitucional y la extensión de los efectos de su mandamiento. Representa así, una luz a seguir dentro del oscuro camino

---

95 Existen igualmente ciertas Leyes especiales que legitiman, de forma expresa, a ciertos entes para accionar en representación de intereses de esta naturaleza al igual que en nombre de intereses colectivos. Así, por ejemplo, encontramos el artículo 151 de la LPCU a través del cual se le reconoce legitimación a las Asociaciones de Consumidores o Usuarios, entre otros entes, para actuar en juicio para la protección de bienes tutelados por este especial tipo de interés.

trazado por la doctrina jurisprudencial de la Sala a lo largo de la década de los años noventa. Por ello, esperamos optimistas que se convierta en la sentencia de principios sobre la materia que nos ocupa, señalando los derroteros del nuevo camino que necesariamente deberá seguirse para su futuro tratamiento. La trascendental importancia de este fallo radica en el hecho de que la Sala se separó por primera vez, de forma expresa, de su tradicional criterio según el cual se sostenían los efectos personalísimos de la acción de amparo constitucional.

Así, la acción ejercida se encontraba dirigida a obtener amparo frente a una supuesta conducta omisiva del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social en el suministro de medicamentos “dejando a quienes viven con VIH/SIDA totalmente indefensos”. Frente a esta situación, solicitan en su petitorio “que en aras de lograr un trato igualitario, al tiempo de procurar economía y celeridad procesales para el buen funcionamiento de los Tribunales “se extiendan los beneficios reconocidos a todos los (as) ciudadanos (as) que viven en Venezuela con VIH/SIDA, que requieran tratamiento prescrito por los especialistas médicos, sin verse en la imperiosa necesidad de recurrir constantemente a la vía del amparo constitucional” <sup>96</sup>. Nótese como los accionantes claramente solicitan la protección de un grupo indeterminado de personas, en este caso relacionadas entre sí por padecer del virus VIH/SIDA. Tal situación configura, precisamente, una actuación jurisdiccional fundamentada sobre la legitimación conferida por intereses difusos.

Sobre la base del *petitum* transcrito, la Sala se pronunció en los siguientes términos: “Una vez declarada la existencia de la violación de los derechos a la salud debe esta Sala pronunciarse sobre el pedimento de los accionantes (antes transcrito) (...). Al respecto se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Corte, al sostener que debido al carácter *personalísimo* de la acción de amparo constitucional, ésta no tiene efectos absolutos, sino que su eficacia es relativa, por lo que el mandamiento respectivo estaría dirigido a los sujetos intervinientes en el proceso. (...) Sin embargo, dicho carácter personalísimo está referido únicamente a que el Juez de amparo debe identificar la identidad de un sujeto para poder en consecuencia proteger sus derechos; en tal sentido, la

---

96 Sentencia CSJ-SPA de fecha 15 de julio de 1999, página 14. Consultada en original.

constatación de que dicha situación fáctica viole derechos constitucionales, hace procedente para el caso específico la protección por vía de amparo. Sin embargo, esto no significa que tal constatación corresponda exclusivamente al órgano jurisdiccional, ya que en el supuesto de que otro sujeto realice dicha constatación, deberá actuar de forma tal que no vulnere derechos constitucionales, es decir, actuar de una forma cónsona con lo dispuesto por el mandamiento de amparo. Las anteriores consideraciones, devienen del hecho de que la decisión que emite el Juez de amparo persigue el restablecimiento de la situación jurídica infringida, ya sea ordenando la cesación de la violación o dictando alguna medida que evite la continuación de la amenaza. En todo caso, la sentencia de amparo reconoce en primer lugar la existencia de un derecho constitucional, en segundo, declara que cierta conducta es violatoria de tal derecho y, en tercero toma las medidas necesarias para evitar la violación o amenaza. De lo anterior, se desprende que la sentencia que acuerda el amparo constitucional no crea derecho alguno sino que reconoce y protege la existencia y exigibilidad de un derecho; con el añadido de que dicho reconocimiento y protección se ejerce con respecto a una situación de hecho y no atendiendo a la identidad de una persona determinada.

Por lo tanto, siempre que haya sido reconocida la exigibilidad de un derecho respecto de una situación fáctica específica, tal circunstancia debe ser observada por cualquier sujeto, ya que en el caso contrario estarían actuando en forma contraria a la Constitución. Adicionalmente a esto, por el simple hecho de existir un mandamiento de amparo previo que aclara la situación específica por parte del órgano jurisdiccional, la vulneración de tales derechos constituiría un desacato a dicho mandamiento de amparo, sancionable conforme a la ley. No obstante lo anteriormente dicho, sólo es aplicable en aquellos casos en los cuales la situación fáctica protegida no fuese discutida por el eventual agraviante, ya que en caso de serlo correspondería nuevamente al órgano jurisdiccional pronunciarse respecto del caso concreto.

Aplicando las anteriores consideraciones al caso de autos esta Sala estima que el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social debe reconocer las situaciones fácticas específicas que son protegidas por la presente decisión. En tal sentido, debido a que la presente acción de amparo es la segunda que se intenta por ante esta Sala y la misma tiene identidad con

la primera en cuanto al sujeto agraviante, a las situaciones fácticas específicas, a las violaciones constitucionales alegadas, y en la forma de reparar la lesión estima esta Sala que el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, como consecuencia de la gravedad de las situaciones de salubridad pública involucradas, deberá actuar conforme a lo ordenado en el presente mandamiento de amparo siempre que se evidencie la ocurrencia de los siguientes requisitos:

-Constatación del padecimiento de la enfermedad VIH/SIDA del solicitante en vía administrativa.

-Constatación de la necesidad de tratamiento.

-Carencia de recursos económicos para sufragar los gastos del tratamiento de dicha enfermedad.

-Ser venezolano o residente en el territorio de la República.” (Paréntesis nuestro).<sup>97</sup>

Los extractos transcritos develan un novedoso enfoque para la tutela de grupos indeterminados de personas afectados por situaciones de hecho contingentes. Así, la representación ejercida por la Asociación Civil Acción Ciudadana contra el SIDA frente a la conducta del prenombrado Ministerio, se fundamenta evidentemente en un interés difuso proveniente del bienestar de todos los enfermos de VIH/SIDA residentes en nuestro país y de sus propios miembros como parte de este grupo indeterminado. Asimismo, la Sala reconoció expresamente y por primera vez, los efectos absolutos del amparo, es decir, reconoció los efectos del mandamiento de amparo a todas aquellas personas que se encontraran dentro de los supuestos de hecho establecidos por la propia sentencia. Es interesante el enfoque dado por la Corte Suprema a la procedencia de la protección de la violación de los derechos constitucionales de este grupo de individuos, delegando ésta de forma genérica en cabeza de la administración. Acertadamente establece la sentencia que el mandamiento de amparo no crea, sino reconoce y protege, derechos constitucionalmente consagrados. Por lo tanto, al determinarse una situación de hecho como violatoria de éstos, se debe equiparar el mandato de amparo a todas aquellas personas que se encuentren en las mismas circunstancias, otorgándole por ende, efectos *erga omnes* al mandato.

97 *Ibíd*em, páginas 33-37.



Lo único que estimamos podría observarse a esta sentencia es la poca especificidad de los requisitos establecidos para la constatación de la violación constitucional y la discrecionalidad que ello confiere a la administración en la determinación de su existencia; razón que podría hacer que los efectos difusos de su mandamiento se vean entrabados, requiriéndose de una nueva providencia jurisdiccional. Igualmente, puede cuestionarse la constitucionalidad del establecimiento de limitaciones, como lo serían las pecuniarias o de carácter económico, para aquellas personas que no forman parte del grupo de individuos accionantes, cuando del texto de la sentencia no se desprende la comprobación del cumplimiento de este requisito por parte éstos últimos. Entendemos las necesidades fácticas del establecimiento de requisitos para el goce del mandato de amparo en este caso específico; siendo que el derecho como fenómeno social no puede estar de espaldas a la realidad social que debe regular. Ahora bien, consideramos que la desigualdad de trato que el fallo confiere a los individuos que elijan la vía administrativa, podrá ocasionar que muchos de ellos opten nuevamente por interponer acciones judiciales, haciendo nugatorio el carácter absoluto del mandato de esta sentencia.

A pesar de esto, es importante destacar, que los dos casos analizados en los cuales la Corte reconoció la posibilidad de otorgar efectos *erga omnes* al mandamiento de amparo –casos Hospital Universitario de los Andes y Asociación Civil Acción Ciudadana contra el SIDA-, han sido acordados en contra de conductas omisivas o en todo caso “incumplimientos involuntarios” de obligaciones constitucionales genéricas de hacer; imponiendo a la administración la realización de determinadas conductas debidas. Igualmente, en ambos casos, la acción fue acordada a favor de individuos afectados por graves enfermedades que podrían devenir en su muerte, de continuar la conducta u omisión lesiva. Esperamos, así, que la doctrina sentada por esta sentencia sea seguida en casos distintos a los prenombrados y sirva de base para la decisión de numerosos supuestos en los cuales la legitimación proveniente de intereses difusos no sólo es requerida, sino indispensable, por constituir la única forma en que puedan ser presentados para el conocimiento de los órganos jurisdiccionales.

En el ámbito penal, sin embargo, consideramos que el debate sobre los intereses colectivos y difusos se centrará en la legitimación que

confieren y por ende en la posibilidad de acceder a juicio mediante éstos<sup>98</sup>. Similar controversia ocasionará la reparación del daño causado a bienes tutelados por esta clase de intereses y la legitimación que confieren para intentar las acciones tendientes a obtenerla, puntos éstos que trataremos con detalle mas adelante.

### **15. Legitimación para la representación de las víctimas afectadas por este tipo de delitos <sup>99</sup>**

La norma prevé expresamente las personas legitimadas para intervenir en el proceso penal en representación de las víctimas de este tipo de delitos. Así, encontramos que serán las “asociaciones, fundaciones y otros entes” quienes podrán, por mandato legal, ejercer los derechos de estas víctimas dentro del proceso penal, sin otras limitaciones que las establecidas en el propio texto del numeral en comento <sup>100</sup>.

### **10. Sujetos legitimados**

La legitimación *ad causam* para la representación de las víctimas afectadas por delitos cometidos en contra de bienes jurídicos tutelados por intereses colectivos y difusos, viene dada directamente por la Ley. Ahora bien, a pesar de los avances que representa la inclusión de este

---

98 La legitimación para accionar en vía judicial con fundamento intereses colectivos y difusos ha adquirido hoy entre nosotros consagración constitucional expresa. Por ello, y como desarrollaremos *infra*, estimamos que el debate sobre la materia ha de entenderse, en esencia, concluido.

99 Debemos recordar, que en este caso no estamos frente a la legitimación ordinaria en la que el sujeto activo afirma un derecho o interés jurídico *propio*, sino mas bien, frente a lo que se ha denominado *legitimación extraordinaria*. A través de ésta, se posibilita la interposición de pretensiones, sin la necesidad de hacer tales afirmaciones. “Se trata, pues, de supuestos en los que la posición habilitante para formular la pretensión, en condiciones de que sea examinada por el tribunal en el fondo y pueda procederse a la actuación del derecho objetivo, no es la afirmación de la titularidad activa y la imputación de la titularidad pasiva de la relación jurídico material.” MONTERO AROCA, Juan. Op. cit. Página 49. En Venezuela, se pronuncia en este mismo sentido RENGEL-ROMBERG, Arístides. Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano. Tomo II. Editorial Arte. Caracas, 1994. Páginas 30-31.

100 Sin embargo, debemos advertir que existen disposiciones en Leyes especiales que regulan esta materia de forma ligeramente distinta, las cuales comentaremos con mayor detenimiento en su oportunidad.

numeral, los términos empleados por nuestro Legislador develan ciertas imprecisiones técnicas que debemos aclarar para aclarar el correcto entendimiento de la norma. De la lectura de esta disposición lo primero que advertimos es la amplitud de la legitimación activa –la cual podría considerarse que hasta raya en la ambigüedad– para la representación de las víctimas. La enumeración no es en modo alguno restrictiva, razón por la cual debemos determinar la extensión del numeral en cuestión.

**A. Las Asociaciones Civiles. Posibilidad de representar intereses tanto colectivos como difusos**

La imprecisión técnica del Legislador al hacer referencia simplemente a las “asociaciones” es reiterada en nuestro derecho positivo <sup>101</sup>. Ahora bien, a pesar de esta situación, consideramos que en el marco del COPP este término debe interpretarse en sentido estricto, es decir como Asociaciones Civiles y nunca en el sentido amplio que comentamos al tratar el punto relativo a la clasificación doctrinaria de las personas jurídicas<sup>102</sup>.

Esta conclusión se deriva de la interpretación sistemática de las normas que regulan la intervención de este tipo de personas jurídicas dentro del proceso penal <sup>103</sup>. En este orden de ideas, el Código hace referencia continua a las Asociaciones Civiles al referirse a los entes facultados para representar a las víctimas dentro del proceso penal. Así, (i) el ejercicio de las acciones destinadas a la protección de los derechos humanos es encomendado a las “asociaciones de defensa de los derechos humanos” y (ii) la defensa general de los derechos de las víctimas es confiada a las “asociaciones de protección o ayuda a las víctimas” previa delegación de la persona directamente afectada. Sobre la base del razonamiento expuesto, es lógico concluir que no existe duda alguna sobre la legitimación de las Asociaciones Civiles en general para ejercer

---

101 Así, podemos mencionar, por ejemplo, que en el artículo 19 del Código Civil el Legislador incurre en la misma imprecisión.

102 Con relación a las diversas acepciones o denominaciones con las que nuestro legislador se refiere a estas personas jurídicas ver: ITRIAGO MACHADO, Miguel Ángel e ITRIAGO MACHADO, Antonio. Las Asociaciones Civiles (...) Op. cit. Página 53.

103 Artículos 116, numeral 4, 118 y 119 del COPP.

la representación que analizamos, siempre que hayan cumplido, previamente, con los requisitos legales que trataremos mas adelante.

Ahora bien, como comentamos en su oportunidad, una de las ventajas de la falta de regulación legal genérica que recae sobre las Asociaciones Civiles radica en que pueden perseguir objetivos “generales o específicos, de utilidad general o de utilidad para determinadas personas”. Esta flexibilidad, aunada al hecho de que el sustrato personal constituye el elemento esencial de este tipo de Instituciones y vista a la luz de las definiciones que adelantamos sobre los intereses colectivos y los intereses difusos; nos llevará a la lógica conclusión de que por su naturaleza, estas Instituciones podrán, según el caso específico, representar a las víctimas del delito en ambos supuestos, es decir, en los delitos que afecten bienes jurídicos tutelados tanto por intereses colectivos como por intereses difusos.

En este orden de ideas, y con relación a los delitos que afectan bienes jurídicos tutelados por intereses colectivos, encontramos que las Asociaciones Civiles podrán accionar en nombre de sus integrantes o miembros cuando sus intereses como grupo organizado, se vean afectados por un delito. Un ejemplo de esta situación podría ser el caso de un Partido Político que actuara en un juicio penal en representación de sus miembros, cuyo honor y reputación colectiva hubiera sido comprometida por ataques y declaraciones de personalidades públicas, los cuales hayan sido publicados en diarios de circulación nacional o en otros medios masivos de comunicación <sup>104</sup>.

---

104 En este supuesto no existiría duda sobre la legitimación de una Asociación Civil para representar el honor y reputación de sus miembros –bien sea por difamación o injuria- al ser éste atacado de forma colectiva. Al respecto se pronuncia favorablemente ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto. Op. cit. Página 149. Sin embargo, sobre la tutela judicial del honor, llama especialmente nuestra atención una sentencia del Tribunal Constitucional Español (STC Nº214/1991, del 11 de noviembre de 1991 –publicada en el BOE Nº 307, del 17 de diciembre de 1991- Caso Violeta Friedman). A través de esta sentencia, se sientan las bases para un innovador criterio jurisprudencial, relacionado con la posibilidad de considerar legitimado a un individuo que forma parte de un grupo de personas no organizados por vínculo jurídico alguno (es decir sin personalidad jurídica) –en el caso específico se trataba de la comunidad judía española- para ejercer en juicio acciones destinadas a la protección de su honor –como grupo indeterminado o de difícil determinación de personas-, entendiéndose por tanto al honor, como un bien jurídico tutelado por

Por otro lado, la posibilidad de representar a las víctimas afectadas en sus intereses difusos es igualmente conciliable con la naturaleza de estas Instituciones. Como hemos dicho, este tipo de intereses se encuentran referidos a un bien jurídico indivisible y corresponden a un grupo de personas indeterminado o de difícil o imposible determinación, no relacionadas entre sí a través de vínculo jurídico alguno<sup>105</sup>. En este sentido, una Asociación Civil podrá accionar en representación de sus miembros –como parte de ese grupo indeterminado de personas– para tutelar el interés difuso de todos los integrantes del grupo de individuos afectados, siempre que sus estatutos así lo prevean y siempre que el delito afecte bienes jurídicos indivisibles protegidos por estos intereses.

### B. Las Fundaciones

Dentro del catálogo de sujetos legitimados para ejercer la representación de estas víctimas en el proceso penal, la inclusión de las Fundaciones devela el desconocimiento de nuestro Legislador tanto de la naturaleza de este tipo de Instituciones, como del verdadero alcance y significación de los intereses colectivos y difusos que están llamadas, por

---

intereses difusos y protegible de forma general en los términos que hemos comentado. Sobre el particular, ver CASTILLO MARCANO, José Luis. El Derecho al Honor de un Colectivo, monografía presentada con oportunidad al curso: “La experiencia del Tribunal Constitucional en la protección de los derechos fundamentales.” Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense. Madrid, 1996. (Inédito). Es pertinente recordar, que tanto en España (artículo 18.1) como en Venezuela (artículo 60) el derecho al honor goza de rango constitucional, siendo por demás un derecho inherente a la persona humana. Sobre el reconocimiento de la legitimación, de cualquier persona natural o asociación de protección de los derechos humanos, para accionar en representación de éstos – los derechos humanos- en caso de ser violados por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones o con ocasión a ellas (supuesto del artículo 118 de COPP), volveremos con mayor detalle *infra*.

- 105 Como hemos reseñado, aun cuando su determinación o cuantificación podrá resultar difícil y hasta imposible, el grupo sí es perfectamente *identificable*. RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. Op. cit. Página 95. Así, podrá hablarse de *los consumidores* de determinados productos, de los *habitantes* de determinada área geográfica afectada por la contaminación ambiental, -haciendo referencia a los casos planteados en nuestra jurisprudencia- de *los pacientes* de determinado Hospital, *los miembros* de los partidos políticos regionales o locales o *todos aquellos que padezcan* determinada enfermedad.

la Ley, a tutelar. Como se desprende de la norma en comento, éstas se encuentran claramente legitimadas para poder ejercer la representación de los titulares de los bienes jurídicos tutelados por intereses colectivos y difusos en caso de verse afectados por el delito. No obstante, y sobre la base de las definiciones de ambos tipos de intereses ya presentadas, al igual que sobre los comentarios hechos con relación a las características propias de estas personas jurídicas; consideramos imprescindible detenernos en la naturaleza de las facultades de representación que les confiere el COPP.

a. LIMITACIONES INTRÍNSECAS DE LAS FUNDACIONES PARA LA REPRESENTACIÓN DE INTERESES COLECTIVOS

Las Fundaciones son, esencialmente, un patrimonio autónomo que por estar destinado a la realización de ciertos fines de utilidad general, adquiere, por medio de una ficción legal, personalidad jurídica. El sustrato personal es mas bien una consecuencia de la acción de administración de dicho patrimonio y las personas que lo administren nunca podrán entenderse como verdaderos miembros o integrantes de las mismas. Los intereses colectivos, por otro lado, se caracterizan por la necesaria presencia de personas (físicas) organizadas y unidas entre sí por un vínculo jurídico previo, siendo precisamente estos vínculos, los que dan origen a la persona jurídica destinada a representar los intereses propios de la agrupación.

Sobre la base de lo expuesto, salta a la vista una enorme incongruencia entre el texto de la Ley y la naturaleza de las Fundaciones. En este sentido, resulta obvio afirmar que al carecer de miembros que la integren, difícilmente podrán entenderse llamadas a representar los intereses de éstos, al verse supuestamente afectados en conjunto, por un delito. A raíz de este contundente argumento, resulta clara la imposibilidad intrínseca de este tipo de Instituciones para representar intereses colectivos en general y específicamente en el caso que nos ocupa, dentro del proceso penal.

b. LIMITACIONES INTRÍNSECAS DE LAS FUNDACIONES PARA LA REPRESENTACIÓN DE INTERESES DIFUSOS

Similar situación puede afirmarse con relación a la tutela de intereses difusos por parte de las Fundaciones. Con el objeto de explicar este

punto, es necesario remontarnos a las observaciones hechas en torno a las facultades de las Asociaciones Civiles para la representación de las víctimas titulares de este tipo de intereses. Así, habíamos afirmado que estas últimas pueden accionar en nombre de uno o varios de sus miembros, representando a todos los individuos afectados por el delito, es decir a un grupo indeterminado o indeterminable de personas que se verá beneficiado, en última instancia, por la acción ejercida.

Esta situación no podría presentarse en una Fundación por las mismas razones planteadas en el punto anterior, es decir, que al no está integrada por personas naturales, no tendrá a quienes representar como víctimas dentro del grupo indeterminado de sujetos afectados por un delito de esta naturaleza.

#### C. PROPUESTA PARA LA SOLUCIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LA LEGITIMACIÓN DE LAS FUNDACIONES PARA LA REPRESENTACIÓN DE INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS

A pesar de los razonamientos expuestos, nuestro Legislador optó, como sabemos, por la inclusión de este tipo de Instituciones dentro de las expresamente legitimadas para ejercer los derechos de las víctimas en el proceso penal en los casos específicos de delitos contra bienes tutelados por intereses colectivos o intereses difusos. Por esta razón, debemos necesariamente arribar a la conclusión que estamos frente a una estricta habilitación *ex lege* de estas Instituciones, entendiendo ampliado por tanto el alcance, en nuestro país, de los intereses difusos a las personas (jurídicas) –específicamente a las Fundaciones- como integrantes del grupo indeterminado de sujetos afectados por el delito. Así, al actuar en juicio penal, lo harán en nombre propio, su legitimación originándose directamente del texto del COPP y no de la representación de persona natural alguna. Por ello, encontramos que este es el único caso en el cual, por medio de una ficción legal, puede entenderse a estas personas jurídicas como *víctimas* de los delitos de esta naturaleza y no como simples representantes de ellas.

La comentada ampliación no podrá, sin embargo, extenderse a los intereses colectivos. En este sentido, consideramos que la inclusión de las Fundaciones como representantes de este tipo de intereses fue un error trascendental por parte de nuestro Legislador. Estas facultades no pueden, en nuestra opinión, conciliarse con la carencia de sustrato personal que caracteriza a las Fundaciones; razón por la cual creemos que esta

mención deberá ser considerada como letra muerta y ser suprimida en caso de una futura reforma del COPP.

### **C. Los “otros entes” habilitados por la Ley**

Como hemos mencionado, a pesar de la confusa redacción de la norma, no existe de duda alguna con relación a la legitimación de las Asociaciones Civiles y las Fundaciones para actuar en representación de intereses colectivos y difusos -siempre manteniendo las reservas presentadas- dentro del procedimiento penal. El problema radica, sin embargo, en la determinación del alcance de lo que debemos entender por los “otros entes” a los cuales se refiere el COPP. La ambigüedad de los términos empleados nos presenta dos posibilidades en cuanto a la interpretación del precepto, a saber:

#### d. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LA NORMA

En primer lugar, al referirse a los sujetos legitimados para ejercer la representación de las víctimas colectivas y difusas, pareciera que el Legislador tuvo la intención de circunscribirlos únicamente a Instituciones de naturaleza no lucrativa. Esta podría ser la interpretación, si consideramos que la inclusión de las Asociaciones Civiles y la Fundaciones como ejemplificativa, siendo éstas las principales exponentes del género de entes sin fines lucrativos en Venezuela.

#### e. INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DE LA NORMA

Por otro lado, sería igualmente válido presumir que al hacer referencia únicamente a “otros entes”, la intención del Legislador fue la de habilitar legalmente a todas las personas jurídicas, que cumplan con los requisitos establecidos en la norma, para poder representar –dentro del proceso penal– a las víctimas colectivas y difusas afectadas por el delito. Sobre este particular no encontramos mención expresa alguna en la exposición de motivos del COPP y pareciera que esta disposición fue aprobada sin las reflexiones que ameritaba.

#### f. LA “ACCIÓN CORPORATIVA” EN EL DERECHO PROCESAL PENAL VENEZOLANO

Ahora bien, somos de la opinión, -manteniendo la máxima *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*- de que en este caso no



podrá restringirse el alcance de la norma. Así, debemos entender que tanto por la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos y que podrán ser afectados por el delito, como por la eminente intención de nuestro Legislador de ampliar las posibilidades de acceso al sistema de administración de justicia penal y del ejercicio efectivo del derecho a la defensa; esta norma deberá ser interpretada de la forma más extensiva posible.

Sobre la base de lo expuesto, se ha asomado la conclusión de que este numeral consagra una *acción popular*<sup>106</sup>. No obstante, debemos observar que la legitimación consagrada en la norma, jamás podrá entenderse como una verdadera acción popular, sino mas bien, como una especie de “acción corporativa”<sup>107</sup> –siempre manteniendo las limitaciones que resaltamos, propias de la naturaleza de las Fundaciones–, que recae en cabeza de todas las personas jurídicas constituidas dentro de los requisitos concurrentes establecidos por la Ley.

No obstante las imprecisiones técnicas, opinamos que la mención expresa de las Asociaciones Civiles y las Fundaciones como legitimadas para la representación de estas víctimas constituye un paso importante tanto para el posicionamiento de las Instituciones no lucrativas en el marco del derecho positivo venezolano, como para el reconocimiento de la labor emprendida por ellas y la consecuente colaboración que prestan a través de ésta al Estado.

---

106 PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo. Op. cit. Página 164. Este autor comete, sin embargo, el error de considerar a esta acción como “popular” por cuanto la equipara con el supuesto de legitimación establecido en el artículo 118 del COPP, el cual, como veremos con mayor profundidad *infra*, es el último vestigio de la acción popular propiamente dicha en el derecho procesal penal venezolano.

107 LAUBADERE citado por BLANCO-URIBE QUINTERO, Alberto. La Protección del Ambiente y el Contencioso Administrativo. Editorial Sherwood. Caracas, 1998. Página 76. En el caso francés, analizado por este autor, si es correcto hablar de un verdadera “acción corporativa” por cuanto la legitimación para intentar acciones contra actos administrativos o delitos que afecten el medio ambiente, recae -por mandato de la Ley- en cabeza de *Asociaciones* de protección del ambiente y nunca sobre las *Fundaciones*, como es el caso de la remisión hecha por el COPP. En el supuesto establecido por este cuerpo normativo, es precisamente esta inclusión la que complica el entendimiento de la norma y la transforma en una figura *sui generis* no ubicable dentro de las categorías comentadas.

### **16. Requisitos legales para la procedencia de la representación**

Del texto de la Ley se desprenden ciertos requisitos concurrentes que deberán cumplir las Instituciones antes mencionadas para poder entenderse válidamente habilitadas para la representación –dentro del procedimiento penal– de los grupos de personas que conforman lo que hemos denominado víctimas colectivas o difusas de los delitos que afectan este especial tipo de bienes.

### **11. El delito deberá afectar intereses colectivos o difusos**

Requisito natural para la procedencia de la representación ejercida por las Instituciones que nos ocupan, es de suma importancia, ya que delimita el tipo de delitos que abarca la norma. Sin embargo, debemos observar que para que se materialice la representación, los delitos deberán afectar bienes tutelados por el ordenamiento jurídico penal, que en consecuencia lesionan intereses colectivos o difusos. La naturaleza de estos intereses, como ya hemos dicho, es precisamente la característica que confiere la legitimación a las Instituciones que nos ocupan. Será necesario, por tanto, entender a plenitud las características de estos intereses, antes explanadas; para proceder luego determinar el alcance de los bienes jurídicos que podrán entenderse cobijados por ellos. Sólo entonces podremos apreciar el verdadero alcance práctico de la disposición en comento.

### **12. El objeto de estas “agrupaciones” debe estar vinculado con los intereses colectivos o difusos lesionados por el delito**

Esta es la única exigencia concreta para el ejercicio de las facultades procesales que comentamos. Devela sin embargo, una vez más, el desconocimiento técnico del Legislador sobre la naturaleza de las Fundaciones al referirse a ellas –al igual que a las Asociaciones y otros entes– como “agrupaciones”, término que implica un “conjunto de personas u organismos que se asocian con algún fin.”<sup>108</sup>. Reiteramos, y no nos cansamos de insistir sobre este punto, que las Fundaciones carecen, absolutamente, de sustrato personal.

---

108 Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Ediciones Espasa-Calpe. Madrid, 1992. Página 44.

La legitimación es sumamente amplia y carece por ende de verdaderas formas de control en cuanto a la idoneidad de las personas enunciadas para ejercer la representación que acreditan sus documentos constitutivos. Así, bastará con que éste –el documento constitutivo estatutario– contemple dentro de los objetivos de la Institución, el de velar por la protección de bienes jurídicos susceptibles de ser tutelados por intereses colectivos y difusos, o simplemente la genérica mención de la “protección de intereses colectivos o difusos”; para que la Institución se entienda legalmente legitimada. Nos oponemos a esta posibilidad y, como comentaremos de seguida, consideramos que esta situación deberá ser regulada con mayor detenimiento a través de una futura Ley especial sobre la materia, siempre con miras a garantizar el ejercicio pleno de las potestades que analizamos, al igual que la idoneidad de las personas jurídicas que pretendan hacer uso de ellas.

**13. *Las Instituciones que pretendan ejercer la representación deben haberse constituido con anterioridad a la perpetración del delito.***

Este requisito no requiere de mayor comentario. Se prohíbe a través de él, la defensa de las víctimas titulares de intereses colectivos o difusos ya vulnerados por un hecho punible, si la Institución que la pretenda ejercer la representación no se encontraba constituida con anterioridad a la perpetración del delito. En este sentido, no se le permitirá el ejercicio de estas potestades a Instituciones creadas para la defensa de las víctimas de delitos ya perfeccionados.

Consideramos acertada esta limitación ya que exigirá la profesionalización de este tipo de entes, eliminando la posibilidad de que estas potestades sean ejercidas por Instituciones improvisadas y muy probablemente incapaces de ejercerlas con la diligencia que amerita tal responsabilidad. De igual forma, se aprecia la intención del Legislador en reafirmar la permanencia que deberá caracterizar la actuación de este tipo de Instituciones; garantizando así, la efectiva defensa de los bienes jurídicos tutelados por estos intereses, al igual que el mejor desenvolvimiento integral del proceso penal.

No obstante, encontramos que en el derecho positivo venezolano nuestro Legislador ha establecido, quizá por descuido, matices a este requerimiento. En este sentido, y a través de Leyes especiales posteriores

a la sanción del COPP, se ha preocupado por uniformar el tratamiento de la normativa procesal penal venezolana, incluyendo por supuesto el tratamiento de las potestades y derechos de las víctimas. Encontramos así, a la LPNA, cuyo texto reproduce parcialmente el tratamiento dado por el COPP a las víctimas del delito y específicamente del artículo 116 de este cuerpo normativo<sup>109</sup>. Sin embargo, podemos apreciar que el requisito en comento no se encuentra consagrado en esta norma, razón por la cual, con relación a los delitos cometidos por niños o adolescentes, no deberá cumplirse con el mismo, y aquellos intereses colectivos o difusos afectados por delitos cometidos por éstos, podrán ser representados por Instituciones *ad hoc* constituidas con posterioridad a la perpetración del hecho punible.

**17. Problemas prácticos que podrá arrojar el aparte único del artículo 116 del COPP.**

La vaguedad de los requisitos legales establecidos, aunada a la reserva hecha por el propio Código relativa a que en aquellos casos en los que existan varias víctimas –supuesto intrínseco de los intereses que analizamos–, éstas deberán actuar por medio de una sola representación; acarreará negativas consecuencias prácticas en el caso del efectivo ejercicio de las potestades procesales que comentamos. En este sentido, encontramos que: (i) al no existir control alguno más que el proveniente de los propios documentos constitutivos de las personas que acreditan estar legitimadas, y (ii) por la naturaleza grupal de los intereses afectados; podrán existir serios inconvenientes cuando un mismo delito afecte un bien tutelado tanto por intereses colectivos como difusos o ambos a la vez y pretenda ser defendido por varias personas jurídicas que se consideren legitimadas que no puedan llegar a un acuerdo sobre cuál será la que efectivamente ejerza la representación de todos los sujetos afectados <sup>110</sup>.

---

109 Artículo 661 de la LPNA.

110 Se ha afirmado que en estos casos el Juez deberá proceder de conformidad con lo establecido en el 106 del CEC, prefiriéndose al primero que hubiere presentado la querrela o al que tenga el interés más ostensible. PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo. Op. cit. Página 165. Somos de la opinión de que hasta que sea dictada una regulación legal especial correspondiente a que ya hemos hecho referencia, quedará en manos de la jurisprudencia sentar el criterio para la solución de este tipo de conflictos de

Consideramos que esta situación deberá ser regulada en una futura Ley especial que necesariamente ha de dictarse sobre la materia. De esta forma, deberán limitarse las posibilidades de representación a determinadas Instituciones que hayan cumplido con ciertas condiciones

---

legitimación. Al efecto, presentaremos a continuación, ciertas consideraciones sobre posibles soluciones para estos futuros conflictos. Los problemas que podrán devenir como consecuencia de esta norma pueden ser comprendidos con mayor facilidad a través de un ejemplo demostrativo. Supongamos así, que en el lago A existe un grupo de pescadores que se han unido para constituir una Asociación Civil destinada a la protección de sus intereses como grupo en el ejercicio de la actividad económica que realizan en las aguas del mismo. Por otro lado, en la ciudad B, existe un grupo de ecologistas que han constituido una Asociación Civil destinada a la protección de los lagos del país. En este contexto, la compañía C, ha descargado ciertas sustancias contaminantes en el lago A, incurriendo en el hecho tipificado en el artículo 35 de la Ley Penal del Ambiente -publicada en Gaceta Oficial N° 4.358, de fecha 3 de enero de 1992-. Frente a esta situación ambas Asociaciones pretenden ejercer los derechos que, como representantes de las víctimas del delito, les confiere el COPP. Ambas pretenden, la primera, en representación de intereses colectivos y la segunda, en representación de intereses difusos, ser legitimadas como representantes de las víctimas de conformidad con el artículo 116, numeral 4° del COPP y ejercer por ende los derechos y facultades procesales que les confiere a éstas el nuevo código. Sin embargo, al no existir acuerdo entre ambas, el Juez deberá determinar cuál de ellas deberá ser considerada como representante de las víctimas del delito. Para solucionar este conflicto, consideramos necesario hacer las siguientes observaciones. Así, en los casos en los que se vean enfrentados entes que pretendan representar intereses difusos e intereses colectivos, deberá darse preferencia a los representantes de estos últimos, por lo inmediato del daño que generalmente sufren sus titulares, frente al experimentado por los titulares de intereses difusos, que podría calificarse como esencialmente indirecto. Ahora bien, en caso de haber varias Instituciones representantes únicamente de intereses difusos o únicamente de intereses colectivos que no puedan acordar cuál de ellas ejercerá las potestades procesales concedidas a las víctimas, somos de la opinión que deberá optarse por favorecer a la que primero hubiere presentado querrela. No obstante, estas soluciones no podrán implantarse de forma general y consideramos que igualmente deberá proceder un examen casuístico por parte del Juez para ponderar aspectos tales como: cuál de las personas interesadas en ejercer la representación se encuentra en las condiciones técnicas para defender con mayor diligencia y efectividad los intereses de las víctimas. Sobre este punto, es decir “la unificación procesal de los *litis* consortes, bajo una única representación”, se pronuncia MAIER. En este sentido expresa: “Se debe advertir que el problema, llevado al caso concreto, es bipolar, pues puede suceder que existan varios imputados contra un solo ofendido; y también es posible que la situación se presente equilibrada, razón por la cual la reducción de la representación debe ser ponderada en cada caso.” MAIER, Julio. Op. cit. Página 222.

específicas establecidas en esta Ley, como por ejemplo una comprobación periódica de que la Institución cumple, adecuadamente, con sus objetivos estatutarios <sup>111</sup>. Hasta entonces, quedará en manos de los tribunales de la República sentar una doctrina jurisprudencial coherente que coadyuve a la solución de estos inminentes conflictos.

### **18. La celebración de acuerdos reparatorios.**

Sin entrar de fondo en la naturaleza de esta novedosa forma de extinción de la acción penal, nuestra intención es únicamente presentar una opinión sobre su procedencia o no en los casos de delitos cometidos contra bienes jurídicos tutelados por intereses colectivos o difusos <sup>112</sup>. Como sabemos, los extremos legales para la viabilidad de los acuerdos reparatorios son sumamente amplios <sup>113</sup>. En este sentido, las limitaciones establecidas en el COPP con relación a los delitos por los cuales pueden celebrarse acuerdos reparatorios son dos: (i) que el hecho punible recaiga

---

111 En este sentido, encontramos ciertos requisitos exigidos en el derecho francés para la legitimación de Asociaciones de protección del ambiente para accionar en defensa de éste. Así en ese país existe un procedimiento de aceptación (*agrément*) que ha de ser cumplido, a los fines de obtener una autorización para poder actuar en representación de intereses colectivos y difusos. A tales fines, este tipo de asociaciones se le exige: (i) que a la fecha de la solicitud, la asociación tenga por lo menos tres (3) años de constituida; (ii) que efectivamente haya ejercido las actividades para las cuales fue estatutariamente constituida, sin ánimo lucrativo; (iii) que hayan tenido un desenvolvimiento regular, de conformidad con sus estatutos y (iv) que presenten garantías suficientes de organización. Cfr. BLANCO-URIBE QUINTERO, Alberto. Op. cit. Página 61 y siguientes.

112 Sobre este punto se ha pronunciado favorablemente BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. cit. Página 40. En Venezuela, RAMÍREZ MONAGAS, se pronuncia en contra de esta posibilidad. RAMÍREZ MONAGAS, Bayardo. El Régimen de la Acción Penal; Principios de Legalidad y Oficialidad. Principio de Oportunidad y Acuerdos Reparatorios, en Primeras Jornadas de Derecho Procesal Penal "El Nuevo Proceso Penal". Universidad Católica "Andrés Bello". Caracas, 1998. Páginas 94-95.

113 Las normas que consagran los acuerdos reparatorios han sido severamente criticadas por la amplitud de la redacción empleada por el Legislador. Así, refiriéndose al artículo 34 del COPP, SAÍN SILVERA nos comenta: "De la sola lectura de una norma como la transcrita, advertimos un alto grado de imprecisión, que ofrece al intérprete no pocas dificultades. La exagerada vaguedad y amplitud de sus extremos, conforme a los cuales el Legislador admite su procedencia de una manera tan indiscriminada, sin fijar parámetros seguros, la hace permeable a problemas de interpretación y de aplicación práctica (...)". SAÍN SILVERA, José Tadeo. Op. cit. Página 94.

sobre bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial o (ii) que se trate de delitos culposos <sup>114</sup>.

La determinación de la posibilidad de celebrar este tipo de acuerdos será de suma importancia en el caso de delitos que afectan bienes jurídicos tutelados por intereses colectivos o difusos, ya que en estos casos las Instituciones representantes de las víctimas no podrán ejercer las acciones civiles derivadas del delito. Como sabemos, el COPP monopoliza el ejercicio de la acción civil proveniente de los delitos que afectan bienes jurídicos tutelados por intereses difusos y colectivos en cabeza del Ministerio Público <sup>115</sup>. Consideramos que esta situación es disonante con el tratamiento dado por el Código a la defensa penal de estos intereses y con la legitimación que otorga a las Instituciones no lucrativas para velar por ellos.

No nos parece lógica esta limitación, en primer lugar debido a que por la propia naturaleza de los bienes tutelados en los casos de intereses difusos, la meta principal de la colectividad es la reparación del daño infringido. Eliminar la posibilidad de buscar reparación civil a las

---

114 Artículo 34 del COPP. Es interesante destacar la evolución que la punición de los delitos culposos ha sufrido a lo largo del desarrollo histórico de la Teoría del Delito. En este sentido, pareciera que la norma en comento representa un retorno parcial al sistema primigenio del Derecho Romano en el cual el castigo de este tipo de hechos punibles se circunscribía -en una primera etapa- y según la *Lex Aquilia*, a la reparación civil del daño ocasionado por el delito. Sobre este punto y en general sobre la naturaleza y caracteres de los delitos culposos consultar: ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto. La Culpabilidad en la Teoría General del Hecho Punible. Universidad Central de Venezuela. 2ª Edición. Caracas, 1982. Páginas 143 y siguientes.

115 Artículo 46, primer aparte del COPP. Por lo genérico de su postulado, esta disposición legal pareciera arrojar ciertas equivocaciones. En este sentido, no nos pronunciamos a favor de la reserva del ejercicio de la acción civil en manos del Ministerio Público en aquellos casos de delitos de acción privada que, como ya hemos comentado, puedan afectar bienes jurídicos tutelados por intereses colectivos o difusos. Resultaría ilógico que en estos casos en los que el Estado mismo confiere el ejercicio de la acción penal a los particulares, fuera a reservar para sí las acciones civiles provenientes de dichos delitos. Sin embargo, en el último aparte del mismo artículo, encontramos que el Legislador le otorgó al Ministerio Público la posibilidad de delegar las acciones civiles en otros órganos del Estado o en *entidades civiles*. Confiamos que el Ministerio Público, haciendo uso de esta posibilidad, solvente las situaciones desventajosas que, como veremos *infra*, se originan a raíz del monopolio en comento.

Instituciones consideradas, *ex lege*, como legitimadas para el ejercicio de las potestades adjetivas de la víctima dentro del proceso penal –en los casos de delitos de acción pública– y para el efectivo ejercicio de la acción penal –en los casos de delitos de acción privada–, creemos que traerá como consecuencia que las Instituciones representantes de estas víctimas se vean en la necesidad de proponer la celebración de acuerdos reparatorios con el imputado <sup>116</sup>. En nuestra opinión, hubiera sido más acertado establecer ciertas limitaciones o controles a las Instituciones que ejercieran las acciones civiles, relacionadas, por ejemplo, con la redición de cuentas sobre el empleo de las sumas de dinero obtenidas como reparación por los daños sufridos. Así, podría haberse establecido la necesidad de que éstas demostraran, por ejemplo, haber destinado dichos montos a la reparación del daño ocasionado –de ser material– o al fomento o desarrollo del bien jurídico afectado por el delito y en tutela del cual han actuado en juicio.

En segundo lugar, si bien podrían entenderse –haciendo uso de gran abstracción– los motivos para prohibir el ejercicio de la acción civil en el caso de los delitos que afectan bienes jurídicos tutelados por intereses difusos, sobre la base de la indeterminación de los sujetos acreedores de los mismos; no creemos justificable la misma limitación en caso de los intereses colectivos. Es evidente que nuestro Legislador no comprendió el alcance de ambos términos, ni la naturaleza de los bienes que tutelan. Resulta inadmisibles y por demás carente de toda lógica jurídica, que no se permita el ejercicio de la acción civil en el caso de los delitos que afectan bienes tutelados por intereses colectivos debido a que, como ya ha sido harto dicho, estos bienes pertenecen a un grupo de personas organizadas y determinadas –o determinables en todo caso–. La función de la persona jurídica creada a través de este vínculo es precisamente la

---

116 Esta situación las colocará en desventaja frente al imputado, ya que éste último podrá aprovecharse de la eminente necesidad de reparación del daño y de la imposibilidad de conseguirla a través de la acción civil, para intentar imponer términos que le sean más favorables. Por otro lado y aunada a la imposibilidad de ejercer las acciones civiles respectivas, la posibilidad de suspender condicionalmente el proceso (artículos 37 y siguientes del COPP) también atenta gravemente contra la posibilidad de reparación de los daños ocasionados a las víctimas del delito. En este sentido, ver BERRIZBEITIA, Pedro. Suspensión Condicional de Proceso, en Segundas Jornadas de Derecho Procesal Penal “La Vigencia Plena del Nuevo Sistema”. Universidad Católica “Andrés Bello”. Caracas, 1999. Página 67.



de tutelar el interés del grupo; y qué mayor interés podría tener éste, que obtener la compensación proveniente de un juicio civil, en los casos de verse afectado –como conjunto– por un delito. Consideramos que el ejercicio de las acciones civiles por parte del Ministerio Público en estos casos constituye un usurpación flagrante de las potestades procesales de la víctima y atenta gravemente contra el principio general de reparación del daño causado a la víctima consagrado en el artículo 115 del COPP el cual como veremos, ha encontrado consagración constitucional entre nosotros. En todo caso, y frente a las limitaciones legales establecidas al efecto, somos de la opinión de que las sumas de dinero provenientes de los juicios civiles intentados por el Ministerio Público deberán, necesariamente, revertir hacia estas Instituciones y sus miembros y nunca entrar a formar parte del patrimonio del público.

Sobre la base de estos planteamientos, consideramos que el análisis de la procedencia o no de los acuerdos reparatorios en este tipo de delitos constituye un tema sumamente relevante para los fines que nos hemos propuestos; tema que estamos seguros originará grandes debates y cuya solución quedará, en última instancia, en manos de la jurisprudencia.

