

Revista de la Facultad de Derecho
Año 2017 - 2018. N° 72

Revista de la Facultad de Derecho

Código de LATINDEX: Folio n° 19150
(<http://www.latindex.org>)

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
Facultad de Derecho

Revista de la Facultad de Derecho N° 72.
2017-2018
ISSN: 0255-5328

Revista de la Facultad de Derecho N° 72.
Año 2017-2018
ISSN: 0255-5328
Fundado en el año 1965

DIRECTOR-EDITOR

JOSE IGNACIO HERNANDEZ

SUB DIRECTOR-EDITOR JEFE

JAIBER ALBERTO NÚÑEZ URDANETA

ASISTENTES DE EDICIÓN

ALEJANDRO RAMÍREZ Y JUAN GIACOPINI

CONSEJO EDITORIAL

Benigno Alarcón
César Carballo Mena
Jesús María Casal
Marcos Carillo
María Virginia Alarcón
Miguel Mónaco
Milena Liani
Nelson Chacón
Ninoska Rodriguez
Salvador Yanuzzi
Yanesky Lehmann

CONSEJO DE REDACCIÓN

Aiskel Andrade	Juan García Vara
Alberto Arteaga Sánchez	León Henrique Cottin
Alvaro Badell	Liliana Fasciani
Andry Matilla	Luis Alfronso Herrera
Antonio Silva Aranguren	Luis Aquiles Mejías
Carlos Ayala	Luis Gerardo Gabaldón
Carlos García Soto	Manuel Díaz Mujica
Corina Yoris	Manuel Gómez
Daniela Urosa	María Amparo Grau
Freddy Caridad	María Berardoni de Govea
Gustavo Urdaneta	María Elena Toro
Irma Bontes	Pedro Berrizbetia
José Antonio Eliaz	Pedro Jedlicka
José Antonio Muci	Rafael Bernad
José Valentín González	Román J. Duque Corredor

©Universidad Católica Andrés Bello. Apartado Postal 20332.
Caracas 1020-A, Urb. Montalbán. La Vega. Facultad de Derecho.
Teléfonos: 0212 4074238 – 4074237. www.ucab.edu.ve
<http://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/temas/index.php/rfderecho/index>
Depósito Legal: If196502DF289 ISSN: 0255-5328

Dirección para el envío de correspondencia y canje:

rfderecho@gmail.com

Correos electrónicos para el envío de trabajos:

rfderecho@gmail.com

Diseño y Producción: **abediciones**
Diagramación: Isabel Valdivieso
Diseño de portada: Isabel Valdivieso
Venta: **abediciones**
Canje y donación: **abediciones**

ÍNDICE

Editorial: In Memoriam Alberto Baumisterpág. 5

Derecho Público

Espíritu y líneas maestras del Estado Democrático de Derecho
José Ignacio Hernández G.....pág. 9

Consideraciones sobre la legalidad de los bonos de la deuda pública nacional ante la ausencia de una ley de presupuesto para el periodo económico 2017
Andrea Trocel Yabrudy.....pág. 38

La estrategia global del ambiente para alcanzar la sostenibilidad del desarrollo Humano
José Salvuchi.....pág. 58

El principio de tutela constitucional de los derechos fundamentales por todo juez de la República.
Rafael Enrique Tobía Díaz.....pág. 92

Derecho Privado

La perspectiva de los niños, niñas y adolescentes sobre el sistema judicial y la violencia armada: un estudio cualitativo.
Carla Serrano Naveda y Gloria Perdomo.....pág. 132

¿Son las colas un procedimiento garantista del derecho de niños, niñas y adolescentes a un nivel de vida adecuado?
Gloria Perdomo y Daniel Chávez.....pág. 166

Embargada preventivamente una acción de una sociedad anónima, ¿Quién tiene el derecho a voto en las asambleas de accionistas?
Salvador R. Yannuzzi Rodríguez.....pág. 184

Derecho Procesal

Las excepciones a las exclusiones probatorias en el proceso penal venezolano
Rómulo Chacín González.....pág. 204

Consideraciones sobre las sentencias No. 446, 693, 1070 de la Sala Constitucional y la No. 136 de Sala de Casación Civil en el procedimiento de divorcio en materia de protección
María Fernanda Innecco Duran.....pág. 263

La validez de una notificación defectuosa en el contencioso tributario. Un estudio a partir de las formas procedimentales

Jonás E. Aponte A.....pág. 288

Validez y excepciones de la cláusula arbitral en contratos con empresas públicas en el derecho
venezolano y comparado
Urimare Ascanio.....pág. 316

El documento emanado del médico.
Fidel Castillo Gómez.....pág. 343

Derecho del Trabajo

Don Quijote, Sancho Panza y el Test de laboralidad
Carlos Reverón Boulton.....pág. 365

Historia

La política en la transición venezolana de 1958
Ramón Guillermo Aveledo.....pág. 392

La transición constitucional de 1958-1961
Jesús M. Casal H.....pág. 416

Premio Instituto de Investigaciones Jurídicas -Estudiantes-

El amparo constitucional para la protección de la prestación de servicios públicos
Ignacio Andrade Cifuentes, Ignacio Ayala Borges, Alessandra Corona Henríquez, David Briceño
Merola y María Fernández Antonuccio.....pág. 449

Crónicas de la Facultad de Derecho
2017-2018.....pág. 514

Normas para la presentación de artículos en la Revista de la Facultad de Derecho.....pág. 528

EDITORIAL: EN RECUERDO DEL PROFESOR ALBERTO BAUMEISTER TOLEDO 1940-2018

José Ignacio Hernández G.
Director de la Revista de la Facultad de Derecho

I

En 1996, al asumir la dirección de la *Revista de la Facultad de Derecho*, el profesor Alberto Baumeister Toledo recordaba que:

“La vida de estas publicaciones depende evidentemente de la buena acogida que se les preste en el medio científico y social donde circulan. Hago un llamado a nuestros egresados y estudiantes para que la requieran, la usen y colaboren con nosotros. Es ésta una plataforma útil de expresión para las ideas”

Correspondían esas palabras al número 50 de la *Revista*, fundada en 1965. Tal y como el profesor Baumeister apuntó entonces, la *Revista* se concibió como el principal medio de divulgación científica de la Facultad, y de allí su feliz iniciativa—que hemos continuado— de incluir una sección llamada a reseñar los eventos académicos más resaltantes de la Facultad.

En el número 51, el profesor Baumeister insistió en la importancia de darle a la *Revista* la mejor difusión posible, especialmente entre la comunidad académica y estudiantes. Ello, pese a la crisis institucional por la cual atravesaba entonces Venezuela. Así lo refirió el profesor Baumeister en el siguiente número, correspondiente al año 1998:

“Continuamos sintiendo que Venezuela sigue a la deriva, sin rumbo claro para superar la crisis que nos afecta ya hace varios años y sin que podamos vaticinar remedios a corto o mediano plazo en algunos aspectos delicados de su vida institucional”

Nuestros problemas —afirmaba el profesor Baumeister en la editorial del número 54, correspondiente a 1999— está más en lo moral que en lo legal. Frente a ese panorama, en el número 59 el profesor Baumeister recordaba cual era —y sigue siendo— el rol de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB):

“Nuestra Universidad generosamente ha entregado todo a quienes han sido sus graduandos: educación de primera calidad científica, innovación tecnológica, sólida

formación moral cristiana, espíritu de preocupación por la sociedad donde se desenvuelven y ha puesto en sus manos el más importante instrumento de triunfo para la vida, la enseñanza de un buen arte para el ejercicio de una profesión digna en lo cual ha invertido sus mejor recursos morales, científicos y económicos. La UCAB no ha escatimado nunca nada para dar educación de excelencia”

De allí que los egresados de la UCAB constituimos, en palabras del profesor Baumeister, *“un claro ejemplo de una nueva juventud adecuadamente formada en valores científicos y humanísticos que orgullosamente nos hace sentirnos diferentes, en el buen sentido de la palabra”*.

II

El profesor Alberto Baumeister Toledo cumplió con honores con ese perfil de egresado *ucabista*. Su permanente juventud intelectual le llevó a explorar diversas aristas del Derecho, siempre con una mente inquieta. La relación del profesor Baumeister con la Universidad fue así estrecha: egresado en 1962 con mención *Summa Cum Laude*, obtuvo en esa misma Universidad los títulos de especialista en Derecho Privado (1975) y Derecho Financiero (1992).

Fue además investigador asociado del Centro de Investigaciones Jurídicas de la UCAB, así como destacado profesor, no solo de la UCAB sino, además, de muchas otras Universidades nacionales y extranjeras, como la Universidad Central de Venezuela, la Universidad Católica del Táchira, la Universidad de Margarita, la Universidad Fermín Toro, la Universidad Privada Bolivariana (Cochabamba) y la Universidad Javeriana de Bogotá, entre otros.

Sobresalió igualmente por su carrera judicial, como magistrado del Tribunal Superior Nacional Agrario con sede en Caracas, y del Tribunal Superior Agrario con competencia en el Distrito Federal, Miranda y Guárico. Fue asimismo Conjuez de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y Juez Superior suplente de los Juzgados Superior Primero y Tercero del Área Metropolitana de Caracas.