**14. *Procedencia de los acuerdos reparatorios frente a aquellos delitos que afectan bienes jurídicos tutelados por intereses colectivos*<sup>117</sup>.**

Hemos adelantado que los intereses colectivos protegen bienes jurídicos comunes a un grupo de personas determinado o determinable y previamente organizado. La persona jurídica creada a través de la

---

117 Sin hacer distinción clara entre ambos tipos de intereses y como ya hemos mencionado, BUSTOS RAMÍREZ se pronuncia favorablemente con relación a su procedencia. En este sentido, el mencionado autor comenta: “No se ve razón plausible para objetar que la conciliación pueda llevarse a cabo por los representantes legales de las correspondientes personas jurídicas, y aun por el representante del Estado, llegado el caso. Esto es especialmente válido en el caso de muchos delitos contra bienes jurídicos colectivos. Es así como en un delito ecológico lo que interesa fundamentalmente a los ciudadanos es que se remedie el desequilibrio ecológico provocado y, por tanto, si las empresas están dispuestas a ello, resulta mucho más beneficioso que seguir todo un proceso penal para imponer una pena de prisión o de multa; (...)”. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. cit. Página 40.

vinculación entre estas personas se encuentra plenamente legitimada para actuar, en juicio penal, en representación de los intereses colectivos del grupo. Recordemos igualmente, que en estos casos la existencia del bien jurídico tutelado se encuentra estrechamente supeditada a la existencia de la organización corporativa. Sobre la base de lo expuesto, entendemos que estas personas jurídicas son claramente titulares de la defensa del bien jurídico en cuestión y que, dependiendo de los bienes de que se trate, podrán tener plena capacidad de disposición sobre los mismos. Ahora bien, no pretendemos generalizar la procedencia de los acuerdos reparatorios en los casos de delitos que afectan intereses colectivos, ya que necesariamente debe reconocerse que habrán bienes indisponibles tutelados por estos –como por ejemplo el medio ambiente–; simplemente pretendemos afirmar que, en nuestra opinión, las Instituciones que nos ocupan gozan de plena legitimación para proponerlos y celebrarlos con el imputado.

En similares términos podemos afirmar la procedencia de los acuerdos reparatorios en caso de delitos culposos, ya que al ser estas Instituciones titulares de la defensa de los bienes jurídicos afectados, lo que deberá determinarse es la culpabilidad del sujeto activo en la comisión del delito. Si efectivamente nos encontramos frente a delitos culposos, no vemos razón para excluir *a priori* la procedencia de este tipo de acuerdos. Más aún, la amplitud de los términos empleados en la redacción de la norma, nos lleva a concluir que podría darse el caso de la procedencia de acuerdos reparatorios en el caso de delitos culposos cometidos en contra de bienes jurídicos no patrimoniales e indisponibles.

**15. Procedencia de los acuerdos reparatorios frente a aquellos delitos que afectan bienes jurídicos tutelados por intereses difusos.**

En el caso de bienes jurídicos tutelados por intereses difusos, consideramos que la procedencia de los acuerdos reparatorios será mas reducida. En este sentido, resulta difícil afirmar el carácter disponible y patrimonial de los bienes tutelados por éstos. Por ello, que el monopolio del ejercicio de la acción civil en cabeza del Ministerio Público resultará tan perjudicial para las Instituciones que ejerzan su representación. Ya habíamos anotado que en estos casos, el principal objetivo de las víctimas está constituido por la pronta reparación de los daños causados por el

delito. Consideramos igualmente, que la obtención de dicha reparación sería mas directa y expedita de permitirse la actuación de esta clase de Instituciones en el ejercicio de las acciones judiciales pertinentes. Sobre la base de estas premisas, consideramos que el COPP debió establecer que la intervención del Ministerio Público en el ejercicio de la acción civil, debía estar destinada a la reparación del daño específico originado por el delito y que las sumas de dinero obtenidas revertirían directamente a estos fines.

A pesar de lo expuesto, sostenemos la opinión de que en los casos en los cuales se estimen como culposos a los delitos cometidos contra bienes jurídicos tutelados por intereses difusos, la procedencia de los acuerdos reparatorios no deberá ser rechazada de antemano. Consideramos que las Instituciones que nos ocupan se encuentran plenamente facultadas para celebrar estos acuerdos con el imputado y que el Juez deberá valorar su procedencia tomando en cuenta la magnitud del daño causado y la urgencia de su reparación.

Al efecto, la procedencia de los acuerdos reparatorios se encontrará naturalmente sometida a un análisis casuístico de las circunstancias específicas de cada delito. No podrá afirmarse, de forma generalizada y categórica, su procedencia o improcedencia en el caso de delitos que afectan bienes jurídicos tutelados tanto por intereses colectivos como difusos, y estimamos que habrá que determinar las características del bien específico al igual que la naturaleza de la culpa del actor <sup>118</sup>.

---

118 En este sentido, encontramos que se ha afirmado que la procedencia de este tipo de acuerdos se encuentra circunscrita a la llamada delincuencia de *bagatela*. Así, RAMÍREZ MONAGAS comenta que "(...) cuando se trata de mediana criminalidad ya la doctrina no es pacífica y no puede (sic) ser para beneficiar contrariamente al supuesto doctrinal que lo fundamenta, para privilegiar a autores financieramente fuertes en el ámbito de los delitos económicos, de injusto masivo, ya que como se sostiene en esta reparación patrimonial de la víctima entra el esfuerzo por cumplir. Además la víctima debe ser concreta de acuerdo con el artículo 116 del COPP. Si uno de los depositantes (el autor se esta refiriendo a los delitos bancarios que motivaron la crisis del sector financiero de 1994) no esta de acuerdo, no procede el acuerdo reparatorio." (Paréntesis nuestro). RAMÍREZ MONAGAS, Bayardo. Op. cit. Página 95. No consideramos acertada esta opinión. Sobre la base del análisis expuesto a lo largo de nuestra investigación, hemos insistido en la legitimación expresa concedida por el COPP para la representación de este tipo de víctimas –las víctimas difusas-, por lo que no podrá sostenerse que aun cuando las Instituciones que nos

Ahora bien, lo que no podrá cuestionarse es la legitimación de las Instituciones habilitadas por la Ley para representar a las víctimas de este tipo de delitos, para proponerlos y efectivamente celebrarlos. Sería un contrasentido que éstas pudieran ejercer todas las facultades procesales conferidas por el COPP a las víctimas, incluso intentar las acciones penales en los delitos de acción privada, y sin embargo, se sostuviera que se encuentran imposibilitadas para celebrar acuerdos reparatorios, los cuales constituirán una de las formas más directas y expeditas para la obtención de la reparación del daño sufrido por la víctima, principio éste que por demás signa, como sabemos, nuestro nuevo proceso penal.

**6. La representación de los derechos humanos, entendiendo a éstos como un bien jurídico indivisible tutelado por intereses difusos. (artículo 118 del COPP).**

La tutela de los derechos humanos ha sido señalada como una de las ambiciones inspiradoras de la reforma procesal penal venezolana. El paso de un sistema inquisitivo mixto, escrito y secreto, que violentaba flagrantemente el principio de la publicidad procesal, a uno acusatorio, oral y público; demuestra plenamente esta afirmación <sup>119</sup>. La posibilidad abierta por el COPP para atacar libremente las violaciones de los derechos humanos en juicio penal, constituye el último vestigio de la acción popular propiamente dicha en la normativa adjetiva penal venezolana. El código consagra así, facultades expresas para controlar las actuaciones de los funcionarios públicos, en aras de la protección de los derechos humanos, develándose otro ángulo del interés de nuestro Legislador por la tutela judicial efectiva de éstos. En este sentido, encontramos que la norma expresa:

---

ocupan, se encuentran plenamente legitimadas para el ejercicio de todos los derechos y garantías procesales otorgadas por el COPP a las víctimas del delito; no puedan, sin embargo, celebrar acuerdos reparatorios. Por otro lado, tampoco es acertado afirmar de forma tajante, y menos a la luz de nuestra nueva normativa adjetiva penal, que la procedencia de estos acuerdo se encontrará limitada a los delitos de *bagatela* y que no procederá en casos de delitos de mayor gravedad. En este sentido, ver SAÍN SILVERA, José Tadeo. Op. cit. Páginas 94-95.

119 FERNÁNDEZ, Fernando. Situación de los Derechos Humanos en el Nuevo Código Orgánico Procesal Penal, en Primeras Jornadas de Derecho Procesal Penal "El Nuevo Proceso Penal". Universidad Católica "Andrés Bello". Caracas, 1998. Páginas 51-52.

Artículo 118. Derechos Humanos. Cualquier persona natural o asociación de defensa de los derechos humanos podrá presentar querrela contra funcionarios o empleados públicos, o agentes de las fuerzas policiales, que hayan violado derechos humanos en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas.

Salta a la vista la amplitud de la disposición citada, y consideramos que eleva la protección de los derechos humanos como conjunto, a un bien jurídico indivisible protegido por intereses difusos, cuya integridad y defensa incumben a todos los hombres por ser ellos comunes a todos nosotros. El supuesto de la norma va más allá de la tutela de la víctima directamente afectada por la violación de derechos humanos <sup>120</sup>, y estimamos que los entiende –reiteramos- como un bien jurídico indivisible del cual somos titulares todas las personas naturales y que puede ser representado por cualquiera de nosotros o por cualquier Asociación de protección de los derechos humanos.

Nótese como en este caso el Legislador sí comprendió y respetó la vinculación directa existente entre los intereses difusos y las personas naturales afectadas por los delitos contra bienes tutelados por éstos. Partiendo de esta premisa, no hizo mención alguna de las Fundaciones en este supuesto, entendiéndolo, como hemos comentado, que éstas se encuentran –en principio- intrínsecamente imposibilitadas para ejercer este tipo de representación, por carecer de sustrato personal que las integren.

### **19. Determinación de la víctima**

A los fines de precisar el alcance de la norma bajo análisis y en consecuencia de las facultades de representación que confiere, debemos

---

120 Esta situación ha sido interpretada, en nuestra opinión erróneamente, sugiriéndose que la norma consagra la especial protección de las víctimas directas de abuso de poder y de violaciones de derechos humanos. En este sentido, se ha sostenido: “ (...) el COPP reconoce la existencia de las víctimas de abuso de poder, quienes pueden ser víctimas de delitos y de violaciones de derechos humanos por parte de funcionarios públicos y agentes policiales en el ejercicio abusivo o indiferente de sus funciones.” FERRER, María Josefina. Op. cit. Página 37. Como hemos manifestado, somos de la opinión de que en este supuesto legal no existe reconocimiento alguno de las víctimas de las violaciones de forma directa, sino que transforma a los derechos humanos como un bien jurídico tutelable por intereses difusos.

comenzar por determinar la naturaleza de las víctimas cuya tutela consagra. Consideramos, como ya hemos adelantado y desarrollaremos con más detalle *infra*, que este precepto entiende a los derechos humanos, en conjunto, como un bien jurídico tutelado por intereses difusos.

Por ello, debemos determinar, en primer lugar, la naturaleza de los sujetos que podrán actuar o ser representados con fundamento en este supuesto legal y el carácter con el que éstos participarán en el proceso penal. Al efecto, encontramos que el artículo 118 del COPP antes citado, establece la posibilidad, en cabeza tanto de cualquier persona natural como de cualquier Asociación de protección de los derechos humanos, para querellarse en contra de los prenombrados funcionarios públicos. Aunado a esta situación, el propio código limita de forma absoluta la posibilidad de querellarse en juicio penal a las víctimas del delito <sup>121</sup>.

De la interpretación concatenada de ambas normas, debemos concluir que al facultar a cualquier persona natural para querellarse, nuestro Legislador las considera, en el supuesto específico tratado por este artículo, como verdaderas víctimas del delito. Ahora bien, éstas deberán ser entendidas como víctimas difusas indirectas –en el sentido comentado *supra*- de toda violación de los derechos humanos cometida por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones o con ocasión a ellas en nuestro país. En similar sentido, deberá ser apreciada la actuación de las Asociaciones de protección de los derechos humanos y la representación que ejercerán de sus integrantes dentro del proceso penal.

Estas consideraciones traen como necesaria consecuencia afirmar que en el supuesto legal en comento la intención principal de nuestro Legislador no se encontró orientada al amparo y la protección de las víctimas directas del delito específico que configura la violación de derechos humanos. Así, no podrá considerarse que en estos casos las Asociaciones Civiles o las personas naturales querellantes actuarán en representación de las víctimas directas del delito. Su participación en el proceso penal estará orientada a la tutela de un interés propio o en representación del interés de sus miembros –en el caso de las Asociaciones

---

121 “Artículo 301. Legitimación. Sólo la persona, natural o jurídica, que tenga la calidad de víctima podrá presentar querrela.” Esta característica de la querrela es resaltada igualmente por GUÍA, María Esther. Op. cit. Página 113.

Civiles– a los fines de velar por el respeto que el Estado debe a los derechos del hombre. En estos casos, toda persona natural será víctima –indirecta– del delito por mandato expreso de la Ley, consagrándose un verdadero control *subjetivo* proveniente de la amplitud de la naturaleza del bien jurídico llamado a ser protegido en el supuesto legal en comento. De esta forma, reconocemos al bloque de los derechos humanos, como integrante de la especial categoría de bienes indivisibles cuya tutela puede ampliar el radio de legitimación para su representación, aun cuando esta ampliación pareciera a primera vista ilimitada.

**20. La consagración de los derechos humanos como bien jurídico indivisible tutelado por intereses difusos.**

A los fines de la determinación de la naturaleza y trascendencia de la protección conferida por esta norma, será imprescindible delimitar el alcance que nuestro Legislador confiere a los derechos humanos a través del COPP. Al efecto, estimamos pertinente hacer las siguientes consideraciones.

Como sabemos, el ejercicio de la acción punitiva del Estado devela el evidente interés público en el que se encuentra imbuida la materia penal. En este sentido, el COPP reserva el ejercicio de la acción penal en aquellos delitos de acción pública, al Ministerio Público y a la víctima en aquellos de acción privada <sup>122</sup>. Sin embargo, estas limitaciones no siempre existieron, ya que el interés en el mantenimiento del orden social, a través del derecho penal, era concebido en el CEC como suficiente para legitimar a cualquier individuo para actuar en aras de la defensa de la legalidad <sup>123</sup>.

La estrecha relación existente entre el interés público y los intereses difusos, ha originado la frecuente confusión entre ambos. De esta forma, se ha afirmado que la consagración legal de una acción popular en sentido *objetivo*, bien sea para el ejercicio de acciones penales, civiles o administrativas, implica la existencia de un evidente interés público sobre el bien tutelado <sup>124</sup>. No obstante, y como ya habíamos señalado, la

---

122 Artículos 23 y siguientes del COPP.

123 Artículo 100 del CEC.

124 MONTERO AROCA, Juan. Op. cit. Página 73. Entre nosotros, VILLEGAS comenta la posibilidad del riesgo de confundir ambos intereses sobre la base de la concesión

consagración de la acción popular para la defensa de intereses difusos ha sido una de las soluciones más actuales al problema de la legitimación en estos casos <sup>125</sup>. En este sentido, aun cuando reconocemos el evidente interés público en el ejercicio de la acción punitiva del Estado –siempre dejando a salvo las excepciones ya comentadas–, estimamos que el supuesto de la norma bajo análisis devela la evidente intención del Legislador de considerar a los derechos humanos como un bien jurídico tutelado por intereses difusos, ampliando así, la legitimación para actuar en su defensa.

En este orden de ideas, la condición de víctimas que confiere a los sujetos que actúen con fundamento en las potestades procesales conferidas por esta norma, elimina toda posibilidad de considerarla como la consagración de un *control objetivo* de la legalidad de la actuación de los funcionarios públicos. Sobre la base de lo expuesto, podemos reafirmar que estamos mas bien frente a un verdadero *control subjetivo* de la actuación de los órganos del poder público y en especial de los cuerpos policiales. Es así, que está de más insistir que el respeto de los derechos humanos nos interesa a todos los hombres y constituye una de las bases fundamentales de nuestro Estado de Derecho.

El tipo de interés protegido por esta norma se devela igualmente a través de su interpretación integral. De esta forma, la naturaleza del bien jurídico y la forma de su consagración legal, podría prestarse a confusión e indicar que se mantiene una acción popular como control objetivo de la legalidad, al estilo de la reconocida en el CEC, es decir destinada a la defensa de los derechos humanos como un bien tutelado únicamente por el interés público. No obstante, consideramos que la inclusión de las Asociaciones de protección a los derechos humanos demuestra de manera inobjetable la naturaleza difusa del interés reconocido. En este sentido, la presencia de estas Instituciones implica necesariamente la tutela de

---

legal de la acción popular para tutelar intereses difusos. VILLEGAS, José Luis. Op. cit. Página 50. Sin embargo, es importante mencionar que ambos autores coinciden en afirmar que el ejercicio de las acciones tendientes a la defensa del interés público se encontrarán encomendadas bien sea al Ministerio Público, a cualquier ciudadano en ejercicio de la llamada acción popular o a ambos, siempre de conformidad con las previsiones legales sobre la materia.

125 Ibidem. Página 60.



bienes jurídicos protegidos por intereses difusos, por cuanto la defensa de los intereses públicos, como ya hemos apuntado, se circunscribe estrictamente a una doble vertiente: (i) la representación ejercida por el Ministerio Público y (ii) la encomendada a cualquier ciudadano a través de la acción popular.

En conclusión, consideramos que el COPP engloba en esta norma un trascendental avance, que lidera la concepción y tratamiento que en el derecho positivo venezolano se ha dado a la tutela jurisdiccional de los intereses difusos. Así, la adopción de la legitimación tanto a nivel individual -cualquier persona natural- como colectivo -cualquier Asociación para la defensa de los derechos humanos- para representar a las víctimas difusas de las violaciones de los derechos humanos en juicio penal, constituye la expresión más acabada de la tutela de este tipo de intereses; todo lo cual convierte a esta norma, en nuestro criterio, en la abanderada sobre la materia dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

## **21. Breve aproximación a la protección de los derechos humanos**

Se ha afirmado que el derecho a los derechos humanos parte de una doble consagración, por un lado del derecho constitucional y por el otro del derecho internacional <sup>126</sup>. Su alcance, como sabemos, es sumamente amplio, cobijándose bajo su manto todos aquellos derechos fundamentales del hombre <sup>127</sup>, es decir los derechos que pertenecen a

---

126 SZABO, Imre. Fundamentos Históricos de los Derechos Humanos, en Las Dimensiones de los Derechos Humanos. Volumen I. Ediciones Serbal/UNESCO. París, 1984. Página 36. En Venezuela esta división es sostenida por PLAZ BRUZUAL, René. Los Derechos Humanos y el Amparo Constitucional, en Revista de la Facultad de Derecho N° 37, Universidad Católica "Andrés Bello". Enero-junio de 1987. Páginas 153 y siguientes.

127 Al hacerse referencia a los derechos fundamentales del hombre, pareciera reconocerse una distinción entre éstos -los fundamentales- y otros derechos humanos. Esta situación podría implicar la existencia de una jerarquía entre diversos derechos humanos, en razón de su carácter fundamental o no. Sin embargo, se ha afirmado que los derechos humanos constituyen en la actualidad un bloque indivisible y único y por ende no susceptibles de ser situados unos sobre otros en una escala jerárquica. (Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 32/130 (1977). Cfr. VAN BOVEN, Theodoor. Criterios Distintivos de los Derechos Humanos, en Las Dimensiones de los Derechos Humanos. Volumen I. Ediciones Serbal/UNESCO. París, 1984. Página 78. No obstante estas afirmaciones, el autor citado

todo ser humano por el solo hecho de ser tal <sup>128</sup>. Otro aspecto relevante, que nuestro Legislador sabiamente ponderó, se encuentra relacionado con la necesaria vinculación de las violaciones de derechos humanos con la actuación de órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones. Esta delimitación es de vital importancia para comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado en caso de comprobarse la existencia de dichas violaciones en su territorio, ya que como sabemos, la responsabilidad penal es personal.

### **16. La protección de los derechos humanos en la Constitución de la República de Venezuela.**

El reconocimiento de la consagración progresiva de los derechos del hombre dentro del marco constitucional, es una de las características más resaltantes de las constituciones modernas <sup>129</sup>. La nueva Constitución de la República de Venezuela, al igual que la derogada Constitución de 1961, se encuentra suscrita dentro de esta corriente ideológica, consagrando expresamente el principio de la progresividad de los derechos y garantías del hombre<sup>130</sup>. Por otro lado, en el texto de nuestra carta

---

difiere de este criterio y sostiene que efectivamente deberá distinguirse entre los derechos humanos fundamentales y los demás derechos humanos. "Tales derechos fundamentales podrían denominarse también derechos elementales o suprapositivos, un ejemplo de los cuales serían aquellos cuya validez no depende de la aceptación por parte de los sujetos de derecho, sino que están en la base de la comunidad internacional." Idem. En Venezuela se pronuncia a favor de esta distinción FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. El Estudio de los Derechos Humanos: su Concepto, Carácter Interdisciplinario y Autonomía Jurídica, en Revista de la Facultad de Derecho Nº 39-40. Universidad Católica "Andrés Bello". Enero-diciembre de 1988. Página 73.

128 "(...) con la expresión derechos humanos no queremos indicar todos los derechos cuyo titular pueda ser un ser humanos (...), sino que únicamente a aquellos derechos que pertenecen a todo ser humano por el hecho de ser tal (...)" FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. Op. cit. Página 73. En igual sentido, TÜNNERMANN, Carlos. Los Derechos Humanos: Evolución y Reto Educativo. UNESCO. Caracas, 1997. Página 7.

129 *Ibidem*. Páginas 44-45.

130 La progresividad en el respeto de los derechos humanos se encuentra plasmada de forma expresa en el artículo 19 del nuevo texto constitucional. Igualmente es digno de reseñar que la trascendencia de este principio en el ámbito constitucional moderno venezolano es tal, que a pesar de la ferviente disputa sobre el carácter originario o no de la Asamblea Nacional Constituyente nunca se cuestionó la limitación que se le impuso en este sentido. Así, encontramos que entre las Bases Comiciales del Referendo Consultivo Nacional figura –específicamente en la base octava- el necesario

fundamental igualmente se plasman los llamados derechos constitucionales innominados, que comprenden todos aquellos derechos que por ser inherentes a la persona humana, son reconocidos y amparados por el Estado, aun cuando no figuren expresamente en el texto de la Constitución <sup>131</sup>. Así, el campo de los derechos humanos en Venezuela es extenso y contemplará, con relación al supuesto legal en comento, una amplia gama de delitos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones o con ocasión a ellas. Recordemos al efecto, que el artículo 118 del COPP únicamente hace referencia a la violación de los derechos humanos en forma genérica –como una unidad–, situación que da a la norma extenso alcance y que podrá verse reflejado en diversos tipos de delitos, bien sean de acción pública o enjuiciables a instancia de parte agraviada.

### **17. La protección internacional de los derechos humanos**

La necesidad de la protección internacional de los derechos humanos, es un fenómeno surgido desde mediados del siglo XX; principalmente a raíz de la Segunda Guerra Mundial, y las atrocidades cometidas durante ella<sup>132</sup>. La convicción de que muchas de estas violaciones masivas podrían haber sido evitadas de haber existido un sistema internacional efectivo de protección de los derechos humanos, impulsó el afán internacional para su creación, al igual que para la elaboración de un conjunto de Declaraciones y Convenciones destinadas

- 
- respeto de: “(...) el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre (...)” Resolución del Concejo Nacional Electoral N° 990323-71 de fecha 23 de marzo de 1999, publicada en Gaceta Oficial N° 36.669 de fecha 25 de marzo de 1999, aprobada mediante el referendo consultivo celebrado el 25 de abril de 1999.
- 131 Artículo 22 de la Constitución de la República de Venezuela. Sobre un análisis de los derechos humanos en la Constitución de la República ver PLAZ BRUZUAL, René. Op. cit. Páginas 147 y siguientes.
- 132 Esta afirmación es unánime en la doctrina. Así, entre otros, ver BEURGENTHAL, Thomas, GROSSMAN, Claudio y NIKKEN, Pedro. Manual Internacional de Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos/ Editorial Jurídica Venezolana. San José/Caracas, 1990. Página 19. ORAÁ, Jaime y GÓMEZ, Felipe. La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Un breve comentario en sus 50 años. Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto. Bilbao, 1997. Página 37.

a garantizar la tutela efectiva de los derechos humanos en el ámbito internacional <sup>133</sup>.

Venezuela, siguiendo la corriente imperante en la comunidad internacional, ha ratificado una serie de tratados internacionales destinados al reconocimiento y protección de los derechos humanos <sup>134</sup>. Entre éstos encontramos: (i) la Convención americana sobre derechos humanos <sup>135</sup>, (ii) el Pacto internacional de los derechos civiles y políticos <sup>136</sup> y (iii) el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales <sup>137</sup>. Aunado a éstos, nuestro país ha adoptado, como miembro tanto de la Organización de Estados Americanos como de la Organización de las Naciones Unidas, la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre <sup>138</sup> al igual que la Declaración universal de los derechos humanos <sup>139</sup>. En todos estos instrumentos normativos se ha reconocido un amplio catálogo de derechos inherentes al ser humano, los cuales deberán ser amparados por los Estados signatarios y en consecuencia

---

133 Sobre un análisis de la evolución histórica de los derechos humanos ver: TÜNNERMANN, Carlos. Op. cit. Páginas 7-32. Igualmente, ver SZABO, Imre. Op. cit. Páginas 37-52.

134 Es relevante destacar la jerarquía constitucional de la que gozan, de conformidad con el artículo 23 de la Constitución, los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos dentro de nuestro derecho interno. Al efecto, la mencionada norma 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 normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público."

135 Suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, publicada en Gaceta Oficial Nº 31.256 de fecha 14 de junio de 1977.

136 Adoptado y abierto a firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2.200 (XXI) de 16 de diciembre de 1966, publicado en Gaceta Oficial Nº 2.146-Extraordinario de fecha 28 de enero de 1978.

137 Adoptado y abierto a firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2.200 (XXI) de 16 de diciembre de 1966, publicado en Gaceta Oficial Nº 2.146-Extraordinario de fecha 28 de enero de 1978.

138 Acta Final de la Novena Conferencia Internacional Americana, Resolución XXX. Firmada en Bogotá el 2 de mayo de 1948.

139 Proclamada en la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 a través de la Resolución 217-III-A.

podrán ser defendidos por las Asociaciones constituidas para su protección, en juicio penal <sup>140</sup>.

### **18. La protección de los derechos humanos como bien jurídico tutelado por intereses difusos.**

La amplitud de la consagración de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico venezolano –constitucional y legal–, sumada a la evidente preocupación del Legislador del COPP por su tutela en el ámbito penal, podrá arrojar consecuencias sumamente positivas con relación a la disminución del saldo de sus violaciones por parte de funcionarios públicos.

En este orden de ideas, para la procedencia de la querrela deberá existir un vínculo directo entre la violación de uno de los derechos humanos consagrados en los catálogos enunciativos establecidos tanto en la Constitución –siempre teniendo en cuenta la cláusula abierta del artículo 22–, como en los convenios y declaraciones internacionales suscritos o adoptados por la República, con una norma sustantiva que tipifique el delito específico cometido por el funcionario.

El control que consagra esta norma –empleado sanamente por supuesto– es una garantía más a favor de la defensa de los venezolanos frente a los órganos de los poderes públicos y constituye un claro reconocimiento a la labor emprendida por numerosas Instituciones en este campo.

### **22. Legitimación procesal**

La representación de los derechos humanos como bien jurídico común a todos, confiere, por su trascendencia, una amplia legitimación activa. En este sentido, encontramos una doble vertiente en los postulados de la norma. Por un lado, consagra el último vestigio de la acción popular en el derecho procesal penal venezolano y por el otro, legitima a ciertas Asociaciones Civiles especialmente constituidas, para que se querellen en contra de funcionarios públicos que cometan violaciones de derechos humanos en el ejercicio de sus funciones o con ocasión a ellas.

---

140 Cfr. BEURGENTHAL, Thomas, GROSSMAN, Claudio y NIKKEN, Pedro. Op. cit. Páginas 19 y siguientes. SZABO, Imre. Op. cit. Páginas 49 y siguientes.

**19. El último vestigio de la acción popular en el derecho procesal penal venezolano. La legitimación de cualquier persona natural para querellarse**

La posibilidad de toda persona natural para querellarse en contra de los funcionarios responsables de violaciones de derechos humanos es, como sabemos, una posibilidad plenamente reconocida por el COPP. Ésta deberá considerarse fundamentada, como ya hemos dicho, sobre la legitimación conferida por los intereses difusos que tutelan al bloque de los derechos humanos y podrá correr paralela a las acciones ejercidas por el Ministerio Público frente al delito específico, de ser éste de acción pública <sup>141</sup>. Es relevante reiterar que como consecuencia de las anteriores afirmaciones, la naturaleza del control ejercido a través de esta acción popular es eminentemente *subjetivo*. La norma en comento, confiere a toda persona natural un interés difuso en la defensa y el mantenimiento de la integridad de los derechos humanos como un todo indivisible, razón por la cual no podrá afirmarse que en este caso la acción popular se funda en un simple interés –situación que la transformaría en un control plenamente objetivo– en la legalidad de la actuación de los órganos del Estado en el desempeño de sus funciones. Este punto es, en nuestra opinión, vital para la comprensión integral del contenido e inteligencia del artículo 118 del COPP.

**20. Las Asociaciones de protección de los derechos humanos.**

La posibilidad abierta a estas Instituciones es la que presenta relevancia con relación a los objetivos que nos hemos propuesto. Al igual que como ya hemos comentado con relación a la posibilidad de representar a las víctimas de los delitos que afectan intereses difusos en general, las Asociaciones para la protección de los derechos humanos podrán actuar en juicio representando a sus miembros como parte de la colectividad afectada por las violaciones de derechos humanos, cometidas por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones o con ocasión a ellas.

---

<sup>141</sup> Todo esto de conformidad con las reglas generales de la participación procesal de la víctima previstas en el COPP. Sobre este punto, consultar GUIA, María Esther. Op. cit. Páginas 109 y siguientes. Ahora bien, la participación de estas personas en el proceso penal podrá verse comprometida, de querellarse la víctima, cuyos derechos han sido violados de forma directa.

Reiteramos la trascendental importancia de entender el enfoque dado por el COPP a la protección de los derechos humanos. Así, de la redacción de la norma, no podrá entenderse que está destinada, como ya hemos adelantado, al amparo de la víctima directa del delito –aun cuando debemos afirmar que ésta conserva intactos sus derechos y facultades procesales–, ni mucho menos que existe una relación de representación especial entre ésta –la víctima directa– y la Asociación de protección a los derechos humanos <sup>142</sup> que se esté querellando en juicio penal. Los derechos humanos son mas bien entendidos como un todo, un bien indivisible y común a todos los hombres. Por ello, consideramos que deben tratarse como un bien jurídico tutelado por intereses difusos.

Todos los venezolanos y en general cualquier persona natural –como la propia norma lo indica– tenemos interés en el respeto y protección de los derechos inherentes al ser humano y es sobre este interés que accionarán este tipo de Asociaciones Civiles, representando en última instancia el interés de sus miembros –como parte del grupo indeterminado afectado por la violación– en la defensa de la integridad y respeto que los órganos del poder público deben a los derechos humanos como bien jurídico común a todos.

### **23. Limitaciones para la procedencia de la representación.**

La norma condiciona la procedencia de este tipo de querella, a que la violación de derechos humanos sea imputable a “funcionarios o empleados públicos, o agentes de las fuerzas policiales (...) en el ejercicio de sus funciones o con ocasión a ellas”.

La inclusión de este artículo revela la preocupación de nuestro Legislador por la protección y tutela de los derechos humanos y de la necesidad de sancionar a los funcionarios responsables de su violación. Nótese igualmente el énfasis que hace la norma al nombrar expresamente a los “agentes de las fuerzas policiales”, quienes pueden entenderse perfectamente comprendidos dentro de la genérica mención de “funcionarios o empleados públicos”. Esperamos que la problemática de las violaciones de derechos humanos en Venezuela a mano de las fuerzas

---

142 La representación ejercida por este tipo de Instituciones proviene, al igual que en el supuesto del artículo 116, numeral 4°, del propio texto de la Ley.

policiales y en general los organismos de seguridad del Estado, sea controlada y en lo posible erradicada, mediante la decisiva actuación de la Sociedad Civil Organizada –conjuntamente con el Ministerio Público– dentro del proceso penal, en ejercicio de las facultades procesales conferidas directamente por esta norma.

Por otro lado, de la norma se desprende que la procedencia de este tipo de representación, en caso de ser ejercida por una Asociación de protección a los derechos humanos, estará estrechamente relacionada con la naturaleza de la misma. En este sentido, se exige expresamente que ésta sea una Asociación Civil constituida específicamente para la protección de los derechos humanos, situación que se verificará a través del análisis del documento constitutivo estatutario de la Institución, al igual que de su actuación fáctica. Consideramos sin embargo, que la amplitud de la norma arrojará los mismos inconvenientes que comentamos al analizar la problemática de la multiplicidad de querellantes, en los casos de la representación de intereses colectivos y difusos, por lo que en estos casos deberá procederse en idéntico sentido al comentado *supra*. Sin embargo, en caso de que la *víctima directa* del delito deseara querellarse, consideramos que deberá darse preferencia a ésta para que actúe en juicio y obtenga la reparación efectiva del daño sufrido.

### **3. La asistencia especial de las víctimas directas del delito. (artículo 119 del COPP).**

En último lugar, encontramos la posibilidad abierta por la nueva normativa adjetiva penal para que ciertos tipos de Asociaciones Civiles puedan representar los derechos de las víctimas directas del delito dentro del proceso. En este sentido, la norma expresa:

Artículo 119. Asistencia especial. La persona ofendida directamente por el delito podrá delegar, en una asociación de protección o ayuda a las víctimas, el ejercicio de sus derechos cuando sea más conveniente para la defensa de sus intereses.

En este caso, no será necesario poder especial y bastará que la delegación de derechos conste en un escrito firmado por la víctima y el representante legal de la entidad.



**1. Las facultades de representación consagradas en el artículo 119 y su relación con aquellas conferidas por los artículos 116, numeral 4° y 118 del COPP.**

La norma legal en comento introduce un nuevo enfoque con relación a la participación de la Sociedad Civil Organizada en el proceso penal. Hemos comentado *supra* que en los supuestos de los artículos 116, numeral 4° y 118 del COPP, las facultades de representación conferidas a este tipo de Instituciones proviene directamente del texto de la Ley. Ello implica que no será necesario el concierto de la víctima del delito –la víctima difusa o colectiva, o la víctima directa de la violación de los derechos humanos–, y que no se requerirá instrumento poder alguno que acredite la representación que pretenden ejercer. Gozan así, por la naturaleza pluripersonal de los intereses que tutelan, de legitimación *ex lege*.

Ahora bien, esta legitimación varía considerablemente en el artículo que nos ocupa. En este supuesto, el Legislador reconoció un tipo de representación voluntaria <sup>143</sup>, mediante la cual, la propia parte ofendida directamente por el delito delega su representación, en este caso, en una Asociación de protección o ayuda a las víctimas. Es importante destacar que como consecuencia de la voluntariedad del poder otorgado, las Instituciones mencionadas deberán realizar las actuaciones procesales en nombre de la persona directamente ofendida y nunca, como en el caso de la representación de intereses colectivos y difusos, en su propio nombre <sup>144</sup>.

**1. La “persona directamente ofendida” por el hecho punible.**

Es de hacer notar que, al consagrar a la persona que podrá delegar su representación en una de estas Asociaciones para que la representen dentro del proceso penal la norma, no se refiere a ésta como “víctima de delito”. Observamos que nuestro Legislador empleó los términos “persona

---

143 RENGEL-ROMBERG, Arístides. Op. cit. Tomo II. Páginas 52. Este autor define al poder voluntario como: “(...) una relación jurídica, vale decir, un vínculo obligatorio entre la parte y su representante, nacido de la voluntad de la parte que lo confiere.” En igual sentido: PUPPIO, Vicente. Teoría General del Proceso. Manuales de Derecho. Universidad Católica “Andrés Bello”. Caracas, 1995. Páginas 175 y siguientes.

144 RENGEL-ROMBERG, Arístides. Op. cit. Página 53.

ofendida directamente” por el delito, para hacer mención a aquellos sujetos que podrán ser representados por esta específica categoría de Instituciones que nos ocupan. Esta situación se demuestra atípica, debido a que como ya hemos comentado, el Legislador se esforzó por unificar las referencias hechas a los sujetos que padecen la acción del delito entendiéndolas como *víctimas del delito*.

Debemos de esta forma remontarnos a los comentarios hechos en este estudio atinentes a la relación existente entre la víctima y el sujeto pasivo de delito. Afirmamos en su oportunidad, que si bien es cierto que en muchas oportunidades ambos sujetos coinciden en cabeza de una misma persona –natural o jurídica–, esta situación no era siempre cierta. El principal criterio de diferenciación entre ambos sujetos –expusimos– vendrá determinado por la efectiva titularidad del bien jurídico lesionado por el hecho punible.

Ahora bien, consideramos necesario precisar el significado de la mención de “persona ofendida directamente” empleada en el artículo en comento. En este sentido, podría afirmarse que esta persona engloba tanto a la víctima como al sujeto pasivo de delito. Podría también afirmarse que se excluye la posible representación –por parte de estas Instituciones– de personas afectadas de forma indirecta por el delito. No obstante, la propia norma nos aclara la situación al referirse a las Asociaciones llamadas a tutelar a las “personas ofendidas directamente” como *de ayuda o protección a las víctimas*. De igual forma, en el único aparte de la norma bajo análisis, y con relación al punto relativo a las formalidades que deberá cumplir el poder que acredite la comentada representación, el Legislador exige expresamente que en el mismo conste la firma de la víctima. En fin, encontramos que esta norma se encuentra ubicada en el Libro Primero, Título IV, Capítulo V, relativo a la Víctima como sujeto procesal.

En este orden de ideas, estimamos que en este supuesto nuestro Legislador se refiere única y exclusivamente a la víctima –directa– del delito. Consecuencia de ello será, por ejemplo, que una de las Instituciones enmarcadas dentro del texto del artículo 116, numeral 4º del COPP, ya comentado, no podrá delegar –en la mayoría de los casos– en una Asociación de ayuda y protección a las víctimas, la representación de los intereses difusos o colectivos que tutelan, ya que como ha sido harto

dicho –y a pesar de la redacción de la norma–, éstas en ningún momento pueden entenderse como víctimas del delito, siendo más bien representantes del grupo de personas ofendidas directa o indirectamente por éste. Es por ello que resulta indispensable determinar la forma de la afectación del delito a las personas representadas por estas Instituciones, solo así se podrá saber si procederá la delegación de su representación.

## **2. De la necesaria mediación de instrumento poder a que hace referencia el único aparte del artículo 119 del COPP**

Como hemos comentado, la representación judicial ordinaria dentro de un proceso, bien sea penal, civil o administrativo, debe necesariamente estar respaldada por un instrumento que la acredite. En este sentido, el COPP expresamente exige que en los casos de delitos de acción dependiente de instancia de parte, la representación del querellante conste en un poder especial otorgado de conformidad con las formalidades de los poderes para asuntos civiles <sup>145</sup>. Con relación a este punto, salta a la vista una trascendental diferencia con relación a los dos casos anteriormente comentados –artículos 116, numeral 4º y 118 del COPP–. En este sentido, hemos insistido en repetidas oportunidades que la legitimación en aquellos casos deviene directamente del texto de la Ley, siendo innecesaria la mediación de poder expreso o de consentimiento de la víctima directa del delito para el ejercicio de las potestades procesales pertinentes <sup>146</sup>.

## **3. Características del poder que acredite la representación ejercida por las Asociaciones de protección o ayuda a las víctimas**

En el aparte único del artículo 119 del COPP, nuestro Legislador sabiamente estableció un régimen excepcional para el otorgamiento de los instrumentos que acrediten la representación judicial ejercida por este tipo de Asociaciones Civiles. Ya comentamos que el nuevo Código

---

145 Artículo 408 del COPP. En este sentido, encontramos que el otorgamiento de poderes en materia civil debe hacerse, de conformidad con el artículo 151 del Código de Procedimiento Civil, de forma auténtica, es decir, cumpliendo con los requisitos del artículo 1.357 del Código Civil.

146 Siempre manteniendo las reservas relativas a aquellos delitos de acción privada que configuren violaciones de derechos humanos.

expresamente remite a lo establecido en el Código de Procedimiento Civil con relación al cumplimiento de los requisitos y formalidades que deberán contener los poderes para la representación de las víctimas en el caso de los delitos de acción privada. Sin embargo, en este artículo se facilita la delegación de la representación de la víctima en las Instituciones mencionadas. Así, se simplificaron los trámites requeridos para los poderes especiales, únicamente exigiéndose que la delegación de derechos conste en un escrito firmado tanto por la víctima como por el representante legal de la Asociación Civil que la vaya a ejercer. El *telos* de la norma es claro, y consideramos que el Legislador correctamente ponderó las capacidades económicas tanto de las víctimas que solicitarán este tipo de asistencia como de las Instituciones que la prestarán, al igual que la naturaleza no lucrativa de las Asociaciones Civiles y por ende la gratuidad de los servicios de asesoría jurídica que brindarán a las víctimas <sup>147</sup>. Por otro lado, también puede afirmarse la clara intención de nuestro Legislador en simplificar los trámites a que deberán estar sometidas estas Instituciones, para poder actuar en juicio penal y velar por los derechos y facultades de las víctimas del delito; razón por la cual debemos enfatizar sobre lo atinado de esta disposición y de las positivas consecuencias que arrojará.

#### **4. *Justificación de la delegación de la representación penal en cabeza de una Asociación para ayuda o protección a las víctimas***

Es claro el amplio reconocimiento de derechos y garantías procesales de las víctimas del delito concedido a través del nuevo código adjetivo

---

147 Sobre este punto consideramos pertinente mencionar que la afirmación hecha con relación a la gratuidad de los servicios que prestarán estas Instituciones no deberá entenderse como categórica. La naturaleza no lucrativa de las Asociaciones Civiles en ningún momento les impide realizar actividades de índole lucrativo, siempre que el fin último perseguido sea altruístico. Más aún, la doctrina venezolana ha afirmado que los administradores de estos entes al igual que en el caso de las Fundaciones, se encuentran obligados a mantener y aumentar el patrimonio de la Institución a través de la administración del mismo. ITRIAGO MACHADO, Miguel Ángel e ITRIAGO MACHADO, Antonio. *El Impuesto Sobre la Renta en las Instituciones sin Fines de Lucro*. Op. cit. Páginas 232- 234. En este sentido, el cobro de una suma, aun cuando sea meramente simbólica, no comprometerá el carácter no lucrativo de la Institución y mas bien tiene la finalidad de eliminar el supuesto carácter caritativo de su actuación y reafirmar la dignidad de la persona que recibe la ayuda brindada por ésta.

penal venezolano. Sin embargo, se ha observado, acertadamente en nuestra opinión, el papel esencialmente marginal que ha desempeñado tradicionalmente la víctima en nuestro proceso penal. Como consecuencia de ello, se ha levantado la interrogante, en la doctrina, de si la víctima se encuentra efectivamente preparada para hacer uso de todas las facultades procesales que le confiere el COPP <sup>148</sup>.

Como hemos apuntado *supra*, consideramos que es precisamente por esta razón, es decir la falta de preparación de la víctima para ejercer plenamente las potestades procesales que le son conferidas, que la inclusión de esta norma representa la intención genuina del Legislador con respecto a la tutela judicial efectiva de las víctimas del delito. Así, al posibilitar que éstas sean representadas gratuitamente –con los matices ya comentados–, consideramos que el ejercicio de las potestades procesales de las víctimas encomendadas a profesionales del derecho especializados en el área específica que analizamos y agrupados en Asociaciones Civiles, configurará –con especial trascendencia en los primeros años de vigencia de la nueva normativa procesal penal– la garantía efectiva de que estas potestades no se convertirán en letra muerta. Consideramos que la participación de estas Instituciones como representantes de las víctimas directas del delito, jugará un papel trascendental en la administración de la justicia penal en nuestro país, papel éste, que confiamos se afianzará cada vez más, sobre la base de los favorables resultados que confiamos arrojará su actuación.

En este sentido, el COPP es amplio en sus postulados y permite que la persona directamente ofendida –la víctima–, acuda a estas Asociaciones Civiles cuando considere que sea “más conveniente para la defensa de sus intereses”. Así, la ausencia de formalidades en este supuesto es acertada. Esta situación, aunada a la simplicidad de los requisitos para el otorgamiento del poder que acredite su representación, incentiva y facilita enormemente la procedencia de la misma.

---

148 En este sentido, se ha afirmado: “Si el ciudadano no ha sido educado como un titular de derechos y deberes, como miembro de una comunidad cívicamente organizada, es fácil predecir que numerosas víctimas no ejercerán sus derechos (...)” BELLO RENGIFO, Carlos Simón. Op. cit. Página 59. Esta situación es igualmente comentada por GUÍA, María Esther. Op. cit. Página 101-102.

Es pertinente hacer referencia, nuevamente en esta oportunidad, a la LPNA que como hemos mencionado reproduce –con ciertas modificaciones– algunas de las normas reguladoras de la protección a las víctimas del delito sentadas por el COPP <sup>149</sup>. En este sentido, encontramos que la mencionada Ley incluye dentro de los supuestos en los cuales la víctima podrá delegar su representación en una de estas Instituciones, al peligro de que se produzcan daños morales y psíquicos en caso de actuar –la víctima– en el proceso penal personalmente.

El supuesto de estas normas encuadra en lo que la doctrina ha denominado como victimización secundaria, es decir, aquella proveniente del propio proceso judicial <sup>150</sup>. En este sentido, consideramos que como un *plus* de las funciones propiamente procesales de este tipo de Instituciones, éstas contribuirán de forma decisiva al alivio de las negativas repercusiones y presiones que genera el transcurso del proceso penal sobre la víctima del delito.