Destacado estudioso del Derecho Procesal, fue miembro activo de los Institutos Iberoamericano y Panamericano de Derecho Procesal, entre otras prestigiosas corporaciones académicas. Otra rama en la

cual cultivó conocimientos fue en el Derecho de Seguros, debiendo destacar su rol en la Asociación Venezolana de Derecho de los Seguros.

Además de docente, investigador y juez, el profesor Baumeister fue un destacado autor, con diversos artículos y publicaciones en las áreas del Derecho de los Seguros, Derecho Procesal Civil y Derecho Agrario, entre otras.

Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, recordó en su discurso de incorporación a esa corporación en 2005 el rol que en su formación había cumplido la UCAB:

“Sería por igual egoísta no mencionar lo mucho que debo a mi Alma Mater, la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas, y en especial a sus Directores y guías, y con ello, se involucran también quienes han sido mis mentores desde muy temprana edad, esto es los integrantes de la Compañía de Jesús, quienes me acompañaron durante muchos años en mi formación académica y humana. De aquella y de Uds. mis amigos Jesuitas es también el honor con el cual hoy se me distingue. Indiscutiblemente que me confieso ser otro más de esos hombres formados por el estilo y tradición Jesuita, de lo cual, de paso, me siento muy orgulloso y sortario de haberlo podido lograr”.

Para la UCAB, para los *ucabistas* y para la *Revista*, el profesor Alberto Baumeister Toledo seguirá siendo un mentor y motivo permanente de inspiración en el quehacer editorial de esta publicación.

Agosto de 2018

DERECHO PÚBLICO

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.

ESPÍRITU Y LÍNEAS MAESTRAS DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO 1940-2018

José Ignacio Hernández G.

Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello. Director de la Revista de la Facultad de Derecho

Resumen

El Estado de Derecho en Venezuela se construyó de acuerdo con los principios generales del constitucionalismo británico y estadounidense y, por lo tanto, como un sistema de pesos y contra-pesos basado en la supremacía de la Constitución, la separación de poderes, la revisión judicial y la protección de los derechos humanos. Sin embargo, las fallas del Estado venezolano en el siglo XIX debilitaron los cimientos del Estado de Derecho. Posteriormente, los arreglos institucionales del Petro-Estado diezmaron el Estado de Derecho, a través de un gobierno centralizado con un vínculo democrático débil. La Constitución de 1999 fue adoptada con el propósito de abordar la crisis del estado venezolano. Sin embargo, esta Constitución fue violada sistemáticamente en el intento de organizar un estado comunal.

Palabras clave: Estado de Derecho, constitucionalismo venezolano, petro-estado, crisis política, Constitución de 1999

Abstract

The rule of law in Venezuela was built according to the general principles of the British and American constitutionalism, and therefore, as a checks and balances system based on the supremacy of the Constitution, the separation of power, the judicial review and the protection of human rights. However, the failures in the Venezuelan state in the 19th century weakened the foundations of the rule of law. Later, the institutional arrangements of the Petro-State decimated the rule of law, through a centralized government with weak democratic linkage. The 1999 Constitution was adopted with the purpose to address the crisis of the Venezuelan state. But this Constitution was systematically violated in the attempt to organize a communal state.

Keywords: Rule of law, Venezuelan constitutionalism, petro-state, political crisis, 1999 Constitution.

I. LAS CAUSAS DE LAS MISERIAS QUE HAN MINADO INTERIORMENTE LA FELICIDAD DE LOS PUEBLOS: ROSCIO Y LA FUNDAMENTACIÓN REPUBLICANA DE NUESTRO ESTADO DE DERECHO

Hace doscientos años, en septiembre de 1817, Juan Germán Roscio publicó en Filadelfia su libro *El triunfo de la libertad sobre el despotismo*. Lo escribió con un objetivo claro: demostrar que la Biblia no se oponía a la fundamentación de la Independencia, esto es, a la creación de un modelo republicano. Luego de su experiencia en los años iniciales de nuestra Independencia (1810-1812) Roscio comprendió que la efectiva fundación de la República implicaba, antes que nada, un cambio de mentalidad. Y que ese cambio debía llevarse de la mano de la religión católica, cuya errada interpretación había sido empleada para la defensa del orden monárquico en contra del orden republicano.

Roscio conocía muy bien cómo la religión podía emplearse para justificar el despotismo. En su obra, por ello, se refiere al “triple yugo de la monarquía absoluta, el fanatismo religioso y los privilegios feudales”. La monarquía despótica había impuesto el “abuso de la Escritura” de tal forma, que “el sistema de la tiranía se respetaba como artículo de fe”. La abolición de la monarquía absoluta, mediante la adopción del modelo republicano, implicaba por ello extraer, de la Biblia, la fundamentación del modelo republicano que los venezolanos de 1810 comenzaron a edificar.

¿En qué consistía, precisamente, ese modelo republicano, en cuya defensa –desde la interpretación de la Biblia- Roscio escribe su libro en 1817? Las bases de ese modelo comenzaron a definirse, tímidamente, el 19 de abril de 1810, pero progresivamente fueron asumidas con mayor vigor, hasta quedar claramente dibujadas en nuestra primera Constitución de 1811. La esencia de ese modelo republicano partía de la revalorización del ciudadano, que de súbdito pasivo pasó a ser considerado titular de derechos naturales e inalienables. Tales derechos permitían al ciudadano, reunido en sociedad y en ejercicio de la soberanía popular, constituir el Gobierno, cuyo poder, consecuentemente, quedaba limitado. El modelo republicano, por ello, no se basaba solo en el reconocimiento de la soberanía popular, sino en el reconocimiento del carácter limitado del Gobierno, que debía controlarse a fin de

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.

prevenir su despotismo. Ese control se logró a través de varias técnicas, entre ellos, la separación de poderes; el diseño de controles jurídicos sobre el Gobierno, principalmente, por parte del Poder Judicial, y el reconocimiento de mecanismos de participación y control ciudadanos, incluyendo el ejercicio de la libertad de expresión.

No se trató de un modelo original, pues en la práctica, Roscio –y los otros constructores de nuestra República civil- se inspiraron en los principios de la Antigua Constitución Británica, condensados y perfeccionados en la Revolución de Estados Unidos de Norteamérica. En Venezuela, estos principios, como bien puede suponerse, tuvieron que ser adaptados a las particulares condiciones de nuestra sociedad colonial, lo que implicó más de una matización que, sin embargo, no desvió a los venezolanos de entonces del objetivo de organizar al naciente Estado como una República.

Este modelo republicano reconocía, entonces, la idea básica del Estado de Derecho como la forma de organización política en la cual el poder es juridificado, esto es, precisado y concretado a través de la Ley y bajo la supremacía de la Constitución. La Constitución ocupó, así, el lugar central de nuestra naciente República, lo que evidenció la influencia de la Revolución de Estados Unidos de Norteamérica y el distanciamiento a la Revolución Francesa, cuya pieza jurídica central fue la Ley, esto es, el legiscentrismo. Este especial lugar de la Constitución –entendida, con Locke, como un pacto de libertad- permite comprender cómo Roscio (al igual que lo hizo antes Sanz, y luego lo haría Yanes) negó el deber de obediencia ciega a la Ley y al Gobierno, afirmando por el contrario la obediencia racional. Pues una obediencia ciega, escribió Roscio, bien pronto conducía al despotismo.

Ahora bien, estas bases de nuestro Estado de Derecho, como expresión jurídica del modelo republicano, quedaron tempranamente dibujadas en el Reglamento para la elección de Diputados de 11 de junio de 1810. Se trata no solo del primer instrumento de nuestro Derecho Electoral. Con mayor importancia, ese Reglamento, en su “alocución”, resume los principios centrales del modelo republicano. Así, el primero de esos principios es la representación popular:

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.

“Todas las clases de hombres libres son llamadas al primero de los goces del ciudadano, cual es concurrir con su voto a la delegación de los derechos personales y reales que existieron originalmente en la masa común y que la ha restituido el actual interregno de la monarquía”

El origen democrático de la soberanía se traduce en la delegación, que de acuerdo con el Reglamento, es el acto jurídico por el cual los ciudadanos, libres e iguales, encomiendan el ejercicio de esa soberanía a un cuerpo legislativo, pero siempre de manera limitada. La delegación debe entonces “restringirse de tal manera” que los delegados no puedan “mandar con arbitrariedad ni abusar de vuestra confianza”.

Tal es, precisamente, el segundo principio afirmado en el Reglamento: el acto arbitrario es el acto del Poder que, ejercido fuera de la representación –entiéndase, fuera de la Ley- limita la libertad. Esta es la diáfana afirmación del principio de legalidad: los delegados -organizados de acuerdo con el principio de separación de poderes- deben obrar de manera subordinada a la voluntad general, lo cual es necesario para fundar “bases racionales y decorosas”. Para nosotros, está aquí implícita la idea de la Constitución –como acto que limita el ejercicio de la soberanía por los delegados- y también, en cierta manera, el de la jerarquía de las fuentes del Derecho, pues los actos de los delegados –las providencias- quedan subordinados a la Constitución, lo cual pasa por aceptar su supremacía.

El tercer principio afirmado en el citado Reglamento es la separación de poderes. Su formulación no puede ser más elocuente:

“Habitantes de Venezuela: buscad en los anales del género humano las causas de las miserias que han minado interiormente la felicidad de los pueblos y siempre la hallareis en la reunión de todos los poderes”.

La concentración de poderes ha minado interiormente la felicidad de los pueblos, pues no garantiza el control del poder que, como consecuencia, abusa, esto es, impone restricciones arbitrarias

a la libertad. Por el contrario, la separación de poderes –dentro del modelo republicano- coadyuva al control del poder y, por ende, previene su arbitrariedad en defensa de la libertad.

Estos principios, reiterados a lo largo de diversos actos dictados por la Junta Suprema y luego por el Congreso, quedaron magníficamente expuestos en la Constitución de 1811. En efecto, la Constitución de 1811 recogió los principios del régimen republicano, basado en la separación de poderes (“el ejercicio de esta autoridad confiada a la Confederación no podrá jamás hallarse reunido en sus diversas funciones”, de acuerdo con su preámbulo), e incluye, en sus artículos 141 y siguientes, normas inéditas que, más bien, parecen declaraciones sobre principios políticos. En efecto, ese artículo 141 señala que al constituirse los hombres en sociedad ellos renuncian a la “libertad ilimitada y licenciosa a que fácilmente los conducían sus pasiones, propias sólo del estado salvaje”. Asimismo, el artículo 144 define a la soberanía como el “supremo poder de reglar o dirigir equitativamente los intereses de la comunidad”, y ella reside en la “masa general de los habitantes”, ejerciéndose por medio de sus representantes (pero nunca por un individuo, como acota el artículo 145). De esa manera, “la ley es la expresión libre de la voluntad general o de la mayoría de los ciudadanos”, y debe proteger “la libertad pública e individual contra toda opresión o violencia”, con lo cual, la tiranía –o arbitrariedad- vuelve a ser definida en referencia a los actos ejercidos contra cualquier persona “fuera de los casos y contra las formas que la Ley determina”.

Nótese que la voluntad general se equipara a la voluntad de la mayoría, dentro del sistema de elección censitario que la Constitución recogió. Por ello, la libertad es concebida dentro de los límites a la Ley, reconociéndose que “no se puede impedir lo que no está prohibido por la Ley y ninguno podrá ser obligado a hacer lo que ella no prescribe”. Por consiguiente, la Ley es vinculante –artículo 227- salvo cuando vaya contra el tenor de la Constitución. Con esto, el Texto de 1811 reiteró que la obediencia a la Ley no podía ser ciega, pues tal obediencia cedía en caso de Leyes y actos del Gobierno contrarios a la Constitución, esto es, actos que arbitrariamente violen la libertad.

II. LAS BASES CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN VENEZUELA: A LA SOCIEDAD CORRESPONDE MANDAR, AL GOBIERNO SERVIR

Los principios que Roscio contribuyó a edificar en la Constitución de 1811, permanecieron en el resto de los Textos que han regido nuestra vida republicana, accidentada por lo demás. Estos principios fueron condensados en la fórmula que recogió el artículo 6 de la Constitución de 1830, y que en lo formal, se mantiene hasta nuestros días: “el Gobierno de Venezuela es y será siempre republicano, popular, representativo, responsable y alternativo”. Francisco Javier Yanes, en su Manual Político del Venezolano, de 1839, expuso, a partir de esa norma, las bases constitucionales de nuestro Estado democrático de Derecho:

“El gobierno, pues, se instituyó por la sociedad para su seguridad, perfección y bienestar. De donde se sigue que el soberano, jefe o cabeza de un Estado, no es el señor de aquella, sino un ministro o mandatario, encargado de cumplir con las obligaciones de la comunidad y de reclamar sus derechos”.

De allí Yanes extrajo el principio de subsidiariedad del Estado:

“La sociedad fue primero; ella es independiente y libre en su origen: por ella y para ella fue que se instituyó el gobierno, que no es sino un instrumento suyo. A la sociedad corresponde mandar, al gobierno servir”.

La expresión “Estado democrático”, que no es de uso frecuente en estos textos, queda así enlazada con el Estado de Derecho. La conexión entre ambas expresiones la encontramos en el principio de representación: teniendo la soberanía origen popular, ésta se ejerce en la elección del Gobierno representativo, que asume un carácter vicarial, esto es, de servicio a los ciudadanos. Para ello debe ser un Gobierno limitado en la Ley, que es la expresión de la representación popular. Y el Gobierno solo puede ser limitado si la Ley, a su vez, se subordina a la Constitución, que es la norma suprema. En la idea del Gobierno representativo, por ello, el Estado democrático y el Estado de Derecho se funden inseparablemente, para afirmar la necesidad del Gobierno y los riesgos del Gobierno. En palabras de Yanes:

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.

“De este modo es que el sistema representativo, el mayor y más benéfico descubrimiento de la política moderna, una a la libertad de la democracia la soberanía la aristocracia y la energía de la monarquía; y de este modo es que en él la mayor suma de poder se una a la más grande suma de libertad”.

Pero el modelo republicano, lo explicamos ya, tuvo que adoptarse a las peculiares condiciones de nuestra sociedad colonial y desigual, lo que implicó más de una matización. En especial pues los conflictos no resueltos con la Independencia agravaron la preocupación fundamental de preservar las estructuras internas de poder. De ello resultó un modelo original, sin duda: la República Liberal Autocrática, de acuerdo con Germán Carrera Damas. Desde una perspectiva histórica, esta expresión pretende resumir cómo el modelo republicano se expresó en formas autocráticas de poder, o sea, formas de poder que no derivaban de la soberanía popular. Se trató además de una República Liberal Autocrática signada por el mando militar, en lo que podría considerarse una especie de pretorianismo.

De allí el formalismo jurídico (Pérez Perdomo) presente en los regímenes autocráticos que intentaron organizar institucionalmente a la República en el siglo XIX, en un intento que será alcanzado por el régimen Juan Vicente Gómez. De su larga tiranía emergió el Estado ordenado y centralizado, así como las bases del Estado de Derecho, que tras diversos tropiezos –y notables avances- lograría fundirse en la práctica –y no solo en el plano formal- con el Estado Democrático a partir de 1958 y en especial, luego de la Constitución de 1961. La República Liberal dejaba de ser autocrática para pasar a ser democrática.

III. CONSTRUCCIÓN Y CRISIS DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO BAJO LA CONSTITUCIÓN DE 1961. LA TRAICIÓN DEL PETRO-ESTADO Y EL CULTO AL OLVIDO

La Constitución de 1947, en la historia del Derecho Constitucional venezolano, tiene una importancia fundamental. Esa Constitución plasmó, por vez primera, el proyecto de la República Liberal Democrática, en la esperanza de fundar, a partir de ella, el Gobierno representativo. Además, esa Constitución es también importante pues formalizó la transformación del Estado de Derecho en

Estado Social de Derecho, al asignar al Estado diversos cometidos orientados a asegurar condiciones mínimas de igual, sin abdicar de las garantías propias del Estado de Derecho.

Un nuevo régimen dictatorial impidió el desarrollo efectivo de la República Liberal Democrática así fundada. Con el reinicio de la democracia en 1958, ese proyecto fue retomado en la Constitución de 1961, que en nuestra historia ocupa lugar central al tratarse del Texto de mayor vigencia –formal y práctica- que logró consolidar las bases constitucionales de nuestro modelo republicano, a través del Estado Democrático y Social de Derecho. Esa Constitución, en efecto, resumió los principios cardinales que desde 1810 se habían venido afirmando: soberanía popular; gobierno representativo; separación de poderes; principio de legalidad; supremacía constitucional y reconocimiento de derechos fundamentales. Junto a estos principios, la Constitución de 1961 también reconoció la figura del Estado social, que ya desde 1947 se había afirmado constitucionalmente a través del valor de la justicia social.

Para lograr que estos principios lograsen asentar instituciones democráticas duraderas, la Constitución –como reflejo del Pacto de Punto Fijo- estableció un Gobierno central, caracterizado por el presidencialismo mixto, o sea, un modelo de gobierno basado en la preponderancia del Poder Nacional y del Presidente de la República, pero con elementos de sujeción parlamentaria. No se trató, sin embargo, de un modelo rígido. Por el contrario, la Constitución de 1961 fue redactada en términos flexibles, al punto de permitir que, con la consolidación del modelo democrático, se adoptasen importantes transformaciones a la organización del Estado sin necesidad de modificaciones constitucionales, a través de la construcción –mediante Ley- del Estado Federal, o sea, de la descentralización político-territorial.

Pero la Constitución de 1961 fue promulgada bajo condiciones económicas contrarias a sus objetivos. Nos referimos a la progresiva transformación de Venezuela en un Petro-Estado. Entendemos por tal al Estado que es económicamente autónomo, en el sentido que no requiere del poder tributario para obtener recursos orientados a cubrir el gasto público, en tanto ese gasto es financiado con la renta petroléa.