## **2. Legitimación procesal. Las facultades de las Asociaciones de protección o ayuda de las víctimas**

En la norma bajo análisis la legitimación procesal para la representación de las víctimas directas del delito, previo su consentimiento, es monopolizada en favor de las Asociaciones Civiles a que hemos venido haciendo referencia. Esto sin embargo no implica, obviamente, que estas víctimas no puedan delegar la representación de sus intereses en otras

---

149 “Artículo 663.- *Asistencia especial.* La persona ofendida directamente por el hecho punible podrá solicitar que sus derechos y facultades sean ejercidos directamente por una asociación de ayuda o protección a las víctimas, sin fines de lucro, cuando su participación en el proceso le pueda causar *daño psíquico o moral o cuando sea más conveniente para la defensa de sus intereses.*” (Destacado nuestro).

150 Sobre la naturaleza de la victimización secundaria es pacífica la doctrina tanto nacional como internacional, así, entre otros, BUSTOS RAMÍREZ incluso va más allá de comentar la victimización proveniente del propio devenir del proceso penal y establece una llamada victimización terciaria, que define como la que sufre la víctima y proviene de: “el desamparo de asistencia social que se produce en el reencuentro con sus grupos de relación y organismos generales de ayuda pública.” BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. cit. Página 41. También sobre la victimización secundaria ver, BERTOLINO, Pedro. Op. cit. Páginas 6 y 63-64. Entre nosotros consultar GUÍA, María Esther. Op. cit. Página 109, en similar sentido, SAIN SILVERA, José Tadeo. Op. cit. Página 91.

personas, cuando posean los medios para ello y lo estimen más conveniente para sus intereses. La intención del Legislador parece haber estado dirigida a insistir en la posibilidad de la representación procesal que podrán ejercer este tipo de Instituciones; reconociendo así, tanto la eminente labor de interés general que realizan, como la ayuda que le brindan al Estado –en este caso específico con relación a la correcta administración de justicia– y la trascendencia de ésta. Estamos seguros que la participación de este tipo de Asociaciones Civiles configurará una auténtica garantía para el ejercicio de todas las facultades procesales otorgadas a la víctima en el nuevo cuerpo normativo penal; al igual que servirá de ayuda, y en ciertos casos a la vez de control, a la actividad del Ministerio Público <sup>151</sup>.

Las facultades de representación en este caso recaen, como hemos comentado, en cabeza de las Asociaciones de protección o ayuda a las víctimas, las cuales deberán haberse constituido con la finalidad específica de representar a las víctimas de delito, y como sabemos sólo podrán actuar previa solicitud de éstas. La naturaleza de dichas Instituciones no requiere de mayor comentario, ya que el COPP no les exige requisito específico alguno, ni siquiera en cuanto a los fines para los cuales deberán estar constituidas. Bastará entonces, en nuestra opinión, que en su documento constitutivo figure, como razón social, la mención de que sus objetivos estarán conformados por la representación judicial de las víctimas de delito. No obstante, sí consideramos que éste deberá ser el fin principal de este tipo de Asociaciones Civiles, nunca pudiendo entenderse éstos como meros objetivos secundarios.

---

151 La doble funcionalidad de la actuación de estas Instituciones es comentada por MAIER, específicamente con relación al caso de la protección de intereses colectivos. Sin embargo, consideramos que es plenamente aplicable al supuesto que nos ocupa. Cfr. MAIER, Julio. La Víctima en el Sistema Penal. Op. cit. Páginas 221. Así, ver por ejemplo, el control que podrán ejercer sobre los actos conclusivos de la fase preparatoria solicitados por el Ministerio Público. Sobre este particular y con relación a la solicitud de archivo de las actuaciones al igual que en lo relativo al sobreseimiento, ver los artículos 323 y 328 del COPP respectivamente.

## CONCLUSIONES

- 1.- Sobre la base del análisis expuesto, debemos concluir que el avance alcanzado por la nueva Legislación procesal penal con relación a la protección efectiva de las víctimas del delito, en especial el reconocimiento de sus facultades procesales y la reparación del daño sufrido por éstas, se encuentra inspirado por las más modernas y actuales corrientes doctrinarias del derecho penal, representando en consecuencia, un gigantesco avance con relación al tratamiento que les otorgaba el vetusto CEC.
- 2.- No obstante los avances alcanzados, debemos advertir que la redacción de las normas que regulan la representación de las víctimas de delitos contra bienes jurídicos tutelados por intereses tanto colectivos como difusos, es confusa y por ende susceptible a diversas interpretaciones. Consideramos que el análisis presentado es acorde con los principios fundamentales de la hermenéutica y lógica jurídica, y al mismo tiempo es cónsono con el espíritu del Legislador; por ello esperamos que la aplicación práctica de estas potestades, deleve y acoja su cabal alcance.
- 3.- Del precepto del artículo 116, numeral 4º del COPP, se evidencia que aún existe una total confusión sobre la naturaleza de los entes fundacionales en el derecho venezolano. Esta situación, por desgracia común, ha conllevado a la constitución de numerosas Fundaciones irregulares en las cuales existen órganos de dirección propios de entes corporativos integrados personas que figuran como miembros; al igual que muchas constituidas con dotaciones ínfimas incapaces de garantizar –por lo menos a corto y mediano plazo– el cumplimiento de los fines fundacionales, que por demás deben ser de interés general.
- 4.- A pesar de la habilitación legal expresa, consideramos que las Fundaciones se encuentran intrínsecamente imposibilitadas para representar intereses colectivos dentro del proceso penal, por cuanto carecen de miembros relacionados por un vínculo jurídico previo, a quienes representar como afectados del delito. Con relación a los intereses difusos, debemos aceptar que la inclusión expresa de las Fundaciones como representantes de éstos, amplía, en el campo del derecho penal, su aplicación a personas jurídicas posiblemente afectadas como parte del grupo indeterminado o de difícil determinación de sujetos acreedores de este tipo de intereses.



- 5.- La amplia legitimación abierta para defender grupos de personas titulares de intereses colectivos y difusos, se refleja igualmente en la inclusión tanto de las facultades de representación de las Asociaciones Civiles como de cualquier persona jurídica en general. De esta forma, podemos afirmar que la teoría de los llamados “delitos sin víctimas” ha sido totalmente descartada por el derecho positivo venezolano.
- 6.- Consideramos que como consecuencia de las limitaciones legales establecidas por el COPP para el ejercicio de la acción civil en el caso de los delitos que afectan bienes jurídicos tutelados por intereses colectivos y difusos, las Instituciones representantes de este tipo de víctimas se verán en la necesidad de intentar la celebración de acuerdos reparatorios a los fines de obtener la pronta reparación del daño sufrido. En este sentido, estimamos que estas Instituciones estarán plenamente legitimadas para celebrarlos, y que su procedencia dependerá de un análisis casuístico para determinar si el delito específico por el cual se pretenden celebrar cumple, efectivamente, con los requisitos de procedencia establecidos por el COPP.
- 7.- La protección de los derechos humanos ha sido una de las grandes preocupaciones de nuestro Legislador. Pasando de un sistema inquisitivo –escrito y secreto en su fase sumaria– a uno acusatorio –oral y público–, abordó los grandes problemas que conllevaban la presunción de culpabilidad del imputado y la detención y privación de libertad como regla general. En nuestro criterio, la consagración de la tutela de los derechos humanos en el COPP, para la cual se encuentra facultada tanto cualquier persona como cualquier Asociación de protección de los derechos humanos, los devela como un bien jurídico indivisible cuya defensa se fundamentará en el interés difuso que todos los hombres poseen en su protección e integridad.
- 8.- La posibilidad de delegar la representación de los intereses de las víctimas en Asociaciones constituidas para su protección y ayuda, constituye un notable paso hacia la verdadera participación de éstas –las víctimas– en el proceso penal. Los procesos judiciales resultan, generalmente, largos y tediosos y, como sabemos, esta situación ha probado ser efectiva para diluir la voluntad de la víctima en el seguimiento del proceso penal. La participación de este tipo de Asociaciones Civiles especializadas, configurará una verdadera garantía

para el ejercicio de todas las facultades procesales otorgadas a la víctima por el nuevo cuerpo normativo; al igual que servirá de ayuda, y a la vez de control, a ciertas actuaciones del Ministerio Público.

- 9.- Confiamos que el papel que desempeñarán las Instituciones no lucrativas llamadas a representar a las víctimas de delito en el procesal penal, bien sean directas o indirectas, difusas o colectivas, demostrará lo acertado de la inclusión de las facultades procesales comentadas a lo largo de estas líneas y aportará, en gran medida, a la recuperación del prestigio y transparencia de nuestro sistema judicial en conjunto, trascendiendo del ámbito penal.

**ADENDUM:** Las facultades de representación de las víctimas conferidas por el COPP a las Instituciones no lucrativas, a la luz de las disposiciones de la Constitución de la República de 1999. Especial referencia al reconocimiento del texto fundamental sobre la reparación de los daños de las víctimas del delito y la tutela de los intereses difusos y colectivos.

La presente investigación fue presentada en el marco del concurso anual celebrado por el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica “Andrés Bello”, para el año lectivo 1998-99. Por ello, y vistas las modificaciones generales de nuestro sistema jurídico producto de la promulgación de la Constitución de la República, publicada en Gaceta Oficial Nº 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999, hemos estimado pertinente incluir en este estudio el presente Adendum destinado esbozar, brevemente, la influencia que el mismo podrá tener sobre el contenido esencial de nuestro trabajo y los puntos tratados en el texto que antecede.

La nueva Constitución de la República, aprobada por medio de referéndum consultivo de fecha 15 de diciembre de 1999, contempla en su texto normas que se encuentran directamente vinculadas con el objeto de nuestro estudio. En tal sentido, encontramos que se reconoce rango constitucional tanto a los derechos de las víctimas del delito como a la tutela judicial de los intereses difusos y colectivos. En este sentido, procederemos a presentar unas consideraciones, sin duda preliminares, sobre el alcance y significación de tales normas a la luz de las facultades de representación que hemos comentado a lo largo de este estudio.

1.1.- La constitucionalización de los derechos de las víctimas del delito, especial referencia a la violación de derechos humanos y la responsabilidad patrimonial del Estado.

Como hemos comentado en líneas precedentes, el renacimiento de la víctima como sujeto procesal constituye la tendencia moderna en el ámbito de la “nueva” victimología, tendencia abanderada por la política criminal en el ámbito internacional y que específicamente ha mostrado su influencia entre nosotros por medio del COPP, viéndose reafirmada, como veremos, en el texto de la nueva Constitución de la República.

En este orden de ideas, el artículo 30 constitucional establece:

Artículo 30.- El Estado tendrá la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones a los derechos humanos que le sean imputables, y a sus derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios.

El Estado adopta las medidas legislativas y de otra naturaleza, para hacerse efectivas las indemnizaciones establecidas en este artículo.

El Estado protegerá a las víctimas de los delitos comunes y procurará que los culpables reparen los daños causados.

Esta norma consagra de forma expresa y en consecuencia reafirma los derroteros seguidos por el legislador del COPP en la materia que nos ocupa. La preocupación por el respeto y tutela de los derechos humanos es una constante en el nuevo texto constitucional, constante que, a pesar de poseer el valor que representa su consagración expresa en el texto fundamental, no constituye, en el fondo, un avance significativo de cara al sistema imperante bajo la Constitución de 1961. En este sentido, el artículo 50 de la derogada carta magna, en concordancia con los Tratados y Convenios Internacionales a que hemos hecho referencia en líneas precedentes, consagraba la obligación del Estado de velar por el respeto de los derechos humanos y en caso de ser procedente, de indemnizar a aquellas personas cuyos derechos humanos hubieran sido violados, por sus órganos en ejercicio de las funciones que le son propias. Sin embargo, el carácter supra constitucional otorgado a los Tratados, Pactos y Convenciones internacionales sobre la materia –artículo 23– efectivamente devela un enfoque moderno sobre la capital importancia de los derechos humanos en Venezuela.

En una nota innovadora, y siguiendo la misma corriente inspiradora del COPP, la citada norma reconoce la relevancia de la reparación del daño sufrido por las víctimas del delito de forma genérica. No cabe insistir sobre el particular, desarrollado con mayor detalle *supra*, siendo que ésta –la reparación del daño– constituye una de las prioridades naturales de todo sistema penal, en procura, naturalmente, del mantenimiento del orden social.

1.2 La tutela judicial de los intereses colectivos y los intereses difusos constituye una de las inclusiones más novedosas de la nueva Constitución de la República. En efecto, el artículo 26 de la Constitución de la República consagra, de forma expresa, el llamado derecho a la tutela judicial efectiva en los siguientes términos:

Artículo 26.- Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, *incluso los colectivos o difusos*, a la tutela efectiva de los mismo y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles. (Destacado nuestro)

Al consagrarse el derecho a obtener la protección efectiva de los órganos de la administración de justicia, expresamente se reconoció la importancia de que esta tutela alcance a aquellos grupos de sujetos titulares de intereses colectivos y difusos. Es así como la ampliación de la legitimación para obtener la protección de los tribunales de la República torna aún más relevante la inclusión en el COPP de las facultades de representación que hemos comentado a lo largo del presente estudio. La necesidad de tutelar los bienes jurídicos protegidos por los intereses colectivos y difusos, constituyó una legítima aspiración del sistema jurídico venezolano, la cual como hemos desarrollado, había encontrado eco en selecta jurisprudencia de nuestro más alto tribunal y en algunas leyes especiales, en particular el COPP. Ahora bien, su inclusión expresa en el texto constitucional elimina una serie de barreras tradicionales impuestas a la actuación judicial tanto en el ámbito penal como civil y administrativo que podía ejercerse sobre la base de la legitimación que confieren. En este orden de ideas, estimamos que el reconocimiento expreso de la

tutela judicial que podrán acordar los tribunales de justicia a aquellos particulares afectados en sus intereses colectivos y difusos, reafirma la trascendencia de las facultades otorgadas a las Instituciones que nos ocupan por el COPP y servirá de apoyo en los primeros casos en que efectivamente se ejerzan las facultades otorgadas por este cuerpo normativo en juicio penal; clarificando las posibles dudas vinculadas al ejercicio de las mismas. En fin, estamos seguros que esta norma coadyuvará a la materialización de la actuación de las Instituciones no lucrativas en el proceso penal venezolano, al igual que confiamos que promoverá la materialización de revolucionarias modificaciones en los criterios jurisprudenciales tradicionales.

Por último, es de fundamental relevancia a los fines que nos hemos propuesto hacer una breve referencia a las facultades de tutela de intereses colectivos y difusos encomendada por el nuevo texto constitucional al Defensor del Pueblo. Encontramos así, que al tipificar las competencias de este órgano del Poder Ciudadano, el Constituyente previó:

*Artículo 280.- La Defensoría del Pueblo tiene a su cargo la promoción defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en esta Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos y difusos de los ciudadanos (...).(Destacado nuestro)*

Artículo 281.- Son atribuciones del Defensor del (...) Pueblo:  
(omissis)

*2. Velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos y difusos de las personas, contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los mismos, interponiendo cuando fuere procedente las acciones necesarias para exigir al Estado el resarcimiento a los administrados de los daños y perjuicios que le sean ocasionados con motivo del funcionamiento de los servicios público.*

*3. Interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, habeas corpus, habeas data y las demás acciones o recursos necesarios para ejercer las atribuciones señaladas en los numerales anteriores, cuando fuere procedente de conformidad con la ley.(Destacado nuestro)*

A primera vista, tales funciones de representación judicial de intereses colectivos y difusos podrían parecer estar reñidas con las facultades de representación acordadas por el COPP a la sociedad civil

organizada dentro del proceso penal. Sin embargo, esta preliminar apreciación no resiste un análisis más detenido. En este orden de ideas, somos de la opinión que las facultades conferidas a las Fundaciones y a la Asociaciones Civiles *ex* artículo 116, numeral 4 del código adjetivo penal venezolano se encuentran en perfecta armonía y en ningún momento solapan o contrarían las competencias constitucionales del Defensor del Pueblo. Así, la tutela judicial de los intereses colectivos y difusos encomendada a éste último se encuentra claramente delimitada, abarcando únicamente aquellos casos en los cuales tales intereses se vean afectados por el mal funcionamiento de los *servicios públicos*. Por otro lado, estimamos que a la luz de una interpretación sistemática del texto constitucional, aun en aquellos casos en los que el mal funcionamiento de los servicios públicos pudiera constituir un delito que afectara bienes tutelados por intereses colectivos o difusos, el ejercicio de las acciones penales, en caso de ser delitos de acción pública, recaería en cabeza del Ministerio Público, permaneciendo inalteradas las reglas de representación de las víctimas por parte de las Instituciones que nos ocupan.



# **La legitimación, su relación con la existencia del caso y la acción meramente declarativa como vía del control de constitucionalidad (aproximación desde los Estados Unidos)\***

María Soledad Pennise Iantorno de Machado  
y Fernando M. Machado Pelloni\*\*

## **CONTENIDO**

I.- Justificación del tema - II.- La confirmación de una normativización insuficiente - III.- El tema en Argentina. Su actualidad - IV.- Colofón

- Sólo hay “caso” o “controversia” si hay legitimación (“*standing*”).
- Se llega a un “caso” o “controversia” por la acción mero declarativa cuando se establece, en primer lugar, un nexo entre el status del actor

---

\* Este trabajo, obtuvo conjuntamente con otra de las ponencias presentadas, el primer premio ofrecido por la Asociación Argentina de Dcho. Procesal, con ocasión de la celebración del XXI Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal (San Juan, 13-16 de junio de 2001) y como parte de ese reconocimiento, igualmente será publicado en la Revista de la Asociación Argentina de Dcho. Procesal, Editada o por editar en Rubinzal-Culzoni, Argentina, setiembre de 2001 (en prensa).  
Ambos autores, Abogados y profesores en la República Argentina.



y el tipo de legislación que cuestiona y, en segundo orden, cuando concurre la demostración de que la situación incierta del litigante está vinculada con un bien constitucionalmente tutelado, debiendo señalar los excesos o defectos a los que se lo expone bajo una determinada situación legal.

- Excede lo relativo a la legitimación (*standing*) la exigencia de un “daño diferenciado”, “perjuicio actual” o “inminente” pues podría desnaturalizar los fines de la acción.

## I.- JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

Tanto en los Estados Unidos como así también en Argentina, el control de constitucionalidad está determinado a “casos” o “controversias” (*cases and controversies*), elementos de naturaleza común y condicionantes para la admisibilidad formal al tratamiento de cualquier asunto dentro de una jurisdicción. Sin embargo, el juicio sobre la clara existencia de un caso suele ser complejo. Las normas de competencia constitucional, tanto en la Constitución de los Estados Unidos como en la de la República Argentina, definitivamente procuran un cierre a la cuestión<sup>1</sup>, pero, su subsistencia, transita por el discurso de contenidos, propio de cada intento de acceso al sistema, lo cual hace impotente al imperio normativo en su concepción abstracta<sup>2</sup>.

- 1 Cfr. Constitución de los Estados Unidos, Art. III, Sec. 2, 1ro. y 2do. párrafo. La Constitución Argentina utiliza los conceptos -algo más multívocos- causas y asuntos, cfr. Arts. 116 y 117 (ex-arts. 100 y 101 en el texto 1853-1860) pero nuestra Corte sigue los conceptos de su par de los Estados Unidos refiriéndose, por regla, a “casos” y “controversias” (“casos contenciosos” bajo el texto del Art. 2 de la Ley 27). Véase en este sentido, C.S.J.N. G.405.XXXIII. “Gómez Diez, Ricardo y otros c/ P.E.N. - Congreso de la Nación s/ proceso de conocimiento”, rta. 31/3/99, consid. 5 y sus citas y “*The Constitution 'nd what it means today*” de Edward Corwin-Chase-Ducat (*Princeton University Press, New Jersey, 1992*, pp. 213-214 y sus citas) donde claramente se menciona a los “casos” o “controversias” como “llave” para el *test* de constitucionalidad. Esto es que, para poder ejercerlo, se presenten los litigantes en una honesta y antagónica invocación de derechos buscando, además, una declaración sobre éstos (“*standing*”).
- 2 Así resulta de la confesión de la propia Corte de los Estados Unidos ya que lo que es -o no- “justiciable” no tiene un concepto legal o susceptible de verificación científica; en cambio, “[...] es la resultante de sutiles tensiones [...]” (cfr. “*Poe v. Ullman*”, 367 U.S. 497 (1961)).

Basta lo sentado hasta aquí para transmitir nuestra preocupación por el delineamiento de ciertas pautas de accesibilidad, mínimas, para alcanzar algún grado de seguridad jurídica -certidumbre y estabilidad por el derecho- respecto a la censura de un caso por vía de la acción declarativa y eso, nos parece, es ineludible a la cuestión de su existencia<sup>3</sup>.

## II.- LA CONFIRMACIÓN DE UNA NORMATIVIZACIÓN INSUFICIENTE

Creemos que, de algún modo, la base de un soporte normativo fundante de una acción declarativa no disminuye, por sí sola, el rigor de las formas sobre la reunión necesaria de un caso para la admisibilidad de aquella y una determinada aptitud para intentarlo. Sobre la primera cuestión tomó posición el *Justice Stone*, en una opinión concurrente a la del *Justice Brandeis*.

En el precedente *Willing v. Chicago Auditorium Association*<sup>4</sup>, Stone fue terminante:

No hay con certeza un caso o controversia ante nosotros, requiriendo una opinión sobre el poder del Congreso [...]. Y la determinación ahora precisada por mí es similar en sí misma a una acción declarativa sobre efectos que no serían constitucionalmente autorizados a dar mediante juicios de opinión pero, en suma, en prospectiva sin ser invitado y desautorizado bajo cualquier estatuto.

Brandeis, en tanto, desarrolló argumentos más familiares entre nosotros, vedando al conocimiento de la Corte cuestiones de duda que no pueden tener remedio por la esfera de sus pronunciamientos; de otro modo, sentenciaba, “[...] lo que el demandante obtiene es simplemente una acción declarativa”. A pesar de todo, Brandeis y Stone hicieron su aporte hacia la admisibilidad de las acciones declarativas. Mientras el

3 *Exemplo docit*, la opinión unánime de la Corte alineada en el *Justice Day in re “Muskrat v. United States”* (219 U.S. 346 (1911)). La apelación fue rechazada por el Tribunal por no reunir los extremos de un “caso” o “controversia”, más allá de que una ley del Congreso dispusiera la habilitación de la apelación en la distribución de tierras de los indios *Cherokee*. Ciertamente, requerir opiniones por lo actuado por la legislatura no es una función confiada a la Corte por la Constitución.

4 Cfr. 277 U.S. 274 (1928).

primero demandaba una evidencia de hostilidad al derecho alegado por quien ejercite la acción (aspecto no menor aunque enderezado al *standing*, que *infra* analizaremos), el último mantenía el hábito excepcional de la Corte respecto “[...] a decidir cuestiones de naturaleza constitucional sólo y necesariamente bajo la decisión de un caso”.

No obstante, la decisión de Stone encierra, a nuestro modo de ver, un juicio axiológico. Por un lado, y esto es real, porque une a un imprescindible manto de prudencia jurídica la dilucidación del “caso” o “controversia” y, por el otro, porque expresamente cita la autoridad de un fallo que, con su opinión, resolvía el tema que nos convoca de un modo totalmente distinto a *Willing*.

Apenas un año antes, *in re Fidelity National Bank & Trust Co. v. Swope*<sup>5</sup>, Stone concedía la existencia de una acción declarativa y lo hacía intentando sacar ventaja sobre un caso o controversia que venía siendo admitido como tal por las cortes inferiores, *animus* que no se advertía desde luego en *Willing*. Estando expectante la probabilidad de que una cuestión determinada por un tribunal estatal alcance autoridad de cosa juzgada, bajo las leyes de procedimiento establecidas, no era posible negar entonces su carácter de caso o controversia sin una apelación, presente y sostenida la condición, a la inspección de la Corte<sup>6</sup>. En efecto: “Esta Corte es una Corte de jurisdicción general, teniendo pleno poder para determinar todas las cuestiones que se sometan bajo la ley del Estado o de las leyes y la Constitución de los Estados Unidos”. De tal forma, la limitación de ciertos beneficios y la validez de lo propuesto por el tribunal de grado encierra un “caso” o “controversia” que puede determinarse judicialmente.

Por nuestra parte estimamos que los pliegues y repliegues del tema, además de obedecer al universal procesamiento en base a los contenidos

---

5 Cfr. 274 U.S. 123 (1927).

6 Bien que ceñido a la posibilidad de acceder al recurso extraordinario, nuestra Corte reconoció, también, que “[...] esta Corte ha tenido ocasión de declarar que, como principio, el recurso extraordinario sólo procede respecto de sentencias judiciales [...] puede excepcionalmente acordarse respecto de resoluciones de funcionarios u organismos administrativos [...] (siempre que) las resoluciones apeladas sean de naturaleza judicial [...] y además tengan por ley fuerza de cosa juzgada, es decir que sean insusceptibles de revisión por la justicia por vía de acción o de recurso” (C.S.J.N., doctrina a Fallos: 224, 211).

de lo que se pretenda “judicializar”, responden –según lo esbozado hasta este momento– al poder de la Corte y a su capacidad para administrarlo con inteligencia. Una opinión en contrario sería difícil de sostener frente a enunciados, *prima facie*, de una gran elasticidad como para respaldar a una antítesis. John Marshall, desde un panorama dogmático, sostuvo *in re Cobens v. Virginia*<sup>7</sup> que: “Es cierto que esta Corte no tomaría jurisdicción si no podría hacerlo; pero es equilibradamente cierto que tiene que declarar su jurisdicción si podría. El Poder Judicial no puede, como la Legislatura que sí, evitar medida porque se aproxima a los confines de la Constitución. Nosotros no podemos traspasar eso porque ello sea dudoso. Con cualquier duda, con cualquier dificultad, para que un caso pueda ser tratado, nosotros debemos decidirlo si lo tenemos ante nosotros. Nosotros no tenemos derecho a declinar el ejercicio de la jurisdicción cuando está dado, ni usurpar aquel no dado. Lo uno o lo otro podría ser traición a la Constitución”. Tales expresiones configuran una difícil navegación procesal pero siguen –en su esencia– el análisis general y fundamental del control de constitucionalidad<sup>8</sup>.

Es comprensible, entonces, que la *Federal Declaratory Judgment Act*<sup>9</sup> de 1934, sin perjuicio de reconocer la autoridad y el poder de la Corte, y justamente por sus declaraciones -excepcionales y contrastables de su jurisdicción- sobre derechos, donde no se buscaba un *remedie* o *execution*, admitiera una vía idónea suficiente tendiente a alcanzar certeza sobre una concreta conducta o determinado estado con relación a los intereses de un sujeto de derecho. Lo que se nos presenta claro es que, por ejemplo, el *obiter* de *Willing* sumó precisión respecto a que la incertidumbre que rodea a una cuestión, para constituir un “caso” o “controversia”, debe ser real o sustancial, de lo contrario y bajo la extensión de la Constitución, no habría poder de la Corte para revisar lo decretado por un tribunal inferior<sup>10</sup>. De igual modo, esa frontera, sin un método

7 Cfr. 6 *Wheaton* 264 (1821), citado por Alexander M. Bickel, “*The Least Dangerous Branch - The Supreme Court at the Bar of Politics*”, Yale University Press, New Haven, 1986, pp. 117.

8 En realidad, como lo expresa Bickel, Marshall en “*Cobens*” es coherente al Marshall de “*Marbury v. Madison*” (1 *Cranch* 137. 1803), op. cit., pp. 115 y especialmente el primer capítulo, pp. 1-35.

9 Cfr. 28 USC Sec. 2201 (14/6/1934).

10 Cfr. “*Nashville, C. & ST. L. RY. V. Wallace*”, 288 U.S. 249 (1933), también de la posición del *Justice Stone*.

determinante para el poder de la Corte, ha de implicar un deber -además-último del propósito constitucional de protección confiado al ejercicio de su misión bajo la Constitución y las leyes de los Estados Unidos<sup>11</sup>. Así, según nuestra opinión, el “caso” o “controversia” que habilita la jurisdicción del Tribunal debe ser necesariamente “actual”. Recapitulando, una visión de máxima abstracción en conjunto, receta que en un “caso” de actual controversia “[...] una corte de los Estados Unidos, sobre una apropiada clasificación de planteos, puede declarar los derechos u otras relaciones legales de partes interesadas en la determinación de tal declaración, [...] Tal declaración tendrá la fuerza y el efecto de una decisión final o decreto y será revocable como tal”<sup>12</sup>.

Más adelante, con el elemento normológico operando, el *Chief Justice* Hughes *in re Aetna Life Ins. Co. of Hartford, Conn., v. Hartworth*<sup>13</sup> culminaría: “La controversia debe ser definida y concreta, tocando las relaciones jurídicas de las partes teniendo (éstas) intereses legales adversos”<sup>14</sup>. Sin embargo aquello, que tuviera como plataforma fáctica los alcances contractuales derivados de un seguro, no fue suficiente para que el *Justice* Frankfurter admitiera una acción, volviéndose sobre una posición más rígida. En *Longshoremen ‘s Union v. Boyd*<sup>15</sup> se pretendió conocer si como residentes extranjeros, pescadores, los actores tenían permitido tomar trabajo temporal en Alaska, opinando la Corte que las reglas generales no siempre habilitan cuestiones individuales, ni tampoco que pudiera buscar alivio en el Tribunal ante una eventual contingencia en el futuro y todo porque en una ocasión aquellas reglas no terminarían siendo aplicadas. El caso era excesivamente remoto, abstracto e hipotético y determinar la constitucionalidad de una ley -de este modo- superaba

11 Cfr. *id. supra*. Merece que se destaque, especialmente por la inminente “*Declaratory Judgments Act*” del año 1934 subsiguiente al precedente en cita, su nota. Allí se reconoce la existencia de acciones declarativas en dieciseis estados y en el derecho comparado (de hecho el caso versaba sobre una ley de estas características de Tennessee), citándose doctrina motorizante de una reforma procesal sobre la vía de control.

12 Cfr. 28 USC Sec. 2201, *Statute A*.

13 Cfr. 300 U.S. 227 (1937).

14 Cfr. *id. supra*, con sus citas “*South Spring Gold Co. v. Amador Gold Co.*” (145 U.S. 300), “*Fairchild v. Hughes*” (258 U.S. 126) y “*Massachusetts v. Mellon*” (262 U.S. 447).

15 Cfr. 347 U.S. 222 (1954).

una apropiada ejercitación de la jurisdicción. Por demás interesante es citar al *Justice Black* que disentía en este *self-restraint* de Frankfurter: “Esto se me presenta como una clase de “caso o controversia” que las cortes deberían decidir”. La disidencia prevenía, quizás porque era bastante evidente, que la acción era esencial para que los demandantes pudieran estar a salvo de, a todo evento, de daños irreparables emergentes de la aplicación de la ley federal<sup>16</sup>.

Mientras no han faltado quienes trataran de simplificar la última “ola” dentro de determinadas tendencias, en el caso de Frankfurter, conservadoras<sup>17</sup>, la Corte tuvo su “contra-ola” con Earl Warren *in re* “*Flast v. Cohen*”<sup>18</sup>.

Para Warren, aquel que intente la acción -en este caso en carácter de contribuyente- debe establecer, por un lado, un lógico nexo entre su status y el tipo de legislación que ataca, bajo el escudo normativo de la Constitución. No es ni será suficiente que se alegue el conflicto con fundamento en que lo regulado es esencial. Por el otro, el actor debe demostrar que su status está vinculado con una naturaleza constitucional infringida, debiendo señalar los excesos a específicas limitaciones amparadas por el texto de la Constitución, más allá de los poderes confiados al Congreso. Ello sumaba a que la Corte decida que algo es –o no– “judiciable”, todo sin perder de escena que ello hacía a la concurrencia del “caso” o “controversia”, algo que Warren se ocupó de resaltar. Era posible llegar a tener *standing* y las cortes federales declinar

---

16 Esto no debería sorprendernos puesto que, en muchos casos, la Corte de los Estados Unidos se mueve -entre las sutiles tensiones- elípticamente. Una política de limitación “[...] no siempre es claramente distinguible desde una limitación constitucional” siendo los alcances del Art. III Sec. 2da (Arts. 116-117 C.N.) de inciertos y navegables contornos (cfr. “*Barrows v. Jackson*”, 346 U.S. 249 (1953)) siendo la legitimación (“*standing*”) acorde con reglas desarrolladas por la Corte para su propio gobierno jurisdiccional.

17 Cfr. Archibald Cox, “*The Court and the Constitution*”, Houghton Mifflin, Boston, 1987, pp. 154, sosteniendo que los casos no son meticulosamente inspeccionados desde la Constitución. Justo es reconocer que en otra oportunidad, Frankfurter dejó abierta la oportunidad de una vía declarativa, al menos con relación a las leyes de Connecticut respecto de los alcances en las relaciones comerciales, lo que no podía dar lugar a que las cortes declinaran jurisdicción (cfr. *in re* “*Spector Motor Service v. McLaughlin*”, 323 U.S. 101 (1944)).

18 Cfr. 392 U.S. 83 (1968).

su jurisdicción por tratarse de una cuestión política o de un análisis abstracto o hipotético. Recurriendo a una afortunada comparación, los “casos” o “controversias” son dos términos que tienen la cualidad de un *iceberg* por cuanto la simplicidad que aflora en superficie, lleva sumergida la complejidad que va directo al corazón de la forma constitucional de gobierno. Así también, el *standing*, siendo un elemento esencial de la “judicialidad”, con independencia de su contribución, era uno de los conceptos más amorfos en el dominio del derecho público.

Con *Flast* un nuevo *holdin'* venía, dejándose atrás una importante restricción jurisprudencial<sup>19</sup>. Henry Abraham no considera sorpresivo ese cambio tampoco, destacando una flexibilización a la “personalización” o “sustancialidad” *in re* “*Dombrowski v. Pfister*”<sup>20</sup>. Decidido por cinco opiniones a favor y dos en contra, se habilitaba a los jueces federales a decidir los casos sobre infracciones cometidas por leyes inconstitucionales, “[...] leyes presumidas de inconstitucionalidad “en sus rostros” [...]”, si las mismas, siguiendo la opinión mayoritaria de Brennan, poseían un “espeluznante efecto” (*chilling effect*) sobre la libertad de expresión, donde las cortes pueden evitar que ésta espere venir por protección en un litigio. Pero la “ola” volvió o, parafraseando a Abraham, la posición tuvo corta vida. La Corte Burger postuló que, en cualquier caso, el criterio se restringiera a lo actuado por agentes públicos con “cinismo y hostigamiento” en donde se causara una irreparable ofensa. En efecto, tras seis años, *Dombrowski* había muerto<sup>21</sup>.

---

19 Cfr. “*Frothingham v. Mellon*” (262 U.S. 447 (1923)). Mientras que en “*Flast*” se discutió las contribuciones sobre la libertad asegurada por la Primera Enmienda en torno a su uso para establecimientos religiosos, en éste la promoción del bienestar y la higiene de la maternidad e infancia sobre la Décima. La Corte sostuvo que el caso era remoto como violación al debido proceso legal sustantivo.

20 Cfr. 380 U.S. 479 (1965), citado por Henry J. Abraham, “*The Judicial Process*”, *Oxford University Press, Oxford*, 1998, pp. 387-388.

21 Cfr. “*Younger v. Harris*”, 401 U.S. 37 (1971), por la opinión de Black. Pero ahí no terminaría tampoco el final de “*Flast*”. En efecto, en “*United States v. Richardson*” (418 U.S. 166) y en “*Schlesinger v. Reservists Committee to Stop the War*” (418 U.S. 208), ambos de 1974, se resintió el “nexo” del “*standing*”; en el primer caso sobre el manejo de información por la CIA, en el último la aptitud para cuestionar el status de la reserva de ciertos miembros del Congreso, no procedente desde el “ciudadano general”. Pero como se presentaría un caso similar a “*Flast*”, resucitaría *in re* “*Aguilar v. Felton*” (473 U.S. 402 (1985)).

Previo a pasar a analizar la jurisprudencia argentina, podemos adelantar tentativamente unas ideas. Por un lado, actualmente la mayoría de los Estados admiten esta vía como control de constitucionalidad, pronunciándose así sobre delicados temas, haciendo lo propio –incluso– la Corte Suprema de los Estados Unidos<sup>22</sup>. Por el otro, y para que tal cosa suceda, es imprescindible la presencia del “caso” o “controversia” para la admisibilidad de estas acciones y ello está intersticialmente unido a la legitimación. Sin *standing* no hay caso<sup>23</sup>. Esta posición permitirá adelantar cierto grado de predecibilidad para la prosperidad de la acción declarativa, lo que sin ser demasiado, no es poco: i.- interés concreto, ii.- demostración de este último y iii.- demostración de que el interés estaría afectado con excesos o defectos estimables bajo una situación jurídica incierta, fuera de una arquitectura constitucional.

### III.- EL TEMA EN ARGENTINA. SU ACTUALIDAD

A diferencia, en nuestra opinión, de lo que sucedió en los Estados Unidos, en Argentina, con la herramienta procesal definida en el Art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la jurisprudencia de la Corte comenzó a aceptarla bastante tiempo después como vía de control, evitando pronunciamientos, en un principio, por inexistencia de caso.

---

22 Cfr. Henry J. Abraham, op. cit., pp. 393. Allí sobresale el pronunciamiento de la Suprema Corte de New Jersey autorizando a Joseph T. Quinlan a la desconexión de la máquina que mantenía con vida a su hija Karen Ann. La Corte Suprema de los Estados Unidos, por la importancia del tema en tensión, en tanto, emitió igualmente su fallo para los casos de aborto cuando y respecto al polémico derecho a abortar, no se puede estar seguro por el transcurso del tiempo (cfr. “*Roe v. Wade*”, 410 U.S. 113 (1973)).

23 Esta posición tiene mucha relación con “*Alabama Power Co. v. T.V.A.*” (297 U.S. 288 (1936)), donde una compañía organizada bajo las leyes de Alabama contrató con una autoridad de Tennessee por más de un millón de dólares en líneas de transmisión y otros productos, alegando algunos que la contratación era ilegal e inconstitucional. Si bien el *Chief Justice* Hughes hizo lugar a la acción, importan la disidencia de Brandeis a la que concurrieron Stone, Roberts y Cardozo. No hay “*standing*” si no hay principio constitucional que proteger en el manejo de una corporación, ni una ley federal o estatal puede crear tal cosa y no tienen, por lo tanto, un caso; puede haber una pérdida pero no hay interferencia con un derecho legal (cfr. Alexander Bickel, op. cit., pp. 119-120).



Tanto así que no se entraría en una declaración de inconstitucionalidad abstracta o de mera certeza ni aún con la norma del art. 322, reducida a un ámbito de derecho ordinario<sup>24</sup>. De otra banda, aunque íntimamente relacionado con lo apuntado, estaba vedado por el sendero jurisprudencial, aceptar un planteo de inconstitucionalidad, sin que el actor estuviera afectado en concreto<sup>25</sup>.

Actualmente, habiendo superado una etapa de “ola”, nuestro Alto Tribunal fija criterios similares a *Aetna* y a *Flast*. Respecto al primero, “[...] en la medida en que la cuestión no tenga un carácter simplemente consultivo ni importe una indagación meramente especulativa, sino que responda a un caso y busque precaver los efectos de un acto en ciernes -al que se le atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal- la acción declarativa [...] constituye un recaudo apto para intentar que se eviten los eventuales perjuicios que se denuncian”<sup>26</sup>. Ya sobre el segundo, también se ha sostenido: “Que, en primer término, corresponde dilucidar la cuestión relativa a la legitimación procesal de los actores, pues ella constituye un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia que deba ser resuelto por el Tribunal [...] Al respecto, conviene recordar que si bien en numerosos precedentes esta Corte admitió la existencia, en el orden nacional, de las acciones declarativas de mera certeza y de inconstitucionalidad, dicha admisión quedó sujeta al cumplimiento de los recaudos a que alude el anteriormente citado Art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación [...], entre los que se destaca la necesidad de la existencia de un *caso* en el que el titular de un interés jurídico *concreto* busca fijar la modalidad de una relación jurídica o prevenir o impedir las lesiones a un derecho de base constitucional”<sup>27</sup>.

24 Cfr. C.S.J.N., Fallos: 300, 241.

25 Cfr. C.S.J.N., Fallos: 188, 385.

26 Cfr. C.S.J.N., Fallos: 318, 2374. Vale la pena recordar, como lo hizo el Prof. Adolfo Rivas en las “Jornadas Preparatorias” para este Congreso (UBA, 16-17 de noviembre de 2000) que el control concreto tiene dos funciones: una resolutive, cuando se está ante la violación del derecho subjetivo y una preventiva, tendiente a evitar el conflicto (evitando así la solución resolutive).

27 Cfr. C.S.J.N., G.405.XXXIII. “Gómez Diez, Ricardo y otros c/ P.E.N. - Congreso de la Nación s/ proceso de conocimiento”, rta. 31/3/99, consid. 4to., y sus citas. En este considerando se hizo expresa remisión al dictamen del Procurador General que desarrolló en el apartado 5to. de su opinión que, para la existencia del “caso” o “controversia” reiterada jurisprudencia del Tribunal ha exigido legitimación

Realmente *Flast* está tan presente en la decisión judicial de la Corte que en el último caso se lo cita expresamente<sup>28</sup>, aunque debamos hacer algunas reservas al respecto.

En el caso *in comento* se negó legitimación procesal a tres diputados que en calidad de ciudadanos y alegando representar a su provincia, discutían los alcances de una ley que modificaba acuerdos de coparticipación impositiva. Desde una correcta asignación constitucional, no son los diputados los representantes de la provincia, tampoco habían recibido poder del ejecutivo provincial en tal sentido –y la Corte se ocupó en ponerlo de manifiesto– pero ya es, en nuestra opinión, un aspecto del *self-restraint* del Tribunal la alegación de que todo el *kit* no demostraba un interés “especial” o “directo”. Obsérvese que de tal postulado sería consecuente, *in limine*, la denegación de todas las acciones de clase las que, sin ser una “autovía” procesal (más bien una gran zona de penumbra), la propia Corte se interesó en defender<sup>29</sup>.

La cuestión es la compatibilidad que trazó la Corte entre *Flast* y la posición del *Justice* Scalia, que exige para el *standing* un daño diferenciado (o individualizado) dotando de demasiada rigidez la posibilidad de acceder a la acción declarativa. Los Dres. López y Barra son contestes en que ello es indispensable para la completitud de un “interés directo” y de un “perjuicio actual” o “inminente”<sup>30</sup>. *Flast* exigía un nexo, es cierto, pero

---

procesal. Ello *in re* “Baeza” (Fallos: 306, 1125), “Constantino” (Fallos: 307, 2384), “Zaratiegui” (Fallos: 311, 2580) y “Dromi” (Fallos: 313, 863).

28 Cfr. *id. supra*, consid. 9no.

29 Cfr. C.S.J.N., Fallos: 320, 690, en donde la Corte extendió la legitimación confiada al instituto procesal-constitucional del Amparo a la vía receptada por el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (consider. 5to.).

30 El Dr. López cita a Scalia en punto al amparo pero, tratándose de la doctrina que utiliza la Corte en “Gómez”, nos permitimos disentir; ello por cuanto no puede invocarse la misma fuerza en la legitimación activa del amparo que en la acción declarativa y, además, porque se olvida la función preventiva que ocupa tanto al amparo, en esa variante, como también a la vía del art. 322 (v. gr. “Seminario sobre jurisprudencia de la C.S.J.N.”, ediciones U.C.A., Bs. As., 1999, “La legitimación activa del amparo”, pp. 70-71; también Barra, *id.*, “Limitaciones al control de constitucionalidad”, pp. 140-141). Por otro lado, en contra, la Corte en Fallos: 307, 1379 consid. 7mo. en cuanto a los fines preventivos, además del consid. 5to. en el voto de todos y del consid. 5to. del voto del Dr. Petracchi, ambos con cita del “*standing*” de “*Aetna*”.

no diferenciado. La línea de Scalia es preocupantemente estrecha y podría colocarnos en la “ola” cuando, en nuestra opinión, el Tribunal venía en una “contra-ola” progresista. En efecto, basta recordar que *in re* “Lujan v. Defenders of Wildlife”<sup>31</sup> Scalia impulsó la inconstitucionalidad de normas que autorizaban acciones de clase -por otorgar legitimidad a un ciudadano cualquiera para defender intereses omnicomprendivos de la sociedad-, para criticar el egoísta individualismo de ese *standing*, compatible lógicamente con el daño diferenciado. Una cosa es dar un golpe de timón regresivo y otra es manejar con suficiente prudencia jurídica el *standing* para conformar un juicio respecto a la existencia de un caso<sup>32</sup>, virtud que la Corte –en “Fayt”<sup>33</sup>– dice reservarse (y que indudablemente se reservó en “Gómez”<sup>34</sup>).

#### IV.- COLOFÓN

Desde las claves de *Flast* es perfectamente probable que termináramos con una hipótesis de mínima, quizás suficiente, al objetivo propuesto *ut supra* I. En efecto, en analogía principal con el citado precedente, se llega a un “caso” o “controversia” por la acción mere declarativa cuando se establece, en primer lugar, el mentado nexo lógico entre el status del actor y el tipo de legislación que cuestiona y, en segundo orden, cuando concurre la demostración de que la situación incierta del litigante está vinculada con un bien constitucionalmente tutelado, debiendo señalar los excesos o defectos a los que se lo expone bajo una determinada situación legal.

---

31 Cfr. 504 U.S. 555 (1992).

32 Cfr. “*Warth v. Seldin*”, 422 U.S. 490 (1975). Aquí Powell reconoce que las prudentes reflexiones sobre el “caso” o “controversia” definen y limitan el rol del Poder Judicial.

33 Cfr. C.S.J.N., F. 100. XXXV, “Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento”, rta. 19/8/99, consid. 16, 2do. y 3er. párrafo, con expresa remisión a “Gómez” del voto de la mayoría.