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.

El Petro-Estado se consolidó con la llamada nacionalización petrolera de 1975. A partir de entonces, el Estado pasó a ser no solo propietario de los yacimientos –condición histórica que se adoptó en los orígenes de nuestra República- sino, además, propietario de la industria y comercio de los hidrocarburos. Ello le permitió captar la totalidad de la renta petrolera, la cual fue distribuida en la economía venezolana a través de un amplio y heterogéneo aparato burocrático. El Estado, en la llamada “Gran Venezuela”, pasó a ser el actor principal de la economía.

En nuestra opinión, ese Petro-Estado fue el principal obstáculo para la materialización del proyecto político plasmado en la Constitución de 1961. Frente al modelo de presidencialismo mixto en el marco de la separación y equilibrio de poderes, el Petro Estado fomentó la concentración de poderes –jurídicos, económicos y políticos- en el Gobierno Nacional. Frente a la propuesta de la descentralización, el Petro-Estado promovió la centralización. Frente a las libertades económicas, el Petro-Estado promovió la intervención hegemónica del Estado a través de un estado de excepción que, vale la pena recordarlo, se inauguró el mismo día en que la Constitución, formalmente, entró en vigencia.

Para 1983 las consecuencias del Petro-Estado evidenciaban el agotamiento del modelo desarrollado bajo su amparo. El llamado viernes negro no fue solo una crisis económica: fue, mucho más, una crisis política, o, más bien, la crisis del modelo político derivado de la degeneración del proyecto de Estado plasmado en la Constitución. En 1984 el consenso político acerca de tal crisis llevaría a crear a la Comisión para la Reforma del Estado (COPRE), cuyas propuestas solo fueron tardíamente implementadas, en especial, en 1989, cuando a través de diversas Leyes se desmontó el Estado centralizado a fin de construir el Estado Federal mediante la descentralización político-territorial a favor de Estados y Municipios. Poco después se inició un ambicioso programa de reforma económica para desmontar la economía estatista y sustituirla por una economía de mercado, lo que supuso importantes intentos de reforma del marco institucional.

Las reformas, como ya dijimos, fueron sin embargo tardías. O en todo caso, no lograron detener el colapso del modelo. El discurso de la anti-política se instaló con facilidad entre nosotros. Esto es, el discurso que entendía que nuestra crisis era causada por un modelo de Estado que se había “agotado”.

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.

La crisis, con elocuencia, fue calificada de “terminal”. Las instituciones del Estado democrático de Derecho, que tan bien había asentado la Constitución de 1961, fueron objeto de severos ataques. Muy pronto surgió la idea seductora de la asamblea nacional constituyente, como una suerte de fórmula mágica capaz de derrumbar esas instituciones –y la Constitución que las contenía- a fin de fundar “un nuevo Estado”.

El 23 de enero de 1998, cuando en el horizonte de la República ya se atisbaba el nubarrón de la asamblea constituyente, Luis Castro Leiva lanzó esta advertencia desde el entonces Congreso de la República:

“Estos pensamientos desdeñosos de la democracia representativa, hechos por la alquimia levantisca y demagógica de caudillejos, nos dicen que es necesario reinventar una democracia directa de las masas. Y nos dicen, además, que hay hacerlo fuera de este lugar. Este sueño «anarquista» consiste en que cada quien lleve su silla de congresista —su curul— como quien lleva una loncherita para manducarse la república y formar, en un acto de participación política instantánea, una especie de guarapita cívica, la voluntad general de todos. Y así, desde un patio de bolas o una mesa de dominó, en alguna gallera, dice este robusto sueño anarquista, cada miembro de la «sociedad civil», sin intromisión del Estado ni de los partidos, decidirá por su cuenta y gana lo que mejor convenga para todos los venezolanos. El grito de batalla de esta profecía es simple: la nación es la de quien pueda tener las ganas de encarnarla...”

La propuesta de la asamblea nacional constituyente basada en la “abolición” del Estado fundado en la Constitución de 1961 partía precisamente de ese culto al olvido. Pues lo logrado hasta entonces era, en nuestra accidentada historia republicana, un hito más que importante. En 1998 el modelo democrático fundado en 1958 alcanzaba cuarenta años de vigencia, mucho más que cualquier otro régimen político en Venezuela, incluyendo la larga dictadura de Juan Vicente Gómez. Un modelo, ciertamente, que exigía importantes ajustes, pero que bien han podido implementarse al amparo de la Constitución de 1961.

“Hemos aprendido bien a educar el olvido”, afirmó Castro Leiva en ese discurso. ¿Qué debía hacerse entonces? Esta es la respuesta de Castro Leiva:

“La respuesta es elocuente: que dejemos ya de celebrar el olvido. Que ustedes, ciudadanos representantes, políticos de profesión y oficio, controlen sus pasiones, midan sus acciones y descubran para nosotros que todavía la política es una práctica humana, que todavía depende para ustedes de la virtud tanto como del vicio y que su responsabilidad se juega moralmente en sus decisiones. Sólo así, pienso, podremos soñar con cuarenta años más de democracia”

No fue ello lo que sucedió. Al final triunfó la idea de la Asamblea Nacional Constituyente, que invocando el pomposo título de la soberanía popular directa, escondió la guarapita cívica a la que se refirió Castro Leiva. Una guarapita que disolvió a la Constitución, y con ella, al propio Estado de Derecho.

IV. EL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1999 O EL MITO DE SATURNO

La campaña presidencial de 1998 estuvo dominada por dos ideas. La primera, el consenso en torno a la “crisis terminal” del modelo de Estado previsto en la Constitución de 1961. La segunda, la necesidad de aprobar una nueva Constitución a través de la Asamblea Nacional Constituyente. Que se haya negado la facultad del entonces Congreso de la República para modificar la Constitución era índice revelador de que, en el fondo, se cuestionaba la legitimidad de todo el sistema, de forma tal que era preciso procurar una solución exógena.

Estas ideas fueron asumidas por el entonces candidato Hugo Chávez, quien en su programa de gobierno justificó, así, la idea de la Asamblea Nacional Constituyente:

“Cuando una situación llega a tal grado de descomposición, nace entonces del propio seno del pueblo una fuerza legítima indetenible, capaz de impulsar la transformación de ese marco institucional. Esa fuerza es el Poder Constituyente. Poder éste que se ha activado en Venezuela, generando un proceso transformador verdaderamente democrático y revolucionario: el Proceso Constituyente, el cual se desarrolla en varias fases, siendo algunas de ellas la convocatoria y la realización de la Asamblea Nacional Constituyente, instancia político-jurídica que originará un nuevo marco institucional para la refundación

de la República, la reestructuración del Estado y el establecimiento de un nuevo consenso político y social”.

La propuesta consistió, en resumen, en refundar al Estado. Luego de su elección, Chávez llevó a la práctica su planteamiento a través del Decreto N° 3, por el cual convocó al referendo consultivo para la elección de la Asamblea Nacional Constituyente. Apelando a la soberanía popular directa, el mencionado Decreto invocó, entre otras, la siguiente razón:

“El sistema político venezolano está en crisis y sus instituciones han sufrido un acelerado proceso de deslegitimación. A pesar de esta realidad, los beneficiarios del régimen, caracterizado por la exclusión de las grandes mayorías, han bloqueado, en forma permanente, los cambios exigidos por el pueblo. Como consecuencia de esta conducta se han desatado las fuerzas populares que sólo encuentran su cauce democrático a través de la convocatoria del Poder Constituyente Originario...”

La alusión al poder constituyente originario no fue casual. Desde que Chávez había defendido la propuesta de la asamblea constituyente, diversas voces se levantaron para oponer una objeción jurídica: la Constitución de 1961 era una Constitución rígida, esto es, una Constitución que solo podía ser modificada por los mecanismos previstos en ella, entre los cuales no se encuentra la asamblea constituyente. Por lo tanto, no podía consultarse al pueblo sobre la convocatoria de un órgano – Asamblea Nacional Constituyente- que no estaba en la Constitución.

Quienes defendieron jurídicamente la propuesta de Chávez se limitaron a alegar –muy pobremente- que la ausencia de previsión constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente era un detalle formal. Tras ese razonamiento subyacía la clara oposición entre el Estado democrático y el Estado de Derecho, y con ello, la perversión del concepto de democracia, reducido al ejercicio “directo” de la soberanía popular, sin límites ni controles. Desde 1811 ambos componentes del Estado se habían asumido de manera inseparable. Pero en 1999 se separaron: si el Estado de Derecho se opone al Estado democrático, éste debe ceder. El planteamiento consistió, entonces, en afirmar la existencia de la democracia fuera del Estado de Derecho, esto es, de una democracia directa que, al ser resultado de la soberanía popular, no se sujeta a regla alguna, siquiera, a la propia Constitución de 1961.

La discusión jurídica, como era inevitable, llegó al guardián de la Constitución: la Corte Suprema de Justicia. El asunto sometido a la Sala Político-Administrativa de esa Corte, en dos casos, era muy sencillo: determinar si el referendo consultivo, previsto en la entonces vigente Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, podía emplearse para convocar a la Asamblea Nacional Constituyente, figura no prevista en la Constitución.