34 La Corte pudo decir que se trató de una cuestión política no justiciable o detenerse en la omisión demostrativa del nexo doble según “*Flast*”. Nosotros disentimos de los partidarios de Scalia puesto que, como manifiesta Sagüés, una ley contraria al bien común, “[...] es, por injusta, inconstitucional [...] y en tal caso, no interesa quién invoque tal defecto” (cfr. N. P. Sagüés, “Recurso Extraordinario” T. I., edit. Astrea, Bs.As., 1992, pp. 132).

Sin embargo, desde el *standing* en la visión de Scalia, la meta que nos proponíamos en un principio, puede ser inalcanzable, por ambiciosa. A contracara, podemos obtener una predecibilidad negativa. Difícilmente las acciones de clase podrían prosperar, imposibilitándose las mere declarativa y destruyendo por su rigidez al amparo en su función preventiva. Intuitivamente creemos que nadie querría esto en nuestra Corte.

Con todo, las normas procesales de ambos países tienen textura abierta y los intérpretes tienen que decidir *siempre* bajo su responsabilidad<sup>35</sup>.

---

35 Cfr. Genaro R. Carrió, "Notas sobre derecho y lenguaje", edit. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998, pp. 72. Los autores de este trabajo quieren dedicar el presente a la memoria del ex Presidente de la Corte.

# El derecho y el proyecto genoma humano

Rafael Bernad Mainar\*

Sumario: I. Introducción. Breve historia de la Genética. II. El genoma humano. III. El Proyecto Genoma Humano (P.G.H.): Concepto, orígenes, elaboración y contenido (fases, objetivos y potencialidades). IV. Instrumentos jurídicos internacionales sobre la materia. V. Problemas jurídicos que se plantean: 1. Manipulación genética. Clonación. 2. Apropiación del material genético humano. Derecho de patentes. 3. Derechos fundamentales cuestionados: dignidad; libertad; intimidad; no discriminación. 4. Genética forense. VI. Conclusión. VII. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN. BREVE HISTORIA DE LA GENÉTICA

En el año 1900, De Vries descubre las Leyes de Mendel. En la primera mitad del siglo XX hay que resaltar dos fechas significativas: \*1944, en que se identifica al gen o factor biológico como responsable de los mecanismos hereditarios; y \*1953 en que Francis Crick y James Watson postularon que el ADN se enrolla formando una doble hélice, una espiral.

En 1958 se probó que, para replicarse, la doble hélice se disociaba. Un año después, Severo Ochoa y Marianne Grunberg-Manago obtuvieron ARN-polimerasa in vitro, y comenzó la carrera para descifrar el código

---

\* Doctor en Derecho. Profesor de pregrado y postgrado. Universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela.

genético, lo que se podía hacer con el enzima descubierto por Ochoa y por el que recibió el Nobel en 1959.

En los años 60 se constata que el mensaje aportado por el ADN es una síntesis proteínica, lo cual se erige en un dogma de la biología molecular que explica cómo se transmite la información contenida en el ADN a las proteínas (A, T, G, C).

A partir de los años 70 se produce un gran paso cualitativo, pues la Genética se transforma de una ciencia teórica en una ciencia práctica y manipulativa, puede “tocar el gen”. Eso llevó a que se propusiera una moratoria mundial por la comunidad científica, a pesar del reconocimiento del enorme potencial terapéutico ante el que nos hallábamos. Moratoria que cesa en la conferencia de Asilomar, California, en la que, para detener ciertos experimentos con ADN recombinante, se aboga por el empleo de medidas de seguridad mínimas y se concluye con la necesidad de regular mediante directrices la materia. Se considera que los riesgos eran mínimos en relación con los posibles beneficios, ya que el peligro no radicaba en la técnica en sí, sino en los fines perseguidos.

En 1977 se constituyó Genetech, la primera empresa del mundo para hacer medicamentos con ADN recombinante, en el mismo año que se creó la primera molécula de mamífero con estas técnicas.

En 1978 el premio Nobel se concedió a los descubridores de los enzimas de restricción y se fabricó la primera hormona humana con técnicas de ADN re-combinante.

En 1980 el premio Nobel se concedió a los investigadores que con enzimas de cortar y pegar, crearon por primera vez una molécula de ADN artificial, la puerta de la ingeniería genética. Se disipan los temores y recelos iniciales, y se produce una flexibilización en las regulaciones; se consagra la libertad de investigación, siempre conciliable con los valores humanos y sociales. Se atisban grandes beneficios por mediación de la Ingeniería Genética, tanto en el campo de la medicina, como en el de la alimentación e industria, entre otros.

En 1990 Craig Venter, entonces en los NIH, propuso patentar secuencias aleatorias del genoma que estaba descifrando, aún sin conocer sus funciones.

En 1995 se publicó el primer genoma secuenciado de una bacteria. 1997 es el año de Dolly, el más famoso animal clónico fabricado hasta la fecha, aunque no el único.

En 1998 R. Yanagimachi apareció con 31 ratones clónicos, ocho de los cuales procedían a su vez de clones. Es el año de la Bolsa para las empresas recombinantes.

En el año 2000 se publica el mapa del genoma humano, en el marco del Proyecto Genoma Humano, que se abordará posteriormente.

En nuestros días, se habla ya de vertientes de la Genética: Transgénica (sobre plantas y animales); Genómica (disección molecular del genoma de los organismos); y Clonación, sobre la que trataremos más adelante. Incluso la Genómica se aborda desde diversas perspectivas: estructural (conocimiento de las secuencias del ADN); funcional (conocimiento de las funciones del ADN); y comparada (comparación de los genes entre los diversos organismos –así, se ha detectado que el ser humano cuenta con un 30% de los genes que tiene una mosca, y que apenas difiere con el mono en un 0, 2 % de sus genes).

En suma, la Ciencia cuenta con un antes y un después a partir de la revolución experimentada por el ADN, pues se produce un cambio de paradigma; ya se habla de la Revolución del ADN como un hito histórico dentro de la era denominada genómica o de la biocracia, toda vez que la omnipotencia de la Genética causa tal sensación de alarma y estupor, que el ADN ya empieza a tacharse como la nueva piedra filosofal de la Biología. En todo caso, el ser humano no sólo es fruto de sus genes (aproximadamente 100.000), sino que responde a otros factores que se interrelacionan con ellos, tales como el clima, la cultura o el medio ambiente (el profesor Gillespie –Congreso de Valencia, España, noviembre de 2001-, sostiene recientemente que los genes determinan hasta un 60% de la personalidad de una persona). La medicina predictiva se ve catapultada, y entramos en la era de la sacralización y divinización de la Ciencia, con la posibilidad de crear vida artificial y que *el hombre juegue a ser un dios*.

## II. EL GENOMA HUMANO

El Genoma Humano es el número total de cromosomas del cuerpo humano. Los cromosomas contienen aproximadamente 80.000 genes, los responsables de la herencia. La información contenida en los genes ha sido decodificada y permite a la ciencia conocer mediante tests genéticos, qué enfermedades podrá sufrir una persona en su vida. También con ese conocimiento se podrán tratar enfermedades hasta ahora incurables. Pero el conocimiento del código de un genoma abre las puertas para nuevos conflictos ético-morales, como por ejemplo, seleccionar qué bebés van a nacer, o clonar seres por su perfección. Esto podría atentar contra la diversidad biológica y reinstalar, entre otras, la cultura de una raza superior, dejando marginados a los demás. Quienes tengan desventaja genética quedarían excluidos de los trabajos, compañías de seguro, seguro social, contratos con la Administración, o la selección de la clientela de las entidades bancarias.

En otras palabras, el genoma humano es el código que hace que seamos como somos. Un gen es la unidad física, funcional y fundamental de la herencia. Es una secuencia de nucleótidos ordenada y ubicada en una posición especial de un cromosoma.

La importancia de conocer acabadamente el genoma es que todas las enfermedades tienen un componente genético, tanto las hereditarias como las resultantes de respuestas corporales al medio ambiente.

Desde un punto de vista no científico, el mapa del genoma humano es una herramienta genética que permite estudiar la evolución del hombre y que cambiará drásticamente la medicina actual tal como la conocemos. Será un cambio de paradigma. Permitirá el tratamiento de enfermedades hasta ahora sin cura. Las investigaciones han estado a cargo fundamentalmente de Estados Unidos (Instituto Nacional de Investigación del Genoma Humano -NHGRI- de Maryland) y Gran Bretaña (Centro Sanger en Cambridge), pero también acompañaron Francia, Alemania, Japón y China.

Hoy el mapa del genoma está completado. Se abre también el camino para la manipulación genética, motivo por el cual se han dictado documentos tendientes a acotar ese aspecto, como veremos. La empresa privada Celera Genomics de Rockville (EEUU) es la que lidera los procesos



en una investigación de más de diez años con un presupuesto cercano a los 2.000 millones de dólares. La fiabilidad del mapa de 3.000 millones de pares de bases ronda un 99,99%; además, se conoce el número preciso de genes del organismo calculado entre 60.000 y 100.000, puesto que actualmente el 100% del genoma está detalladamente mapeado.

### **III. EL PROYECTO GENOMA HUMANO (P.G.H.): CONCEPTO, ORÍGENES Y CONTENIDO (FASES, OBJETIVOS Y POTENCIALIDADES)**

#### **Concepto**

El llamado Proyecto Genoma trata de leer los tres mil millones de pares de bases nitrogenadas en los que se codifica el mensaje hereditario de nuestra especie.

Este proyecto ha suscitado análisis éticos, legales, sociales y humanos que han ido más allá de la investigación científica propiamente dicha. El propósito inicial fue el de dotar al mundo de herramientas trascendentales e innovadoras para el tratamiento y prevención de enfermedades. Desde un punto de vista no científico, el mapa del genoma humano es una herramienta genética que permite estudiar la evolución del hombre y que cambiará drásticamente la medicina actual tal como la conocemos.

#### **Orígenes**

Los primeros pasos del Proyecto Genoma Humano se dieron, cómo no, en los Estados Unidos de América, donde se ha organizado el programa mejor financiado y coordinado. Por esta razón, conviene describir con cierto detalle la génesis del Proyecto Genoma Humano en dicho país, que es prácticamente como decir la génesis del Proyecto Genoma Humano. En marzo de 1984, cuarenta años más tarde de que 71.000 personas murieran en unos instantes a consecuencia del lanzamiento de la bomba atómica, se sostuvo una conferencia científica en la ahora reconstruida Hiroshima, sobre los efectos que la radiación es capaz de causar sobre la genética humana. El interés por estas cuestiones planteadas en la conferencia condujo a muchos de los americanos allí presentes a sostener otra conferencia sobre el mismo tema nueve meses después, en Alta, Estado de Utah, donde se llegó a la conclusión de que sólo un esfuerzo

masivo, específicamente diseñado para mejorar la tecnología en varios órdenes de magnitud, podría servir para detectar las mutaciones de las víctimas, estimadas en más de treinta por genoma individual y generación. Las ideas e interacciones generadas por la reunión de investigadores, muchos de los cuales jamás se habían visto antes de la conferencia, finalmente se aglutinarían en el Proyecto Genoma Humano. A su vuelta a Washington desde Utah, Michael Gough redactó un informe. Mientras lo leía, De Lisi tuvo por primera vez la idea de un Proyecto Genoma Humano. En marzo de 1986, el DOE organizó una importante reunión científica en Santa Fe, Nuevo México, para discutir las ideas de De Lisi. En mayo de 1986, tres meses después del eufórico congreso de Santa Fe, se celebró otro muy diferente en Cold Spring Harbor. El bioquímico Paul Berg, de Stanford, un premio Nobel, afirmó “¿Vale su costo, no en términos de dólares, sino en términos de su impacto sobre el resto de la ciencia biológica?”. Según él, podía obtenerse información mucho más útil si se llevaban otras líneas paralelas de investigación, como la genética y la bioquímica.

El paso decisivo lo dio el Consejo Nacional de Investigación (NRC). Para el que el éxito del proyecto dependía de no limitarse exclusivamente al tema del genoma humano, sino que debía, además, incluir un análisis intensivo de secuencias de genomas de otras especies escogidas.

¿Quién estaría a cargo del proyecto? El comité sugirió que una sola agencia federal estuviese a cargo de organizar y coordinar el esfuerzo nacional en el estudio de los genomas. No identificaron ninguna agencia particular pero, según Victor McCusick, “en privado, sin embargo, muchos creían que la agencia rectora debía ser la NIH, debido a su registro de investigaciones biomédicas intra y extramuros”.

Otros proyectos de secuenciar el genoma humano fueron emprendidos en otros países. Principalmente Gran Bretaña, Francia y Japón. En 1984 se fundó el Centro de Estudios del Polimorfismo Humano (CEPH). Casi todo el mapa genético humano que existe en la actualidad se ha construido utilizando el material proporcionado por el CEPH, que almacena material de más de sesenta familias de Francia, Pennsylvania, Utah y Venezuela. Otro importante Centro francés es el Genethon, inaugurado en 1990 en Evry (París) y que ha colaborado intensamente en la realización de los mapas genéticos.

Cuando comenzó a crecer el interés internacional por el Proyecto Genoma, se hizo evidente la necesidad de un foro internacional. En 1988, los investigadores decidieron formar la Organización del Genoma Humano (HUGO), encargada de coordinar los trabajos internacionales, procurando evitar las repeticiones y solapamientos.

El PGH siguió su curso. Sin embargo, tras unos comienzos tormentosos que finalizaron en un consenso mayoritario, la continuación del proyecto no fue precisamente un camino de rosas. A mediados de 1991, los planes de cooperación internacional sufrieron un nuevo y duro golpe, al anunciarse que los NIH pretendían patentar 337 secuencias de ADN descubiertas por sus investigadores (principalmente por Craig T. Venter).

El tema provocó una gran controversia en todo el mundo, sobre todo cuando se supo que los NIH habían actuado sin contar con James Watson, director del Centro Nacional para la Investigación del Genoma Humano, que se opuso rotundamente a la idea.

Los franceses consideraron que los genes humanos no debían ser patentables. Los británicos, como siempre, buscaron un compromiso; su propuesta era que las secuencias génicas sin utilidad conocida, como las que Venter pretendía patentar, no debían patentarse, pero que las secuencias con función conocida (por ejemplo, el gen mutante de la fibrosis quística) sí podían ser susceptibles de propiedad intelectual. El gobierno británico añadía una cláusula de advertencia: aunque se oponía a la idea de patentar secuencias sin utilidad conocida, patentaría todas las que tenía, si los norteamericanos persistían en su actitud. Al final, parece ser que la propuesta británica ha sentado las bases de la política de patentes en todo el Mundo. Craig T. Venter no pudo patentar sus ESTs cerebrales y abandonó los NIH para fundar una empresa privada, el TIGR (The Institute of Genome Research), que ha contribuido activamente desde entonces a la secuenciación de genomas bacterianos comercialmente explotables.

Si comparamos el PGH con otros proyectos menos conocidos, como los estrictamente militares, nos quedamos boquiabiertos. Construir un submarino Trident cuesta 1.400 millones de dólares. El programa del bombardero Stealth está estimado en 68.000 millones. La financiación de la Iniciativa de Defensa Estratégica entre los años fiscales de 1988 y 1992

fue de 38.000 millones. Varios premios Nobel argumentan que seis meses de los gastos en el mantenimiento de cabezas nucleares en los Estados Unidos serían suficientes para financiar los quince años proyectados del PGH, cuyo propósito es comprender más profundamente la propia vida.

### **Contenido. Fases**

El PGH se dividía inicialmente en dos grandes fases: la fase inicial consistía en la consecución de un mapa exhaustivo de marcadores genéticos (en 1996 se completó adecuadamente esta primera fase); y la secuenciación de la totalidad de los genes humanos, tarea que constituiría una segunda fase. El Proyecto Genoma Humano tiene como fin último producir la tabla periódica de los genes, que no constará de 100 elementos, sino de 100.000 genes aproximadamente. Dicha labor reflejaría una tercera fase del Proyecto.

*Objetivos.* Los objetivos del Proyecto son principalmente:

- Identificar los aproximadamente 100.000 genes humanos en el DNA.
- Determinar la secuencia de 3 billones de bases químicas que conforman el DNA.
- Acumular la información en bases de datos.
- Desarrollar de modo rápido y eficiente tecnologías de secuenciación.
- Desarrollar herramientas para análisis de datos.
- Dirigir las cuestiones éticas, legales y sociales que se derivan del proyecto.

### **Potencialidades**

a) El conocimiento del genoma permitirá que se creen nuevas drogas terapéuticas que desplazarán a las anteriores en la medida que los presupuestos permitan comprarlas. De este modo se podrá polarizar la industria farmacéutica. Las nuevas drogas prometen tener menores efectos colaterales que las actuales.

Es una predicción absoluta de su futuro. Podríamos hablar de genomancia, o sea, la adivinación del futuro mediante el código genético. Dentro de los llamados beneficios anticipados del Proyecto figuran a

nivel de Medicina molecular la posibilidad de mejorar el diagnóstico de enfermedades, la detección temprana de predisposiciones genéticas a ciertas enfermedades, el diseño racional de drogas, la terapia génica, y los sistemas de control para drogas y farmacogenomas.

Se conoce con el nombre de “terapia génica” cualquier tratamiento médico basado en la introducción de un gen funcional en un cuerpo humano, con el fin de reemplazar una versión defectuosa del propio gen. La terapia génica es la consecuencia lógica y deseada del Proyecto Genoma Humano.

Existe, no obstante, un tipo de terapia génica mucho más escabroso: se trata de la terapia génica en línea germinal. La “terapia” génica en línea germinal consiste en introducir genes nuevos, biológicamente funcionales, en células germinales –óvulos y/o espermatozoides– antes de que se produzca la fecundación. El embrión así formado partirá de una única célula genéticamente modificada, de modo que todas las células de su cuerpo, incluidas las futuras células germinales que producirá, estarán modificadas genéticamente, pudiendo transmitir sus características a las generaciones futuras.

Todos los estudios nacionales sobre la ética de la terapia génica han rechazado, al menos de momento, la terapia génica en línea germinal. En Francia y Alemania se recomendaba su prohibición expresa. En Suecia se decidió que cualquier propuesta de terapia en línea germinal debería someterse a un estricto examen ético. En Estados Unidos, se insistía en que “por el momento, los NIH no aceptarán propuestas de alteración de la línea germinal, pero considerarían la elaboración de normativas acerca de la terapia génica en células somáticas”. La comisión británica desautorizó la terapia en línea germinal, aduciendo que “por el momento, no disponemos de conocimientos suficientes para evaluar los riesgos que supone para las generaciones futuras”. Hay que decir que la prohibición de la terapia en línea germinal sólo se aplica a los experimentos con seres humanos.

b) A nivel de genomas microbianos, sirvió para explorar nuevas fuentes de energía (bioenergía), monitoreo del medio ambiente para detección de poluciones, protección contra la guerra química y biológica, y un eficiente limpiado de residuos tóxicos. También es útil para estimar

el daño y riesgo por exposición a la radiación, agentes mutagénicos, toxinas cancerígenas y reducción de probabilidad de mutaciones hereditarias.

c) En bioarqueología, evolucionismo y migración humana tiene su utilidad en las mutaciones de linaje, migraciones de diferentes grupos poblacionales, además de comparar los cambios evolutivos con eventos históricos.

d) En identificación forense, para potenciales sospechosos en los cuales el DNA puede conducir a liberar a personas que fueran acusadas de crímenes injustamente; para identificar víctimas de catástrofes, paternidad y otras relaciones familiares; identificar y proteger especies en peligro; detectar bacterias que pueden polucionar agua, aire, alimentos; determinar compatibilidad de órganos donantes en programas de trasplante; determinar el *pedigree* en ganados y para autenticar productos de consumo como caviar o vinos.

e) En agricultura, ganadería y bioprocesamientos, se utiliza para mejorar la resistencia de cultivos ante insectos, sequías, para hacerlos más productivos y saludables; igualmente para producir animales más saludables y nutritivos, elaborar biopesticidas, vacunas comestibles y nueva limpieza del medio ambiente de plantas, como el tabaco.

#### **IV. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE LA MATERIA (D.U.G.H. Y C.D.H.B.)**

##### ***Declaracion de Valencia***

Bajo el patrocinio de la Fundación BBV, al igual que otro Congreso anterior en la misma ciudad en el año 1988, se celebró en Valencia el Congreso Internacional sobre el Genoma Humano con fecha 12-14 de Mayo de 1990, en el cual se extrajeron algunas conclusiones que conformaron la Declaración de Valencia, entre cuyos puntos destacamos los siguientes:

La sociedad civilizada exige el respeto debido a la diversidad humana, incluida la vertiente relativa a las variaciones genéticas.

Los expertos adoptan el compromiso para que la información genética sea empleada en pro de la dignidad de las personas; que los individuos tengan acceso a los servicios genéticos; y que los programas genéticos se sometan en todo caso a los principios éticos de respeto a las personas, el bien y la justicia.

Por fin, se concluye afirmando que el mapa y secuencia del genoma humano debe ser usado para incrementar el respeto a la dignidad humana.

### **Declaración de Bilbao**

Fruto del Primer Encuentro Internacional sobre el Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, celebrado en la Universidad de Deusto, Bilbao, España, con fecha de 24-26 de Mayo de 1993, surgió la conocida como Declaración de Bilbao.

No obstante, además de la referida Declaración, en cuya redacción intervinieron un grupo destacado de juristas, amén de cuatro Premios Nobel, el Encuentro propició la creación de la Primera cátedra universitaria sobre Derecho y Genoma Humano en la mencionada Universidad bilbaína de Deusto.

La Declaración contiene ocho conclusiones, que a continuación enumeramos y explicamos:

La primera de ellas hace un llamado a la reflexión jurídica sobre el tema; la segunda constituye una afirmación del derecho a la libre investigación, con el límite del autocontrol del investigador, así como la necesidad del respeto debido a los derechos consagrados en las Declaraciones y Convenios internacionales en lo relativo a las actuaciones genéticas en el ser humano.

La tercera de las conclusiones, además de reafirmar la teoría del consentimiento informado, consagra la inmunidad de la intimidad personal como patrimonio individual de cada persona, con el solo recorte que aconseje el interés general y previo control judicial.

La cuarta declara el carácter *extra commercium* del cuerpo humano, así como su disponibilidad terapéutica o científica de manera gratuita y

controlada, y el carácter de patrimonio de la humanidad de los conocimientos genéticos.

La quinta aboga por una restricción de la tecnología genética a lo indispensable en cada caso concreto en lo que a identificación personal se refiere.

La sexta aconseja una moratoria en la alteración de células germinales hasta tanto en cuanto lo permitan los avances científicos.

La séptima rechaza de manera abierta y categórica el empleo de los datos genéticos para discriminar en campos tales como el laboral, de los seguros o cualquier otro.

Por fin, la octava y última de las conclusiones aconseja la elaboración de Tratados internacionales, la armonización de las leyes nacionales sobre la aplicación de los conocimientos genéticos, y la constitución de un órgano de control supranacional.

### ***Declaración de Madrid***

Esta Declaración dispone que la protección del genoma humano no se reduce a evitar la manipulación genética en su mera dimensión bioquímica, sino que también debe abordar una visión dinámica del genoma. Por otro lado, entiende al genoma como un elemento integrante y constitutivo del propio individuo, lo cual le reafirma su carácter extrapatrimonial.

También establece la distinción entre lo que es la especie humana y la esencia humana (categoría) y la humanidad o suma de individuos (género). A su vez, atribuye el derecho a la inviolabilidad del genoma humano a la especie humana en su conjunto, lo cual confiere al genoma un carácter transpersonal; a tal efecto, recomienda a las organizaciones internacionales reconocer tal circunstancia como garantía de los derechos de las generaciones futuras.

La Declaración se pronuncia acerca del hábitat prenatal como determinante del concepto íntegro del genoma humano. Por ello, afirma el derecho de todo nacido o por nacer a desarrollarse en el útero que le es propio, libre de estímulos perjudiciales y sustancias nocivas, lo cual supone un rechazo abierto a prácticas tales como la partenogénesis, ectogénesis, hibridismos o quimeras.



También se hace hincapié en la confidencialidad de la información genética, por lo que aboga para que su uso sea consentido por la persona interesada, así como por negar su fijación en soportes informáticos.

Todo lo afirmado conduce a una necesaria reactualización de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, de tal forma que el genoma humano se erige en un componente esencial del patrimonio común de la humanidad, hasta el punto de que el objetivo prioritario de la investigación científica es reducir al máximo el sufrimiento y aumentar el bienestar de la humanidad.

### **DECLARACION UNIVERSAL SOBRE EL GENOMA HUMANO Y LOS DERECHOS HUMANOS**

El Proyecto Genoma Humano es la investigación más costosa y ambiciosa del ser humano en toda su historia. Una Resolución de la UNESCO dictada en la Conferencia General de 15 de Noviembre de 1993 acuerda la preparación de un instrumento internacional para la protección del genoma humano, así como la aprobación de un Comité Internacional de Bioética, lo cual se lleva a efecto en su 29 Conferencia, que aprueba la Declaración de 1997 ratificada por la Asamblea General de la O.N.U. de 9 de Diciembre de 1998.

Dos son los factores que condicionan su nacimiento y celeridad: Por un lado, la necesidad de dar respuesta jurídica al ritmo vertiginoso de los avances científicos, y así, al mismo tiempo, coincidir con el cincuenta aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de Diciembre de 1948. Ello explicaría el hecho de que se tratara de una Declaración y no un Convenio, mucho más complejo en su redacción dado su carácter vinculante para los Estados sucriptores. Además, su conexión con la Declaración de 1948 justifica que se siguiera su modelo y se convirtiera la de 1998 en un complemento necesario de la primera.

Por otra parte, como segundo factor reseñado, se ha de dejar constancia de su flexibilidad, al objeto de evitar su desfase inmediato, dada la versatilidad y contingencia de la materia abordada en su seno, amén de la necesidad de superar las diferentes sensibilidades en juego.

He ahí que la Declaración aspira a ser un instrumento legal que codifique los principios éticos universalmente aceptados sobre la materia;

quiere fijar una serie de principios de los que posteriormente deriven normas jurídicas de desarrollo, por lo que su verdadero destinatario es la humanidad, a través de los propios Estados para que fomenten dichos principios y los inserten en su Derecho interno.

El Proyecto Genoma Humano excede y supera la Biomedicina y la Biotecnología. De ahí que, al analizar el contenido de la Declaración de 1998, se observa que en su artículo 1 se reputa al Genoma Humano como “patrimonio común de la humanidad”, lo cual, entre otras, permite extraer una serie de conclusiones al respecto:

- El carácter indisponible del haber genético como individuo;
- Nacimiento en el campo jurídico de un elenco de deberes de protección extensible a todos los pueblos, es decir, que permita un régimen de acceso y utilización universal;
- Cuestionamiento de la identificación absoluta que se hace del genoma humano con “patrimonio de la humanidad”, al existir otros bienes distintos al genoma humano que constituyen patrimonio de la humanidad. Pareciera más correcta la expresión “pertenece” o “constituye”;
- Es una expresión simbólica, en la que subyace la necesidad de conciliar intereses contrapuestos, cuales son, principalmente, la posibilidad de que los conocimientos sobre el genoma humano puedan ser privatizados o patentados. Es una expresión que trata de equilibrar una realidad incontestable: la patentabilidad del material genético, como lo demuestra el tenor de la Directiva 98/44 de la Comunidad Europea, Parlamento Europeo y Consejo de Europa, de 6 de Julio de 1998. En este sentido, el artículo 4 de la Declaración no se pronuncia sobre la patentabilidad de los genes humanos, sino que indica que el genoma humano es un microorganismo, objeto de descubrimiento y, por ende, no sujeto a patente, si bien deja abierta la puerta a la patente de secuencias genéticas de ADN humano, siempre que no tengan función conocida.

Por tanto y a modo de conclusión, la consideración del genoma humano como patrimonio de la humanidad es meramente simbólica, superficial y poco operativa, ya que lo que pretendió fue eludir una manifestación más rotunda y categórica que pudiera ser una traba al

avance y progreso del mismo Proyecto Genoma Humano, ya que sus costos no pueden sufragarse con los presupuestos estatales de manera íntegra, sino que precisan ineludiblemente de la intervención privada en lo que a su financiación se refiere.

### **DIGNIDAD HUMANA Y DERECHOS HUMANOS**

La dignidad humana y los derechos humanos se erigen en los grandes pilares de la propia Declaración, como se colige de su artículo 1, puesto que se trata de un principio superior de la Bioética admitido internacionalmente.

Podemos entender la dignidad humana como la libertad y autonomía personal, esto es, la autorresponsabilidad. Los mismos derechos humanos son nutrientes de la dignidad humana. Hasta tal punto es un elemento básico de la Declaración que podemos decir que ésta no tiene por objetivo la protección del genoma humano, sino más bien la protección de la dignidad y los derechos humanos (artículo 10). Se concreta en la Declaración como un principio informador que concilia el progreso científico y los derechos humanos y, a pesar de ser tachada de ambiguo e indeciso en dicho instrumento, lo cierto es que en el tema concreto de la clonación se muestra muy firme sobre la base del referido derecho a la dignidad humana (artículo 11).

### **PRINCIPIOS, DERECHOS Y PROHIBICIONES**

La Declaración no pretende ser un código de prácticas genéticas permitidas o no, sino más bien un catálogo de principios sobre la incidencia del genoma humano en la dignidad y los derechos humanos. Así se plasma el derecho a no saber (art. 5 c), como expresión del derecho a la autodeterminación y manifestación del mismo derecho al respeto de la vida. También se incluye el derecho a una reparación equitativa (artículo 8), ya existente desde el momento en que se reconoce un derecho, si bien se redunda de manera explícita sobre el particular por lo que a las intervenciones relativas al genoma humano se refiere. Incluso, se reconoce que la investigación sobre el genoma humano debe permitir al ser humano el acceso a sus progresos (artículo 12), lo cual es una consecuencia lógica de su consideración como patrimonio de la humanidad.

Dentro de los principios básicos de la Declaración, podemos destacar los siguientes:

- No discriminación (artículos 2 y 6), que trata de atajar cualquier tentación futura de valorar al ser humano en función de su dotación genética y, más concretamente, evitar discriminaciones en el ámbito laboral, de seguros, obtención de créditos de las entidades bancarias, o en las relaciones con la misma Administración.
- Autonomía individual o libertad individual, del cual se derivan a su vez otros conexos, como es la necesidad del consentimiento libre e informado elevado a la categoría de interés superior, de modo que si éste no se puede prestar, se podría llevar a cabo una investigación si constituyera un beneficio directo para la salud del interesado (principio de beneficencia), o representara un mínimo riesgo y coerción para el propio interesado (artículo 5 e); o el de confidencialidad, encuadrado en el de la intimidad de las personas (artículo 9), que prohibiría a los terceros el acceso a los datos genéticos de una persona, y comprendería tanto el derecho a saber como a no saber al respecto, además de evitar discriminaciones por ocasión de la cesión de datos, constitución de bases de datos, o acceso a las mismas.
- Primacía de los derechos humanos (artículos 10 y 12); libertad de investigación (artículo 12 b), que podrá ser limitada pero nunca anulada por tratarse de un derecho fundamental; prudencia (artículo 5); y responsabilidad (artículo 12 b), según la cual se exige a los investigadores del rigor, prudencia, probidad intelectual e integridad necesarias, hasta el punto que si se genera un daño, fruto de la causalidad de la intervención sobre el genoma humano, se deberá proceder a la reparación equitativa correspondiente. A tal efecto, surge para los Estados el deber de velar por que los resultados de la investigación científica sean utilizados con fines pacíficos.
- Solidaridad y cooperación (artículos 17 y siguientes). Los Estados deben fomentar la investigación, difusión del saber científico, la cooperación de los desarrollados con los países en vías de desarrollo, al objeto de que éstos últimos puedan aprovecharse de los resultados que sean fruto de las investigaciones científicas. De la misma manera, surge para los Estados el deber de fomentar los principios de la Declaración.

Así pues, y a modo de conclusión, la Declaración Universal aquí comentada constituye un hito histórico en el desarrollo de los derechos humanos, pues se erige en un instrumento internacional orientado a la protección integral del genoma humano. Representa un primer paso necesario en el camino, puesto que afianza el consenso sobre la materia en la comunidad internacional, y supone la consagración solemne y formal de los principios bioéticos básicos.

Se le ha criticado que adolezca de uniformidad y homogeneidad, lo cual genera desconcierto, tanto por su falta de orden y sistemática, como por sus redundancias injustificadas (dignidad humana, no discriminación). De ahí que debiera haber sido más concisa, pues su contenido refleja las tensiones y desequilibrios bajo los que se gesta, que desembocan en algunas ocasiones en cierta timidez, mientras que en otros casos, como por ejemplo en lo que se refiere a la prohibición de la clonación con fines reproductivos humanos, se muestra muy tajante y categórica. Todo ello explica la razón por la cual esta primera fase se plasme en una Declaración y no en un Convenio internacional, el cual ya se convierte, sin lugar a dudas, en el reto futuro e inmediato de una próxima segunda fase sobre la cuestión.

### **CONVENIO EUROPEO SOBRE DERECHOS HUMANOS Y BIOMEDICINA**

La identificación de nuevos derechos humanos o sus nuevas perspectivas tras los avances científicos origina un gran paso cualitativo reflejado en el Convenio del Consejo de Europa sobre Derechos Humanos y Biomedicina, de 4 de Abril de 1997, Oviedo, España, incorporado ya al Derecho interno de algunos Estados y, por ende, con fuerza vinculante para ellos.

Junto a la Declaración Universal de 1997 sobre el Genoma Humano de la UNESCO son los instrumentos internacionales que reconocen el genoma humano, con lo cual se consuma la internacionalización de la materia, dado que este fenómeno también se produce en el ámbito científico.

En cuanto a los antecedentes del Convenio, hay que señalar que el Consejo de Europa ha venido desarrollando una actividad incesante en todo lo referente al genoma humano; así en su seno se creó un Comité

Director de Bioética (CDBI, antes CAHBI), y destacan distintas Recomendaciones dictadas por sus órganos competentes: ingeniería genética (1982); utilización de embriones y fetos humanos (1986); diagnóstico prenatal genético (1990); utilización del ADN en la justicia penal (1992); protección y patentabilidad del material genético humano (1994); protección del genoma humano (2001).

Este Convenio es anterior a la Declaración de 1997, pero discurren muy paralelos, lo cual justifica la influencia recíproca entre ambos. El proceso de confección del Convenio es largo y laborioso: la 17 Conferencia del Consejo de Europa de 1990 emite una Resolución que recomendaba solicitar al entonces CAHBI la preparación de un futuro Convenio; la Asamblea Parlamentaria dicta una Recomendación 1160/1991, que propone aprobar un Convenio-marco sobre Bioética; el Comité de Ministros encarga al CDBI su elaboración en 1991.

En su redacción se detectó la necesidad de incluir no sólo principios básicos sobre la materia, sino también referencias a puntos tan capitales como la experimentación con seres humanos, trasplantes de órganos y tejidos, y lo relativo al genoma humano. Otras materias resultaron más controvertidas, tales como la experimentación con embriones o la experimentación sobre personas incapacitadas, lo cual origina que algunos países (Alemania o Inglaterra) no lo suscribieran.

Por fin, es aprobado en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 26 de Septiembre de 1996, y adoptado por el Comité de Ministros de 19 de Noviembre del mismo año, con la abstención de Alemania, Bélgica y Polonia. La apertura para su firma se realiza por veintiún Estados el 4 de Abril de 1997 en Oviedo, España, por lo que se conoce como Convenio de Oviedo o Asturias, y cuya denominación completa es "Convenio del Consejo de Europa de Protección de los Derechos Humanos y la dignidad de la persona respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina: Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina". El 24 de Abril del mismo año se suman nueve países más, si bien faltan países tales como Alemania, Reino Unido y Rusia, entre otros. Es ratificado por varios Estados (Dinamarca, Grecia, San Marino, Eslovaquia, Eslovenia), con lo que, según su artículo 33, supone su puesta en marcha automática el 1 de Diciembre de 1999. Otros países como España, Georgia y Rumania lo firman después, con lo cual entra en vigor

en dichos Estados. Incluso, en el caso español, se ha firmado, ratificado y publicado el Primer Protocolo de este Convenio relativo a la prohibición de la clonación humana reproductiva.

Por lo que a sus caracteres se refiere, nos hallamos ante un Convenio pionero sobre la materia: cuenta con la fuerza jurídica suficiente como para exigirlo a sus Estados miembros; permite la adhesión de países que no pertenezcan al Consejo de Europa; contiene por primera vez disposiciones específicas sobre el genoma humano; y se trata de un Convenio marco, que habrá de ser desarrollado por futuros Protocolos.

Su objeto consiste en la protección de los derechos humanos ante las nuevas formas de agresión derivadas de los avances científicos, con el pilar fundamental que supone la dignidad humana, como se refleja en su artículo 1. Se habla ya de la identidad del ser humano como un derecho, así como se incluye por vez primera una alusión al embrión en un instrumento internacional.

Su estructura se desglosa en treinta y ocho artículos, catorce capítulos y un Preámbulo.

Sorprendentemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no asume una función tutelar judicial efectiva, sino solamente interpretativa (artículo 29).

En cuanto a su contenido, abordaremos sus puntos fundamentales, comprendidos en las Disposiciones relativas al genoma humano (artículos 11-14), cuyos principios más significativos son los que siguen: respeto a la identidad humana (ya incluido en el artículo 1); primacía del individuo (reflejado en el artículo 2); consentimiento libre e informado (desarrollado en el artículo 5); intimidad e información (previsto en el artículo 10); investigación y experimentación (según establece el artículo 15); y no comercialización del cuerpo humano (conforme a lo dispuesto en el artículo 21).

A continuación, analizaremos los preceptos que se ocupan de las disposiciones relativas al genoma humano, es decir, los artículos 11 a 14 de este Convenio.

**PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION (ART. 11).** En este apartado se trata de evitar que la información relativa al genoma humano sea fuente de discriminaciones injustificadas, tanto en lo atinente a la obtención

de la referida información, como al uso indebido o abusivo de la misma (terreno laboral, de los seguros, entidades financieras, o bien, en el campo de las Administraciones públicas).

**ANALISIS GENETICOS PREDICTIVOS (ART. 12).** Sólo estarían autorizadas los referentes a enfermedades genéticas ya existentes, cuando se trate de un portador de un gen responsable de una enfermedad, o haya una predisposición o susceptibilidad genética a padecer una enfermedad. En todo caso, los fines sólo podrán ser médicos o de investigación médica, con el asesoramiento genético apropiado.

Se permiten toda clase de diagnósticos (preconceptivo, prenatal y postnatal).

Ahora bien, no se admite la realización de pruebas genéticas previas a la contratación laboral, salvo en una serie de casos que favorecerían al propio empleado (si le ayudaran a decidir sobre su salud laboral, mediante la adopción de las correspondientes medidas preventivas; o cuando permitieran a los empleadores o la Administración adoptar las medidas de mejora, preventivas, o de higiene en el campo de la actividad productiva).

Como vemos, este tema guarda estrecha relación con otros principios, tales como la confidencialidad, no discriminación, intimidad, o el consentimiento libre e informado.

**INTERVENCIONES SOBRE EL GENOMA HUMANO (ART. 13).** Quedan reflejados aquí los posibles temores ante la modificación del acervo genético de la especie humana, de tal modo que sólo sería admisible dicha intervención con fines preventivos, diagnósticos o terapéuticos, siempre reducida a la línea somática, y no en la línea germinal, si afectan al genoma de la descendencia, con prohibición en el caso de modificación perfecta o de mejora.

**PROHIBICION DE LA SELECCIÓN DE SEXO EN LA DESCENDENCIA (ART. 14).** La regla general es la prohibición, salvo que se trate de prevenir enfermedades.

En todo caso, no nos hallamos ante un supuesto propiamente dicho de manipulación genética, puesto que se procede a su realización mediante la selección del espermatozoide que cuente con el cromosoma sexual preferido, o bien a través de la selección del embrión cuya dotación cromosómica sexual ha sido ya averiguada.



INVESTIGACION CON EMBRIONES (ART. 18). El borrador del Convenio exigía que el embrión no contara con más de catorce días, si bien el texto definitivo no lo incluye, lo cual presenta una indefinición en torno a sus posibles garantías.

El párrafo segundo del mencionado precepto excluye de la prohibición a los embriones sobrantes de las técnicas de reproducción asistida. Ahora bien, la prohibición sólo se refiere a los fines de la experimentación, pero no abarca otros posibles fines, ya reproductivos o terapéuticos, que pudieran representar riesgos para el embrión sometido a investigación o experimentación, lo cual plantea ya la necesidad de un Protocolo sobre el particular.

CLONACION HUMANA REPRODUCTIVA. Materia que ha sido desarrollada por medio del Primer Protocolo adicional al Convenio, aprobado con fecha de 6 de Noviembre de 1997, firmado en París el 12 de Enero de 1998 por diecinueve Estados.

Su artículo 1 prohíbe cualquier intervención que tenga como fin crear un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano vivo o muerto. Ahora bien, no se habla de la utilización de otro tipo de técnicas de clonación no vinculadas directamente a la reproducción humana<sup>1</sup>.

No obstante, las posibles aristas que el problema reviste aconseja una toma de postura cautelosa y prudente, toda vez que en un futuro no muy lejano los posibles inconvenientes, desventajas o tabúes que se esgrimen pudieran superarse, merced a los posibles beneficios que pudieran derivarse (prevención en la transmisión de enfermedades hereditarias, remedio a la infertilidad de las parejas), así como por la

---

1 Al respecto, con fecha de 18 de Enero de 2002, el Gobierno británico obtuvo un fallo judicial favorable para permitir que la técnica de clonación utilizada en la creación de la oveja Dolly pueda ser empleada para investigar nuevos tratamientos médicos. Por otro lado, en Estados Unidos, un Comité de Expertos de la Academia Nacional de Ciencias recomendó a los legisladores que la clonación humana con fines reproductivos debía ser prohibida, dado el peligro que representaría para la mujer, el feto y el recién nacido, puesto que la experiencia realizada en animales demuestra que la técnica es imperfecta y con escasas posibilidades de éxito. No obstante, el propio Comité aconseja que dicho informe sea revisado en cinco años, si un análisis indica que el proceso técnico es seguro y eficaz (ABC, 19 de Enero de 2002).

demostración de que los actuales peligros presentados queden desvanecidos, una vez garantizada la inocuidad del procedimiento.

### **DECLARACION DE MURCIA**

Fruto del Tercer Congreso de la Asociación Española de Bioética y Ética Médica (AEBI), celebrado en Murcia, España, los días 23 y 24 de Noviembre de 2001, se redacta la denominada Declaración de Murcia sobre Biomedicina y Nuevas Tecnologías.

Se parte de la idea de que los avances científicos pueden contribuir a la mejora de las condiciones de vida de los seres humanos presentes y futuros, si bien se alerta sobre el peligro que reina al considerar al ser humano como un medio, por actuar en su contra y no a su servicio. A su vez, se resaltan los efectos perjudiciales que las investigaciones científicas pueden ocasionar al ser humano y al medio ambiente.

Por otro lado, se apunta el injusto reparto de los posibles beneficios que los conocimientos biológicos aportan, así como que la dignidad humana y los derechos que le son inherentes constituyen el fundamento del orden social y el criterio ordenador de todas las actividades humanas.

A tal efecto, se pronuncian una serie de Recomendaciones en número de once que constituyen el grueso de esta Declaración y que brevemente presentamos:

Se insta al debate público sobre la materia, la formación en los valores de la Bioética y la creación de un Comité Nacional de Bioética.

El respeto a la Declaración Universal del Genoma Humano ha de ser una constante, de modo que la intervención sobre el genoma humano sólo será terapéutica y no eugenésica, respetando siempre el derecho a la intimidad y eliminando cualquier forma de discriminación.

En lo relativo a las patentes aboga por la consecución del punto intermedio entre el necesario estímulo económico, el respeto debido a la dignidad humana y la garantía de universalidad en el aprovechamiento de los conocimientos alcanzados.

Se permiten las alteraciones genéticas orientadas a mejorar la vida humana, pero con sujeción a los principios de precaución, respeto a la

biodiversidad, y debida información a los consumidores sobre el modo de obtención de la misma.

Se produce una constatación de que el ser humano no sólo es fruto de sus genes, sino también del medio ambiente. Hay una prohibición expresa y categórica de la clonación terapéutica y reproductiva.

Se reconoce la potencialidad que la investigación con células madre en adultos representa en el campo de la medicina regenerativa, pero se condena cuando es referida a células embrionarias, por constituir la destrucción de embriones.

En la misma línea, se prohíbe la creación de embriones con fines de investigación, la investigación con embriones humanos fruto de fecundación in vitro, y la producción de embriones en exceso condenados a ser embriones sobrantes.

En cuanto a los embriones congelados, se rechaza su uso para investigar, su descongelación por ser inviables una vez pasado el plazo para ser congelados, aun cuando se aconseja su transferencia controlada y no abusiva, pasado el plazo recomendable para su congelación.

Se declara el respeto a la vida humana desde su inicio, así como se repudia la generación de hijos sin padres con motivo de las técnicas de reproducción asistida humana.

Para concluir, se relanza la mentalidad y conciencia favorable a los trasplantes, y la necesidad del apoyo financiero suficiente para la investigación en materia de xenotrasplantes.

## **V. PROBLEMAS JURÍDICOS QUE SE PLANTEAN**

### **1. Manipulación genética**

Como regla se puede afirmar la tendencia general a la prohibición de la intervención genética sobre la línea germinal y la permisión de la terapia sobre células somáticas. Ello dependerá más bien de su finalidad terapéutica o no para contar con su admisibilidad o negación.