De haber obrado como Juez, es decir, limitándose a la interpretación de la Constitución tal y como ésta había sido redactada, la respuesta ha debido ser negativa: la Constitución de 1961, como ya se dijo, era rígida, y no admitía mecanismos de modificación no previstos en ella. Tal solución en modo alguno desconocía la soberanía popular, pues esa soberanía –como todo poder- debe ser limitada, especialmente, por la propia Constitución.

Pero no fue ello lo que decidió la Corte Suprema de Justicia. En dos sentencias del 19 de enero de 1999, la Corte dio una muy larga interpretación sobre el concepto de soberanía popular y su relación con el poder constituyente. En la primera de esas sentencias –la número 17- se afirmó que la representación popular no afectaba el ejercicio directo de la soberanía:

“De allí que el titular del poder (soberanía) tiene implícitamente la facultad de hacerla valer sobre aspectos para los cuales no haya efectuado su delegación. La Constitución ha previsto a través del sufragio la designación popular de los órganos de representación; pero, no ha enumerado los casos en los cuales esta potestad puede directamente manifestarse”.

A partir de esa premisa, la Corte afirmó lo siguiente:

“la soberanía popular se convierte en supremacía de la Constitución cuando aquélla, dentro de los mecanismos jurídicos de participación decida ejercerla”

La Constitución no fue valorada como un pacto de libertad, sino como la propia expresión de la soberanía directa del pueblo, o sea, de su poder constituyente. De allí que, para la Corte, podía

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.

consultarse al pueblo, por medio del referendo, sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente.

Esta conclusión no fue expresamente afirmada, pero se desprendía de los textos de las sentencias dictadas. Ante el alegado conflicto entre el Estado Democrático y el Estado de Derecho, prevaleció el segundo, transmutado en poder soberano directo. No le faltó la razón al catedrático de Derecho Constitucional de Italia, Pace, al afirmar que ese día murió la Constitución en Venezuela.

Una vez iniciado el proceso constituyente, y como era de esperar, éste resultó incontrolable. Al instalarse, la Asamblea Nacional Constituyente afirmó su carácter originario, o sea, no subordinado a ninguno de los Poderes Públicos ni a la Constitución. Una tesis distinta se había incluido en las bases de esa asamblea, sujetas a consulta popular. Con fundamento en ello, la Corte Suprema de Justicia intentó subordinar la Asamblea Nacional Constituyente a sus decisiones. El esfuerzo resultó inútil: una vez que se admite que la soberanía directa puede ejercerse más allá de lo que establezca la Constitución, es muy difícil sujetar tal soberanía a la interpretación judicial de la Constitución. La Corte Suprema de Justicia, el 19 de enero de 1999, había abierto la caja de Pandora, que después no pudo cerrar.

Fue por ello que, en realidad, la Asamblea Nacional Constituyente no asumió como tarea principal la discusión y aprobación de una nueva Constitución. Más bien se encargó de intervenir a los Poderes Públicos previstos en la Constitución de 1961. La separación de poderes cedió frente al poder absoluto de la asamblea nacional constituyente, que degeneró así —empleando expresiones de Roscio— en un poder despótico.

La situación no varió luego de la aprobación de la Constitución en referendo popular de 15 de diciembre de 1999. Luego de aprobada la nueva Constitución, la Asamblea Nacional Constituyente continuó actuando en violación a ésta, al crear un órgano desconocido para la Constitución, denominado “Comisión Legislativa Nacional”. A través de ese mecanismo, la Asamblea Nacional

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.

Constituyente extendió su poder más allá de la propia Constitución, designando a parte de los nuevos Poderes Públicos.

En resumen, el proceso constituyente de 1999 puede ser explicado a través del mito de Saturno, magistralmente representado por Goya. La Asamblea Nacional Constituyente, cual Saturno, se devoró a su hija, la Constitución de 1999. Una Constitución que nació como resultado de la violación de la Constitución de 1961, y que luego de aprobada, fue violada por su propio creador.

V. LA CONSTITUCIÓN DE 1999: DE LA REFUNDACIÓN DEL ESTADO AL ESTADO COMUNAL

La Constitución de 1999 se presentó, por sus defensores, como expresión de una nueva organización del Estado venezolano, que había sido refundido. Se trató de una clara manipulación, sin duda, impulsada por la necesidad de justificar el proceso constituyente. Pues lo cierto es que, desde una perspectiva formal, entre la Constitución de 1961 y la Constitución de 1999 hay más semejanzas que diferencias. En especial, las bases constitucionales del Estado Social y Democrático de Derecho, presentes en la Constitución de 1961, se preservaron casi sin variación en la Constitución de 1999.

Sin embargo, la nueva Constitución introdujo algunas modificaciones, ciertamente menores, si se le valoran en el conjunto de la Constitución, pero que, con el paso del tiempo, resultaron ser determinante. Limitando nuestro análisis a las bases constitucionales del Estado, cabe apuntar tres grandes modificaciones:

La primera modificación es la clara preferencia de la llamada democracia participativa en sustitución de la democracia representativa. Esta preferencia se aprecia en el lenguaje. Por ejemplo, el tradicional principio representativo fue sustituido por el principio electivo. El partido político, institución clave del modelo representativo, no es siquiera mencionado en la Constitución. Pero tal

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.

preferencia se aprecia, también, en el fondo de la Constitución: la participación ciudadana directa fue exacerbada, al reconocerse diversas manifestaciones de la participación ciudadana, no solo en el ámbito político sino también en el ámbito socioeconómico. Una de las expresiones más significativas la encontramos en el artículo 70 de la Constitución, norma que alude a un órgano (“la asamblea de ciudadanos y ciudadanas”), cuyas decisiones son “vinculantes”. Con esa afirmación se reconocía la existencia de decisiones que, pese no provenir de los órganos del Poder Público, eran “vinculantes”.

La segunda novedad es el presidencialismo acentuado en la Constitución. Así, el mandato presidencial se extendió a seis años con posibilidad de reelección. Además, las facultades del Presidente se ampliaron, en especial, en cuanto a la posibilidad de ejercer la función legislativa. Ese presidencialismo fue adosado con la eliminación del control parlamentario sobre los ascensos militares, y el reconocimiento del derecho al voto de los componentes activos de la Fuera Armada. La relación entre el poder civil y el poder militar, que la Constitución de 1961 había logrado armonizar, volvía a lo que Simón Alberto Consalvi llamó el carrusel de las discordias.

La tercera novedad fue la creación de un órgano especializado para ejercer el llamado control concentrado de la Constitución, esto es, la facultad de interpretar la Constitución para controlar los actos del Poder Público. Tal órgano fue la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, cuyas decisiones –acotó la Constitución- son “vinculantes”. Las funciones de la Sala Constitucional afectan el funcionamiento del Estado de Derecho, ante el claro riesgo de que, por vía de “interpretaciones vinculantes”, las decisiones de la Sala Constitucional pudiesen imponerse por sobre las decisiones del Poder Legislativo, legítimo representante del pueblo.

Luego de 2002 –y sin duda, como consecuencia de las crisis políticas desatadas en ese año- el Gobierno asumió una clara política de concentración de funciones, en clara violación a la Constitución. Para ello, el Gobierno se sirvió, primero de la Asamblea Nacional, pues su partido político había logrado, en 2000, la mayoría de esa Asamblea –aun cuando no la mayoría de las dos terceras partes. Así, el partido de gobierno aprobó la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en 2004, por medio de la cual se facilitó la designación de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia,

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.

especialmente de su Sala Constitucional, cuyos magistrados se aumentaron, sin duda, con el propósito final de asegurar el control sobre tal Sala. Luego, la Sala Constitucional favoreció la designación de los rectores del Consejo Nacional Electoral.

Otro signo de la concentración de funciones en torno a la Presidencia lo vemos en el uso abusivo de la Ley Habilitante. En la práctica, la función legislativa fue trasladada de la Asamblea Nacional a la Presidencia de la República.

La concentración de funciones en torno a la Presidencia de la República facilitó que, en 2005, el Gobierno anunciara un drástico cambio en su modelo político y económico: la transición al socialismo. Por lo que aquí respecta, este cambio se ancló en la predominancia de la democracia directa por sobre la democracia representativa. Para ello, se acuñó la expresión “Poder Popular”, para aludir a la organización de la soberanía popular directa cuyo propósito exclusivo y excluyente es la promoción del socialismo.

Tal cambio era –y es- incompatible con la Constitución de 1999. Así, e incluso considerando sus novedades, lo cierto es que la idea del Poder Popular se aparta de diversos valores superiores del ordenamiento jurídico, como el pluralismo político. Asimismo, la idea del Poder Popular, al desconocer el principio de representación, se opone al Estado de Derecho. Quizás consistente de ello, el Gobierno propuso la reforma de la Constitución, a través de un Proyecto que era, en realidad, una nueva Constitución. Así, en el Proyecto de reforma constitucional de 2007, el Estado Democrático de Derecho fue sustituido por el Estado Comunal, o sea, la organización social basada en el Poder Popular. La idea no era novedosa. Responde, por el contrario, a lo que Raymond Aron ha llamado democracias populares, que tienen claros rasgos totalitarios.