En cuanto a la *clonación*, distinguiremos sus dos modalidades principales:

a) Reproductiva, contra la cual se esgrimen varios argumentos, tales como que una persona no puede determinar los factores genéticos de otro ser; la agresión que supone para un individuo humano ser idéntico a otro ya nacido; la lesión que representa para la identidad genética de un individuo ser idéntico a otro ser; los más que discutibles deseos y motivos que la fundamentan; así como las posibles distorsiones que pueden surgir en las relaciones parentales y familiares. La regla general en el Derecho comparado es su prohibición.

b) Terapéutica. España no la recomienda; EEUU desaconseja la investigación con células obtenidas mediante clonación; Reino Unido la permite para obtener células madre (año 2000 en Cámara de los Comunes y 2001 en Cámara de los Lores). Entre sus posibles beneficios, no sólo para los seres humanos, destacan:

EN GENERAL. El desarrollo de las distintas técnicas de clonación ha abierto un impresionante abanico de posibilidades, de las cuales tan sólo una, la clonación humana, salvo para casos en los que medie una cierta justificación humanitaria o médica, ha recibido un amplio rechazo social. Por el contrario, las aplicaciones pensadas para la mejora animal en ganadería, en medicina e, incluso, como medio para proteger la biodiversidad, han logrado alcanzar un cierto consenso que las ha convertido en aceptables socialmente.

DIVERSIDAD GENÉTICA. Uno de los argumentos esgrimidos por los partidarios del uso de las técnicas de clonación es su posible aplicación para preservar el patrimonio genético de especies animales en franco retroceso o en peligro de extinción.

PRODUCCIÓN ANIMAL. El concepto de clonación, por su capacidad de preservar contenidos genéticos específicos, se ha asociado a la generación de copias de los mejores animales con dos objetivos claramente diferenciados: el incremento del rendimiento ganadero en distintas facetas o el desarrollo de estrategias que permitan la obtención de productos de interés farmacológico a escala industrial. Es lo que, respectivamente, se conoce como la existencia de animales-granja y animales-farmacia.

Destaca, por ejemplo, la clonación de ejemplares resistentes a enfermedades o a condiciones ambientales hostiles, o de animales con excelentes productividades de leche, carne, piel o lana. En el extremo de

esta propuesta se sitúa la posibilidad de transferir genes a determinados animales que acentúen sus capacidades productivas.

“*PHARMING*”. La extensión de las técnicas de clonación está favoreciendo que se abra un nuevo campo conocido como *pharming*. En esencia, se trata de “diseñar” genéticamente animales a fin de que sean capaces de producir en su organismo algún producto farmacéutico de interés humano para luego crear rebaños.

La tecnología que está tomando cuerpo para conseguir el mayor rendimiento posible es la suma de las técnicas de transgénesis y clonación. De lo que se trata es de introducir un gen –generalmente humano– para que se exprese en un determinado tipo de animal. El animal transgénico resultante, sólo debe ser “fotocopiado” para asegurar que la línea de producción va a mantenerse en el tiempo.

**BENEFICIOS INDIRECTOS.** En el campo del envejecimiento y las enfermedades oncológicas, los investigadores pretenden aprovechar los conocimientos adquiridos a partir del desarrollo de la llamada teoría telomérica. Según ésta, la mayor parte de las células que componen el cuerpo humano tienen una capacidad de división y multiplicación que oscila entre veinte y treinta veces y su potencial de división parece guardar relación con la longitud de los telómeros, estructuras situadas en los extremos de los cromosomas. Pequeños errores en la replicación del ADN pueden darse en cada una de las divisiones y se especula con que la acumulación de esos errores, que habrían escapado de los mecanismos de reparación naturales, contribuyen de forma decisiva a la aparición de un tumor o a los procesos de envejecimiento. En opinión de los científicos favorables a las técnicas de clonación, esta aproximación teórica podría probarse aplicando la técnica de la transferencia nuclear entre células de donantes y células extraídas de animales adultos.

Finalmente, y también como beneficio secundario, puesto que no se trata de obtener una copia de un animal sino de aprovechar la tecnología puesta a punto para ello, se encuentra el desarrollo de líneas de terapia celular. En su definición teórica, el método persigue extraer células adultas sanas del propio paciente, desprogramarlas y dirigir su incubación y diferenciación en el laboratorio y luego reintroducirlas en el enfermo para su tratamiento.

## **2. Apropiación del material genético humano**

Entramos en el campo de las patentes. Ello implica forzar la propiedad industrial a extremos casi insostenibles. Ante la falta de acuerdo sobre el particular, se exige una regulación clarificadora. La propiedad de los genes es la otra cuestión en que las leyes interfieren con la sustancia del ADN. El Convenio Europeo de Patentes prohíbe patentar genes humanos –incluso cuando se conoce su función. Lo patentable es la invención en sí, es decir, el tratamiento o el fármaco concreto para el que vaya a emplearse ese gen. Se abre un camino dentro de los derechos de propiedad industrial que cuenta con la necesidad de encontrar el punto intermedio entre la consecución de beneficios que sigan retroalimentando la investigación, y la posibilidad de que el acceso a los avances de estos estudios no sea coto exclusivo de unos pocos, sino que realmente se haga efectivo uno de los propósitos del Proyecto Genoma Humano, cual es otorgarle su carácter de patrimonio de la humanidad.

## **3. Derechos fundamentales cuestionados**

La relación que se establece entre el genoma humano y los derechos fundamentales implicados ha de observarse desde dos ópticas diferentes: desde la ciencia y la globalización de la economía, por un lado; y desde el Derecho, tomando en consideración los derechos humanos como un verdadero sistema de valores determinante del orden político y social.

### A) DIGNIDAD HUMANA. Principios básicos:

- La protección de la *identidad del ser humano* puede referirse tanto a la identidad personal como a la biológica o genética. Abarca la idea del ser humano como ser único y distinto a los demás desde esas dos perspectivas. Se trata de otra de las consecuencias que se derivan de los avances en el conocimiento genético y en la intervención sobre el genoma humano.
- Consideración del *genoma humano como patrimonio de la humanidad* y por ello merecedor de protección específica.
- El reconocimiento de la *diversidad biológica* de todos los seres vivos, por consiguiente, incluyendo a la especie humana, como un bien merecedor de protección .

- La selección o modificación de las *características genéticas* o de los *rasgos fenotípicos* sólo es lícita si va encaminada a la prevención de enfermedades hereditarias graves.
- El respeto de la *autonomía y de la integridad física y mental* (incluida la integridad genética) del ser humano en el proceso de la experimentación, siendo prevalente el interés y bienestar de éste frente al interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia.
- El derecho a la *participación en los beneficios* que proporcionan los avances científicos y tecnológicos en cuanto tales.

Por otro lado, al constituir la dignidad humana el “*fundamento del orden político y de la paz social*” obliga jurídicamente a todos los poderes públicos a su respeto y protección, y constituye “*un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar*” teniendo presente que “*en cuanto valor espiritual y moral inherente a la persona, la dignidad humana permanece inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre*”; es decir, se trata de una norma constitucional obligatoria.

De todos modos, se imponen nuevas puntualizaciones. Primera, que el Derecho no es el único mecanismo disponible para garantizar la convivencia social y los valores asumidos socialmente. Segundo, que, sin embargo, es también un poderoso instrumento de coacción en manos del Estado frente al individuo y que sólo pueden frenarse eficazmente las decisiones totalitarias de aquél si su configuración es democrática, por tanto, plural, y está sometido al Derecho, y su efecto inherente es el respeto a los derechos y libertades fundamentales del ser humano, con independencia de su origen genético y peculiaridades genéticas, de su raza o de su sexo. Y aquí radica el respeto a la dignidad humana como principio rector general.

## B) LIBERTAD

Puede ser entendida como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1 de la C.R.B.V.), fundamento del orden jurídico y paz social, con lo que se erige en un principio general del Derecho y, por fin, como derecho subjetivo.

La libertad implicada en el campo de la genética cuenta con dos caras de la misma moneda: respecto de las personas que investigan,

como expresión del derecho a la investigación, titularidad de todos los seres humanos y, por consiguiente, respetado e incentivado por los poderes públicos (art. 110 de la C. R.B.V.); y de las personas susceptibles de ser investigadas, en su carácter de valor superior, fundamento del orden político y social.

Así pues, bajo estas dos perspectivas, la libertad asume un doble contenido, respectivamente: como derecho a la creación científica y como derecho a saber y no saber en el terreno de la Genética.

No obstante, el principio general de la libertad cuenta con el límite del consentimiento previo, expreso, libre e informado, por escrito, fiable y revocable del interesado o de sus representantes, si el primero no puede hacerlo o, por fin, en caso de colisión de intereses, por el Ministerio Fiscal, en su calidad de representante del interés común y público.

Por lo que respecta a la creación científica, también deberá hallarse limitada y recortada por el debido respeto a los derechos fundamentales y el interés general.

En todo caso, el genérico derecho a la libertad aquí tratado en sus dos vertientes antes citadas será esgrimible y tutelable por ante los tribunales, tanto en vía constitucional (recurso de amparo), como penal y civil (daño moral).

### C) INTIMIDAD

La faceta ambivalente de la Ciencia que venimos apuntando se manifiesta de forma casi inherente, en primer lugar, en los *análisis genéticos*.

Esta información es de sumo interés no sólo para el sujeto de quien proviene, es decir, para quien ha sido sometido a los análisis genéticos, sino también para terceros, como son, por ejemplo, sus familiares genéticos; pero también para otras personas o entidades en cuanto se exija la garantía de un organismo potencialmente sano como presupuesto para participar en ciertas actividades; o incluso para el Estado en su acción política de prevenir enfermedades y promover una población más sana.

De forma inmediata surge la cuestión de si el sometimiento a estas pruebas podría hacerse obligatorio, imponerse incluso coercitivamente



e, incluso, condicionar ciertas relaciones y prestaciones a dicho sometimiento voluntario. La libertad y la intimidad de las personas, su derecho individual a la autodeterminación de la información personal, aparecen así como los objetos (siendo precisos: los bienes jurídicos), deseados o no, sobre los que recaerían los efectos o resultados de las investigaciones aplicadas, cuya protección efectiva habría que verificar, o cuya restricción en beneficio de otros intereses habría que justificar. La discriminación en las relaciones privadas o frente a grupos de población, raciales o no, podría imponerse en detrimento de los principios de igualdad (de oportunidades y en el reconocimiento de la igualdad en la diferencia) y de solidaridad; a lo que habría que oponer, como refuerzo de éstos últimos, el consentimiento informado y su contrapunto, el llamado derecho a no saber, así como una rigurosa confidencialidad sobre la información y su no utilización en menoscabo de la intimidad, la igualdad y la solidaridad.

Entramos en el estudio del derecho a la intimidad genética bajo tres dimensiones distintas: como derecho subjetivo; en su carácter preventivo en defensa de este derecho fundamental de interés general; y, por último, en su calidad de fundamento de la dignidad de la especie humana.

También este derecho cuenta con limitaciones, como es el consentimiento de su titular, amén del respeto a los demás derechos constitucionales. Pueden plantearse conflictos de derechos más que interesantes (con relación al derecho a la salud individual o pública; la filiación e investigación de la paternidad; la persecución de delitos; o el derecho a la libertad de empresa –materia laboral- y el derecho a la libertad contractual –en materia de seguros), en los que, en la mayoría de los casos, salvo en lo relativo a la investigación de la paternidad, el derecho a la intimidad genética podría resultar victorioso ante los tribunales, ya por vía constitucional (derecho de amparo), ya civil, penal o administrativa.

#### D) NO DISCRIMINACION

Desde los mismos comienzos del Proyecto Genoma Humano, se empezaron a alzar voces que alertaban tempranamente en el sentido que, si bien el análisis del genoma humano podía llegar a ser un gran avance, tampoco podíamos dejar de ver, que podía llegar a ser una de las armas discriminatorias más letal de los últimos tiempos.

Si bien es menester resaltar que las predicciones relativas a las hipotéticas futuras enfermedades son sólo probabilidades, dado que generalmente su desarrollo depende de múltiples factores, es fácil prever que quienes discriminan a alguien con base en una sola predisposición a padecer cierta enfermedad, pueden segregar a esa persona de una cierta actividad o trabajo.

La no discriminación está relacionada con el derecho a la igualdad, que exige un trato igual a las personas, si bien es compatible con un trato diverso. Obliga a no discriminar, así como a poner fin a las discriminaciones que ya existen.

Para que se pueda alegar la discriminación como atentado contra el derecho a la igualdad deben existir supuestos iguales comparables, con un mismo origen y fuente, la diferencia de trato no ha de ser objetiva y razonable según criterios y juicios de valor aceptados generalmente y, por fin, debe mediar desproporcionalidad entre los medios y el fin para justificar la diferencia de trato.

Para el análisis del elemento de la proporcionalidad abordaremos dos campos bien significativos al efecto:

*Empleo.* Podría decirse que si antes era considerado ético el reconocimiento médico previo al contrato laboral, también, en esencia, lo sería el pedir ahora el análisis del ADN, puesto que no se trata más que de utilizar los nuevos avances tecnológicos. Hay, sin embargo, una diferencia esencial que es importante señalar: un diagnóstico molecular del ADN puede impedir un contrato laboral por una enfermedad que el individuo pueda desarrollar en el futuro, pero que ni la ha padecido con anterioridad, ni la padece en la actualidad.

El derecho al trabajo se afecta cuando utilizando información genética se niega a un aspirante o a un trabajador el acceso a un puesto o a una promoción. Esto, evidentemente, es discriminación laboral.

La detección temprana, no de la enfermedad, sino más allá de ésta, de la predisposición a la misma (a lo que podría en algún momento agregarse el porcentaje de probabilidades), reporta un extraordinario beneficio en su prevención o en el retraso de su desarrollo.

Los trabajadores no deberían ser obligados a realizarse exámenes genéticos para ser admitidos en un trabajo ni para ocupar puestos de

jerarquía superior. La discriminación laboral atentaría aquí contra el derecho a trabajar.

La enfermedad que desarrolle un trabajador con genotipo anormal debe ser considerada, para efectos médicos y legales, en los mismos términos que si la desarrollara una persona en condiciones normales. Cuando se produzca por la combinación de los elementos del trabajo que desempeña, debe considerarse como enfermedad de trabajo. En caso de que la actividad laboral resultara perjudicial para el trabajador con motivo de su condición genética, el empleador deberá ofrecerle alternativas y evitar que por su estado de necesidad asuma cualquier riesgo.

En todo caso, la predisposición para una enfermedad no implica el desarrollo seguro de la misma, por lo que no es proporcional realizar un contrato laboral bajo condición resolutoria en caso de padecer dicha enfermedad y negar, por ende, la contratación por la mera probabilidad de padecerla, en el caso de que el rendimiento del trabajador fuera normal.

*Seguros.* El seguro tiene como una de sus pautas los cálculos actuariales, a través de los cuales, basados en la experiencia anterior, intentan establecer las probabilidades de que un siniestro se produzca.

He aquí el primer vínculo entre el Seguro y el Proyecto Genoma Humano, dado que éste puede llegar a ser un arma valiosísima para aquél, habida cuenta que, si se pudiesen llegar a predecir (con cierto grado de aproximación), cuáles serán las enfermedades que potencialmente puedan llegar a padecer los asegurados, evidentemente, el cálculo de probabilidades va a resultar mucho más preciso.

La pregunta concreta que nos hacemos es la siguiente: si las Compañías de Seguros les exigen a los futuros asegurados que se realicen un estudio de A.D.N. (o que les muestren los que ya se hubiesen efectuado), como condición previa a la contratación de seguros, ¿no estaríamos realizando un evidente acto “discriminatorio” (ya que –obviamente– a quienes tengan algún tipo de “potencial enfermedad”, no se les va a asegurar) y, paralelamente, no estaríamos invadiendo la esfera de intimidad más sagrada que existe (obligando a la persona a revelar a un tercero, su propio mapa genético)?

Incluso, entre los argumentos por esgrimirse a favor e tales actuaciones, se podría sostener que al conocer el genoma humano de los asegurados, se seleccionarían mejor los riesgos, se podrían homogeneizar las carteras y se calcularían a medida las primas de pago, dado que éstas aumentarían o disminuirían, de acuerdo al mayor o menor riesgo.

Es más, se podría argumentar que con el estudio del genoma humano, a la larga se van a beneficiar los propios asegurados, dado que aquellos que no tuviesen posibilidades concretas de enfermedades pagarían menos primas; los que fueran más propensos a dolencias, abonarían mayores primas (el elemento aleatorio del contrato podría justificar un incremento de la prima del seguro por la mayor probabilidad de padecer la enfermedad); y los que fueran “malos riesgos”, porque su estudio de A.D.N. indica que tendrían ciertas probabilidades de padecer enfermedades, no se asegurarían.

Algunos autores canadienses consideran que se debería crear un contrato de seguro con una mayor carga social, fundado en los principios de reciprocidad y mutualidad, que permitiera tener una posición de igualdad genética, fundada en las diferencias individuales, porque las enfermedades genéticas afectan también a familias y a una colectividad de individuos.

A pesar de todas las posibilidades que se podrán obtener, gracias a la utilización de la Genética como medio de rastrear a las personas que constituyen los riesgos más costosos para las compañías de seguros, se debe más bien encontrar una técnica para evaluar los costos y los beneficios, tanto para las compañías de seguros como para la sociedad.

En los Estados Unidos de América, se han promulgado leyes locales para proteger a los individuos que se les niega el seguro de salud con base en su información genética. Incluso se habla que, ante la desprotección privada generada, sea el Estado quien asuma esta atribución en interés de los que en este caso pueden resultar más vulnerados. Así, desde que empezó el Proyecto Genoma Humano en 1990, ocho Estados federales estadounidenses han adoptado alguna forma de protección contra la discriminación genética en el seguro de salud. Estas leyes estatales prohíben a las aseguradoras negar la cobertura del seguro, basándose en los resultados de pruebas genéticas, y prohíben también el establecimiento

de primas con tarifas diferentes o beneficios limitados. Algunos Estados, como Oregon y California, crearon una protección contra la discriminación en las prácticas de seguros, al establecer la prohibición a las empresas aseguradoras de pedir y revelar la información genética sin autorización.

En los Estados Unidos, la regulación jurídica de los seguros es estatal; sin embargo, existe una propuesta para legislación federal, que se encuentra en discusión en el Congreso, denominada *The Genetic Privacy Act*. Esta propuesta de ley establece que el bien jurídico protegido en la misma, es la privacidad de la información genética, entendida como cualquier información sobre un individuo identificable que se derive de la presencia, ausencia, alteración o mutación de un gen o genes, o de la presencia o ausencia de un marcador o marcadores específicos de ADN, y que ha sido obtenida, ya de un análisis del ADN del individuo, ya de un análisis del ADN de una persona de la cual el individuo es pariente.

En Holanda, por ejemplo, los seguros de vida inferiores a 200 mil florines, que son aproximadamente 4.000 dólares, no pueden incluir información genética.

#### **4. Genética forense**

Tres grandes áreas de la Genética Forense se han desarrollado sobremanera a raíz de la tecnología del ADN: la identificación de vestigios biológicos de interés criminal (sangre, semen, saliva, pelos, tejidos, o fluidos); la investigación biológica de la paternidad y maternidad; y la identificación de los restos cadavéricos.

Se nos plantea la pregunta sobre la obligatoriedad de someterse a este tipo de pruebas. Para ello, se debería contar con una ley al efecto que así lo estableciera, siempre que previamente haya mediado una decisión judicial motivada con base en el criterio de la proporcionalidad.

Es cierto que la prueba del ADN ha servido para desvelar muchos errores judiciales pasados, si bien, si la misma no se reviste de un número de requisitos mínimos en su ejecución y custodia, se puede continuar cometiendo errores y conculcando derechos.

La prueba del ADN, admitida a trámite y realizada sin la violación de derechos fundamentales ni garantías procesales, habrá de valorarse por el juez. Sin embargo, los resultados de la prueba de ADN constituye

un indicio, no una prueba directa del delito, ni de su autoría o participación por parte del acusado. Indicio de gran valor, sin duda, pero prueba indirecta al fin, basada en la probabilidad y que, por tanto, habrá de conjugarse con los otros indicios concurrentes en el proceso. Y es que la prueba del ADN, a pesar de su mayor facilidad de obtención frente a la dactilar, a partir de cualquier rastro en casi toda superficie, sin embargo, presenta respecto de la dactiloscópica un mayor riesgo de alguna coincidencia fortuita, puesto que es hipotéticamente probable una coincidencia aleatoria de datos genéticos, lo cual es apenas impensable por lo que a la huella dactilar se refiere.

## **VI. CONCLUSIÓN**

En resumen, los métodos científicos y tecnológicos avanzan de modo inexorable. La Biología del siglo XXI promete ser mucho más excitante y poderosa que la Genética de nuestro siglo. En general, no podemos impedir este avance, ni sería razonable oponernos al mismo, dado el gran potencial de mejora para toda la sociedad que la nueva Genética nos anuncia. La única vía que nos conduzca por el camino correcto es la educación en valores, la posibilidad de que los maravillosos conocimientos de que dispondremos no sean únicamente patrimonio de un escaso grupo de científicos, sino que formen parte del acervo cultural de la humanidad, para que cada individuo sea capaz de aplicarlos libremente en su provecho. Y es que del determinismo genético a la discriminación apenas hay un espacio demasiado estrecho, pues en opinión de Knoppers: "*todos seres humanos son iguales porque cada uno de ellos difiere genéticamente de los demás*", pensamiento sabio que ha de llevarnos a una reflexión seria y amplia sobre la materia.

## **VII. BIBLIOGRAFÍA**

- ALONSO, A. *El ADN en la investigación penal y civil*, Revista del Ministerio Fiscal, número 6, Madrid, 1999.
- AAVV. *El Derecho ante el PGH*. Bilbao, Fundación BBV. Documenta, 1994.
- AAVV. *Proyecto Genoma Humano: ética*. Bilbao, Fundación BBV, 1991.

- BENITEZ ORTUZAR, I.F. *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*. Edersa, Madrid, 1997.
- BERGEL, S. D. *El Proyecto de Declaración de la UNESCO sobre Protección del Genoma Humano*, Revista de Derecho y Genoma Humano, número 7, 1997.
- CARRACEDO ALVAREZ, A. *El cálculo de probabilidad en la prueba biológica de la paternidad*. Revista de Derecho y Genoma Humano, número 3, 1995.
- DE ANGEL YAGÚEZ, R. *Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad*. Revista de Derecho y Genoma Humano, número 4, 1996.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal Civil*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.
- DIAZ CABIALE, J.A. *La admisión y practica de la prueba en el proceso penal*. C.G.P.J., Madrid, 1993.
- ETXEBERRIA GURIDI, J.F. *Los análisis de ADN y su aplicación en el proceso penal*. Comares, Granada, 2000.
- : *La protección de los datos de carácter personal en el ámbito de la investigación penal*. Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1998.
- FERNANDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. *El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la dignidad del Ser Humano...*, Revista de Derecho y Genoma Humano, número 7, 1997.
- GAFO, J. *Problemas éticos de la manipulación genética*. Madrid, Paulinas, 1992.
- GARCIA MIRANDA, C.M. *Perspectiva ética y jurídica del P.G.H.*, Universidad de Coruña, Coruña, 1997.
- GIL HERNANDEZ, A. *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*. Colex, Madrid, 1995.
- GOMEZ DE LIAÑO, F. *El Proceso penal*, Segunda edición, Fórum, Oviedo, 1989.

- GOMEZ ORBANEJA, E. *Derecho Procesal Penal*, Décima edición, 1984.
- GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Colex, Madrid, 1990.
- HUERTAS MARTIN, M.I. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*. Bosch, Barcelona, 1999.
- JACQUART, A. *Los hombres y sus genes*. Madrid, Debate, 1996.
- LACADENA, J.R. y GROS ESPIELL, H. *El Proyecto Genoma Humano, ciencia y ética*. Madrid, Real Academia de Farmacia, 1996.
- LEE, T. *El Proyecto Genoma Humano*. Barcelona, Gedisa, 1994.
- LENOIR, N. *La Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme de l'Unesco du 11 novembre 1997*. Etique des droits, 1998.
- LORENTE ACOSTA, J.A. y OTROS. *El ADN y la identificación en la investigación criminal y en la paternidad biológica*. Comares, Granada, 1995.
- MATHIEU, B. *Génome humain et droits fondamentaux*. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, Paris, 2000.
- NICOLAS JIMENEZ, P. *El Convenio de Oviedo...*, Revista de las Cortes Generales, número 40, 1997.
- PACHECO ESCOBEDO, A. *Sobre el derecho a la intimidad de los incapaces y en especial de los no nacidos*, en AAVV. Genética humana y derecho a la intimidad, UNAM, México, 1995.
- PALACIOS, M. *La Convención de Asturias...*, Revista de Derecho y Genoma Humano, número 7, 1997.
- PORRAS DEL CORRAL, M. *Biotecnología, Derecho y Derechos Humanos*. Córdoba, Publicaciones Obra Social y Cultural Cajasur, 1996.
- ROMEO CASABONA, C. *Genética humana*. Bilbao, Universidad de Deusto, Fundación, BBV, 1995.
- : *Aspectos específicos de la información en relación con los análisis genéticos y con las enfermedades transmisibles*, en VVAA Información y documentación clínica, C.G.P.J., volumen 1º, Madrid, 1997.



- \_\_\_\_\_ : *Del gen al Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- \_\_\_\_\_ : *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.
- \_\_\_\_\_ : *Aspectos jurídicos del consejo genético*, Revista de Derecho y Genoma Humano, número 1, 1994.
- SANMARTIN, J. *Genética. El impacto social de la ingeniería genética humana*. Madrid, Servicio de Publicaciones del C.S.I.C., 1991.
- SARMIENTO, A y OTROS. *Ética y Genética*. Pamplona, Universidad de Navarra (EUNSA), 1993.

## **Evolución y perspectivas de la protección del asegurado\***

Alejandro Venegas Franco\*\*

El tema de este Congreso “Reto y Oportunidades del seguros y del reaseguro en el nuevo milenio” y del asunto asignado a la sección colombiana de AIDA, ACOLDESE, supone una visión conjunta del pasado y del presente<sup>1</sup> pero, ante todo, una reflexión prospectiva acerca de los mecanismos de protección y defensa del asegurado. La tarea de anticipar escenarios posibles que demanden tales herramientas es, desde luego, un ejercicio audaz y arriesgado.

Del contrato de seguro se ha dicho, que en él hay una parte débil identificada de ordinario con el tomador<sup>2</sup>. Para superar tal noción, en ocasiones ciertamente generadora de inequidades, al unísono las legislaciones han variado su orientación y es así como pasando por la

---

\* Ponencia presentada al Congreso CILA - AIDA, Cartagena, 2000.

\*\* Profesor Universitario y Vicepresidente de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros, ACOLDESE.

1 Respecto de la evolución histórica y el estado actual del asunto relativo a los mecanismos de protección de tomadores y asegurados remitimos al estudio elaborado por el doctor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, intitulado “La protección del consumidor y sus principales manifestaciones en el derecho de seguros contemporáneo: examen descriptivo”, incorporado en la presente publicación.

2 MISSOL, Antoine. L'Assurance contrat d'adhesion et le problème de la protection de l'assuré, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1934.

distinción entre riesgos de masa y grandes riesgos, se ha señalado modernamente al tomador como el destinatario prevalente de la regulación de la actividad aseguradora, sea su faceta pública, sea su aspecto privado. Así, por ejemplo, se ha entendido que en Colombia la ley 105 de 1927 tuvo vocación protectora de los derechos de las empresas de seguros, al paso que las leyes de la última década (45/90, 35/93 y 389/97) variaron tal criterio y lo sustituyeron por la protección del tomador, asegurado o beneficiario.

Con todo, uno de los mayores desafíos de la actividad aseguradora consiste en el equilibrio del contrato de seguro respecto de las pretensiones de tomadores y en la prevención de los fraudes, lo primero por coincidir con la causa y objeto del contrato y lo segundo al horadar la economía aseguradora.

Superadas aquellas discusiones, que jurídicamente concentraron importantes esfuerzos de juristas en relación con aspectos como el lugar para el pago de la prima<sup>3</sup>, que hoy nos parecen de menor entidad o bizantinas, la cuestión vigente materia de reflexión es el repaso de la condición jurídica del tomador frente a los retos del nuevo milenio que, a mi juicio, lo son la tecnología, la modernidad, la globalidad y jurídicamente la colectivización del riesgo, la superación de fronteras geográficas en asocio con el comercio electrónico, la movilidad transfronteriza y laboral, para mencionar solo algunos de los elementos jurídicos y de entorno que podrían incidir en la condición del tomador.

## **1. COMERCIO ELECTRÓNICO**

El nuevo milenio se inicia con una suerte de estado febril por el empleo de los mecanismos electrónicos de comercio.

Un tomador de seguros puede acceder a las redes electrónicas y contratar seguros con entidades aseguradoras extrañas a la jurisdicción territorial desde donde puede ingresar a la respectiva red electrónica. Al hacerlo se está prescindiendo del respeto hacia uno de los principios rectores de las regulaciones de seguros en nuestros países como lo es el

---

3 DE LA MORANDIERE, Juliot, De la Noción de Orden Público en el Derecho Privado.

ámbito geográfico o el límite territorial del desarrollo o ejercicio del objeto social asegurador, de manera que ya no solo es el reto de la legislación regular el ejercicio de la actividad aseguradora ilegal para proscribirla sino que ahora el desafío es enfrentar el acceso a las redes electrónicas. Allí hay un espectro tan amplio en la tutela de derechos que fácilmente se puede transitar de la protección a la desprotección en un instante<sup>4</sup>.

Un tomador de seguros de productos “colocados” o “intermediados” por una red electrónica requiere unos mecanismos de protección sustancialmente diferentes a aquellos hasta ahora empleados por las legislaciones, estas parten de la consideración (que bien puede convertirse en ficción) de una entidad aseguradora establecida en una específica jurisdicción, que intermedia sus productos con la participación de organizaciones o personas con específica aptitud legal para el efecto en la misma jurisdicción y que son justiciables ante sus autoridades, al propio tiempo que proscriben con severidad el comercio de seguros realizado por aseguradores no establecidos en sus países.

Pero tales mecanismos son evidentemente precarios, cuando no inexistentes, al abordarse al tema del comercio electrónico. Si en la Comunidad Europea se prevé como aspecto de relativa disposición el de la legislación aplicable al contrato de seguro con diferente e innumerables interpretaciones<sup>5</sup>, tanta o mayor riqueza conceptual habrá de construir el Derecho de Seguros para proteger a los tomadores, mas aun cuando por el momento se puede entender que la celebración de tales contratos puede ser materia de repudio u objeción, en términos estrictos, por la legislación de cada país al vulnerarse el criterio del ámbito geográfico

---

4 En el estudio presentado por Horacio Roitman para incorporarse como Académico de Número en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), titulado “El Derecho Comercial al finalizar el siglo” se lee “El desafío de los comercialistas en el final del siglo es encontrar formas jurídicas que permitan asegurar el tráfico, con la misma certeza que los hicieron los títulos clásicos, en estas nuevas formas de transmisión de los derechos despojados del soporte papel” en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Año Académico 1997.

5 CAMACHO DE LOS RIOS, Javier. Armonización del Derecho de Seguros de Daños en la Unión Europea. Editorial Civitas S.A.

del objeto social, pero quizás no se le restaría eficacia a sus consecuencias jurídicas.

Si el comercio electrónico de seguros en una primera etapa pareciera comprender los seguros masivos, tanto más apremiante será para el Derecho de Seguros su inclusión en la agenda de sus temas pendientes, pues puede involucrar, como de hecho se configura, la posibilidad de elección de la legislación aplicable, que puede ser diversa a la del país del tomador.

Desde luego en los organismos internacionales como la Organización Mundial del Comercio (OMC) o la Comisión para la Unificación del Derecho Mercantil de las Naciones Unidas (UNCITRAL) se ha venido analizando el tema, como también lo ha venido haciendo la Federación Interamericana de Empresas de Seguros<sup>6</sup> (FIDES); seguramente también esta materia esté incluida en las rondas bilaterales de negociación de Colombia con Estados Unidos.

Lo cierto, a mi modo de ver, es que allí hay un grande espacio jurídico por llenar que desborda las tradicionales nociones de la regulación de la actividad aseguradora, que la acerca a la tecnología y que requiere acierto en la identificación de los mecanismos de protección de los derechos de los asegurados, pues la libertad para acceder a las redes electrónicas supone libertad de contratación, vulneración de la jurisdicción geográfica de la ley de seguros de cada país y, en adición, la controversia sobre el papel de las industrias aseguradoras locales, en este último evento porque se resquebraja la noción de “soberanía” regulatoria y de supervisión.

Con la Ley 527 de 1999 se inicia en Colombia el curso legislativo del comercio electrónico. Dada la intensidad del desarrollo informático sus contenidos seguramente propiciarán nuevas regulaciones, en donde se evidencie la atención entre la creatividad de la informática y el resguardo de la actividad aseguradora, tanto desde la perspectiva del tomador como de los operadores.

---

6 Encuentro de Directores Ejecutivos de las Asociaciones Miembros de FIDES, Santa Fe de Bogotá, marzo del 2000. Particularmente útil el documento “Globalización e integración multilateral” allí presentado por Norberto J. PANTANALI.

El tomador en tal virtud requiere la provisión de información apta proveniente de las mismas redes, pues tanto en términos de producto específico como de mercado la protección del tomador comienza en la información que reciba.

## **2. MECANISMOS NO TRADICIONALES DE DISTRIBUCIÓN**

Para la comunidad asociada con la actividad aseguradora, como entidades aseguradoras e intermediarios de seguros, los lineamientos prácticos y jurídicos de la distribución han tenido una variación de importancia.

Así de la noción de auxiliares, luego de colaboradores<sup>7</sup> del empresario asegurador con la cual se inició el tratamiento doctrinario y jurídico de los intermediarios de seguros, se pasó a la noción de entes autónomos, independientes y regulados<sup>8</sup>, jurídicamente reflejo de una importancia particular frente al “dominio” del mercado de tomadores, y también por la irrupción de mecanismos novedosos de distribución de productos aseguradores como la Banca Seguros o el empleo de las redes de las entidades aseguradoras para la distribución de productos bancarios<sup>9</sup>. Ante el aparente neutro carácter del proveedor del servicio, la ausencia probable de intermediario, el tomador frente a tales nuevos mecanismos distribuidores de productos de las compañías de seguros demanda información y las redes que le contacten están obligados a su suministro.

La responsabilidad por el incumplimiento de esa información de suministro de información se pondera frente a las reales posibilidades de aprehender fuentes objetivas de información, tales como la transferencia que a la comunidad han de efectuar quienes procesan la información financiera de las entidades aseguradoras, sea por responsabilidad legal, sea por gestión profesional.

---

7 DONATI, Antigono. Los Seguros Privados. Librería Bosch, Barcelona, 1960.

8 Desde “La Recopilación de Leyes de los Reinos de la Indias”, como lo precisara Francisco SERQUEIRA.

9 RALA ESPARTEIRO BARROSO, María de Nazaré. Las Relaciones Banca-Seguros. Centro de Estudios del Seguro, Madrid, 1994.

Los mecanismos novedosos de distribución<sup>10</sup> de productos demandan unas herramientas de protección en beneficio del tomador, pues al igual que en el comercio electrónico aquí puede hablarse de una responsabilidad compartida entre la red financiera y la entidad aseguradora proveedora del servicio asegurativo. El ya advertido carácter neutro de la entidad financiera y la concurrencia de relaciones comerciales diferentes al seguro, junto con la posibilidad del empleo de redes electrónicas para acceder a tales servicios, pueden si bien no colocar en posición de desprotección al tomador sí pueden tener capacidad para diluir la responsabilidad o para sobreponerla entre los diferentes partícipes o incluso para pretender su negativa.

La protección del tomador entonces es hoy clara frente a los intermediarios de seguros tradicionales, pero requiere iniciar su desarrollo cuando se trata de los nuevos mecanismos de distribución, en los cuales por las circunstancias descritas es menos evidente la identificación del responsable, al paso que el tamaño del daño bien puede ser superior al irrogado en virtud de la gestión de un intermediario tradicional.

Frente a cualquiera de las tesis que se suelen aducir frente al principio rector de la gestión de los intermediarios de seguros, sea la de la especialización o sea la de la capacidad de distribuir en quienes tienen atribución para el ejercicio del comercio, es crucial frente al tomador un régimen de responsabilidad. Los criterios rectores de la actividad de la intermediación son ya también materia de debate, pues si bien tradicionalmente se ha entendido que en la distribución de los productos de las entidades aseguradoras prima el postulado de la especialización, también lo es que la inversión de tal principio que se empieza a dar con la banca seguros es aspecto conceptual de inquietud. En el caso colombiano la primera tesis es expuesta por la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>11</sup> y la segunda opción legalmente se consagra para la banca pensiones (artículo 287 de la ley 100 de 1993).

---

10 Luego de diversas vicisitudes en Colombia no existe duda sobre la legalidad de algunos novedosos mecanismos de distribución, sea la Banca Seguros sea la Banca Pensiones. Algo similar ocurre en España.

11 Sentencia del 28 de agosto de 1995, de la Sección Primera, que resolvió el primer debate judicial acerca de la legalidad de la denominada Bancaseguros.

### 3. MAYOR ACENTO FINANCIERO DE LOS SEGUROS

En el nuevo milenio la gestión de las entidades aseguradoras de vida tendrá tanto en el ahorro voluntario como en el obligatorio la continuidad de ampliación de su objeto social que supuso la administración privada, así sea parcial, de la seguridad social. Incluso podría afirmarse que dada la mayor longevidad de la población, el anticipo del ingreso al mercado laboral y posibles mejoras en la calidad de vida, sean operadores financieros y entidades aseguradoras de vida quienes concurren al mercado a disputar la gestión del ahorro, no solo del obligatorio sino ante todo del voluntario.

Así se vislumbra, por ejemplo, en Europa<sup>12</sup> donde los operadores del ahorro privado se han concentrado entre entidades aseguradoras y gestores de negocios de terceros.

El Derecho de Seguros frente a esa nueva modalidad de aseguramiento que combina elementos de seguros patrimoniales con los seguros de personas ha de contribuir al señalamiento de reglas que permitan un adecuado y profesional manejo de tales seguros. Así en Colombia el código del comercio puede ya resultar precario para atender la realidad que surge de este tipo de nuevo aseguramiento el cual imperceptiblemente va tomando vigencia.

Esa es una tendencia secuencial derivada de la gestión privada de la seguridad social. Ahora bien, a la seguridad social el Derecho de Seguros le ha aportado importante herramientas e igual le ha aprendido otras tantas, pero finalmente en torno al carácter obligatorio del ahorro previsional. El reto es el continente jurídico apto para regular los seguros asociados con el ahorro voluntario y, sin mayor compromiso con el pronóstico, es dable afirmar que esa será la siguiente pretensión de la regulación de la actividad aseguradora: comprender el mayor carácter

---

12 ...Es posible afirmar que la industria de seguros de vida y pensiones compite con el sistema bancario. Este hecho es una de las razones por las cuales el concepto de AFS (Assurance and Financial Services) han sido tan exitoso al combinar servicios financieros y de seguros en un solo producto (los llamados variable annuities o unitlinked products ...). WOLRATH Björn en "Fuerzas determinantes del desarrollo actual de los mercados financieros mundiales. El futuro de la industria aseguradora de vida" en "Pensiones, Ahorro y Mercado de Capitales", Bogotá, julio de 1997.



financiero de los seguros. Al aludir al carácter financiero se invoca desde luego la gestión de negocios por cuenta de terceros con su régimen de responsabilidad y su singular valoración de la culpa.

El carácter financiero de los seguros en la faceta de ahorro obligatorio ha acortado distancia entre lo público y lo privado dentro la actividad aseguradora.

Así hoy los aseguradores proveen servicios con anterioridad reservados con carácter exclusivo a operadores previsionales y al hacerlo están posiblemente propiciando la apertura o consolidación de la gestión combinada (seguro y producto financiero) del ahorro voluntario.

#### **4. SUPERVISIÓN Y CONTROL**

El tema de la supervisión y control de la actividad aseguradora reviste especial importancia. De un lado constituye parcialmente el marco regulatorio con referencia al cual los Estados desarrollan sus actividades de intervención en la actividad aseguradora y en esa medida la supervisión se erige en herramienta que complementa o limita la iniciativa empresarial pública o privada en materia aseguradora, al propio tiempo que procura disponer unas mínimas condiciones para el desarrollo de la actividad aseguradora mediante la adopción o el cotejo, según corresponda, de mediciones patrimoniales orientadas a preservar la confianza del público en los sistemas aseguradores.

En el último período se ha visto una marcada tendencia a adscribirle a las autoridades de supervisión funciones judiciales protectoras de derechos de tomadores, asegurados y beneficiarios, atribución ésta que si bien puede resultar plausible también lo es que puede desequilibrar las funciones legales de supervisión, al concentrar mayores y mejores esfuerzos en la tutela de derechos de tomadores y asegurados, con prescindencia del estímulo al surgimiento de mecanismos privados y alternativos de solución de conflictos<sup>13</sup>. Además esa atribución puede redundar en el quebranto de una función fundamental de resguardo de

---

13 JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. Solución Alternativa de conflictos en el seguro y en el reaseguro. Pontificia Universidad Javeriana, AIDA. Bogotá, 1998.

la confianza pública desde la perspectiva de la salud financiera del operador asegurador<sup>14</sup>.

Si bien con anterioridad el mayor o menor crecimiento en términos de mercado de las entidades aseguradoras suponía el mayor o menor grado de ingerencia de las autoridades de supervisión, por efecto de las sucesivas autorizaciones previas a la posibilidad de comercialización de productos de seguros, en la actualidad el paulatino pero no siempre intenso proceso de desmonte de tales esquemas de autorización previa implica que su sustituto: los criterios de medición patrimonial hayañ implicado una variación en las estructuras de los entes de supervisión.

El desarrollo futuro de la supervisión pasa también por la globalidad de sus herramientas, dada la presencia en diferentes jurisdicciones de aseguradores de diferente nacionalidad o con casas matrices establecidas también en diversos países y asumir esa multiplicidad puede ser reto de la supervisión<sup>15</sup>. De hecho la tendencia en la Comunidad Europea se advierte una tendencia de control respecto de conglomerados con prescindencia de las jurisdicciones en donde actúen o de manera independiente a su origen a condición del desarrollo de ciertas actividades en la propia jurisdicción.

Quizás alguno de los retos más sobresalientes que tiene la supervisión consiste en abordar de la mejor manera, tanto desde la perspectiva de los derechos de tomadores y asegurados como desde la muy trascendente de la protección de las industrias aseguradoras locales, las incidencias y las vicisitudes que supone el comercio electrónico que sobrepasa fronteras y límites geográficos de las diferentes legislaciones.

Así como en épocas precedentes la mayor o menos cobertura de las entidades aseguradoras se obtenía con recíproco carácter de control respecto de las redes de distribución tradicionales, puede dibujarse como

---

14 VENEGAS FRANCO, Alejandro. Algunas consideraciones sobre el derecho de seguros. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, número 315, noviembre de 1999, Bogotá.

15 En Colombia recientemente al abordar el tema de la "supervisión consolidada" la ley 510 de 1999 le amplía a la autoridad de supervisión algunas facultades para desarrollar sus actividades, mediante mecanismos de colaboración con entidades similares en otros países.

opción que el futuro será el de mayor control de las redes electrónicas, aspecto en el cual la supervisión y control tiene un significativo reto cual es de adecuar su estructura al desafío de la tecnología.

## **5. LIQUIDACIÓN DE ENTIDADES ASEGURADORAS**

Con la adopción de nuevos criterios de medición patrimonial respecto de la gestión de las entidades aseguradoras como el margen de solvencia cada vez es más frecuente la liquidación de entidades aseguradoras y allí se evidencia, en ocasiones con aflicción, la desprotección de tomadores de asegurados. Desde una perspectiva teórica la “facilidad de salida” es superior en la actualidad, como contrapartida de la libertad de acceso y como resultado del cotejo de la condición patrimonial.

La carencia de acceso de los tomadores de seguros a mecanismos reparadores similares al seguro de depósito existente para la actividad financiera, empieza a ser controvertido e inicia su curso la propuesta de enmienda en países como Francia<sup>16</sup>. El caso colombiano se inscribe parcialmente dentro de una incipiente tendencia de establecer mecanismos de protección a tomadores en los eventos de falencia patrimonial e intervención estatal como medida cautelar, como lo demuestran diferentes normas expedidas recientemente (decretos 606 de 1998 y ley 510 de 1999) en especial respecto de los recursos de la seguridad social, lo que complementa la ya antigua exclusión de la masa de los valores de cesión o de rescate en los seguros de vida, en caso de liquidación del asegurador.

En este aspecto debe destacarse que el debate conceptual sobre mecanismos de reparación para los tomadores de contratos de seguros expedidos por entidades aseguradoras con problemas patrimoniales debe darse ya, no solo por el costo social que tiene por el demérito de la noción de la actividad aseguradora, sino también como evidencia de la insuficiencia de la protección frente a los tomadores.

---

16 Así quedó explícito en la conferencia pronunciada por el profesor Jean BIGOT en el Foro Internacional organizado por Acoldece en abril de 1999.

Esa desprotección en el caso de liquidación de entidades aseguradoras tiene elementos adicionales de significación cuando se trata del comercio electrónico al cual se hizo alusión previamente, en el cual la ausencia de información o la tendenciosa provisión de ésta puede conducir a eventos plurales de operaciones irregulares.

Con todo, el inconcluso desarrollo de los mecanismos de seguro de depósito para los usuarios de las entidades financieras, las endémicas falencias públicas fiscales de nuestros países pero, ante todo, la precaria noción del carácter del tomador de seguros como un consumidor de un servicio o actividad de interés público, cuando media intervención del asegurador, hacen que si bien sea plausible el análisis de este tópico, pueda ser quimérico o inalcanzable en el corto plazo.