En referendo de 2 de diciembre de 2007, sin embargo, el Proyecto de reforma constitucional fue rechazado. Ese resultado electoral fue, en todo caso, irrelevante. Así, la propuesta del Estado Comunal se llevó a la práctica con diversas Leyes aprobadas por la Asamblea, y diversas sentencias de la Sala

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.

Constitucional que, “interpretando” la Constitución, en realidad, y como bien ha observado Allan Brewer-Carías, modificaron a esa Constitución en una suerte de “mutación” inconstitucional. De otro lado, la eliminación de los límites a la reelección de cargos públicos –uno de los objetivos del Proyecto de reforma de 2007-fue alcanzado a través de la aprobación de la enmienda número 1 a la Constitución, de 2009.

Como resultado de todo lo anterior, las bases constitucionales del Estado comenzaron a demolerse. El Estado Social generó en un Estado paternalista que distribuyó, con fines políticos y clientelares, la abundante renta petrolera. El Estado Democrático mutó en el Estado Comunal, basado en la organización de la sociedad civil por el Gobierno a fin de cumplir los fines del Gobierno, esto es, la promoción del modelo socialista. El Estado de Derecho, por su parte, fue sustituido por el sistema comunal, basado en la “soberanía directa” ejercida por “instancias del Poder Popular” que, en realidad, están controladas por el Gobierno.

Asimismo, los controles sobre el Gobierno, en la práctica, se suprimieron: las estadísticas del Tribunal Supremo de Justicia, analizadas por Antonio Canova, evidenciaron una clara deferencia a favor del Gobierno, en un entorno de claro deterioro de la autonomía y profesionalización del Poder Judicial. El principio de separación de poderes fue igualmente suprimido en la práctica: bajo el argumento según el cual tal principio debilitaba al Estado, se aceptó la necesidad de coordinar la actuación de los Poderes Públicos bajo el Presidente de la República, que pasó a ser, en el orden interno, el Jefe de Estado, o lo que es igual, el Jefe de todo el Estado y de todos los Poderes Públicos.

VI. EL ESTADO COMUNAL EN CONTRA DE LA ASAMBLEA NACIONAL: LA EVIDENCIA DE LA CRISIS DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

El 6 de diciembre de 2015 se eligieron a los diputados de la Asamblea Nacional por el período 2015-2020. Por la coalición de oposición –la Mesa de la Unidad Democrática (MUD)- fueron electos ciento doce (112) diputados, equivalentes a las dos terceras partes de esa Asamblea, esto es, la mayoría

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.

calificada más alta exigida por la Constitución para adoptar las decisiones correspondientes a las competencias de la Asamblea Nacional. Dentro del entorno institucional adecuado, tal cambio político hubiese permitido adoptar las reformas necesarias para restablecer la efectiva vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho.

Pero ese el entorno institucional, como ya expliqué, se había deteriorado progresivamente. Por ello, a través de diversas acciones emprendidas por la saliente Asamblea Nacional, el Gobierno Nacional, la Sala Electoral y, principalmente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se adoptaron una serie de decisiones que, de facto, disolvieron a la Asamblea Nacional, en tanto ésta fue impedida de ejercer sus funciones constitucionales. Para lograr ese fin, básicamente, se siguieron tres líneas de acción: (i) la Sala Electoral “suspendió” la totalización, adjudicación y proclamación de cuatro (4) diputados del estado Amazonas, tres (3) de los cuales correspondían a la MUD; (ii) el Gobierno Nacional, a través de la Ley Habilitante que expiró a fines de 2015 y luego, a través del “estado de excepción” dictado por medio de Decretos que declararon la “emergencia económica”, redujo las facultades de control de la Asamblea Nacional, y (iii) la Sala Constitucional dictó diversas sentencias que anularon –sin fundamento- las Leyes aprobadas por la Asamblea, negando el ejercicio de su función de control y afectando severamente el ejercicio de su función deliberativa.

El último de los argumentos empleados por la Sala Constitucional para lograr ese objetivo fue señalar que la Asamblea Nacional había “desacatado” la sentencia dictada por la Sala Electoral que “suspendió” a los diputados del estado Amazonas, con lo cual, la Asamblea estaba impedida jurídicamente de ejercer sus funciones. Como resultado de ello, además, la Sala Constitucional permitió que el Tribunal Supremo de Justicia usurpara la representación popular, al permitirle ejercer funciones privativas de la Asamblea, como es el caso del control sobre el presupuesto y el endeudamiento del ejercicio económico 2017, así como el control sobre el Gobierno Nacional a través de la rendición de la memoria y cuenta.

Es por ello que afirmamos que, de facto, la Asamblea Nacional fue disuelta en un golpe de Estado permanente. No se trató ciertamente de una disolución formal, que hubiese sido más difícil de

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.

sustentar. Por el contrario, se trató de una disolución vedada, al ejercerse un asedio que progresivamente impidió a la Asamblea Nacional ejercer sus funciones. Esto no solo implicó el desconocimiento de la elección del 6 de diciembre de 2015 –violando el Estado Democrático- sino, además, implicó el desconocimiento del Estado de Derecho, al violarse uno de los principios fundacionales de nuestro modelo republicano, cual es la representación.

Junto al asedio a la Asamblea Nacional es preciso agregar al análisis dos elementos adicionales: (i) la arbitraria decisión de 20 de octubre de 2016 adoptada por el Consejo Nacional Electoral a fin de suspender el procedimiento del referendo revocatorio presidencial iniciado ese año, así como (ii) la arbitraria decisión del Consejo Nacional Electoral de diferir las elecciones regionales, que debieron celebrarse –conforme a la Constitución- a fines del 2016.

Todos estos antecedentes permiten explicar por qué el Secretario General de la Organización de Estados Americanos, Luis Almagro, ha concluido que en Venezuela se produjo la violación del orden constitucional y democrático en contravención a la Carta Democrática Interamericana. Pues sin duda, los hechos descritos configuraran un auténtico golpe de Estado permanente, en tanto la soberanía popular ha sido sistemáticamente desconocida, en el marco de decisiones contrarias a nuestra tradición republicana y violatorias del Estado de Derecho.

Esta crisis evidencia la colisión existente entre las bases del Estado constitucional y las bases del Estado Comunal. Esta colisión pudo disimularse como resultado de la concentración de poderes en torno a la Presidencia y el debilitamiento de la Asamblea Nacional. Pero el cambio político en el control de la Asamblea Nacional evidenció, en la práctica, la incompatibilidad del modelo republicano con las bases totalitarias del Estado Comunal.

VII. ¿ CÓMO SUPERAR LA CRISIS? ¿HACE FALTA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN? EL DILEMA URÓBORO

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.

Actualmente en Venezuela, el Estado Democrático de Derecho previsto en la Constitución no tiene vigencia efectiva. En su lugar, se ha implantado una forma de gobierno que, bajo el formalismo jurídico de interpretaciones de la Sala Constitucional, y el discurso retórico del Poder Popular, resulta abiertamente contraria a la Constitución. ¿Cómo superar esta situación?

La respuesta instintiva –que ha sido ya asomada- es que esta crisis requiere modificar la Constitución, incluso, a través de la asamblea nacional constituyente. La idea de una constituyente surge entre los venezolanos ante cada crisis cuya solución no luce evidente. Es una tentación que debe evitarse: como decía el recordado profesor Enrique Tejera París, “las Constituciones hechas por Constituyentes ni salen bien ni duran”.

No niego que la modificación de la Constitución de 1999 sea necesaria. Como vimos, hay en ésta distintos aspectos que deben revisarse a fin de promover la vigencia efectiva del Estado Democrático de Derecho. Pero no se trata de una reforma que en el corto plazo sea estrictamente necesaria. La sistemática demolición de las bases constitucionales del Estado, iniciada con la edificación del “Estado Comunal” y continuada con el desmantelamiento de la Asamblea Nacional, no son acciones adoptadas en ejecución de la Constitución, sino en violación a ésta. Luego, dentro del marco que permite la Constitución –que es, sin duda, bastante holgado- es posible ensayar las líneas de reforma del Estado Democrático y del Estado de Derecho.

Es preciso tomar en cuenta, en todo caso, que el cerco institucional confeccionado entre 2002 y 2015 ha llevado a Venezuela al “dilema uróboro”: restablecer el Estado constitucional para por acciones que presuponen la vigencia efectiva de ese Estado. Esto permite entender la tentación de invocar el poder constituyente como solución. Tentación inútil, por lo demás: el cerco institucional actual –a diferencia de lo que sucedió en 1999- no tolerará la invocación de ese poder, o más bien, usará ese poder a su favor.

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.

Ante esta situación, solo cabe recordar una vez más a Roscio, quien a partir del concepto de obediencia racional, realzó como derechos ciudadanos el derecho a la desobediencia civil y el derecho de rebelión. Así nos lo recuerda el artículo 333 constitucional, que impone como deber de todo ciudadano y de toda autoridad –como la Asamblea Nacional- colaborar activamente para restablecimiento efectivo de la Constitución.