## **6. EL PROBLEMA DEL LARGO PLAZO EN LOS SEGUROS**

La vigencia de seguros por períodos muy largos se ha convertido en uno de los aspectos que mayor dificultad entraña al tomador, por sobrevinientes variaciones legislativas, por percepción del reasegurador que brinda su respaldo o, finalmente, de entorno.

En las concesiones y, en general, en los proyectos de infraestructura con participación privada el largo plazo es tema que puede militar en contra de la protección del tomador, pues la ausencia de respaldo proveniente del contrato de reaseguro o también la ausencia de coincidencia entre seguro y reaseguro en sus aspectos temporales hacen que el tomador advierta dificultades insalvables para garantizar sus obligaciones y, a su turno, que el Estado como concedente o promotor del proyecto, según sea la calidad en que actúe, pueda quedar desprotegido lo que, de suyo, es un conflictivo asunto a lo que se agrega su costo social.

El largo plazo también es aspecto de difícil ponderación en los seguros con componente financiero como el de renta vitalicia, en los cuales el compromiso por períodos amplios se enfrenta con variaciones imprevisibles que pueden afectar la suficiencia y holgura de las reservas que resguardan tales compromisos.

El largo plazo es, pues, motivo de inquietud para los tomadores y la perspectiva de su protección no necesariamente surge Derecho de Seguros sino que convoca otras disciplinas jurídicas.

Es tan palmaria la problemática del largo plazo en los seguros que UNCITRAL ha abordado el tema en diferentes oportunidades sin identificar una solución única<sup>17</sup>. En el caso de las concesiones y de los proyectos de infraestructura con participación privada, de ordinario asociado con las privatizaciones de activos estatales, la problemática del largo plazo se ha constituido en elemento impeditivo de su buen suceso, tanto así que en Colombia es uno de los temas de los cuales se tiene expectativa se renueve su regulación en el proyecto modificadorio del estatuto de contratación administrativa.

La dificultad surge fundamentalmente por el temor de los reaseguradores de asumir compromisos por tan largos períodos y por la capacidad de variación de los elementos del entorno. La solución planteada divide la cobertura en construcción y operación del respectivo proyecto y se entiende que así se inicia un principio de arreglo<sup>18</sup>.

En materia de seguros con componente financiero, en los cuales hay un compromiso referido a una tasa específica o a un promedio de mercado, sea ahorro obligatorio o voluntario, el largo plazo gravita también generando dificultades respecto del tomador y también frente a la entidad aseguradora. Esta cuestión que teóricamente debería resolverse bajo el expediente de la suficiencia de las reservas se enfrenta con las variaciones de la economía.

A manera de conclusión el largo plazo como fenómeno económico provoca dificultades jurídicas en el Derecho de Seguros, éste empieza a

---

17 “Un problema especial de los proyectos de infraestructura con financiación privada es el de la duración de las fianzas. La autoridad contratante puede tener interés en obtener fianzas de cumplimiento que sean válidas durante toda la vida de proyecto y cubran tanto la construcción como la etapa de explotación. Sin embargo, dada la larga duración de los proyectos de infraestructura y la dificultad de evaluar los diversos riesgos que, pueden surgir, puede resultar problemático para el fiador dar una fianza de cumplimiento para toda la duración del proyecto o bien obtener un reaseguro para sus obligaciones...” en Capítulo V del “Informe del Secretario General – Proyectos de infraestructura con financiación privada”, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 32 período de sesiones, 1999, Viena.

18 “Una posible solución, utilizada en algunos países, es exigir fianzas separadas para la etapa de construcción y de explotación, lo que permite evaluar mejor los riesgos y las perspectivas de reaseguro ...” *Ibidem.*

dar soluciones y es un reto desde la perspectiva de la protección de los derechos de los tomadores.

## **7. REASEGURO**

Puede ser reiterativo aludir a la importancia del reaseguro como servicio que resguarda responsabilidades de los aseguradores cedentes, que moviliza recursos económicos, que se entiende también como un mecanismo de integración comercial y jurídicamente formalmente autónomo de la relación de seguro.

Si bien el tomador suele ser independiente respecto de la relación de reaseguro, también lo es que hay una mayor capacidad de desestabilización de la actividad aseguradora proveniente del reaseguro que de cualquier otro aspecto. Por ello se advierte una tendencia de reorientar la política estatal en relación con el reaseguro, a partir de las recomendaciones de organismos multilaterales como la UNCTAD, que aprecian como evidencia una realidad económica, la del reaseguro de la cual depende preponderantemente la economía y la realidad del cedente.

Ello explica la disposición para que los Estados, con mayor severidad, aborden la problemática del reaseguro, comercio invisible de servicios entre profesionales que no reclama la protección de las partes que en el intervienen pero sí la verificación de su condición financiera, pues los conflictos suscitados son propios de mecanismos alternativos de solución.

Secuencialmente la responsabilidad del mediador de reaseguros deberá alcanzar el mismo nivel de desarrollo que tiene ya la responsabilidad del mediador de seguros pues aquel tiene esa misma capacidad de desestabilización que se le reconoce al reaseguro, desarrolla su función entre profesionales, al paso que el segundo tiene capacidad frente a tomadores, luego los espectros de responsabilidad son diferentes, así más sensible es el del intermediario de seguros pero más impactante o profundo el del intermediario de reaseguro.

## **8. CARÁCTER SOCIAL DEL DERECHO DE SEGUROS**

La colectivización del riesgo, el impacto tecnológico, el carácter y, ante todo, la protección jurídica de la seguridad social hace que se considere que no es libre aquel que tiene temores por la vejez o el desempleo.

El Derecho de Seguros aporta soluciones y herramientas frente a la colectivización del riesgo, bien sea por los sistemas ya probados como el obligatorio de accidentes de tránsito o por aquellos en curso como el de desempleo o por la condición probable de garante en las acciones populares, lo crucial allí es que el Derecho de Seguros, muy próximo a la economía, converge con ésta que también está pretendiendo identificar soluciones a tales problemas.

Como la sociedad del futuro suponemos será aún más de “masas” que la actual, lo colectivo y lo social tendrán cada vez mayor incidencia en las instituciones del Derecho de Seguros.

Lo colectivo y lo social resulta mucho más protector de los derechos de tomadores y asegurados, por automaticidad de las prestaciones, por fijación legal de diligencia y oportunidad de pago en la indemnización y por mecanismos de control públicos radicados en cabeza de la sociedad en beneficio de la cual se establece, mediante herramientas alternativas de solución de conflictos como las defensorías de asegurados o ligas de consumidores.

Ese reencuentro del Derecho de Seguros con ese acento social y colectivo ha tenido en el caso Colombiano su primera aproximación con los sistemas de seguros obligatorios y la participación en la gestión de la seguridad social. La transición conceptual en este aspecto pasa por la controversia acerca de la naturaleza de los recursos, la inversión de las relaciones de causalidad y la desjudicialización de las controversias.

## **9. LA INTERVENCIÓN ESTATAL**

La intervención estatal en la actividad aseguradora, que es parte fundamental de la disciplina del derecho público, se ha justificado siempre por la protección de asegurados.

Como parte de esa intervención se materializa en la supervisión, la reflexión que surge es identificar el tamaño del régimen de libertades de la actividad aseguradora, bien por que se trate de las condiciones de ejercicio de una actividad de interés público constitucional como sucede en el caso Colombiano, bien por que se trate de las fronteras hasta donde puede intervenir el Estado.

Así sea subrayar lo obvio, la tendencia en la última década fue la de diseñar un mercado presidido por la libertad de competencia, la autonomía de gestión del empresario y, de manera recíproca, un fortalecimiento de la capacidad de verificación financiera a los reguladores. Esa convergencia de elementos hacía parte de la concepción de la economía de mercado.

Pero ese régimen de libertades puede extinguirse o dosificarse si la gestión financiera conlleva descalabros que afecte a tomadores y asegurados, más si se evidencian jurídicamente, en los seguros masivos, condiciones abusivas que puedan alterar el postulado de libertad de pólizas y tarifas.

Quisiera destacar con ello que hay una relación estrecha entre el tamaño del régimen de libertades y la protección de tomadores y asegurados, de manera que un inadecuado ejercicio de aquel en detrimento de estos puede pendularmente provocar retorno a esquemas superados como el control material de pólizas y tarifas, con el argumento artificioso o real de la protección del tomador y ello sería paradójico pues el régimen de libertades se adoptó con el confesado propósito de crear un esquema normativo apto para su protección.

A manera de conclusión se tiene que es tal la multiplicidad de novedosas situaciones que se derivan del comercio electrónico en asocio con el empleo de nuevos mecanismos de distribución, que esa evidente y desafiante realidad comprende por igual a entidades de seguros, como a intermediarios y desde luego a tomadores. Algo similar sucede en relación con el carácter financiero de los seguros o con el desafío del largo plazo que como pocos aspectos genera todo tipo de preocupaciones y obstáculos. Son pues apostillas de reflexión.



# **La tutela judicial del crédito en el Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica: desde la perspectiva del proceso de ejecución, cautelar y monitorio<sup>1</sup>**

Darci Guimarães Ribeiro<sup>2</sup>

1. Antecedentes históricos
2. Líneas básicas
3. La tutela judicial del crédito en el Código Tipo desde el punto de vista de la ejecución provisional y definitiva.
  - 3.1. El crédito, la sentencia y su ejecución: apreciación histórica
  - 3.2. La ejecución provisional
  - 3.3. La tutela del crédito a través de la Ejecución definitiva
4. La preservación del crédito desde una perspectiva cautelar
5. La protección del crédito desde la óptica monitoria

---

1 Conferencia pronunciada en el curso de Doctorado de la Universidad Autónoma de Barcelona, en 27 de noviembre de 2001.

2 Abogado. Profesor de Derecho Procesal en la UNISINOS y PUC-RS en Brasil. Especialista y 'Master' en Derecho Procesal por la PUC-RS y Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona.

## 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El código procesal civil modelo para Iberoamérica, de aquí en adelante denominado simplemente 'Código Tipo' o 'Código Modelo'<sup>3</sup>, es resultado de la necesidad de un proceso de integración, que, como es sabido, se inicia en el campo económico para, posteriormente, evolucionar hacia las más variadas formas de integración político-institucional. Y Latinoamérica no podría estar alejada de este movimiento integracionista que se observa, principalmente, en el continente europeo.

En el campo jurídico, este fenómeno integracionista puede ser observado, dentro del Continente Latinoamericano, a través de los Tribunales de Justicia Supranacionales, especialmente el Tribunal del Pacto de Cartagena y el Tribunal de San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, fundado en Montevideo, en las 'Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal', realizadas en 1957, en homenaje a la memoria de Eduardo J. Couture, a partir de sus IV<sup>a</sup> Jornadas, realizadas en Caracas y Valencia, en 1967, empezó a trabajar en la preparación de 'Códigos Modelos' para el proceso civil y penal con alcance en todo el continente Latinoamericano. Solamente en las XI<sup>a</sup> Jornadas, realizadas en Río de Janeiro, en mayo de 1988, fue presentado y aprobado el Anteproyecto de Código Tipo para el proceso civil.

La relevancia de estos estudios, llevados a cabo principalmente por los Profs. VESCOVI y BIDART, culminó con la celebración de un Congreso Internacional, realizado en Roma, en septiembre de 1988, dedicado exclusivamente al análisis del 'Código Tipo de Proceso Civil para América Latina', cuyas conferencias se encuentran recogidas en el libro 'Un Codice Tipo di Procedura Civile per L'America Latina', Edit. Cedam, Padova, 1990.

---

3 Sobre la diferencia semántica entre estas dos expresiones, vid. BIDART, <Código-tipo y reforma del proceso en América Latina: entre derecho común o uniforme>, en *Un 'Codice Tipo' di Procedura Civile per L'America Latina*, Edit. Cedam, Padova, 1990, pág. 55.

## 2. LÍNEAS BÁSICAS

Este 'Código Modelo' encuentra sus líneas básicas, por un lado, en la exigencia social de mejora de la justicia latinoamericana, que, en cierto sentido, presenta instrumentos cada vez más inadecuados para alcanzar los resultados sociales deseables<sup>4</sup>, y por otro, en diversos factores, entre los cuales cabe destacar determinadas instituciones de origen compartida, además de factores geográficos e históricos comunes<sup>5</sup>.

La finalidad del 'Código Modelo' es servir, como lo hizo el Código de Bustamante en materia de Derecho Internacional, de base para futuras reformas procesales en el continente latinoamericano, es decir, no se trata de un texto que tenga la pretensión de imperar en ningún país en forma efectiva, sino solamente, como bien destaca VESCOVI, valer como "*un 'modelo' (o 'tipo') para contribuir al mejor trabajo de las reformas del Servicio de Justicia que prácticamente hoy proyectan todos los países del área*"<sup>6</sup>.

- 
- 4 De acuerdo con la acertada opinión de BIDART, la exigencia de cambiar puede ser justificada con base, esencialmente, en "*el 'alejamiento' cada vez mayor 'de la realidad', que no captan directamente ni las partes ni, principalmente, el juez*", <Código-tipo y reforma del proceso en América Latina: entre derecho común o uniforme>, en *Un 'Codice Tipo' di Procedura Civile per L'America Latina*, ob. cit., pág. 44. Como consecuencia directa de esta causa, el autor indica "*el tiempo inútilmente consumado, en la realización de actividades que, en definitiva, nada aportan al objeto del proceso y la prolongación indefinida de los trámites procesales; (...) la 'pluralidad de textos procesales'*", y la opción "*por un proceso ordinario y muy 'variados procesos especiales' que, en general, no responden a peculiaridades exigidas por la aplicación del procedimiento y establecen una confusión entre naturaleza del objeto procesal y forma del procedimiento*", <Código-tipo y reforma del proceso en América Latina: entre derecho común o uniforme>, ob. cit., págs. 44 y 45.
- 5 En este sentido, VESCOVI, <Interventi di saluto>, en *Un 'Codice Tipo' di Procedura Civile per L'America Latina*, ob. cit., pág. 5. El autor desarrolla mejor sus argumentos en su libro <Elementos para una Teoría General del Proceso Civil Latinoamericano>, Edit. UNAM, México, 1978. Para profundizar mejor en el estudio de los elementos tradicionales del proceso civil iberoamericano abarcados en el Código Tipo, vid. ORTELLS RAMOS, <Código tipo y reforma del proceso entre derecho común y derecho uniforme en América Latina>, en *Un 'Codice Tipo' di Procedura Civile per L'America Latina*, ob. cit., págs. 91 y ss.
- 6 <Interventi di saluto>, ob. cit., pág. 5. De igual modo es la opinión de los autores del 'Anteproyecto' de Código tipo, según la cual: "*el Código Modelo no tiene la pretensión de regir en ningún país en forma efectiva. Es solo lo que su nombre dice,*

Las principales directivas del Código Tipo pueden ser encontradas en las sólidas justificativas desarrolladas por BIDART, entre las cuales cabe destacar, por su generalidad, la *unidad o unificación*, que representa, según el autor, "*la finalidad principal perseguida con la redacción del Código-Tipo*"<sup>7</sup>.

---

*un 'modelo', que recoge múltiples instituciones comunes (con diferencia de nombres) y trata de introducir otras receptadas por el trabajo común de la doctrina y jurisprudencia iberoamericanas, especialmente*", <El código procesal civil modelo para Iberoamérica. Historia. Antecedentes. Exposición de motivos>, Edit. Secretaría General del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Montevideo, 1988, págs. 17 y 18. En el mismo sentido, BERIZONCE, cuando afirma que:

El Código-tipo pretende erigirse en un modelo paradigmático en el cual pueden espejarse las sentidas –y demoradas– transformaciones de los ordenamientos procesales de las naciones iberoamericanas; ha sido pergeñado, también, como instrumento eficiente para la 'integración jurídica del subcontinente y la necesaria cooperación judicial' que se persigue,

<Código-tipo y reforma del proceso en América Latina: entre el derecho común y el derecho uniforme>, en *Un 'Codice Tipo' di Procedura Civile per L'America Latina*, ob. cit., pág. 35. Así se expresan, también, entre otros, BIDART, <Código-tipo y reforma del proceso en América Latina: entre derecho común o uniforme>, ob. cit., pág. 56; ORTELLS RAMOS, <Código tipo y reforma del proceso entre derecho común y derecho uniforme en América Latina>, ob. cit., pág. 88; y FAIRÉN GUILLÉN, <La sistemática del proyectado código procesal civil>, en *XII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Edit. Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, págs. 785 y 786.

Sobre este particular, COSTANTINO afirma que:

Si trata, piuttosto, di porre in evidenza la scelte di valore sottese alla disciplina contenuta nell'Anteproeycto de código procesal para América latina', al fine di verificare in che misura esso consenta di enucleare e, quindi, di diffondere quei principi fondamentali, che fanno del processo civile uno strumento di attuazione della volontà concreta della legge, di realizzazione effettiva dei diritti soggettivi e, in questa prospettiva, di diffusione della democrazia,

<La disciplina dell'esecuzione forzata nel progetto di «codice tipo» di procedura civile per l'America Latina>, en *Un 'Codice Tipo' di Procedura Civile per L'America Latina*, ob. cit., pág. 304. Al respecto de los valores del proceso abarcados por el Código Tipo, vid. FAZZALARI, <Il codice tipo e i valori del processo>, en *Un 'Codice Tipo' di Procedura Civile per L'America Latina*, ob. cit., págs. 103 y ss.

7 <Código-tipo y reforma del proceso en América Latina: entre derecho común o uniforme>, ob. cit., pág. 57.

### 3. LA TUTELA JUDICIAL DEL CRÉDITO EN EL CÓDIGO TIPO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL Y DEFINITIVA.

#### 3.1. El crédito, la sentencia y su ejecución: apreciación histórica

Desde el derecho romano el crédito siempre estuvo ligado a la *obligatio*<sup>8</sup>, que a su vez siempre estuvo unida a la *actio in personam*<sup>9</sup>, y toda *actio*, originalmente, finalizaba con una *condemnatio* (con significa ‘unido a’, y *damnum* es igual a ‘perjuicio’, de ahí la palabra *condemnatio*

- 
- 8 Una de las definiciones más conocidas de *obligatio* es aquella descrita por JUSTINIANO en sus *Instituciones*, III, 13: “*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostra civitatis iura* (Obligación es un vínculo del derecho, por el cual somos compelidos a pagar alguna cosa, según las leyes de nuestra ciudad)”, (traducción de Ismael Calvo y Madroño), Edit. Góngora, Madrid, 1915, pág. 197. Para profundizar mejor en el estudio de la *obligatio* en el derecho romano, vid. BETTI, <La struttura dell’obbligazione romana e il problema della sua genesi>, Edit. Mercuri-Miconi, Camerino, 1919, págs. 2 y ss; BONFANTE, <Corso di diritto romano>, Edit. Guiffre, Milano, 1979, v. IV, págs. 17 y ss; SAVIGNY, <Le droit des obligations>, (traducción de T. Hippert), Edit. A. Durand & Pedone Lauriel, Paris, 1873, t. I, § 2º, págs. 6 y ss; y principalmente § 3º, págs. 11 y ss; y LANTELLA, <Note semantiche sulle definizioni di ‘obligatio’>, en *Studi in Onore di Giuseppe Grosso*, Edit. Giappichelli, Torino, 1971, v. IV, págs. 167 y ss.
- 9 Esta modalidad de acción y su vinculación con la *obligatio* es descrita por GAYO, en las *Inst.*, IV, 2: “*In personam actio est, qua agimus, quotiens ‘litigamus’ cum aliquo, qui nobis uel ex contractu uel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE* (Una acción es personal cuando reclamamos contra el que nos está obligado a causa de un contrato o de un delito; es decir, cuando pretendemos que DEBE DAR, HACER o PRESTAR)”, (traducción de Alvaro d’Ors y Pèrez-Peix), Edit. Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1943, pág. 167. En el mismo sentido, entre otros, IHERING, al decir: “*la de una ‘obligatio’ que se ha de perseguir por medio de una ‘actio in personam’*”, <El espíritu del derecho romano>, (traducción de Enrique Príncipe y Satorres), Edit. Comares, Granada, 1998, t. IV, § 64, pág. 925; SAVIGNY, cuando se refiere a la definición de Celso: *Actio est jus persequendi in iudicio quod sibi debetur*, afirma que: “*En esta definición se indica la característica de que ‘actio’ concierne sólo a las obligaciones*”, <Metodología jurídica>, (traducción de J. J. Santa-Pinter), Edit. Depalma, Buenos Aires, 1979, pág. 19; GROSSO, para quien existe un “*stretto rapporto tra l’obligatio’ e l’actio’*”, <Obbligazioni: contenuto e requisiti della prestazione, obbligazioni alternative e generiche>, Edit. Giappichelli, Torino, 1955, 2ª ed., pág. 5, y BETTI, <La struttura dell’obbligazione romana e il problema della sua genesi>, ob. cit., pág. 51.

que significa aquél que está unido al daño, aquél a quien le corresponde el daño)<sup>10</sup>.

- 10 En el periodo formulario, para llegar a la *condemnatio*, las partes deberían realizar antes un *pacto procesal ante testigos* denominado *litis contestatio* (*litis* es igual a litigio, y *con-testatio* es igual a 'con testigos', ya que, según IHERING, *testis* significa "el que asiste", <El espíritu del derecho romano>, ob. cit., t. I, § 13, pág. 115. De este modo, *litis contestatio* significa, de acuerdo con SCIALOJA, "invocar testigos para que certifiquen la existencia de la litis y el contenido de ella", <Procedimiento civil romano>, (traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin), Edit. Ejea, Buenos Aires, 1954, § 15, pág. 157), que era el punto culminante y la esencia misma de esta forma de procedimiento. Para ROYO, el pacto procesal (*litis contestatio*) incluía acuerdos sobre:

El juez que habría de dictaminar; la aceptación previa de la sentencia y la definición del asunto que enfrentara a las partes: la aportación de los datos en que cada uno apoyara la calidad de su poder sobre el asunto controvertido y sus implicaciones. Como consecuencia del acuerdo de las partes, el pretor habría de redactar un pequeño documento conocido como 'formula'. De ese documento se puede afirmar con seguridad que se trata de: a) una orden imperativa del pretor dirigida al elegido como juez mediante la que le ordena: - que actúe como juez en ese caso, - que condene o no a una de las partes en función de la investigación (prueba) de los hechos que subyacen al conflicto; b) un escrito cuya estructura sintáctica es igual a la de la norma abstracta; c) una norma substantiva para las partes en cuanto incluye las afirmaciones, excepciones y argumentos contradictorios incluidos en el acuerdo de la 'litis contestatio'; y d) una orden de condena o no, según un criterio alternativo: - sea a la devolución de cosa o a una actividad en favor de la otra parte (...), - sea al pago de una cantidad de dinero: o concreta, fijada previamente, o a concretar según apreciación del juez,

<Palabras con poder>, Edit. Marcial Pons y Universitat de Barcelona, 1997, cap. IV, págs. 96 y 97. Una vez realizado el pacto procesal ante testigos, el juez debía únicamente decir el derecho, pues, de acuerdo con la opinión de IHERING, "el juez del derecho antiguo no impone nada al demandado, no le da ninguna orden en nombre del Estado: no hace más que dar á las partes el auxilio de sus conocimientos jurídicos. El idioma ha expresado exactamente la relación que existe entre la acción del juez y la del demandante. El juez debe únicamente decir el derecho ('dicere'); de aquí su nombre de 'judex', y lo hace dando su consejo ('sententia')", <El espíritu del derecho romano>, ob. cit., t. I, § 15, pág. 137. Pues, según el autor, "la raíz 'dic' significa en latín, como en sánscrito y en griego (deicunmi), señalar, mostrar (por ejemplo, 'dicis causa, digitus, indicare'); 'dicere', decir, es mostrar verbalmente", <El espíritu del derecho romano>, ob. cit., t. I, § 14, pág. 129, nota 109. Para profundizar mejor en el estudio de la influencia de la *litis contestatio* en las diversas legislaciones, principalmente la española, vid. por todos, FAIRÉN GUILLÉN, <El juicio ordinario y los plenarios rápidos>, Edit. Bosch, Barcelona, 1953, principalmente págs. 35 y ss.

Cuando el *vinculum iuris* creado a través de la *obligatio* no era respetado, el acreedor se valía de la *actio in personam* para pedir al pretor la *condemnatio* del deudor a un *oportere*<sup>11</sup>, y acto seguido, en el caso en que no hubiera el cumplimiento espontáneo del deudor, ejecutaba privadamente su derecho; es decir, para que el acreedor realizara su derecho era necesario solamente una relación procesal. Pero, posteriormente, en la época de la *cognitio extra ordinem*, el acreedor que quería satisfacer su derecho contenido en una *sententia*, independientemente de la voluntad del deudor, debía valerse de una nueva *actio* denominada *iudicati*<sup>12</sup>, por lo que debía iniciar una nueva

11 De acuerdo con la opinión de GROSSO, el *vinculum iuris* “si presenta como espressione di una ‘necessitas’ di adempiere la prestazione, di un ‘oportere’, per cui in primo piano si dice che il debitore deve compiere la prestazione”, de ahí que “questo ‘oportere’ ha da essere un ‘prius’, a cui l’actio’ stessa fa richiamo”, <Obbligazioni: contenuto e requisiti della prestazione, obbligazioni alternative e generiche>, ob. cit., pág. 7.

12 De acuerdo con la opinión de BIONDI, en el periodo de la *cognitio* spunta el concepto di ejecución de la sentencia como atributo dell’autorità statale. La sentencia non contiene alcuna ‘obligatio’ a carico del reo, ma enuncia piuttosto un comando, la cui esecuzione è devoluta e trova il suo fondamento nello stesso potere che lo ha imposto. La esecuzione della sentenza non è più adempimento volontario di una ‘obligatio’ privata, ma bensì un compito dello Stato: il magistrato impone un determinato comportamento e provvede per la sua esecuzione,

<Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano>, en *Studi in Onore di Pietro Bonfante*, Edit. Fratelli Treves, Milano, 1930, v. IV, nº 25, pág. 77. De este modo, con “Giustiniano la ‘condemnatio’ ha per oggetto senz’altro la restituzione dello schiavo, e questa sentenza viene eseguita coattivamente dal giudice”, <Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano>, ob. cit., nº 29, pág. 84. En este periodo la *actio iudicati* asume la función de realizar coactivamente la sentencia, pues, según BIONDI,

l’actio iudicati’ nella sua funzione classica (che era quella di affermare in giudizio la ‘obligatio iudicati’) è scomparsa del tutto; sussiste invece nella compilazione, ed è menzionata ancora da Giustiniano, ma con altro contenuto: essa ha lo scopo di dare esecuzione coattiva alla sentenza; importa, in altri termini, l’esercizio di quei mezzi giuridici che la legge appresta al vincitore in giudizio per l’adempimento coattivo del giudicato,

<Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano>, ob. cit., nº 31, pág. 89. Para SCIALOJA, en la época de la *extra ordinem*: “De la sentencia nace la ‘actio iudicati’, dirigida a la ejecución de su contenido, esto es, de la condena; pues, naturalmente, en el caso de absolución no puede haber ‘actio iudicati’. La ‘actio iudicati’ es el medio de dar ejecución a la sentencia”, <Procedimiento civil romano>, ob. cit., § 57, pág. 414.

relación procesal con el fin de realizar coactivamente la sentencia, a través del *exsecutor*<sup>13</sup>. Aquí, el acreedor que quería satisfacer su derecho debía servirse de dos relaciones procesales distintas, sucesivas y complementarias.

Esta breve digresión histórica sirve para evidenciar la verdadera vocación de las pretensiones de crédito, es decir, con la proposición de una pretensión de condena el acreedor busca obtener una sentencia de condena, y a través de ella, la creación o constitución del *título ejecutivo*<sup>14</sup> que le confiere el derecho a una nueva pretensión, la ejecutiva<sup>15</sup>, y justamente por ello esta pretensión encuentra en el título ejecutivo su

---

13 Para BIONDI,

gli 'exsecutor' non sono altro che i comuni 'apparitores', cioè organi materiali di cui si avvale il magistrato nell'esercizio del suo potere di coercizione. (...) Nel processo 'extra ordinem' l'exsecutor diventa un organo stabile ed autonomo dell'amministrazione statale, che ha appunto la funzione di 'iudicatae rei vigorem ad effectum adducere', come attesta già Diocleziano (c. 8 C. 7, 53). Non è più dunque un esecutore di ordini, ma piuttosto un organo, che nella gerarchia imperiale occupa un grado piuttosto elevato, ed agisce in modo autonomo e indipendente in virtù della stessa attribuzione di poteri che la legge gli conferisce. Così, già in una costituzione di Costanzo, sono gli 'exsecutores' che procedono di propria iniziativa alla 'pignoris capio'. Non basta. L'exsecutor nel nuovo processo acquista carattere e funzioni giudiziarie, inquantochè è un organo che entro i limiti della sua funzioni ha una particolare giurisdizione,

<Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano>, ob. cit., n° 30, págs. 86 y 87.

14 Para profundizar mejor en el estudio de las diversas teorías sobre el título ejecutivo, vid. por todos MANDRIOLI, <L'azione esecutiva>, Edit. Giuffrè, Milano, 1955, n° 59 y ss, págs. 327 y ss.

15 Al respecto, afirma MOLARI, que

una volta individuati i cardini dell'esecuzione forzata nell'azione esecutiva, nel potere dell'organo esecutivo e nello stato di soggezione a questo dell'esecutato, il processo esecutivo va delineato come un rapporto processuale autonomo ed astratto dal rapporto sostanziale. Così come, in altri termini, l'azione esecutiva sussiste indipendentemente dal sussistere del rapporto sostanziale, correlativamente anche il potere dell'organo esecutivo di attuare gli atti esecutivi e la responsabilità, processualmente configurata come soggezione al potere esecutivo, prescindono dall'esistenza di un rapporto di debito-credito,

<La tutela penale della condanna civile>, Edit. Cedam, Padova, 1960, pág. 154.



presupuesto, ya que *nulla executio sine titulo*<sup>16</sup>. Esta es la razón por la cual la doctrina suele afirmar que “*la caratteristica della sentenza di condanna è trovata non tanto in quello che essa è, quanto in quello che essa prepara*”, en palabras de CALAMANDREI<sup>17</sup>. Por ello, la doctrina define la sentencia de condena más por sus *efectos* que por sus *características intrínsecas*<sup>18</sup>.

- 16 Nadie desconoce que la ejecución forzosa puede iniciarse con base en un título ejecutivo judicial o extrajudicial, en donde el primero es construido a través de una sentencia de condena, mientras que el segundo lo es privadamente entre las partes, y por consiguiente, sin la intervención judicial. Este privilegio de las partes en función del cual pueden crear títulos ejecutivos extrajudiciales, según RAMOS MÉNDEZ, “*está destinado a garantizar la seguridad del tráfico*”, pues, “*la seguridad del tráfico no está en el título realmente. La seguridad del tráfico está en que lleva aparejada ejecución, es decir, en la promesa de acción ejecutiva*”, <Los títulos ejecutivos: presente y futuro>, en Rev. Justicia, 1996, nº 3-4, pág. 489. Con una visión más restrictiva de los títulos ejecutivos extrajudiciales, el art. 520, de la LEC 1/2000, y con una visión bastante amplia de estos títulos, encontramos el art. 474, del C.P.C. italiano; y principalmente el art. 585, del C.P.C. brasileño.
- 17 <La condanna>, en *Opere Giuridiche*, Edit. Morano, Napoli, 1972, t. V, pág. 491. Al respecto, afirma acertadamente RAPISARDA, que
- la correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata è il frutto di una visione repressivistica di tale rimedio, che non può non porsi in contrasto con una tecnica di tutela, come quella inibitoria, che svolge una funzione preventiva anche nelle ipotesi in cui venga impiegata per impedire (non già la commissione, bensì) la ripetizione o la continuazione di una violazione in parte già commessa. La concezione della condanna come tutela repressiva esprime il punto di vista più diffuso tra la dottrina processualistica tradizionale,
- <Profili della tutela civile inibitoria>, Edit. Cedam, Padova, 1987, cap. V, nº 2, pág. 188.
- 18 En este sentido, entre otros, MANDRIOLI, cuando afirma que una sentencia “*è di 'condanna', quando, oltre ad accertare il diritto, accerta l'esigenza della sua ulteriore tutela mediante esecuzione forzata, nonché la sussistenza dei presupposti per far luogo a tale esecuzione forzata*”, <Corso di diritto processuale civile>, Edit. Giappichelli, Torino, 2000, v. I, § 68, pág. 245. En el derecho español, MONTERO AROCA asevera que: “*La sentencia de condena produce un doble efecto: es un título ejecutivo y, además, contiene una declaración irrevocable del derecho*”, <Derecho jurisdiccional>, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, v. I, Lección 18ª, pág. 305. Por ello, SATTA afirma que: “*Piuttosto, è il caso di notare che i risultati della nostra indagine escludono che si possa parlare di azione di condanna, almeno nello stesso senso nel quale si parla delle azioni di accertamento ecc. L'azione di condanna resta assorbita completamente dalla azione esecutiva, rispetto alla quale essa rappresenterebbe piuttosto un onere che un'azione, come abbiamo detto*”, <Premesse generali alla dottrina della esecuzione forzata>, en Riv. Dir. Proc., 1932, pág. 358.

### 3.2. La ejecución provisional dentro del Código Tipo

La ejecución provisional<sup>19</sup>, dentro del código tipo, esta regulada en los art. 230.1, 230.2 y 321.1-4. De acuerdo con la opinión de COSTANTINO: “*Non sembra, invece, che siano direttamente pertinenti con la problematica dei processi esecutivi le disposizioni contenute negli artt. 321.1, 321.2, (...). Poiché, come si è rilevato, non è dedotto nel titolo il diritto certo, ma è certo il diritto dedotto nel titolo, la previsione dell’art. 321.1 suscita perplessità*”<sup>20</sup>.

Son distintas las razones que pueden llevar al legislador a regular esta especie de ejecución. Podemos destacar, como ejemplo, dada su actualidad, los motivos utilizados por el legislador español para reglamentar esta materia, que están en el apartado XVI de la exposición de motivos, según los cuales:

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil representa una decidida opción por la confianza en la Administración de Justicia y por la importancia de su impartición en primera instancia y, de manera consecuente, considera provisionalmente ejecutables, con razonables temperamentos y excepciones, las sentencias de condena dictadas en ese grado jurisdiccional<sup>21</sup>.

Sobre la ejecución provisional, es conveniente resaltar, en línea general:

a) *La necesidad de iniciársela a instancia de parte*. Esta exigencia está prescrita en el art. 230.1, que dice: “*Las sentencias definitivas de*

19 Sobre este particular, FEDERICO CARPI escribe que: “*Per esecuzione provvisoria si intende l’anticipazione dell’efficacia esecutiva della sentenza o di altri provvedimenti giudiziali*”, <La provvisoria esecutorietà della sentenza>, Edit. Giuffrè, Milano, 1979, pág. 3. Pero, admite que “*di conseguenza l’esecuzione non è provvisoria, ma è basata su titolo provvisorio*”, <La provvisoria esecutorietà della sentenza>, pág. 6, razón por la cual la denominación del instituto, “*con maggior esattezza potrebbe essere sostituita da quella di esecutorietà o esecutività provvisoria*”, <La provvisoria esecutorietà della sentenza>, pág. 7.

20 <La disciplina dell’esecuzione forzata nel progetto di «codice tipo» di procedura civile per l’America Latina>, ob. cit., págs. 307 y 308.

21 Según la opinión de MONTERO AROCA, “*en general la ejecución provisional se regula por el legislador para evitar que los recursos sean usados con fines ajenos a los que le son propios*”, <El nuevo proceso civil>, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, cap. 31º, pág. 696.

*condena recurridas, podrán ser ejecutadas provisionalmente, siempre que la parte interesada así lo solicite dentro del plazo de seis días a contar del siguiente a su notificación, (...)*". Dentro del espíritu innovador y paradigmático a que se presta el Código Tipo, esta exigencia legal, *data venia*, no me parece la más acertada, ya que existe dentro de algunas legislaciones un avance más significativo sobre esta materia, es decir, la regla general es la de que toda sentencia de condena definitiva (esto es, no firme, de acuerdo con la terminología de la LEC 1/2000, contenida en el art. 207.1) es automáticamente ejecutable de forma provisional, sin necesidad de iniciársela a instancia de parte, como ocurre, *e. g.*, en el '*juizado especial*' de Brasil (art. 43 c/c el nº IV del art. 52, de la Ley 9.099, de 26.9.95).

b) *La necesidad del demandante caucionar.* También aquí el Código Tipo no atiende de forma satisfactoria los reclamos de la doctrina más actual, una vez que exige del demandante la prestación de caución, según art. 230.1. Utilizamos como ejemplo vanguardista, el art. 526 de la LEC 1/2000, según el cual:

Salvo en los casos a que se refiere el artículo anterior, quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia de condena dictada en primera instancia podrá, sin simultánea prestación de caución, pedir y obtener su ejecución provisional conforme a lo previsto en los artículos siguientes.

### **3.3. La tutela del crédito en el Código Tipo a través de la Ejecución Definitiva**

En virtud de la gran complejidad que comporta el análisis de un Proceso de Ejecución, nos limitaremos, por una cuestión de tiempo y finalidad, al examen de su estructura y algunos principios generales bajo los cuales se organiza el proceso ejecutivo en el Código Tipo.

a) La estructura del proceso ejecutivo es la misma del proceso monitorio<sup>22</sup>, es decir, el proceso ejecutivo tiene estructura monitoria, en la medida en que

---

22 Vid. *infra* nº 5.

presentada la demanda (acompañada, necesariamente, del título ejecutivo) el Tribunal realiza un examen preliminar de su admisibilidad y de fundabilidad; y, de concluir que se cumplen con los presupuestos exigibles, dicta inaudita altera parte, sentencia despachando ejecución, mandando trabar embargo y citar de excepciones al deudor. La eficacia del mandato de ejecución queda librada a la actitud que asuma el deudor: firmeza y consecuente ejecución, si no se oponen excepciones admisibles; no adquisición de esta firmeza y apertura de una etapa de cognición, si se oponen tales excepciones, debiéndose, entonces, estar a lo que se resuelva en la sentencia sobre el excepcionamiento, luego de la sustanciación del caso (art. 313.3 a 7)<sup>23</sup>.

Como puede ser observado, la opción realizada por el Código Tipo está basada en el principio de la singularidad o de la unidad procesal, según el cual la oposición debe plantearse dentro del propio proceso de ejecución y mediante acto que la habilite (notificación al ejecutado para que deduzca su defensa dentro de un plazo perentorio). Siguiendo la opinión de VESCOVI, “*es éste, sin duda, el punto más polémico*”<sup>24</sup>.

Existen sistemas en los cuales la oposición esta fuera de la ejecución, como en Portugal, donde la oposición no tiene efecto suspensivo, o como en Alemania, Francia y Italia, en que el efecto suspensivo depende de la discrecionalidad del juez<sup>25</sup>. En España, la regla general es que la oposición no suspende la ejecución, según art. 565.1, que dice: “Sólo se suspenderá la ejecución en los casos en que la Ley lo ordene de modo expreso, o así lo acuerden todas las partes personadas en la ejecución”<sup>26</sup>.

---

23 Exposición de motivos, <El código procesal civil modelo para Iberoamérica. Historia. Antecedentes. Exposición de motivos>, ob. cit., págs. 79 y 80.

24 <Proceso ejecutivo>, en *Un 'Codice Tipo' di Procedura Civile per L'America Latina*, ob. cit., pág. 294.

25 El derecho brasileño, que también adopta el régimen de ejecución pura, se caracteriza por la imposibilidad de abrir el contradictorio dentro de la misma relación jurídica, sino únicamente en otro juicio separado, es decir, el ejecutado sólo puede oponerse a la ejecución a través de una demanda impugnativa por separado, denominada ‘*embargos do devedor*’ (arts. 736 y ss del CPC), que sólo serán admitidos después de que el deudor ‘*segure o juízo*’ (art. 737 de CPC). De acuerdo con la ley, art. 739, § 1º, “*Os embargos serão sempre recebidos com efeito suspensivo*”.

26 Las excepciones legales a esta regla son: a) la pendencia de demanda de revisión o de rescisión de sentencia firme dictada en rebeldía (art. 566); b) situaciones concursales (art. 568); y c) prejudicialidad penal (art. 569).

A partir de ahí el Código Tipo se ha inclinado, de acuerdo con VESCOVI,

por la solución de la suspensión preceptiva (y consecuente trámite singular) no solamente por la razón teórica del respeto al debido proceso, sino también por la razón práctica de que, en los sistemas de la suspensión facultativa, el resultado es, en los hechos, el mismo; desde que por natural tendencia de los jueces a otorgar las máximas garantías, es muy difícil que frente a defensas serias y fundadas –como las que postulamos como únicas admisibles– no se disponga una tal suspensión<sup>27</sup>.

b) El Código tipo adopta el principio de la jurisdiccionalidad de la ejecución, según el cual la ejecución debe ser ordenada y dirigida, desde su inicio hasta su fin, por un juez<sup>28</sup>.

c) El principio de la unidad de competencia para la ejecución y la cognición fue acogido por el Código Tipo. Esto significa decir que el mismo juez que interviene en la ejecución es el que debe conocer de la eventual oposición del ejecutado. En algunos países del continente

---

27 <Proceso ejecutivo>, ob. cit., pág. 295.

28 Se inclina en sentido contrario RAMOS MÉNDEZ, cuando afirma, basado en la sobrecarga de servicio y el menor afecto que los Juzgados dispensan a ejecución, que “fuera útil considerar la introducción en el proceso de ejecución de ayudas externas. Podrían ser determinados profesionales, podrían ser órganos ‘ad hoc’, podría, en fin, simplemente requerir la colaboración de particulares en temas puntuales. No se trata de privatizar la ejecución. No se trata de abandonar el control judicial de la ejecución. Se trata de liberar al Juez de determinadas funciones que la práctica ha demostrado le es difícil cumplir y en la que otras soluciones de iniciativa privada compiten abiertamente y con éxito. Por ello no debemos aferrarnos a una absoluta judicialización de cualquier actividad instrumental de ejecución. Aparte de ser una entelequia y una denuncia de que muchos preceptos del Código son en la práctica letra muerta, hay que introducir algún criterio de eficacia material, sin merma de las garantías, que pueda realmente ayudar a la ejecución a dar un paso al frente”, <El proceso de ejecución en el anteproyecto de código procesal civil modelo para Iberoamérica>, en *Un ‘Codice Tipo’ di Procedura Civile per L’America Latina*, ob. cit., págs. 299 y 300. A estas razones, VESCOVI contesta afirmando que “el argumento del agobio de tareas de los jueces no es, en este sentido, válido para coonestar su reemplazo por funcionarios de otra categoría; si las actuales deficiencias se deben, en parte, a ese factor, debe procurarse se corrección por la vía apropiada y no por soluciones jurídicamente impropias”, <Proceso ejecutivo>, ob. cit., pág. 294.

europeo que acogen la ejecución pura, especialmente Francia y Alemania, la competencia relativa a la ejecución esta regulada con base en la naturaleza de los bienes, mientras que lo referente a la oposición, por reglas que corresponden a cognición.

d) Según VESCOVI, el Código Tipo también adopta

el principio de la unidad de competencia en la misma ejecución, conforme al cual esa competencia debe regularse, por los mismos principios generales (naturaleza, monto y lugar de cumplimiento de la prestación), de modo que cada título dé lugar a un solo proceso de ejecución, en vez de determinarse por la naturaleza de los bienes, como ocurre – salvo en Austria y Portugal – en la ejecución pura europea; con la consecuente posibilidad de múltiples ejecuciones para una misma prestación<sup>29</sup>.

e) También podemos destacar como principio moralizador de toda actividad ejercida dentro de la ejecución, la facultad que tiene el Tribunal, incluso *ex officio*, para imponer *astreintes* en cualquier etapa del proceso.

El Código Tipo regula estas ‘conminaciones económicas o personales’ en los arts. 320.1-3. Las conminaciones económicas una vez fijadas, según los criterios legales, “*pasarán a un Fondo Judicial*” (art. 320.2)<sup>30</sup>. Las conminaciones personales

consistirán en el traslado por la fuerza pública ante el Tribunal de los encargados judiciales, incluso testigos, que no concurren espontáneamente una vez convocados; en el arresto, que no podrá exceder de 48 horas, en los casos que expresamente fije la ley y para logra la entrega de elementos necesarios para la ejecución dispuesta en la respectiva etapa del proceso (art. 320.3).

---

29 <Proceso ejecutivo>, ob. cit., pág. 294.

30 Lo mismo ocurre en el sistema alemán, a diferencia del sistema francés. Al respecto vid. CHIARLONI, <Misure coercitive e tutela dei diritti>, Edit. Giuffrè, Milano, 1980, pág. 90; y R. GOLDSCHMIDT, <Las *astreintes*, las sanciones por contempt of court y otros medios para conseguir el cumplimiento de las obligaciones de hacer o de no hacer>, en *Scritti Giuridichi in Onore della Cedam*, Edit. Cedam, Padova, 1953, v. I, pág. 72.

#### 4. LA PRESERVACIÓN DEL CRÉDITO EN EL CÓDIGO TIPO DESDE UNA PERSPECTIVA CAUTELAR

El Código Tipo designa, en el Título II, del Libro II, ocho artículos para regular el '*Proceso Cautelar*', arts. 274 a 281. De acuerdo con la opinión de los autores del Código, expresada en la exposición de motivos, "*en la regulación de este proceso, se han seguido las orientaciones de los más modernos Códigos del área o la de aquellos que les han servido de modelo*"<sup>31</sup>, entre los cuales cabe citar, por su avance en esta materia, el código brasileño. Sobre este particular, es conveniente señalar que el código brasileño es el único que dedica al Proceso Cautelar un Libro propio, al lado de los de Conocimiento y Ejecución.