VIII. HACIA LA RECONSTRUCCIÓN DEL ESTADO DEMOCRÁTICO: CONSTRUYENDO UNA DEMOCRACIA PLURIDIMENSIONAL BAJO LA CENTRALIDAD DEL CIUDADANO

La reconstrucción del Estado Democrático pasa por desmontar al Estado Comunal como una estructura paralela al Estado Constitucional, basada en la ordenación totalitaria de la sociedad y el desconocimiento del derecho a la libre participación ciudadana. Los artículos 2 y 61 de la Constitución otorgan el fundamento necesario para esa reforma: el pluralismo político, valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, requiere de la libre participación ciudadana, eliminando las ataduras de las “instancias del Poder Popular”. Asimismo, con fundamento en el artículo 158 constitucional, debe rescatarse el genuino sentido de la descentralización como técnica para transferir facultades hacia los Estados y Municipios, acercando el poder al ciudadano para profundizar la democracia. Frente a la organización centralizada del Estado Comunal, es preciso rescatar la organización descentralizada del Estado Constitucional.

Igualmente, debe superarse la falsa idea según la cual la democracia representativa se opone a la democracia participativa. Lo que se opone a la democracia representativa es el autoritarismo, no la democracia participativa. Pues constitucionalmente, la democracia es una, y ella exige desarrollar el marco institucional que garantice el ejercicio del derecho al sufragio dentro del régimen representativo mediante una profunda reforma de nuestro sistema electoral, aspecto en el cual el Centro de Estudios Políticos de la Universidad Católica Andrés Bello ha venido haciendo esfuerzos encomiables. Además, es necesario promover la participación ciudadana libre y directa. Participación que debe ser valorada desde el individuo, como expresión de su libertad general, y siempre dentro del marco de la

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.

Constitución. La idea de una soberanía popular que todo lo puede –idea que en 1998 inició la debacle del Estado Constitucional- debe ser desechada. Incluso la soberanía popular es limitada. Como lo dijo Miguel José Sanz: “una sociedad no puede ser feliz si ve con desprecio e indiferencia la Ley”.

Todas estas reformas serán sin embargo insuficientes si junto con las bases institucionales del Estado Democrático no se restablece la vigencia efectiva del Estado de Derecho. Una de las falacias que acompañó al modelo político de la transición al socialismo fue considerar que como la soberanía popular todo lo puede, esa soberanía bastaba para adoptar cualquier decisión más allá de su fundamentación legal. Sin embargo, como el catedrático español Eduardo García de Enterría observó, lo que habilita al Gobierno a actuar es la Ley, no la soberanía popular. Es por ello que Ferrajoli alude al “modelo pluridimensional” de democracia, esto es, aquel que integra el ejercicio del derecho al sufragio y la participación ciudadana, con las garantías del Estado de Derecho. Tal es, por lo demás, el contenido del derecho a la democracia derivado de la Carta Democrática Interamericana.

IX. HACIA LA RECONSTRUCCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO: EL RESCATE DE LAS BASES CONSTITUCIONALES DEL MODELO REPUBLICANO

Para el rescate del Estado de Derecho, es preciso volver a la fundamentación republicana de nuestro Derecho Público, que Juan Germán Roscio, junto con otros pensadores, ayudó a construir. Hay reformas inmediatas: el rescate institucional de la Asamblea Nacional, que en su condición de único representante del pueblo, debe ocupar el lugar central en el Estado Constitucional. Esto pasa también por rescatar el legítimo ejercicio de la Ley por parte de la Asamblea Nacional, erradicando el arbitrario ejercicio de esa función por el Gobierno.

Luego, es preciso reinstaurar el principio de separación de poderes. No está de más recordar – como ha hecho, recientemente, Gustavo Tarre Briceño- que tal principio es una forma técnica de

organización del poder en defensa de la libertad general del ciudadano. Con lo cual, lo verdaderamente importante es evitar la concentración de funciones y asegurar el control efectivo del Poder.

En relación con esto último, es preciso proceder a la designación de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, paso indispensable para depurar el Poder Judicial a través de la aplicación efectiva de sus bases constitucionales. Asimismo, los representantes del Poder Ciudadano y Electoral deben ser designados, conforme a la Constitución, por la Asamblea Nacional y a través del procedimiento que asegure una selección objetiva. Otro aspecto a atender es la necesidad de reformar el marco institucional de la Sala Constitucional, para impedir que ese órgano concentre funciones y degenera –como sucede hoy día- en una tiranía.

Ninguna de estas acciones, sin embargo, serán suficientes, si no se desmonta el Petro-Estado, que inevitablemente, extiende el poder del Gobierno y debilita el principio de separación de poderes. Con lo cual, el desmontaje del Petro-Estado no solo es una medida económica orientada a incrementar la eficiencia de la actividad petrolera. Es además una medida indispensable para asegurar el efectivo funcionamiento del Estado de Derecho.

X. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL ESTADO DE DERECHO Y LA CENTRALIDAD DEL CIUDADANO. EL APORTE DE LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA CATÓLICA.

Las medidas que en sus trazos generales han sido señaladas en las secciones anteriores, apuntan al necesario restablecimiento del Estado de Derecho desde la centralidad del ciudadano. En tal sentido, la doctrina social de la Iglesia Católica es un apoyo relevante a este propósito. Desde la Encíclica *Pacem in terris*, de Juan XXIII, la Iglesia Católica ha sostenido lo que Eduardo García de Enterría ha denominado la “institucionalización del poder”. En esa Encíclica se señala –de acuerdo con García de Enterría- la tarea moral de “limitar el poder, hacerlo responsable, arbitrar medidas que permitan su control con criterios de justicia...”. Sebastián Martín-Retortillo Baquer, en términos similares,

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.

concluye que la Encíclica apuntala la necesidad de consolidar al Estado “con una base integradora auténticamente democrática”, y apoyado por ende en la centralidad del ciudadano y de sus derechos fundamentales.

Otro hito importante en tal sentido lo encontramos, incluso de manera más decidida, en el pensamiento de San Juan Pablo II. Como pone en evidencia Román J. Duque Corredor, San Juan Pablo II destacó la imperiosa necesidad de asegurar el efectivo funcionamiento del Estado Democrático de Derecho y, con ello, la primacía de los derechos fundamentales. En la Encíclica *Centesimus Annus*, recordando la Encíclica *Rerum Novarum*, nos dice San Juan Pablo II:

“(este) ordenamiento refleja una visión realista de la naturaleza social del hombre, la cual exige una legislación adecuada para proteger la libertad de todos. A este respecto es preferible que un poder esté equilibrado por otros poderes y otras esferas de competencia, que lo mantengan en su justo límite. Es éste el principio del «Estado de derecho», en el cual es soberana la ley y no la voluntad arbitraria de los hombres”

Con lo cual “una auténtica democracia es posible solamente en un Estado de derecho y sobre la base de una recta concepción de la persona humana”. Al colocar en el centro del Estado Democrático de Derecho al ciudadano y sus derechos humanos, la doctrina social de la Iglesia Católica nos recuerda que el Estado debe también procurar la atención de aquellas necesidades sociales que no encuentran debida atención en la economía de mercado. El modelo republicano del Estado Democrático de Derecho no se opone –no está de más recordarlo- a esa actividad promocional del Estado. En su Encíclica *Laudatio Si*, el Papa Francisco así lo recalca, al señalar que:

“En las condiciones actuales de la sociedad mundial, donde hay tantas inequidades y cada vez son más las personas descartables, privadas de derechos humanos básicos, el principio del bien común se convierte inmediatamente, como lógica e ineludible consecuencia, en un llamado a la solidaridad y en una opción preferencial por los más pobres”

Pero el bien común, definido desde la dignidad de la persona humana, no puede degenerar en el Estado Paternalista, que negando esa dignidad crea vínculos de dependencia del ciudadano para el

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.

Estado, como sucede entre nosotros, como resultado del Petro-Estado. De allí la importancia de los principios de subsidiariedad y menor intervención, indispensables para asegurar que la acción social del Estado se enmarque dentro del Estado Democrático de Derecho. De allí una de las conclusiones centrales en las cuales he insistido: sin desmontar al Petro-Estado, el Estado Democrático de Derecho no pasará de ser, para los venezolanos, una entelequia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS BÁSICAS

AA.VV., Para leer a Luis Castro Leiva, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006.

AA.VV., Propuestas para una reforma electoral, Proyecto Integridad Electoral Venezuela-Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2016.

Aguiar, Asdrúbal, El derecho a la democracia, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008.

Almagro, Luis, La crisis de la democracia en Venezuela, la OEA y la Carta Democrática Interamericana. Documentos de Luis Almagro, Iniciativa Democrática de España y las Américas (IDEA) y Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2016.

Aveledo Coll, Guillermo, Pro religione et patria República y religión en la crisis de la sociedad colonial venezolana (1810-1834), Universidad Metropolitana-Academia Nacional de la Historia, Caracas, 2011.

Brewer-Carías, Allan, Crónica sobre la “in” justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela, Colección Instituto de Derecho Público-Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2007.