En líneas generales, podemos destacar, en materia cautelar, como puntos positivos para la protección del crédito:

a) *La amplitud de la tutela*. La tutela cautelar en el Código Tipo es concebida con amplitud<sup>32</sup>, en la medida en que, por un lado, prevé la posibilidad de medidas indeterminadas, art. 279, que dice:

El Tribunal podrá disponer las medidas que estime indispensables, entre otras, la prohibición de innovar, la anotación preventiva de la 'litis', los embargos o secuestros, la designación de veedor o auditor, la de interventor a cualquier otra idónea que tienda a cumplir la finalidad cautelar,

y por otro, no se limita a las tradicionales formas meramente asegurativas, permitiendo a la parte solicitar la anticipación de los efectos finales de la sentencia, art. 280, que establece:

Fuera de los casos regulados en los artículos anteriores podrá el Tribunal adoptar las medidas provisionales y anticipativas que juzgue adecuadas para evitar que se cause a la parte, antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo<sup>33</sup>.

---

31 <El código procesal civil modelo para Iberoamérica. Historia. Antecedentes. Exposición de motivos>, ob. cit., pág. 77.

32 En igual sentido, ORTELLS RAMOS, <Código tipo y reforma del proceso entre derecho común y derecho uniforme en América Latina>, ob. cit., pág. 95.

33 Esta influencia ha permitido especialmente en Argentina que se desarrollen formas de tutela más allá de las cautelares o anticipadas, son las denominadas '*medidas*

Además, como resalta el art. 274: “Las medidas cautelares podrán adoptarse en cualquier proceso tanto contencioso como voluntario”, y también: “Se adoptarán en cualquier estado de la causa e incluso como diligencia preliminar de la misma. (...)”<sup>34</sup>.

b) La posibilidad del juez, en los casos autorizados por ley, acordarlas de oficio. Esta posibilidad está prevista en el art. 274.3, que dice: “Las medidas cautelares se decretarán siempre a petición de parte, salvo que la ley autorice a disponerlas de oficio, y se adoptarán bajo la responsabilidad de quien las solicite”<sup>35</sup>.

c) La facultad del tribunal, no sólo para modificar la medida solicitada por la parte, haciéndola menos gravosa, sino también para reformar la decisión ya adoptada. Esta elección está concretada en el nº 4 del art. 276, que permite al Tribunal “disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada, siguiéndose en el caso de la petición y para su sustanciación, el procedimiento de los incidentes”.

Y como puntos negativos, básicamente:

a) La exigencia, como regla general, de la caución para el solicitante de la medida. El nº 5 del art. 276, establece para el Tribunal la obligación

---

*autosatisfactivas*’. Para profundizar mejor en el estudio de estas medidas, consultar en el derecho español PICÓ Y JUNOY, <De las medidas cautelares a las medidas autosatisfactivas ¿un avance del derecho procesal?>, en La Ley, nº 5393, de 10 de octubre de 2001, págs. 1 y ss.

34 Al respecto, el art. 796 del CPC brasileño, que es de 1973, ya decía: “O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”. Esta posibilidad también está prevista, si bien de forma menos perfecta, en el art. 730, de la LEC 1/2000.

35 A este respecto, el art. 797 del CPC brasileño, que ciertamente sirvió de inspiración para los autores del Código Tipo, prevé que: “Só em casos excepcionais expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes”. De acuerdo con la opinión de OVÍDIO B. DA SILVA, las medidas contenidas en este artículo “são simples ‘medidas cautelares’, sem conteúdo de ação, decretáveis sempre no curso de outro processo”, <Do processo cautelar>, Edit. Forense, Rio de Janeiro, 1998, 2ª ed., págs. 94 y 95. En sentido contrario, el art. 721.2 de la LEC 1/2000, dispone que: “Las medidas cautelares previstas en este Título no podrán en ningún caso ser acordadas de oficio por el Tribunal, sin perjuicio de lo que disponga para los procesos especiales. Tampoco podrá éste acordar medidas más gravosas que las solicitadas”.



de “exigir la prestación de contracautela, salvo el caso excepcional de que existan motivos fundados para eximir de ella al peticionario”<sup>36</sup>. En nuestra opinión, creemos que esta exigencia legal, con carácter general, no atiende, de forma satisfactoria, a los objetivos pretendidos por los autores del citado Código, pues, si el juez recibe amplios poderes de dirección del proceso<sup>37</sup>, como se ve en el art. 33, no es admisible que no le sea permitido valorar, delante del caso concreto, sobre la necesidad o no de la caución. Imagínese la hipótesis, bastante común, en que el solicitante de la tutela cautelar demuestre, de forma sobrada, la verosimilitud de su alegado derecho, es decir, realice una prueba documental hartamente convincente capaz de reducir al mínimo, por un lado, las posibilidades de éxito del demandado, y por otro, su posibilidad de sufrir un daño, y aún así el juez debe exigirle la caución<sup>38</sup>. Esto equivale decir que el juez no puede sopesar las probabilidades opuestas para precisar adecuadamente, delante del caso concreto, cual es la verdadera necesidad de la caución. De ahí que para nosotros, la necesidad de la caución debe ser basada en un criterio judicial y no legal, como correctamente destaca el art. 804 del CPC brasileño<sup>39</sup>.

b) La utilización de la expresión ‘*medidas cautelares*’ en vez de ‘*tutela cautelar*’. Esta opción demuestra la falta de precisión conceptual

---

36 En términos similares, el art. 728.3 de la LEC 1/2000, cuando dispone que: “*Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado*”. Para profundizar mejor en el estudio de la caución en la nueva LEC 1/ 2000, vid. ORTELLS RAMOS, <Las medidas cautelares>, Edit. La Ley, 2000, cap. III, nº 8, págs. 184 a 210.

37 De acuerdo con la exposición de motivos, esta postura representa una de las principales directivas del Código Tipo, <El código procesal civil modelo para Iberoamérica. Historia. Antecedentes. Exposición de motivos>, ob. cit., págs. 49 y ss.

38 Al respecto, vid. CALAMANDREI, <Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares>, (traducción de Santiago Sentís Melendo), Edit. Bibliográfica Argentina, 1945, nº 16, págs. 63 y ss.

39 Así, “É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer”.

de los autores pudiendo producir, para utilizar las palabras de ORTELLS RAMOS, “*desviaciones de la utilización de la tutela cautelar*”<sup>40</sup>.

Hay una distinción conceptual bastante grande entre las expresiones ‘*tutela cautelar*’, ‘*proceso cautelar*’, ‘*acción cautelar*’ y ‘*medidas cautelares*’. Cuando hablamos de ‘*tutela cautelar*’ nos estamos refiriendo a un derecho sustancial de cautela, que es diverso de la expresión ‘*proceso cautelar*’ que sirve para designar el instrumento utilizado por la parte para hacer valer en juicio su derecho sustancial de cautela, que, todavía, tampoco puede ser confundido con la ‘*acción cautelar*’ o demanda cautelar que es, según FAIRÉN GUILLEN, “*el derecho a excitar la actividad jurisdiccional del Estado; se trataría de un derecho público y subjetivo procesal*”<sup>41</sup>, es decir, se trata de un derecho constitucional de petición, que también no puede ser confundido con una ‘*medida cautelar*’, comúnmente llamada por la doctrina de ‘*poder genérico de cautela*’ que puede ser entendida, conforme las conocidas palabras de CALAMANDREI, como un poder de ‘*policía judicial*’ que el juez tiene dentro del proceso, es decir, como un grupo de poderes que el juez ejerce para disciplinar la buena marcha del proceso, preservándole de todos los posibles inconvenientes que puedan perjudicarle la función y utilidad de su resultado<sup>42</sup>. Ese *poder general de cautela* presenta una naturaleza discrecional, como todo acto de juzgar<sup>43</sup>, que no significa arbitrariedad,

---

40 <Las Medidas Cautelares. Análisis Crítico del Borrador de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil>, en *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, Murcia, 1997, pág. 535.

41 <Doctrina General del Derecho Procesal>, Edit. Bosch, 1990, págs. 81 y 82.

42 Sobre este particular, CALAMANDREI afirma acertadamente que:

La misma se dirige, pues, como las providencias que el derecho inglés comprende bajo la denominación de ‘Contempt of Court’, a salvaguardar el ‘imperium iudicis’, o sea a impedir que la soberanía del Estado, en su más alta expresión que es la de la justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal, una vana ostentación de lentos mecanismos destinados, como los guardias de la ópera bufa, a llegar siempre demasiado tarde. Las medidas cautelares se disponen, más que en interés de los individuos, en interés de la administración de justicia, de la que garantizan el buen funcionamiento y también, se podría decir, el buen nombre,

<Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares>, ob. cit., nº 46, pág. 140.

43 En ese sentido KARL ENGLISH, <Introdução ao Pensamento Jurídico>, (traducción de J. Batista Machado), Edit. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988, 6ª ed.,

puesto que hay una libertad para escoger y determinar dentro de los límites de la ley. Estas '*medidas cautelares*', sin contenido de acción, son invariablemente *incidentales*, junto a la demanda principal y jamás preparatoria, es decir, antes de la demanda. Este compromiso también se refleja en la autonomía de estas medidas:

c) La falta de sistematización de la '*Tutela Anticipatoria*'. Si la finalidad principal del Código Tipo es servir de 'guía' para las futuras reformas procesales en el Continente Americano, no nos parece que pueda cumplir, satisfactoriamente, con este objetivo, dando las espaldas a la doctrina más actualizada, una vez que esta ya realiza una clara diferencia entre las diversas formas de tutela de urgencia<sup>44</sup>. Como ejemplo

---

pág. 222. También FORSTHOFF define el poder discrecional como «um espaço de liberdade para a acção e para a resolução, a escolha entre várias espécies de conduta igualmente possíveis (...) O direito positivo não dá a qualquer destas espécies de conduta preferência sobre as outras», apud Karl English, ob. cit., pág. 217. A este respecto, consultar lo que escribí en <Provas atípicas>, Edit. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1998, nº 2.3, págs. 66 y 67.

44 Al respecto, merece destacarse, por su claridad, el art. 273 del CPC brasileño, que fue introducido por la Ley 8.952, de 13.12.1994 y regula la tutela anticipatoria:

O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. § 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. § 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. § 3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588. § 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

Sobre el alcance de esta forma de tutela de urgencia, vid. los trabajos monográficos de MARINONI, <A Antecipação da tutela>, Edit. Malheiros, São Paulo, 2000, 6ª ed., págs. 35 y ss.; ZAVASCKI, <Antecipação da tutela>, Edit. Saraiva, São Paulo, 2000, 2ª ed., págs. 72 y ss.; BEDAQUE, <Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)>, Edit. Malheiros, São Paulo, 1998, cap. VI, págs. 274 y ss.; CARREIRA ALVIM, <Tutela antecipada na Reforma Processual>, Edit. Juruá, Curitiba, 1999, 2ª ed., págs. 35 y ss.; FRIEDE, <Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar>, Edit. Del Rey, Belo Horizonte, 1999, 5ª ed., págs. 25 y ss.; GUSMÃO CARNEIRO, <Da antecipação de tutela no processo civil>, Edit. Forense, Rio de Janeiro, 1999, 2ª ed., págs. 15 y ss.; GUERRA, <Estudos sobre o processo

basta citar la conocida distinción realizada por CARPI entre 'tutela cautelar', 'tutela interinal', y 'tutela anticipada'<sup>45</sup>.

## 5. LA PROTECCIÓN DEL CRÉDITO EN EL CÓDIGO TIPO DESDE LA ÓPTICA MONITORIA

De acuerdo con la opinión de VESCOVI,

la necesidad de encontrar fórmulas más ágiles de ejecutar los documentos de crédito, en general los papeles de comercio, diversas de las que el proceso ordinario (o aún el sumario) propiciaba en un sistema judicial caracterizado por la lentitud e ineficacia<sup>46</sup>,

hizo que surgiera la estructura monitoria, y no el proceso monitorio como quiere el autor, una vez que el clásico proceso monitorio sirve, exclusivamente, para crear, de forma más rápida, el título ejecutivo y no ejecutarlo. Por ello, RAMOS MÉNDEZ afirma correctamente que: "El proceso monitorio clásico se distingue claramente del proceso ejecutivo, pues éste empieza donde el otro acaba"<sup>47</sup>.

La importancia de la estructura monitoria, y nótese que no hablo de proceso monitorio, puede ser percibida tanto en la exposición de motivos del Código Tipo, cuando dice que

---

cautelar>, Edit. Malheiros, São Paulo, 1997, págs. 81 y ss.; DINAMARCO, <A reforma do Código de Processo Civil>, Edit. Malheiros, São Paulo, 1995, págs. 138 y ss.; y los trabajos en los obras colectivas de OVÍDIO B. DA SILVA, <A antecipação da tutela na recente reforma processual>, en *A reforma do Código de Processo Civil*, obra coordinada por Sálvio de Figueiredo Teixeira, Edit. Saraiva, São Paulo, 1996, págs. 129 a 142; y FABRICIO, <Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares>, en *Inovações do Código de Processo Civil*, obra coordinada por José Carlos Teixeira Giorgis, Edit. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1996, págs. 20 y ss. De igual modo, me remito al más de medio centenar de estudios reseñados por THEOTONIO NEGRÃO, en su obra: *Código de Processo Civil*, 30ª edic., Edit. Saraiva, São Paulo, 1999, págs. 334 a 336.

45 <La tutela d'urgenza fra cautela, sentenza aticipata e giudizio di merito>, en *La Tutela d'Urgenza*. Edit. Maggioli, Rimini, 1985, págs. 57 y ss.

46 <Proceso ejecutivo>, ob. cit., págs. 287y 288.

47 <El proceso de ejecución en el anteproyecto de código procesal civil modelo para Iberoamérica>, ob. cit., pág. 297.

la estructura monitoria, se propone no sólo para la ejecución de los títulos extrajudiciales (títulos ejecutivos) sino también para los judiciales (sentencias). Y no sólo para este juicio, sino para varios otros que pueden adoptar, con ventajas, esa estructura, (...)»<sup>48</sup>,

como en el art. 311, que establece:

El proceso de estructura monitoria se aplicará en los casos especialmente previstos por la ley y además en los siguientes procesos: 1) ejecutivos; 2) desahucio o desalojos; 3) entrega de la cosa; 4) entrega efectiva de la herencia; 5) resolución por falta de pago o escrituración judicial de promesas inscriptas en los respectivos registros (compra-venta de inmueble o de establecimiento o de empresa comercial o de unidad en propiedad horizontal).

Atendiendo a la opinión de la doctrina más autorizada<sup>49</sup>, el Código Tipo dispone el proceso monitorio, correctamente, dentro del Libro II, Título IV, que pertenece al '*Proceso de Conocimiento*'.

A través del presupuesto contenido en el art. 312.1, que establece: "En todos los casos se requerirá documento auténtico o autenticado judicialmente en la etapa preliminar respectiva", podemos percibir que el Código Tipo adopta el proceso monitorio documental en detrimento del monitorio 'puro'. Pero, no el monitorio documental existente en Italia, ya que en este país es demasiado amplia la admisión de la prueba escrita<sup>50</sup>. Por eso, destaca VESCOVI,

preferimos el sistema propuesto, que se funda en prueba escrita calificada, en cada caso, por la ley, la que además, permite adoptar de modo inmediato medidas de seguridad (embargo ejecutivo) y en el

---

48 <El código procesal civil modelo para Iberoamérica. Historia. Antecedentes. Exposición de motivos>, ob. cit., pág. 46. VESCOVI, que es uno de los autores del Código Tipo, también repite esta idea cuando afirma que "*nos pronunciamos por darle al proceso ejecutivo una estructura monitoria*", <Proceso ejecutivo>, ob. cit., pág. 291.

49 Al respecto, vid. la excelente monografía de CORREA DELCASSO, <El proceso monitorio>, Edit. Bosch, Barcelona, 1998.

50 En igual sentido, VESCOVI, <Proceso ejecutivo>, ob. cit., pág. 291.

que la oposición se formaliza mediante excepciones resueltas en el mismo proceso<sup>51</sup>.

Dentro de las diversas características del proceso monitorio existente en el Código Tipo, podemos destacar como las más significativas, además de las anteriormente citadas:

a) *La limitación de la cognición*, en la medida en que la exposición de motivos del propio Código afirma que se ha establecido ésta limitación “al preceptuarse que sólo podrán oponerse las excepciones taxativamente enumeradas por las leyes especiales propias de cada tipo de título ejecutivo y el rechazo de plano de las inadmisibles; por lo que el proceso es verdaderamente sumario (art. 313-4)”<sup>52</sup>.

---

51 <Proceso ejecutivo>, ob. cit., pág. 291. Siguiendo la opinión autorizada de CORREA DELCASSO, podemos decir que en España el proceso monitorio

recoge fundamentalmente la filosofía del modelo alemán (incorporando, eso sí, el requisito de la documentalidad en aras de una mayor seguridad jurídica), configurando una oposición amplia y abierta que se tramita por los cauces del declarativo ordinario correspondiente por razón de la cuantía y que ‘se sustituye’ – como diría CALAMANDREI – al mandato o requerimiento de pago dictado por el juez”, con lo que “el documento que se aporta junto con el escrito de petición inicial no constituye más que un simple ‘principio de prueba’ que corresponde valorar al juez en cada caso y que sólo a él y a nadie más ha de convencer en un primer momento,

<El proceso monitorio de la nueva ley de enjuiciamiento civil>, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 127 y 128. De forma más amplia es el sistema brasileño, en la medida en que el art. 1.102a del CPC prevé: “*A ação monitoria compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel*”. En el sistema español, según resalta CORREA DELCASSO, “*la Ley circunscribe el ámbito de este proceso única y exclusivamente a la reclamación de deudas dinerarias, excluyendo por consiguiente de sus causas la reclamación de deudas fungibles, la entrega de bienes o incluso el ejercicio de una acción constitutiva o mero-declarativa, también ejercitables a través del proceso monitorio en opinión de un ilustre autor*”, <El proceso monitorio de la nueva ley de enjuiciamiento civil>, ob. cit., págs. 61 y 62. El ilustre autor a que se refiere el procesalista español es Calamandrei, que expone su opinión en <El procedimiento monitorio>, (traducción de Santiago Sentís Melendo), Edit. Ejea, Buenos Aires, 1954, pág. 28.

52 <El código procesal civil modelo para Iberoamérica. Historia. Antecedentes. Exposición de motivos>, ob. cit., pág. 80.

b) *La introducción de una audiencia oral independientemente de existir o no excepción del demandado*, según prevé el art. 313.6: “Si no se oponen excepciones u opuestas las mismas y una vez contestadas o vencido el plazo para hacerlo, el Tribunal convocará a audiencias”. La convocatoria para esta audiencia oral, de acuerdo con la exposición de motivos del citado Código,

en el caso de haberse opuesto excepciones, es similar al de la audiencia preliminar y complementaria de prueba del proceso ordinario; en el caso de no haberse opuesto excepciones, el objeto de la audiencia es concertar los medios para el cumplimiento del mandado de ejecución<sup>53</sup>.

c) *La limitación de apelabilidad* a los casos expresamente previstos en el art. 314.1.

d) *La admisión de la vía del juicio ordinario posterior* como medio de revisión de lo decidido en el proceso ejecutivo, según el art. 315, que establece:

Dentro de los seis meses de cumplida o ejecutada totalmente la sentencia, cabrá el proceso ordinario de revisión de lo decidido en el proceso ejecutivo, el cual se tramitará ante el mismo Tribunal que entendió en la primera instancia del referido proceso<sup>54</sup>.

---

53 <El código procesal civil modelo para Iberoamérica. Historia. Antecedentes. Exposición de motivos>, ob. cit., pág. 80.

54 Sobre este particular, merece destaque las justificativas llevadas a cabo por parte de la comisión redactora del Código Tipo, una vez que entre los miembros del Instituto Iberoamericano no existió una coincidencia cuanto a la necesidad de esta vía impugnativa. Por ello,

la comisión redactora entendió conveniente regular la garantía que supone el juicio ordinario posterior revisivo del ejecutivo; especialmente justificado, en el caso, por haberse establecido una limitación a las excepciones admisibles y ser necesario acordar al deudor la debida oportunidad procesal para plantear, en otro proceso, las defensas que no le fueron admitidas en el ejecutivo. Igualmente y por entender conveniente esperar al resultado del proceso ejecutivo para habilitar el planteo del proceso ordinario posterior, se determinó el momento preciso, a partir del cual se puede promover este último, estableciéndose, además, un plazo de caducidad para su proposición,

<El código procesal civil modelo para Iberoamérica. Historia. Antecedentes. Exposición de motivos>, ob. cit., págs. 80 y 81.

Por último, quisiera destacar, como punto negativo, la confusión existente en el Código Tipo entre estructura monitoria y proceso monitorio, anteriormente analizados.

Y antes de finalizar, quisiera agradecer al Prof. Dr. Manuel Cachón, Catedrático de esta Universidad, la invitación para ministrar esta conferencia en este insigne Curso de Doctorado, donde podemos encontrar personas de los más distintos países. Muchas gracias.



## Sección bibliográfica

Desde la fecha de nuestra última entrega, hacemos referencia a la aparición de las siguientes obras vinculadas al Derecho:

### **OBRAS ORDINARIAS**

**1-58: Autores varios.** (Albornoz, Jorge; Badell M., Rafael; Barnola Quintero, José P., Baroni Uzcàtegui, Ricardo y otros) LIBRO HOMENAJE A JOSE ANDRES FUENMAYOR GARCIA: NUEVOS ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Colección Libros Homenajes, No. Ocho (8) Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia, Editor responsable, Dr. Fernando Parra A, Isbn 980-07-8460-8 Venezuela, 2002, 2 Volúmenes, 784 y 628 páginas, tomos I y II, respectivamente.

Constituye esta publicación un merecido homenaje al Profesor José A. Fuenmayor, de larga y noble trayectoria en la Universidad Central, coautor de los trabajos para la Reforma del vigente Código de Procedimiento Civil, y rutilante y novedoso escritor y conferencista en diversas publicaciones y eventos.

El primer tomo de la obra, contiene 22 trabajos de profesores nacionales y extranjeros, sobre variados temas referidos al derecho Procesal, fundamentalmente del Procesal Civil, pero por igual de Procesal Constitucional y Procesal Judicial.

Jorge Albornoz, analiza la Jurisdicción Internacional y su prorroga en la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana; Rafael Badell M, estudia las Competencias de la Sala Constitucional, José P. Barnola Q presenta una interesante visión sobre la Oposición al embargo por Terceros; Ricardo Baroni U, lo hace sobre Cosa Juzgada, encrucijada entre la Justicia y la Seguridad Jurídica”.

El Dr. Ricardo Henríquez La Roche hace un interesante estudio sobre” una posible reforma para el Proceso Civil”, y Miguel Ciuro Caldani, analiza “Las bases culturales de los desafíos del proceso en la internacionalidad de nuestro tiempo”

Alberto Baumeister T, consigna su opinión sobre el nuevo procedimiento judicial para imposición de servidumbres coactivas especiales para el paso de conductores eléctricos, conforme a la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico.

Sobre Procesal Constitucional presentan sus estudios, Alberto Blanco –Uribe Quintero, al referirse a la Constitución Material y Amparo: especial referencia al derecho del respeto de la cosa decidida; Adán Febres se refiere a la Revisión Constitucional, y Alejandra León P y Guido Garbati G. lo hacen sobre Jurisdicción y Supremacía constitucional.

Máximo Febres analiza “Las Medidas cautelares en el Código Orgánico Procesal Penal”; María Candelaria Domínguez G entrega una interesante investigación sobre la Capacidad Procesal del menor de edad y Ramón Escovar León hace un interesante estudio de “El artículo 12 del Cpc venezolano o la dicotomía de su interpretación”

Los Profesores Carlos y José Manuel Delgado Ocando, consignan sus trabajos sobre Embargo de créditos en poder de terceros en el Cpc venezolano, y la Indeterminación hermenéutica e Ideología de la Interpretación” respectivamente.

La Profesora Sara L. Feldstein de Cárdenas analiza el tema Una nueva mirada al Derecho Procesal internacional en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, mientras que Aída Kemelmajer de Carlucci, lo consigna sobre “ciertos deberes y atribuciones de los Jueces.

Luis Fermín Villalba analiza el tema de la Publicidad Procesal, mientras que José M. Guillén Soria lo hace sobre “Protección del Crédito: perspectivas de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sobre pruebas nos entregan igualmente material de estudio la profesora Emilia de Freiras De Gouveia, respecto la Nulidad de los medios Probatorios, Humberto Enrique Tercero Bello Tabares, sobre “Carga de la Prueba” y Luis Alfredo Hernández M, con un trabajo titulado “Resquebrajamiento del principio de originalidad de la prueba documental en la novísima Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

El tomo II del Libro Homenaje, lo integran once (11) trabajos que adrede iniciamos por mencionar los de ética y filosofía judicial, como lo son los de Emilio Urbina, “Ética, hermenéutica y decisión Judicial” Gonzalo Pérez Salazar, sobre “Formalismo vs. Proceso” y el de Rómulo Velandia Ponce con el sugestivo título “Del Dolo civil al fraude Procesal”.

El Dr. Gonzalo Parra A analiza las “ Nociones históricas sobre la Jurisdicción civil internacional de los tribunales venezolanos (1830 – 1987); Mario Pesci Feltri M, estudia “ El principio dispositivo en el Derecho Procesal Venezolano, y Juan Carlos Pro Risquez, hace un análisis sobre “ El trabajador internacional, la jurisdicción no exclusiva de los tribunales laborales venezolanos y el recurso de interpretación de la Ley Orgánica del Trabajo ( Comentarios a recientes sentencias del Tribunal Supremo de Justicia).

Sonia Tanzi y Verónica C. Francheschi, se refieren al tratamiento en Derecho Argentino a la prueba en el proceso de daños.

Sobre el tema de la “Tutela judicial ambiental efectiva diserta la Dra. Mariolga Quintero T, y Dilia Maria Ribeiro Sousa, examina lo relacionado con el proyecto Genoma Humano y sus implicaciones en el ámbito penal, con especial referencia a la obtención de pruebas en el proceso para la obtención de material genético.

Finalmente se abordan Los límites de la Casación Venezolana en materia de Valoración de la Prueba por Bernardo Tahan mientras que lo relacionado con La Acción de Nulidad y Recurso por Omisión en el Tratado del Tribunal de Justicia Andino, lo analiza Jorge L. Suárez Mejías

Resulta ser un novedoso y análisis de toda la temática actual en materia de Derecho Procesal, que recomendamos a todos los estudiosos del Derecho.

**2-58** -BREWER CARIAS, ALLAN R; LINARES BENZO, GUSTAVO; AGUERREVERE VALERO, DOLORES; BALASSO TEJERA, CARERINA. LEY DE EXPROPIACION POR CAUSA DE UTILIDAD PUBLICA O SOCIAL (GO.37.475 de la República Bolivariana de Venezuela, del 01-07-02), Colección Texto Legislativos de la Editorial Jurídica Venezolana, N- 26, Editora Fundación Editorial Jurídica Venezolana, Venezuela, 2002, Isbn 980-365-069-6, 201 p.

La obra, además del texto concordado y titulado de la Ley mencionada, contiene cuatro estudios sobre los temas más relevantes de la Expropiación por causa de utilidad pública o social.

Brewer Carias hace la INTRODUCCIÓN GENERAL AL RÉGIMEN DE LA EXPROPIACIÓN (concepto, elementos: legitimación, objeto, y declaratoria de utilidad), el Decreto de la expropiación, el Arreglo amigable, la Fase judicial, justiprecio, Efectos <Ocupación temporal, incluida> y el tratamiento de las contribuciones de mejoras por plusvalías.

Dolores Aguerrevere, examina el tema de LA CONTRIBUCIÓN DE MEJORAS EN LA NUEVA LEY, destacando las particularidades de dicha figura, pero llamando la atención sobre lo que dejó de regularse en esta nueva ocasión y compara el tratamiento normativo en dicha nueva Ley y en la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

En lo que específicamente atiene a ASPECTOS PROCEDIMENTALES, nos brinda interesantes comentarios Caterina Balasso Tejera, con especial referencia al arreglo amigable y el procedimiento ordinario general expropiatorio, en todas sus fases e incidencias.

Finalmente Gustavo Linares Benzo se refiere a LAS INNOVACIONES DE LA LEY DE EXPROPIACIÓN, reportando las principales fallas de la antigua Ley y las soluciones que la nueva Ley aporta.

**3-58- Autores varios.** (Juan Carlos Apitz Barbera, Alvaro Badell Madrid, José Ángel Balzán, Alberto Baumeister Toledo, y otros) LIBRO HOMENAJE A HUMBERTO CUENCA: ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Colección Libros Homenajes, No.6, Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia, Editor responsable, Dr. Fernando Parra A, Isbn 980-07-8460-8 Venezuela, 2002, 991

La obra recoge veinte y siete (27) interesantes investigaciones sobre los mas variados temas atinentes al Derecho Procesal, y cuenta por supuesto con la presentación que de las mismas hace el Editor responsable, Dr. Fernando Parra A y el bosquejo del homenajeado.

No podemos hacer siquiera un breve resumen de los temas tratados, pues excedería la función misma de esta sección, mas no por ello podemos dejar de referir, siquiera para llamar la atención de los lectores, sobre algunos de los temas que consideramos más llamativos dentro de los trabajos presentados en honor al maestro Cuenca fallecido ya hace 37 años.

Dentro de los trabajos en referencia, dos se refieren al tema de la Perención de la instancia, materia que adquirió especial relevancia con motivo de una polémica decisión de la Sala Político Administrativa del hoy Tribunal Supremo de Justicia, y cuyos resultados y efectos son ampliamente analizados por los colegas Álvaro Badell M. y Fernando Martínez Riviello.

Un interesante trabajo sobre los Hechos notorios, máximas de experiencia y reglas de sana crítica entrega el Dr. Ramón Escovar León y por igual son de especial relevancia las investigaciones consignadas por Juan Carlos Apitz B y Luis Alfredo Hernández Merlanti, quienes exponen respectivamente sobre Justicia y Eficacia, el primero y sobre Acceso al órgano jurisdiccional y la prohibición legal de admitir las pretensiones, el segundo.

Rafael Ortiz Ortiz nos aporta un novedoso trabajo sobre la Jurisprudencia de los Valores e Interpretación Constitucional (preferred freedoms y sistemas de valores implícitos).

Sobre juicios especiales, se presentan los trabajos de José Ángel Balzán relativo al Procedimiento por Intimación; el de Enrique Dubuc

Pineda sobre Proceso Ejecutivo de Rendición de cuentas, el de Adriana Padilla A, relacionado con la “Revisión de la firmeza del decreto Intimatorio, mediante apelación” y el de Rodrigo Rivera Morales sobre los Derechos de accionar derivados de la Hipoteca.

En materia de arbitraje, nos hacen interesante aportación los trabajos de Frank Gabaldón (Algunos temas en torno a la Ley de Arbitraje Comercial), y el de Maria Petzold R (Algunas consideraciones sobre el acuerdo arbitral en la Ley de Arbitraje Comercial y la cláusula arbitral y el compromiso arbitral en el Cpc venezolano)

Jesús R Quintero P. nos entrega un abundoso comentario sobre la “Inexistencia de la sentencia civil” fundado en las consideraciones que el Dr. Cuenca formulaba sobre la Cosa juzgada. Víctor Hugo Guerra H, presenta un interesante trabajo sobre La jurisdicción venezolana en materia extracontractual y la doctrina del “Forum non Conveniens” y Mario Pescifeltri M analiza el concepto de Cosa Juzgada en el pensamiento del maestro Cuenca.

Los Procedimientos en Derecho Marítimo Venezolano, son analizados por Alberto Baumeister T., a la luz de las nuevas regulaciones contenidas en las leyes de Espacios Acuáticos e Insulares y la de Procedimientos Marítimos, con lo cual se actualiza dicha materia respecto a convenios internacionales ya suscritos por Venezuela.

Los autores que no mencionamos específicamente en modo alguno significa que sus trabajos dejan de ser de especial interés y relevancia, pero repetimos, solo quisimos destacar algunos que nos llamaron mas la atención por su contenido o la novedad del tema, por lo cual rogamos excusas tanto de los autores como de nuestros lectores, a quienes en realidad recomendamos la lectura de este interesante y enjundioso Libro Homenaje que bien merecía el maestro Humberto Cuenca.

**4-58-** MEMORIAS DEL CONGRESO LATINOAMERICANO DE DERECHO PROCESAL, Mérida, Venezuela, Septiembre 2002 (En el segundo aniversario de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura de la República Bolivariana de Venezuela), Editor responsable, Asociación Civil de Abogados para el mejoramiento integral del Profesional del Derecho (ACAMID) y Dirección Ejecutiva de la Magistratura (DEM), Tribunal

Supremo de Justicia, Isbn 980-389-069-7, Impresión: Editorial Casa Blanca, Mérida, Venezuela, 2002, 347 ps.

El volumen recoge las ponencias presentadas con ocasión de la realización del evento patrocinado por ACAMID, sobre el tema Central : EL PROCESO, en septiembre del 2002, evento con el cual por igual celebró la co-auspiciante, Dirección Ejecutiva de la Magistratura, dependiente del Tribunal Supremo de Justicia, sus dos años de puesta en funcionamiento.

Según se lo recoge en la Presentación, en dicho evento concurren numeroso grupo de funcionarios judiciales, abogados y estudiantes de toda la geografía nacional.

En el mismo se insertan 12 estudios sobre diversos temas de derecho procesal emanados de los expositores invitados, y los cuales versaron sobre: Principios éticos en el Proceso y Facultades del Juez, por el Dr. Rafael Roversi Thomas; De la Administración de Justicia al Poder Judicial, ¿Cambiando de Oxymoron? a cargo del Dr. Juan Monroy Gálvez, Profesor Peruano invitado; La responsabilidad del Estado por el error Judicial, por Dr. Román J. Duque Corredor; Principios Procesales y Constitución cuyo autor es el Dr. Máximo Fébres Siso, La jurisdicción y la competencia a cargo del Dr. Paolo Longo F, El título documental como elemento integrado a la causa petendi en los juicios monitorios a cargo del Dr. Alcides Sánchez Negrón; Procedimiento Agrario. Importancia del Arbitraje en la resolución de conflictos derivados del comercio granario en Argentina, a cargo del Profesor invitado, Dr. Luis A. Facciano; El nuevo proceso agrario, caso Venezuela, a cargo del Dr. Edgard Núñez Alcántara; Las reglas de la experiencia y la sana crítica (Valoración de las pruebas) por el Profesor invitado Dr. Jairo Parra Quijano; La Tutela preventiva y la tutela cautelar en el nuevo orden Constitucional, a cargo del Dr. Rafael Ortiz Ortiz; La Sala Constitucional por el Magistrado Dr. Pedro Rafael Rondón Hazz y Del abuso del proceso y de la prioridad de los deberes, por la Dra. Marióloga Quintero Tirado.

Los estudios presentados tienen la virtud de estar en su mayoría vinculados no sólo a la investigación doctrinaria realizada por sus autores, sino que en su mayoría fueron presentados con casos prácticos del acontecer judicial, lo cual da mayor relevancia a los mismos, la temática de los estudios, por lo demás es de especial novedad y variedad, a la vez

que se combinaron estudios de Derecho por doctrinarios extranjeros con los de autores venezolanos, permitiendo un análisis comparativo de dichas legislaciones.

La importancia de los temas escogidos por los expositores, por demás justifica el éxito que nos fuere reportado de las jornadas del Congreso, y llamamos la atención de la especial significación que en el mismo se le quiso dar a los aspectos éticos del proceso con cuatro de las ponencias desarrolladas, concretamente las que correspondieron al Dr. Roversi T y Dr. Marióloga Quintero T, directamente sobre los temas de ética y proceso y abuso del proceso, respectivamente, e indirectamente en las disertaciones de los Drs. Monroy y Duque C, sobre Administración de Justicia y Poder Judicial y la responsabilidad del Estado por los errores judiciales, sin que lo dicho desmerezca del otro lucido grupo de exposiciones de los demás ponentes.

Es grato por lo demás reseñar que con dicho evento, la entidad patrocinante es la novena oportunidad en que cumple sus compromisos con el gremio al presentar otra jornada de actualización y formación para jueces, abogados y estudiantes, con lo cual demuestra, tal como lo señala el presentador de la obra, Dr. Eduardo Pachano Calderón, que ACAMID ha cumplido plenamente y a cabalidad sus objetivos.

**5-58.-DARCI GUIMARAES RIBEIRO: PROVAS ATÍPICAS ( PRUEBAS ATÍPICAS),** Edit. Livraria Do Advogado, Editora, Isbn 85-7348-092-0, Porto Alegre, Brasil, 1998, 150 ps

Como lo destaca acertadamente el prologuista de la obra, J.J. Calmon de Passos, el título de la obra resulta engañoso, pues no se reduce su desarrollo al solo examen de las pruebas atípicas, sino sobre los grandes temas en materia de pruebas.

La obra está estructurada en cuatro capítulos y uno de Conclusiones, destinados los primeros al examen de los principios informadores de la Teoría de las Pruebas, desglosados en aquellos que atienen al Proceso y los que lo son para el Procedimiento (el primero); Los fundamentos de las Pruebas, desarrollado en el segundo; La clasificación de los hechos,



en el tercero y el cuarto dedicado en sus cuarenta y tantas páginas, al temas central de las pruebas atípicas.

En el último comentado se hace un recorrido que parte del concepto de pruebas atípicas y recorre las nociones y caracteres del hecho notorio, presunciones, reglas de experiencia, prueba trasladada (prova emprestada), la conducta de las partes como medio de prueba y termina con el análisis de los documentos electrónicos como medios de prueba.

En las Conclusiones de la obra, el autor sintetiza hábilmente su toma de posiciones ante los diversos aspectos críticos examinados en la obra. Merecen especial comentario, sus conclusiones 9, 11 y 14.

En la primera conclusión referida, a traducción libre, el autor destaca:” La prueba debe ser conceptualizada, tomando en consideración, su valoración subjetiva, por estar directamente ligada a la “convicción del juez” y no a los medios con los cuales se la produce. Lo dicho, obliga a no descartar a priori pruebas obtenidas por medios ilícitos, pues si las mismas, independientemente del medio, garantizan la integridad de lo probado, deben admitirse como tales. A objeto de determinar ese especial contenido, será menester precisar hasta donde, a pesar del medio utilizado, la prueba logra el equilibrio de los intereses y valores comprometidos en ella, principio mas conocido como “principio de la proporcionalidad”.

En torno a la undécima conclusión, ratifica y recuerda, algo que frecuentemente parece olvidarse en la vida práctica del proceso, esto es, que el aforismo *iura novit curia*, no releva a las partes del *onus probandi* sobre las cuestiones de derecho involucradas en el proceso.

Concluimos finalmente, insertando la catorceava conclusión, en la que Guimaraes Ribeiro, destaca: “El silencio de una de las partes ante la afirmación de hechos por la otra, no siempre generara la producción de un hecho no controvertido, pues para que realmente sea in controvertido, será necesario que la parte que guardo el silencio haya sido la parte que debía controvertirlo, o sea de la parte que tenia la carga de “no poder silenciarlo”.

Invitamos a dar lectura a esta clara y profunda obra del autor.

**6-58.-Autores Varios** (Carlos A. Felce, Sara Lidia Feldstein de Cárdenas, Eugenio Hernández Bretón y otros). ADDENDUM 2001 AL LIBRO HOMENAJE A GONZALO PARRA ARANGUREN ( LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO), Publicaciones del Tribunal Supremo de justicia, Editor, Fernando Parra A, Colección Libros Homenaje No. 1, Isbn 980-391-014-0, Venezuela, 2002, paginas 855.

La obra como es costumbre la presenta su editor, y está compuesta de dos (2) partes, una de Doctrina, que la integran catorce trabajos monográficos relacionados con Derecho Internacional Privado y una segunda parte, integrada por decisiones judiciales de nuestro mas alto tribunal de la república en cuatro de sus salas, relacionadas al Derecho Internacional Privado.

Entre los trabajos de dicha sección destacan el de Carlos Felce sobre legislación aplicable al contrato de trabajo internacional a la luz del Derecho del Trabajo venezolano y la Ley de Derecho Internacional Privado, tres (3) de la Dra. Sara L. Feldstein de Cárdenas, uno de los cuales es el análisis comparativo de los sistemas de DIP venezolano y el argentino, y dos relacionados a los países de integración en el Sur (insolvencia y derecho de integración); otros cuatro corresponden al Dr. Eugenio Hernández Bretón sobre domicilio de las personas físicas en DIP, objetivo de las normas de conflicto en derecho venezolano, Domicilio y cautio Iudicatum solvi y fuerza derogatoria y vigencia temporal de la vigente Ley DIP, a la luz de sentencia emanada de nuestro Supremo Tribunal el 3 de mayo del 2000.

Otros dos corresponden a la Dra. Claudia Madrid M, uno sobre Normas de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado venezolanas; y el otro, sobre Derecho aplicable a la capacidad procesal de las personas jurídicas; otro de Tatiana Maekelt, sobre eficacia extra-territorial de sentencias y otros actos de autoridades extranjeras, uno mas cuya coautora es la misma Dra. Maekelt con la Dra. Haydee Barrios, en el que se analiza la derogatoria del artículo 36 del Código Civil ante la vigencia de la Ley de Derecho Internacional Privado y concluye con dos investigaciones adicionales, una de Guillermo Palao Moreno, sobre normas de competencia internacional en el nuevo Reglamento comunitario en material matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes, y finalmente la de Jurgen Samtleben "El enigma del articulo 30 de la LDIP.

La obra complementa y pone al día los tres tomos anteriores relacionados con los Estudios sobre la Ley de Derecho Internacional Privado, con jurisprudencia sobre dichos temas hasta la fecha de publicación.

**7-58.-** Ramón Escovar León, LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA Y SU RELACIÓN CON LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA (Un enfoque procesal) Trabajo de ascenso para optar a la categoría de Profesor Titular. Ediciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios, No. 57, Isbn 980-6396-14-6, Arauco ediciones, Venezuela, 2001, pp 153, y anexo bibliografía, 855 pp.

Como lo dice su autor en la introducción, es un afanado propósito por demostrar que los errores en el juzgamiento, no solo ocurren en la aplicación del silogismo tradicional, sino que en algunos casos (los denominados difíciles, para el autor) se puede cometer por igual en la fase de motivación, es decir, antes de aplicar el silogismo.

Uno de esos casos considera el autor es la celebre decisión de la Sala Constitucional de nuestro Tribunal Supremo en sentencia de fecha 29 de marzo del 2000, conocido como el caso de las Megaelecciones, la que para él, tiene argumentación equivocada.

Para el autor examinar una sentencia no es solo constatar la adecuación del debido silogismo, sino escudriñar las labores de razonamiento del juez, los argumentos por ellos utilizados para la construcción de las premisas.

Con su tesis, pretende el autor, hacer que se reconsidere la labor de Casación para escudriñar así mismo la debida motivación de los fallos, en cuyo caso debe denunciarse “al fondo” dicho vicio para no tener una casación “inútil”.

En el capítulo I del libro se analizan las mas modernas y actualizadas teorías sobre la argumentación jurídica, como las de Recaséns Wroblewsky, Tarello y Atienza, en el Capítulo II se hace un completo análisis de jurisprudencias de la Sala de Casación Civil y algunas de la Sala Social, para procurar demostrar la relación entre motivación y casación inútil, sugiriendo algunas modificaciones en las posturas de las citadas Salas.

En el capítulo III se dedica no sólo al examen de la materia concreta que es motivo del estudio, sino quizás por primera vez en forma sistemática se estudian la funciones de la Sala Constitucional y la finalidad específica de la misma confiada en el ordinal 10 del artículo 336 de la Constitución Nacional, esto es, procurar la uniformidad de la interpretación constitucional en materia de amparo y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la Ley orgánica respectiva, y considerando que dicha finalidad ha sido excedida por la Sala Constitucional actual, quien se puede reputar se ha constituido en una “supersala”.

En las conclusiones, solo nos referiremos a dos particulares consideraciones del autor, una, en la que a pesar de ciertas críticas que desde el punto de vista académico hace el autor a la Sala, reconoce un indiscutible mérito a la misma al haber dado cabida clara y elaborado la temática necesaria a la figura que permite a las partes protección frente al “fraude procesal”, cuya finalidad última es perseguir un mejor ejercicio del derecho de defensa.

La segunda conclusión, a nuestro modo de ver de singular importancia es la que hace el autor para cuestionar la interpretación actual y recomendar reconducir la visión que se ha venido usando para entender y aplicar el concepto de «falta de base legal», que se traduce en realidad en un particular supuesto de falta de motivación o una inmotivación, y no en un asunto que atañe simplemente a la casación sobre los hechos.

Puede o no estarse de acuerdo en muchos de los argumentos y ejemplos que nos pone a disposición el autor, pero definitivamente la obra constituye una interesante investigación, bien elaborada y documentada, que hace de mucho interés su lectura.

### **OBRA PERIÓDICAS**

**8-58: Revista XVIII IBERO LATINOAMERICANA DE SEGUROS,** (Septiembre 2002), Editor Pontificia Universidad Javeriana, Issn 0123-1154, Colombia, 2002, 336 p.

La Revista como ya es costumbre se la entrega en sus cinco secciones tradicionales

La Doctrinal contiene seis interesantes trabajos, el primero sobre “Las partes en el contrato de Seguros”, por Hilda E. Zornosa P; el segundo atinente a Los Riesgos derivado del comercio electrónico y del uso del Internet y su aseguramiento, que se corresponde con la Primera parte de la ponencia que sobre dichos temas presentara la Sección Chilena de Aida por Francisco Artigas Celis y otros; el tercero sobre La función social del seguro de responsabilidad civil vs. “Cláusula Claims Made” cuyo autor es Waldo Augusto R. Sobrino.

Walter Villa Zapata analiza el “Pago de la indemnización en la Ley Peruana 26702”; nuestro dilecto y apreciado amigo Alejandro Venegas Franco examina “El Derecho de Seguros y 30 años del Código de Comercio”, para que finalmente cierre esa sección J. Ernesto Londoño G con el tema “Seguros y la guerra Civil”.

La Sección Técnico-Económica contiene un enjundioso trabajo de Luisa Rodríguez G. sobre “Perspectivas de los seguros de crédito y caución en algunos países latinoamericanos”, mientras que en la Sección Jurisprudencial se insertan sentencias de los Tribunales Españoles y Colombianos, de la primera con el comentario del Profesor Rafal La Casa G sobre Sentencia del Supremo español relacionada con “designación genérica de beneficiarios en el seguro colectivo de vida, reproduciendo lo que al respecto editara el número 107 de la Revista Española de Seguros, y sobre Agencia de Seguros y su relación con la Agencia Comercial, que es sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en la cual se califica como contrato atípico el que tiene lugar con motivo de dichas relaciones comerciales.

La Sección Legislativa reproduce la Ley sobre el Contrato de Seguro Mexicana del 2001 y en la Sección Informativa, además de las noticias internacionales de Aida y Cila, se insertan las bases para el Premio Carlos Dupont para temas vinculados al campo de la Fianza y Seguro de caución.

Como siempre la revista contiene material actualizado y de grata lectura sobre temas relacionados con el Derecho de Seguros.

**9-58.-Revista XVII IBERO LATINOAMERICANA DE SEGUROS,**  
(Marzo 2002), Editor Pontificia Universidad Javeriana, Issn 0123- 1154,  
Colombia, 2002, 364 p.

Como es costumbre, la Revista viene dividida en cinco (5) secciones, la primera de las cuales se la destina al examen de opiniones doctrinales, en las cuales se nos entregan cinco interesantes investigaciones referidas respectivamente a: Seguros de sepelio, salud y de dependencia y nuevas modalidades del seguro de personas, a cargo de la Sección Argentina y de la cual resultan sus autores, LListosella de Ravaioli y Enrique José Quintana; la segunda sobre Seguro de Responsabilidad Civil para Administradores, Directores y Gerentes de sociedades mercantiles, a cargo de la Sección Española y cuyo autor es el Profesor y Dr. Fernando Sánchez Calero; la tercera, sobre Tendencia de la Intermediación en el siglo XXI, a cargo de la Sección Mexicana, la cuarta sobre Supuestos de responsabilidad del reasegurador respecto al asegurado, a cargo del Profesor Jorge Eduardo Narváez Bonnet y el último, sobre El carácter indemnizatorio del seguro de daños cuyo autor resulta ser Andrés Ordóñez Ordóñez.

La sección Técnico Económica, la constituye un trabajo de Francisco Montijano Guardia sobre El Mercado Asegurador de la Unión Europea.

En la Sección Jurisprudencial se insertan y comentan por el Profesor Andrés E Ordóñez O. sendos fallos del Consejo de Estado de Colombia, el primero sobre la efectividad de al Garantía única de cumplimiento de contratos estatales y el segundo sobre Indexación del limite de valor asegurado en términos nominales en los procesos por responsabilidad Civil.

La Sección Legislativa la integra la reproducción de la Ley de Contrato de Seguro de la República Bolivariana de Venezuela; y

En la sección Informativa, entre otras noticias, se impone a los lectores sobre el acontecer de las Asociaciones nacionales de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA), el 40 Aniversario de Acoldece (Asociación Colombiana de AIDA) y se da cuenta del lamentable deceso de los Profesores Antigono Donati (Aida Italiana) y Nicolás Barbato (Aida Argentina)

**10-58.- Revista de Derecho** NÚMERO CINCO (5) TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Editor responsable Dr. Fernando Parra A., edición a cargo del Tribunal Supremo de Justicia, Venezuela, 2002, Isbn 980-07-8420-9, 522 p.

La revista es presentada por el Dr. Fernando Parra A., editor responsable de la misma y dividida en cuatro secciones que examinamos brevemente en su contenido.

La de Doctrina, integrada por siete (7) interesantes y actualizados trabajos, sobre Cultura de los Derechos, Deberes y Participación de Ángel Alegre Martínez; Liberta de expresión e información de María C. Domínguez Guillén. El de Yolanda Jaimes sobre Derechos Humanos con perspectiva de género en la Constitución Venezolana; el de Rafael Ortiz O, sobre Derecho de la Intimidad y su configuración como derecho Civil Fundamental y los de María Petzold Rodríguez sobre Relación de la familia y el Trabajo: problemas y perspectivas y el de Milagros Soto C. sobre la Estructura Jurídico Penal de los delitos Informáticos.

Adrede mencionamos de último el de nuestro valioso jurista, Dr. Gonzalo Parra Aranguren sobre el siempre importante y escabroso tema de la Excepción de Fraude en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (Montevideo 1979).

La de Decisiones Judiciales, donde se dan publicidad a dos interesantes comentarios doctrinales sobre decisiones del Supremo Tribunal. El primero del Dr. César A. Carballo Mena sobre la evolución de la doctrina del Supremo Tribunal, Sala Social, en lo que constituye la determinación del concepto de “subordinación y dependencia” a través del análisis de varios fallos de la mencionada Sala, resultado de lo cual, para el comentado autor es un reajuste en el concepto de “empleo de dirección” favorable a las modernas doctrinas juslaboralistas.

El segundo de los trabajos es del Profesor Dr. Alfredo Morles y se relaciona con su minucioso estudio sobre el Recurso del Dr. Tulio Álvarez por Inconstitucionalidad de los artículos 1099 del Código de Comercio y último aparte del 602 del Código de Procedimiento Civil, así como del fallo que resolvió el Recurso emanado de la Sala Constitucional en el cual se pronuncia la constitucionalidad del artículo 1099 (Medidas Cautelares mercantiles) de denotada importancia en nuestro medio judicial y gremial. En la de Legislación se hace entrega de varios estudios

relacionado con diversos tópicos, que van desde el análisis de varias Leyes, a efectos de determinar la posibilidad de que judicialmente el Juez se aparte del principio dispositivo ( Edilia de Freitas de Gouveia), hasta una análisis de los diferentes estudios y proyectos de modificación de nuestro Código Penal ( con trabajos de hélice Rosales y Milagros M Soto Caldera), obligándonos a mencionar por su novedad e interesantes conclusiones, las contribuciones de Jorge Petit sobre la Responsabilidad extracontractual de las Capitanías de Puerto, el de Carlos Gálvis sobre “ Titularidad del Derecho de Propiedad de vehículos” y el de Manuel Rachadell sobre la Reforma del régimen jurídico de la administración financiera del Sector Público.

Finalmente en la parte de Varios, se incluye un comentario homenaje del Dr. Eugenio Hernández Bretón al Profesor Eric Jayme, docente en Internacional Privado en la Universidad de Heilderberg, Alemania, con motivo de su cumpleaños en Junio pasado.

En verdad y sin ambages sugerimos la lectura de esta interesante publicación, cuyos trabajos, todos, son de singular interés y utilidad.

**11-58.- Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, Editada por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Año 1, Número 1, 2002, Imprenta Lux S.A., Argentina, S Isn, 357 ps. 2002-07-31 .

La Revista es reaparición de lo que fuere la original Revista del Instituto, tal como se deduce de la información que al respecto produce la Presentación de esta obra. La nueva puesta en imprenta de un órgano de difusión de las ideas procesales iberoamericanas era una reiterada y vieja aspiración, ahora satisfecha con el primer número de su reaparición. Quiera el destino que le sigan otros muchos de igual contenido y valía.

La Dirección de la Revista estará confiada al Profesor Juan Monroy Gálvez quien se luce en este número con una interesante, actualizada y valiente Presentación de al Revista, donde pone de relieve los vaivenes de la tecnología y el modernismo ante los defectos que de común se achacan al proceso, destacando que no resultan ser aquellos los únicos valores a considerar. Se imputan por lo general muchos males al proceso, pero se olvida que las grandes fallas estructurales están en la injusticia, la desigualdad y la desocupación.



Como lo señala, el presentador, la reaparición de la Revista, se produce cuando “callar deviene en un oficio muy parecido a traicionar..... Cuando resulta urgente aprovechar al máximo la oportunidad de conocer simultáneamente lo que ocurre en otras latitudes, a fin de que , en base a un ejercicio científico responsable y comprometido, se vislumbre el empleo de técnicas que acerquen mas el proceso al drama humano de proveer justicia al caso concreto”.

La publicación está concebida con una Presentación y doce temas autónomos sobre diversas materias, en su mayoría de las que fueron objeto de disertación y debate en el Encuentro de Juristas Iberoamericanos e Italianos en Roma el pasado mes de Mayo, patrocinado por la Universidad Tor Vergata y el Centro de Estudios Jurídicos Latinoamericanos.

Dichos trabajos y sus autores los reseñamos así: Acciones Colectivas en Ibero América. Nuevos problemas sobre Legitimación y Cosa Juzgada, a cargo de Adda Pellegrini Grinover, reputada profesora en la Universidad de Sao Paulo y veterana miembro del Instituto Iberoamericano; Las reformas a la “Acción Ejecutiva” (en el ordenamiento jurídico de Portugal), por el Profesor Carlos Manuel Ferreira Da Silva; La responsabilidad civil objetiva derivada de la ejecución de medidas cautelares de Tutela Anticipada (en el ordenamiento Procesal Brasileiro) por el Profesor de la Facultad de Derecho de la UFMG, Brasil y Juez de Ejecuciones del TJMG, Dr. Humberto Teodoro Junior; Acerca del Derecho al Proceso (según su concreción en el “Código Tipo” Procesal Civil del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal) por el Profesor Pedro Bertolino; Abusos en el Proceso, a cargo del Profesor Raúl Tavolari Oliveros, Secretario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; La Ejecución de los Derechos y la eficacia de las Decisiones Judiciales, por el Dr. Marcos Afonso Borges, Profesor emérito de la Universidad Federal de Goias y así mismo Profesor Honorario de la Pontificia Universidad Bolivariana de Medellín; Acciones Populares y Acciones para la tutela de los intereses difusos, colaboración que presenta el Profesor Gualberto Lucas Sosa; El Proceso Civil en el MERCOSUR, trabajo presentado por el Dr. Angel Landoni Sosa en las IV Jornadas Brasileñas de Derecho Procesal, Fortaleza, agosto del 2001; Informe sobre las Acciones Preventivas a cargo del Profesor Argentino, y frecuente conferencista en nuestro país, Dr. Jorge W Peyrano; La actuación de la “sentencia impugnada”, interesante ponencia del Dr. Juan Monroy Gálvez, Profesor de la Universidad Católica del Perú y, como se lo destacó

supra, Director de la Revista; Los Costos y Tiempos en el Proceso Civil Brasileño, cuyo autor es el Dr. Luiz Guilherme Marinoni, Profesor de la Universidad Federal del Paraná, y concluye la Revista el trabajo del Dr. Paulo Enrique dos Santos Lucon, por igual abogado Brasileiro y miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal sobre “Efectos inmediatos de las decisiones judiciales impugnadas parcial o totalmente”.

Sería iluso pretender hacer un apretado resumen de tan interesantes trabajos, y remitimos por ello a nuestros lectores, a la revisión detallada de este ejemplar de la nueva era de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal.

**12-58.- Revista IBEROAMERICANA DE DERECHO PROCESAL**, Número DOS, Año I, 2002, Edit. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Director: Juan F Monroy Gálvez, Publicación de Rubinzal Culzoni, Argentina, s/isnn, Argentina, 2002, 331p.

En adición a la ya acostumbrada Página del Director, la revista Dos, nos entrega en la Sección de Doctrina 12 interesantes estudios sobre temas relacionados con acciones para la protección de intereses difusos y colectivos (Brasil, Colombia, España y Portugal); acciones de clase brasileras; Prueba y constitución; concepto de proceso justo, en los ordenamientos hispano latinoamericanos; el Debido proceso en el ordenamiento brasilerero; Organización y funcionamiento del Supremo Tribunal de Justicia de Portugal; influencia del Código Modelo del Instituto Iberoamericano sobre el Código Procesal de Costa Rica; entre otros, de los que son sus autores reputados miembros del Instituto, entre ellos Humberto Theodoro Junior, Carlos Parodi Remón, Jairo Parra Quijano, Lorena Bachmaier Winter; Ada Pellegrini Grinover, Jaime Greif, Sergio Artavia B, Paulo Enrique dos Santos Lucon, Carlos Manuel Ferreira Da Silva y Luigi Paolo Comoglio.

Se publica por igual un agradable trabajo del maestro Morello bajo el sugestivo título “El Derecho Procesal Civil, Movidas” en el que magistralmente se resumen los cambios y nuevas alternativas de nuestra ciencia procesal y finalmente otro del Dr. Juan C. Barbosa Moreira “Notas sobre la pretensión y prescripción en el sistema del nuevo Código Civil Brasileiro, lleno de notas curiosas sobre la nueva normativa.

El señor Director de la Revista nos deleita en su “Página del Director”, con unas interesantes notas sobre el sistema Garantista Procesal y algunos conceptos sobre la temática de la prueba ilícita.

La revista incluye, finalmente, la Sección de Recensiones bibliográficas en la que se da debida cuenta, con sus atinados comentarios, de seis obras de relevante interés en el campo procesal

## **Algunas reflexiones en torno a la realidad argentina y su incidencia sobre algunas instituciones, entre otras sobre el sistema de administración de justicia**

Guillermo V. Lascano Q.

*¿Acaso porque la empresa es ardua, es por eso absurda? ¿Acaso porque el mal principio triunfa, se le ha de abandonar, resignadamente el terreno? ¿Acaso no estamos vivos los que después de tantos desastres sobrevivimos aún; o hemos perdido algunas batallas? ¡Que! ¿Se quedan también la ideas entre los despojos del combate?. No se renuncia porque todas las brutales e ignorantes tradiciones coloniales hayan podido más, en un momento de extravío, en el ánimo de manos inexpertas. ¡Las dificultades se vencen, las contradicciones se acaban a fuerza de contradecirlas.*

Domingo Faustino Sarmiento.

Señoras y señores, consocios, amigos:

Heme aquí, a punto de hacer uso de la tribuna por la que han pasado ilustres conciudadanos, no pudiendo dejar de interrogarme sobre el valor de lo que voy a leer; no porque no sea producto de una profunda

reflexión y tal vez de alguna utilidad, sino por la degradación que ha sufrido la palabra. La palabra; esa porción de espacio estremecido, que desde el principio de los tiempos tiene poder de creación (diría Ortega y Gasset).

Son tantas las palabras acumuladas cotidianamente en torno de todos los temas, que hay una suerte de inflación, que, al igual que la monetaria, desvaloriza, destruye, envilece.

Esa inflación se hace mucho mas patente en materias tales como la política, área a la que casi ninguna persona se siente obligada a respetar, o en la economía, disciplina que creen dominar casi todos los ciudadanos. Últimamente se ha hecho popular opinar sobre seguridad, justicia, educación y salud, como si fueran tópicos al alcance de cualquiera.

Contribuyen, de manera exponencial, a esta inflación, los llamados medios de difusión (diarios y revistas, radio y televisión) a los cuales se ha sumado, últimamente, la red de Internet y el correo electrónico, que lejos de informar, confunden, con la catarata de comentarios, paneles, mesas redondas, con que nos bombardean cotidianamente, con ligereza y superficialidad, las mas de las veces.

A pesar de ello o tal vez por ello (para que guardemos, después de escucharme, respetuoso silencio frente a la inmensidad de los problemas que nos aquejan) es que me sumo a quienes quieren, de buena fe, contribuir al esclarecimiento de algunas cuestiones.

## **1. TOMEMOS UNO DE LOS TEMAS CENTRALES DE ESTOS TIEMPOS: LOS LLAMADOS CACEROLAZOS**

Analicemos, con un poco de atención y tratando de despojarnos de nuestros sentimientos, que fue lo que sucedió, en algunas ciudades de la Argentina, a partir de fines de diciembre de 2001.

Por un lado ciudadanos de clase media protestaron (y aún protestan) contra quienes parecían (y parecen) ser los responsables de la recesión, la desocupación y principalmente la indisponibilidad de su dinero.

Por otro, grupos de vándalos, bárbaros de estos tiempos, que saquearon (y saquean) destruyendo bienes ajenos, con la excusa de saciar su hambre.

Finalmente, bandas de agitadores, amigos del caos, al que ven como paso previo de cualquier solución extremista (sea de derecha o de izquierda).

En cualquier caso todas las personas involucradas en esas manifestaciones asamblearias (digamos 50.000 o 100.000, exagerando la estimación) son una minoría, escandalosa, pero minoría al fin, en relación con toda la ciudadanía.

El gobierno (este y los inmediatamente anteriores) tuvieron y tienen parte de responsabilidad pues, por reducida que fuera su libertad de acción, debieron haber sido eficientes y eficaces, además de oportunos, en arbitrar las medidas necesarias para conjurar dificultades y peligros.

Pero, lo que llama la atención, a cualquier observador imparcial, es que los ciudadanos que dispararon la primera revuelta, lo hicieran cuando sintieron que perdían el control de sus ahorros (Poderoso caballero, es don dinero).

Otra vez, un observador desapasionado de nuestra realidad de los últimos años, se preguntaría porque, esos mismos ciudadanos, no reaccionaron cuando se manifestaron desastrosos que presagiaban que la Nación iba sin rumbo.

Por ejemplo, cuestionando la designación de un futbolista enfermo y no idóneo, como embajador de la República.

O manifestando su desacuerdo, con el lenguaje soez y chabacano que exhiben algunos medios de comunicación, frente a la pasividad de los organismos de contralor.

Que decir de la manifiesta ineficacia de los gobiernos en hacer posible la ayuda a los ciudadanos más necesitados. ¿Porqué no se hicieron manifestaciones ruidosas contra ello?

¿Porqué no reaccionaron cuando los maestros no impartían enseñanza o cuando dirigentes sindicales paralizaban el país con excusas baladíes?

O ¿Porqué no cuestionaron la falta de seguridad?

Sobre este tema permítaseme una acotación. La ineficacia policial, además de otras razones, está alimentada por dos mentiras colosales: que quien roba o mata por hambre, falta de trabajo, o alguna otra causa

semejante, es un pobre infeliz y no un delincuente y que poner orden es violar los derechos humanos o ejercer el autoritarismo.

Pero volvamos a lo que no hicieron tantos argentinos en el pasado mas o menos reciente.

¿Por qué no exigieron, con la misma estridencia de ahora, un servicio de justicia diligente e imparcial?

¿Qué esperamos para exigir, con la misma energía con la que reclamamos nuestros ahorros, la limpieza en los procedimientos políticos, la idoneidad como requisito para el servicio público, la austeridad republicana de los funcionarios?

Profundicemos un poco mas este análisis con una comparación histórica.

Hace poco mas de 18 años, los argentinos nos preparábamos para votar en las elecciones programadas para el 30 de octubre de 1983.

A pesar de la grave situación económica y financiera que atravesaba el país (también entonces estábamos en cesación de pagos externos), de lo delicado de la situación política (salíamos de varios años de gobiernos de facto), del dolor y la indignación que nos embargaba por la guerra y la derrota en Las Malvinas y de las lacerantes heridas producidas por el enfrentamiento fratricida que recién terminaba, el entusiasmo de la gente era lo que se destacaba.

Las propuestas políticas no eran nuevas, ni lo eran los partidos, ni los candidatos, pero la gente estaba contenta con la posibilidad de decidir su propio destino.

Y votamos y reiniciamos un camino por el que aún transitamos.

Objetivamente, la Nación en su conjunto, está mejor en 1983. Creció su producto bruto, su ingreso per capita, el volumen de su comercio con el mundo. Ha mejorado la red vial, el sistema de telecomunicaciones. Se han mantenido el grado de alfabetización y el porcentaje de mortalidad infantil. La universidad sigue acogiendo a un número creciente de personas.

También hemos tenido, durante estos últimos 18 años, inflación de precios, devaluación y cambios de moneda, corridas bancarias, altas tasas

de desocupación, deserción escolar, crecimiento de la criminalidad y ahora la cesación de pagos externos y el corralito, entre otras calamidades.

Todas situaciones por las que atravesaron otras naciones en el pasado.

El futuro es incierto y su certidumbre depende, en gran parte de nosotros, de lo que imaginemos y hagamos hoy, nosotros mismos, diría Popper.

Por ello, después de 18 años de ejercicio formal de la democracia republicana, conviene hacer, me parece, algunas reflexiones.

Se achaca, en los últimos tiempos, gran parte de nuestros males a los políticos y dirigentes de sectores económicos y gremiales, principalmente. Si bien algo de cierto hay en esa afirmación, me parece que es hora de formular la siguiente pregunta:

¿Porqué vamos a tener dirigentes sociales mejores que nosotros?

Quienes nos gobiernan no provienen de otro país: tienen nuestras mismas características. Hasta podría decirse que por ello los elegimos.

Entonces ¿qué es lo que ha sucedido en nuestra patria y con sus hombres y mujeres?

Me parece que tanto el nivel moral, como el intelectual, de todos los argentinos, ha descendido a niveles alarmantes y entonces los dirigentes tienen las mismas fallas y defectos de quienes los eligen.

Nos quejamos de la ausencia de ejemplos, pero ¿Porqué deberíamos tener otro Sarmiento si los maestros no enseñan, los estudiantes no aprenden y la educación no es considerada un instrumento para el progreso social o económico?

¿Porqué debería aparecer otro Pellegrini si los dineros públicos se confunden con los privados?

¿Porqué debería haber nacido otro Roca u otro Sáenz Peña si vituperamos a los militares y despreciamos a los políticos?

¿Cómo vamos a tener otro Mitre si los medios de difusión enaltecen frivolidades, lucran con el dolor y aumentan el descreimiento y la zozobra social?



Entonces, en vez de quejarnos de los dirigentes políticos que tenemos, hagamos un examen de conciencia, recordando que, no obstante el desprestigio que hoy sufren, su tarea es noble y necesaria, destinada a servir al bien común, a los intereses generales, por encima de los de los sectores, vertebrando, de ese modo, a la Nación.

Ese examen de conciencia debe contener preguntas tales como: ¿pagamos los impuestos? ¿respetamos las reglas de tránsito? ¿somos solidarios con el prójimo? ¿controlamos a nuestros hijos y les damos buenos ejemplos y educación? ¿cuidamos nuestro lenguaje? ¿somos respetuosos de la ley y exigimos su cumplimiento por todos?

Todo sería mas sencillo y menos penoso, si aparecieran líderes provenientes de esa Argentina, que también existe, la de aquellos que cumplen con sus obligaciones impositivas, trabajan duramente, se solidarizan con los necesitados; aquellos que ven, con desesperación, la degradación de las costumbres, el lenguaje soez instalado en los medios de difusión, la ausencia de buenos modales, el incumplimiento, generalizado, de las leyes.

Esa es la Argentina Invisible, que describió Eduardo Mallea, magistralmente y que de manera dramática debería aparecer en la escena nacional. Estoy seguro que todos los presentes, y muchos mas en la Argentina, somos parte de esa Argentina Invisible y que lejos de desesperar y preocuparnos debemos tener y transmitir esperanza y ocuparnos de nuestro futuro, desde ahora y activamente, participando en la vida cívica.

Es justo destacar, cualquiera sea la opinión que se tenga sobre las asambleas populares y su desenvolvimiento, que en su origen, marcan una saludable respuesta de la población a lo que considera atropellos inadmisibles. Es como la fiebre, que pone de manifiesto la infección aún cuando no sea sino el síntoma de la enfermedad. El remedio no puede ser la misma fiebre, pero alerta sobre la existencia de aquella.

Por eso el fenómeno de los cacerolazos no debe tomarse a la ligera, pero debemos estar alerta para que no se confundan los roles que les corresponde a cada uno, en esta dramática instancia.

## **2. ANALICEMOS, AHORA, OTRO TEMA ESTRECHAMENTE LIGADO AL ANTERIOR: EL DE LA VIOLENCIA**

En los años 60 y 70 se gestó aquella frase tan entradora como peligrosa: “la violencia de arriba engendra la violencia de abajo”.

Casi todos los dirigentes políticos, gremiales, intelectuales, estudiantiles y hasta eclesiásticos, se regodearon con ese latiguillo que encontraba justificativo en el carácter de facto de los gobiernos de la época.

Lo que siguió fue un infierno, que todos conocemos; y aunque las causas de tanto dolor y muerte son, aun, objeto de discusión, no puede desconocerse el efecto permisivo de la violencia que tuvo la lógica de aquella frase, especialmente entre los mas ingenuos y puros como los estudiantes y los obreros.

Hoy amplios sectores de la sociedad argentina están pasando penurias económicas o sufriendo por la falta de trabajo o de seguridad o de educación o de salud o de justicia.

Nadie, en su sano juicio, puede estar satisfecho con esa situación.

Todos, en conjunto, debemos esforzarnos para encontrar paliativos o remedios para tal estado de cosas.

Sin embargo, otra vez, las luchas de sectores, oscurecen el entendimiento de los dirigentes y aumentan de convulsión social.

Las protestas callejeras, de grupos de ciudadanos que reclaman por la solución a sus necesidades y que conducen a interrumpir el tránsito, dañar bienes de terceros, vulnerar la seguridad, en fin, violar la ley, son conductas delictuales que no encuentran excusa por mas razón sustancial que tengan sus protagonistas. En nuestro sistema de gobierno el pueblo no delibera ni gobierna: lo hacen sus representantes.

El diálogo recientemente abierto entre vastos dirigentes de sectores y organizaciones de nuestra sociedad, debería incluir el compromiso de no recurrir a aquellos métodos para alcanzar los objetivos que se propongan.

Quienes se quejan de la situación actual, deben tener muy presente, que no obstante todas las dificultades que estamos padeciendo, gozamos

de indudables beneficios cuyo mantenimiento debemos garantizar con nuestra conducta, cumpliendo, a rajatabla con las normas legales y de convivencia civilizada.

La libertad política es plena, la de expresión es tan extensa que a veces se abusa de ella.

Por ello, vulnerar las normas de convivencia pacífica, de manera generalizada, puede poner en peligro nuestra existencia como Nación. La anarquía impide hasta la justicia, pues esta no es concebible ni practicable, sin orden. Esta exigencia de fiel apego a las normas legales debería ser ostensible y hasta exagerada en el caso de los gobernantes, no sólo por el efecto ejemplar que tienen sus conductas sino porque tienen la obligación constitucional de defender el orden jurídico.

Lamentablemente los gobernantes parecen tener otras ideas respecto de sus obligaciones. Como ha dicho recientemente Juan Cambiaso en un artículo publicado en el diario La Nación del día 11 de marzo pasado, ellos han desvalorizado las instituciones y los principios de la Constitución Nacional esgrimiendo la excusa de la emergencia, lo que hasta ahora y tal vez por mucho tiempo, no ha producido más que mayor pobreza y parálisis económica, fulminando los derechos de propiedad, de igualdad ante la ley entre otros, además de herir de muerte la división de poderes.

Esto hay que decirlo con todas las letras y sostenerlo sin claudicaciones.

### **3. UN TERCER TÓPICO**

Es, precisamente, el del orden jurídico y para analizar como puede ser vulnerado desde el mismo ejercicio de facultades constitucionales, veamos lo que está sucediendo con la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por tomar sólo un ejemplo de lo que está sucediendo y que contradice el imperio de la Constitución y las leyes dictadas en su consecuencia.

La Corte es, como se sabe, la cabeza de uno de los poderes del Estado. Su avasallamiento implica la cesación del imperio de la ley. Esto es lo que puede suceder si no reaccionamos a tiempo y procuramos parar lo que parece inevitable.

La Corte ha sido cuestionada por su aparente enfrentamiento con las medidas legislativas, dictadas por el Presidente de la Nación con el acuerdo de sus ministros, en virtud de una delegación de facultades, sin precedentes en la historia constitucional de la República, que le permite, al Presidente, fijar tipos de cambio y reformular los contratos privados, entren otras facultades semejantes; a lo que se han agregado leyes que impiden el acceso a los tribunales de justicia, benefician a los deudores consuetudinarios y crean impuestos confiscatorios. En fin: la cesación del Estado de Derecho.

La lectura del fallo que originó, aparentemente, el embate contra la Corte, permite advertir que no se ha dicho nada distinto de lo sostenido por la misma Corte, en diversas composiciones, a lo largo de los años, en precedentes que, en algunos casos, tienen, naturalmente, mas de 18 años.

Pero aun si la decisión hubiera sido dictada sin precedente alguno, igualmente, en nuestro sistema institucional, lo que dice el máximo tribunal debe ser acatado por todos los ciudadanos y por los otros poderes del Estado, con la aclaración de que en nuestro sistema constitucional la decisión de la Corte se aplica solo al caso juzgado y no es legalmente obligatoria para los tribunales inferiores.

Ahora bien: lo que la Corte resolvió (la salida del corralito del dinero del ciudadano Smith) satisfizo la petición de quien había cuestionado la validez constitucional de las medidas financieras dictadas por el gobierno.

Entonces, si nos guiáramos por las manifestaciones callejeras, la Corte habría satisfecho las pretensiones de esa parte de la ciudadanía que se expresa con las cacerolas, además de aplicar la Constitución que protege el derecho de propiedad.

Sin embargo, en cada caso judicial de los miles sometidos a los jueces, estos resolverán, según los méritos de cada causa y la Corte dictará sentencia definitiva, en cada juicio, haciendo lugar o no a las demandas. Así es como debe funcionar nuestro sistema constitucional. No procurando cambiar a los integrantes del máximo tribunal cuando sus sentencias no son del agrado de algunos, por poderosos que sean.

Pero, admitamos que la suerte está echada y que los diputados de la Nación, deciden investigar la posible causal de mal desempeño de todos los jueces de la Corte.

¿Qué legitimidad tienen estos diputados a la luz del resultado electoral del 14 de octubre de 2001, en el que casi un 40% de los ciudadanos aptos para votar por ellos, no lo hizo?

¿De que modo justifican, en todo caso, estar acusando a los miembros de un tribunal por haber fallado un juicio a favor de las peticiones de la ciudadanía que expresa su opinión ruidosamente en contra del corralito declarado inconstitucional por la Corte.

Lo mas asombroso y paradójico es que el Senado de la Nación es el tribunal que debe juzgar a los jueces acusados.

¿Hay acaso algún otro cuerpo legislativo mas cuestionado que dicho Senado?

Todos los legisladores, diputados y senadores y algunos notorios dirigentes políticos deberían recordar que fue con su anuencia que se dictó la ley que permitió aumentar el número de integrantes de la Corte, atropello consentido por casi toda la ciudadanía y por casi todos sus dirigentes y que fue el origen de la llamada “mayoría automática”, es decir la de aquellos jueces que, supuestamente, votaron siempre en favor del gobierno de Carlos Menem (lo que, por otra parte, no es cierto)

Si alguno de los miembros de esta Corte es sospechado de haber incumplido con sus obligaciones o de haber cometido algún delito, habrá que hacer –con el recato y prudencia que marca la ley (porque hay que recordar nadie es culpable hasta que se dicte sentencia condenatoria)- la investigación del caso, con las debidas garantías; proceder a la acusación, asumiendo la Cámara de Diputados las responsabilidades pertinentes y el Senado cumpliendo con su deber constitucional que es, en todo caso, juzgar a los miembros del tribunal y no a éste.

Lo que hay que denunciar como un método perverso, es la pretensión de juzgar a la Corte, como si fuera posible juzgar al Presidente o al Congreso, por discrepancias con el contenido de actos propios de sus investiduras dictados en el marco de sus facultades constitucionales y hacerlo con el paraguas de un pretendido juicio político.

Si no cumplimos, lealmente, los mandatos de la Constitución, estaremos sembrando las semillas de la tiranía. Esto también hay que decirlo sin ambages, como le gustaba hablar a Sarmiento.

#### **4. FINALMENTE ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL SERVICIO DE JUSTICIA**

Es tanta la crisis moral y política de la Argentina que a poca gente parece importarles la verdadera imparcialidad de los jueces. Tampoco a muchos jueces o funcionarios públicos.

“Hacete amigo del juez, no le des de que quejarse... que siempre es bueno tener palenque ande ir a rascarse”, rezan los lapidarios versos de Hernández.

Sin embargo no se trata sólo de la parcialidad judicial respecto del amigo, del poderoso o del dinero. También hay la parcialidad hacia la fama, hacia la figuración o hacia la opinión pública.

Mucho se ha escrito ya sobre la influencia del gobierno o de sectores vinculados a él, respecto de los jueces y hace ya demasiados años que está en tela de juicio la independencia del poder judicial.

Es cierto, lamentablemente, que también en los últimos años hemos sido testigos de numerosos casos de parcialidad judicial. Varios jueces han sido sorprendidos tratando los casos bajo su jurisdicción de modo dudoso, cuando no explícitamente inclinado hacia alguna de las partes: aquella que influía más en su espíritu o favorecía sus intereses.

Muchos dirigentes políticos y gobernantes se enorgullecían de la influencia que podían ejercer sobre los jueces, fuera esta ideológica, social o económica. ¡Como si esa conducta fuera inocua; como si no se pagaran precios institucionales por ello!

Ese precio está a la vista. Poca gente confía en la justicia; los jueces no son respetados por la población, no tienen prestigio social y son todos juzgados por igual.

Este resultado es deletéreo para la sociedad. No solo por la imagen que queda de los jueces, sino por otras dos razones adicionales.

La primera es que los jueces argentinos no son todos parciales o corruptos. Hay una inmensa mayoría que trabaja esforzadamente, con imparcialidad, e imparte justicia cotidianamente, en infinidad de causas

comunes y corrientes, que, por ello, no son noticia destacada en ningún diario o canal de televisión. Es cierto que los jueces actuales no tienen, en términos generales, las calidades intelectuales de los otros tiempos. Pero ¿las tienen los legisladores, gobernadores, intendentes, profesores universitarios, periodistas y ciudadanos en general?

La segunda, es que se ha generado tanta confusión respecto de lo que debe ser un juez (a veces, desgraciadamente, por la acción de ellos mismos) que el público ve en la justicia, no el mecanismo institucional que es, sino un instrumento a través del cual se pueden ejercer venganzas políticas o impartir castigos ejemplares o fomentar o desalentar tal o cual posición ideológica.

Los jueces están, en nuestro sistema, para impartir justicia, en el caso sometido a su conocimiento y nada más. Pero también nada menos. De ellos dependen nuestra libertad, nuestra propiedad, nuestro honor.

Adicionalmente, la prensa ha asumido un papel nuevo en el campo de la justicia: se ha constituido en fiscal acusador, juez y parte, con grave perjuicio de los derechos de las personas involucradas, quienes resultan condenadas por los periodistas o por bandas de desaforados ululantes a quienes los diarios y la televisión les transmiten sus dichos o imágenes.

Debe tenerse presente, sin embargo que este papel de la prensa en el área judicial no es algo que ella haya buscado, sino que le ha sido asignado por el lento e ineficaz servicio de justicia y que, en casos excepcionales puede ser útil; aunque no como regla. Según las leyes son los jueces quienes impartir justicia.

Los jueces son hombres y mujeres en quienes la sociedad deposita sus bienes más preciados. Deben ser preparados, no sólo intelectualmente, para asumir semejante misión. También deben ser moralmente idóneos para ello.

Una de las condiciones de esa idoneidad es el recato en lo personal y en lo institucional. Los jueces no deben estar en los diarios ni en la televisión. Los jueces deben estar en sus despachos, estudiando, analizando, juzgando.

Los diarios y la televisión no son jueces. No tienen idoneidad para ello. A nadie le conviene ser juzgado por quien no sea juez, imparcial, instruido y honesto. Tampoco a esos medios de comunicación.

No se trata de que tal o cual persona sea condenada rápidamente para calmar la opinión pública, que es alimentada por esos mismos medios, que tienen un papel distinto del de impartir justicia, sino de reedificar, entre todos, un poder judicial confiable, con jueces probos, que procedan sin favoritismos y no acepten prebendas, dedicados únicamente a dar a cada uno lo suyo.

Hacerlo será producto de una labor silenciosa y lenta. No puede, ni debe, cambiarse a los jueces de un día para el otro. Eso sería suicida. Tampoco puede juzgarse a los jueces de modo inadecuado o por apremios circunstanciales, por importantes que parezcan las causas.

Aquella labor no tendrá réditos políticos ni resultados inmediatos pues no es para ello que se estará trabajando, sino para disponer, a mediano plazo, de jueces en quienes depositar la facultad de juzgarnos a todos por igual.

Si eso se comienza a hacer, sin aparatosidad ni excesiva publicidad, dedicando tiempo y esfuerzo en seleccionar y designar a los mejores, en vez de meterse en complicadas y bizantinas disquisiciones sobre la forma y órganos de selección, se estará haciendo un sentido servicio a la República y a nuestros descendientes.

Esto también hay que decirlo de frente y con firmeza, sino el destino de la Argentina puede ser aún mas trágico de lo que se vislumbra.

El resumen de esta exposición es que el futuro está en nuestras manos y que debemos aunar voluntades para que impere la sensatez, el orden y la justicia, con sencillez y transparencia de procedimientos, sin cinismo y desterrando, para siempre, las ilusiones con las que nos hemos regodeado durante décadas.

Con la anuencia de Bartolomé Tiscornia, a quien, entre otras cosas mas importantes, le debo la cita de Sarmiento que hice al comienzo, leeré, para concluir, otra, que también me señaló él, de Bertolt Brecht, que dice:

El peor de los analfabetos es el analfabeto político. El no escucha, no habla, no participa de los acontecimientos políticos. El no sabe que el costo de la vida, el precio del poroto, del pescado, de la harina, del alquiler, de los zapatos y el de los remedios, dependen de decisiones políticas. El analfabeto político es tan bruto que se enorgullece, inflando



GUILLERMO V. LASCANO Q.

el pecho, diciendo que odia la política. No sabe el imbécil que de su ignorancia política nacen las prostitutas, el niño abandonado y el peor de todos los políticos, que es el político embustero, el corrupto lacayo de los explotadores del pueblo”

De modo, amigos, que buena parte del destino de nuestra Nación depende de involucrarse en la cosa pública, es decir en la república.

## In Memoriam

**TULLIO CHIOSSONE**  
**1905-2001**

*Aborrezco la vida vocinglera  
Porque amordaza el pensamiento humano  
Porque es como amarga tuera*

Para quienes lo conocimos personalmente, estos versos que publicara en 1985 son un buen motivo para recordarlo. Pocos venezolanos han llenado con su vida un siglo desde tan variadas perspectivas, con el austero comedimiento de la ciudadanía activa. Para los clásicos, el desempeño de las funciones públicas era una carga y una responsabilidad que no debían eludir los ciudadanos, pues se corría el riesgo de la perdición del Estado. El ejemplo de este venezolano distinguido, testigo de excepción y protagonista en todo un siglo de grandes cambios para el país, es un referente importante para las generaciones de relevo.

Comentaba en una oportunidad que en su viaje juvenil de San Cristóbal a Mérida, en 1923, que se hacía en recuas de mulas, hubo de afrontar salteadores de caminos entre Estanques y Lagunillas, lo cual ilustra la penuria e inseguridad de las carreteras en una época que nos parece remota, pero que no es lejana si consideramos el ciclo de un país. Llegado a la ciudad que las montañas no pueden ocultar, se desempeñó desde muy joven en la docencia, en el gran Liceo Libertador, por espacio

de doce años, y luego en la Universidad de Los Andes, por espacio de siete, donde fue profesor de derecho penal, medicina legal, principios del derecho y derecho eclesiástico. Dictó clases de derecho penal en la Universidad Central de Venezuela, desde 1935, y en la Universidad Católica Andrés Bello, desde 1955. Hace veinte años la Universidad Emeritense reconoció su fecunda labor otorgándole un segundo doctorado, el *honoris causa*, después de su primera laurea en 1929. Su vasto horizonte le permitiría escribir por estos años un trabajo tan importante como *Formación Jurídica de Venezuela en la Colonia y la República* (Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1980), sin concitar las enconadas y fructíferas polémicas que por escasez de vida intelectual predijo J.M. Briceño Guerrero. Este libro, en un país tan ayuno de historia y ahíto de inmediatez, debería merecer en las escuelas de derecho tanta atención como los textos de Bonfante y Messineo. Su amplia formación humanística le permitió, ya en el sosiego del retiro, ocuparse de lingüística, habiendo publicado *Aportación de las Lenguas Indígenas Venezolanas al Castellano* (Ex Libris, Caracas, 1993), una interesante reseña de voces amerindias y glosas de otros etnógrafos venezolanos.

En materia del derecho penal, fue la de Chiossone una voz autónoma y sonora. Criticado por Jiménez de Asúa por haber pretendido cambiar el nombre de la *venerable disciplina*, enfatizó con su concepto de transgresión un componente socio cultural muy importante para comprender el espacio social del derecho: la vulnerabilidad de los mandatos y la desobediencia, antes que las estructuras lógico formales de los comandos, algo sobre lo cual deberían reflexionar los eruditos en dogmática y todos los venezolanos cuando, desde siempre, pero muy acentuadamente en los últimos años, recurrimos a la exégesis y a la legorrea para afrontar nuestros problemas de gobernabilidad. En su libro *Sanciones en Derecho Administrativo* (Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1973) emprendió el análisis de la legislación penal especial con un propósito sistematizador, aplicando los criterios unificadores que hoy se defienden como expresión del garantismo y del rigor metodológico a una materia que se definía, en modo superficial, como de naturaleza no penal por haberse encomendado la aplicación de la pena al poder Ejecutivo; debió promulgarse la Constitución de 1999 para conjurar definitivamente cualquier pretensión de aplicar penas detentivas por vía administrativa. Debe destacarse que sus manuales de derecho penal y de

derecho procesal penal, sencillos y sin mayores pretensiones, fueron guías más que razonables para quienes se iniciaban en el estudio de estas disciplinas, con una referencia necesaria a nuestra legislación.

Su labor a favor de la modernización legislativa en Venezuela fue de primera importancia. Su proyecto de Ley de Régimen Penitenciario, aprobado en 1937, marcó la transición hacia el régimen progresivo. El Proyecto de Ley de Justicia y Protección de Menores, presentado el mismo año conjuntamente con Gallegos, Bustillos e Hinostroza, fue el precursor del Código de Menores de 1939, que marca el inicio de la legislación tutelar en Venezuela, cuyo modelo sólo cambió sesenta años después, con la promulgación de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Su preocupación por la infancia desvalida se tradujo en trabajos académicos y en la promoción de instituciones de protección y programas de alimentación escolar, con lo cual combinó el análisis y la reflexión con las realizaciones prácticas. Redactó el Código de Justicia Militar y la Ley Orgánica del Ejército y la Armada, leyes que resultaron aprobadas en el régimen presidido por un general, proviniendo de un jurista civil, lo cual debería llamarnos a reflexión en estos días, cuando el espacio de los civiles en la gestión pública pareciera estar cada vez más en entredicho. Y le cupo el mérito de haber preparado y logrado durante su mandato presidencial en el Estado Mérida la Ley de Mejoramiento de la Vivienda Campesina, en 1944, que, con las salvedades del constreñimiento educacional que la orientaba, y que el mismo Chiossone en el ejercicio de la autocrítica reconoció en *Bajo el sol de los venados* (Caracas, Ex Libris, 1990), fue precursora del reconocimiento legislativo de los derechos que tienen los trabajadores del campo a mejorar sus condiciones habitacionales con apoyo del Estado.

Su desempeño en las magistraturas públicas fue destacado. Como Presidente de la Cámara de Diputados (1939), Secretario de la Presidencia de la República (1939-1941), Ministro de Relaciones Interiores (1941-1942) y Presidente del Estado Mérida (1942-1944), ejerció un protagonismo singular en la transición del gomecismo a la democracia popular, a través del gobierno modernizador de López Contreras, que echó las bases de muchas instituciones económicas y de control social bajo las cuales aún nos movemos, y del gobierno liberalizador de Medina Angarita, marcado por la apertura y el pluralismo, bajo cuya gestión se conformaron los partidos políticos de la modernidad venezolana. Esta época de grandes

cambios, que todavía es recordada por algunos con nostalgia, por otros con reproche y por algunos más con oportunismo, no fue tampoco ajena a la crónica documentada y didáctica de Chiossone, quien en *El Decenio Democrático Inconcluso, 1935-1945* (ExLibris, Caracas, 1989) dejó el testimonio de un proceso que, sin dejar de ser interesado por cuanto quien lo presta fue actor de primera línea, se encuentra muy bien documentado y representa la perspectiva de un ciudadano con vocación de servicio público, que se mueve entre el afecto y la atracción de dos líderes en conflicto, y analiza los logros, las presiones, los intereses, las alianzas, las lealtades, el regionalismo, el nacionalismo y las obras materiales de estos dos gobiernos unidos por la herencia gomecista y separados por la brecha institucional de unas Fuerzas Armadas transitando del modelo weberiano patrimonial al modelo burocrático. En momentos como los que ahora vivimos, cuando pareciéramos afrontar una nueva transición militar, del modelo burocrático al modelo carismático, la lectura del libro de Chiossone resulta especialmente recomendable.

Podría decirse que la vida de Tulio Chiossone no transcurrió, como tantas, entre la desidia y el oportunismo; que cultivó las letras y la disciplina jurídica sin olvidarse de la acción política, en el buen sentido de la palabra; que hizo gala de esa austeridad que los antiguos apreciaban en los ciudadanos de una república sana; y que bajo el manto de la sobriedad, en casos distante, que mostraba en su trato personal, se ocultaba un secreto, que traicionan estos otros versos que escribió alguna vez:

*Y a mí qué me importa que todo se acabe  
Si yo tengo un mundo postrado a mis pies  
El pequeño mundo del rosal y el ave  
Y de la alegría del amanecer.*

Luis Gerardo Gabaldón