_____, Historia Constitucional de Venezuela, Editorial Alfa, Caracas, 2008.

_____, Dictadura Judicial y perversión del Estado de Derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana International, New York-Caracas, 2016.

Caballero, Manuel, Historia de los venezolanos en el siglo XX, Editorial Alfa, Caracas, 2010.

Canova, Antonio, et al, El TSJ al servicio de la revolución, Editorial Galipán, Caracas, 2014.

Carrera Damas, Germán, La independencia cuestionada, Editorial Alfa, Caracas, 2016.

Delgado, Francisco, La idea de Derecho en la Constitución de 1999, Serie Trabajos de Grado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008.

Duque Corredor, Román J. Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público, Legis, Caracas, 2009.

Ferrajoli, Luigi, Democracia y garantismo, Trotta, Madrid, 2008.

García de Enterría, Eduardo, Democracia, jueces y control de la Administración, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

García de Enterría, Eduardo, “La institucionalización del poder, una nueva perspectiva de la Pacem in terris”, en Comentarios civiles a la encíclica Pacem in terris, Taurus, Madrid, 1963.

Garrido Rovira, Juan, La revolución de 1810, Universidad Monteávila, Caracas, 2009.

Hernández G., José Ignacio, “La Constitución de 1811 y la República liberal autocrática. Apuntes sobre las bases constitucionales del liberalismo criollo”, en Casal, Jesús María y Cuevas, María Gabriela, (ed) Desafíos de la República en la Venezuela de hoy, Tomo II, Caracas, Fundación Konrad Adenauer-Universidad Católica Andrés Bello, 2013.

_____, El pensamiento jurídico venezolano en el Derecho de los Hidrocarburos, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2016.

_____, El referendo revocatorio presidencial en Venezuela y el abuso del poder, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Miami, 2017.

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.

Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, “Ordenación político-constitucional de las comunidades nacionales”, en Comentarios civiles a la encíclica *Pacem in terris*, Taurus, Madrid, 1963.

Pace, Alessandro, “Muerte de una Constitución”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 57, Madrid, 1999,.

Pérez Perdomo, Rogelio, *El formalismo jurídico y sus funciones sociales en el Siglo XIX venezolano*, Monteávila, Caracas, 1978.

Rachadell, Manuel, *Evolución del Estado venezolano 1958-2015. De la conciliación al populismo autoritario*, Editorial Jurídica Venezolana-FUNEDA, Caracas, 2015.

Roscio, Juan Germán, *El triunfo de la libertad sobre el despotismo*, Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1996.

Sánchez Falcón, *Estado comunal y Estado federal en Venezuela*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2016.

Sanz, Miguel José, *Teoría Política y Ética de la Independencia*, Ediciones del Colegio Universitario Francisco de Miranda, Caracas, 1979.

Tarre Briceño, Gustavo, *Solo el poder detiene al poder*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014.

Ugalde, Luis, *El pensamiento teológico-político de Juan Germán Roscio*, Bid & Co, editor, Caracas, 2007.

Vaticano (recopilador), Documentos papales, tomado de:
http://www.vatican.va/offices/papal_docs_list_sp.html

Yanes, Francisco Javier, *Manual Político del Venezolano*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, 1959.

ANDREA TROCEL YABRUDY

CONSIDERACIONES SOBRE LA LEGALIDAD DE LOS BONOS DE LA DEUDA PÚBLICA NACIONAL ANTE LA AUSENCIA DE UNA LEY DE PRESUPUESTO PARA EL PERIODO ECONÓMICO 2017

Andrea Trocel Yabrudy

Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) mención "Summa cum laude" (2014). Especialización en Derecho Administrativo UCAB (en curso). Profesora de pregrado UCAB. Abogada en el departamento de Derecho Administrativo y Constitucional del Despacho de Abogados Badell & Grau.

Resumen

El presente trabajo señala las consecuencias que tiene la ausencia de la Ley de Presupuesto y de la Ley de Endeudamiento Anual correspondientes al periodo económico 2017, especialmente en el ámbito de las operaciones de crédito público y en concreto aquellas que implican la emisión de bonos de la Deuda Pública Nacional, en tanto que por mandato de la Sala Constitucional el Ejecutivo Nacional no presentó el proyecto de ley para la aprobación previa de la Asamblea Nacional.

Palabras clave: control parlamentario, operaciones de crédito público, endeudamiento anual.

Abstract

This paper points out the consequences of the absence of the Budget Law and the Annual Debt Law for the 2017 economic period, especially in the area of public credit operations, specifically those involving the issuance of bonds National Public Debt, while mandated by the Constitutional Court, the National Executive did not present the bill for the approval of the National Assembly.

Keywords: parliamentary control, public credit operations, annual indebtedness.

INTRODUCCIÓN

En Venezuela existe un régimen jurídico especial que regula las operaciones de crédito público que está contenido en la Constitución Nacional, la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público¹, en adelante (LOAFSP), la Ley de Endeudamiento Anual y la correspondiente Ley de Presupuesto vigente para el periodo del que se trate.

De conformidad con lo establecido en el artículo 187 numeral 6 de la Constitución Nacional, le corresponde a la Asamblea Nacional discutir y aprobar el presupuesto nacional y todas las leyes relacionadas con el crédito público, dentro de lo cual se encuentra la Ley de Endeudamiento Anual y la Ley de Presupuesto del año 2017.

Lo dispuesto en esa norma constitucional es una manifestación del reconocimiento de los principios constitucionales de soberanía popular y de la representación política², que traen como consecuencia directa la responsabilidad³ de los gobernantes, presupuesto necesario para la eficacia del control político que ejerce el Poder Legislativo como órgano eminentemente representativo.⁴

Como manifestación de ese control parlamentario⁵, en Venezuela el monto máximo de las deudas de crédito público que se contraerán en cada ejercicio económico debe ser propuesto por el Ejecutivo Nacional a la Asamblea Nacional a través del proyecto de Ley de Endeudamiento Anual, la cual deberá ser presentada antes del 15 de octubre de cada año, junto con el proyecto de Ley de Presupuesto y promulgadas simultáneamente. De tal manera que en la Ley Especial de Endeudamiento

1 Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, publicada en la Gaceta Oficial número 6.210 del 30 de diciembre de 2015.

2 Otero Duno, C. (2016). Innovaciones en el Control Fiscal Venezolano. Editorial Miranda. Venezuela. p.74.

3 Lowenstein, K. (1979). Teoría de la Constitución. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Ariel. Barcelona. pp.10 y ss.

4 Salgado Pesantes, H. (2004). Teoría y Práctica del Control Político. Biblioteca jurídica virtual del Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México. pp.380 y ss.

5 Montesquieu. (1942). Del espíritu de las leyes. versión castellana de Nicolás Estévez. Editorial Albatros. Buenos Aires. p. 590.

ANDREA TROCEL YABRUDY

Anual se indicarán las aplicaciones o destinos de las operaciones y la Asamblea Nacional autorizará la inclusión de los correspondientes créditos presupuestarios en la Ley de Presupuesto.⁷

Así, la Asamblea Nacional ejerce funciones de control⁸ sobre el endeudamiento de la República, por lo que sólo mediante la Ley de Presupuesto y la Ley de Endeudamiento Anual respectiva, podrán contraerse las deudas propuestas por el Ejecutivo Nacional.⁹

Para el año 2017 la Asamblea Nacional no pudo dictar la Ley de Presupuesto ni la Ley de Endeudamiento Anual, ya que con fundamento en un supuesto desacato judicial de ese órgano legislativo que determinó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se estableció en sentencia N° 814 de fecha 11 de octubre de 2016 que el presupuesto 2017 no podía ser aprobado por la Asamblea Nacional, sino que el Ejecutivo Nacional debía someterlo a la aprobación de la propia Sala Constitucional.

Siguiendo ese procedimiento establecido por la Sala Constitucional, el Presidente de la República en fecha 14 de octubre de 2016 dictó el “Decreto N° 2.482 con Rango, Valor y Fuerza de Ley N° 7 mediante el cual se dicta el Presupuesto para el Ejercicio Económico Financiero 2017” y el “Decreto N° 2.483 con Rango, Valor y Fuerza de Ley N° 8 mediante el cual se dicta el endeudamiento para el ejercicio económico financiero 2017”, los cuales son contrarios a la Constitución Nacional, pues: i) La Asamblea Nacional no discutió ni autorizó la ley de presupuesto ni la ley de endeudamiento anual del año 2017 como lo exige el artículo 187 de la Constitución de 1999; ii) Actualmente no existe

La emisión de DPN son operaciones

6 El constitucionalismo contemporáneo, ha consolidado la institución del control político, lo que dio lugar al desarrollo de la teoría de la rendición de cuentas (accountability), que constituye el deber de informar que tienen los funcionarios públicos y de estar sometidos a un examen crítico, todo lo cual permite la transparencia de la gestión, al tiempo que configura la responsabilidad respectiva.

7 Britto García, L. Régimen Presupuestario y de Control del Crédito Fiscal. (1973). Editorial de la Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Caracas. p.20.

8 Britto García, L. op. cit., pp.37 y 38.

9 Salgado Pesantes. H. Teoría y Práctica del Control Político. (2004) Biblioteca jurídica virtual del Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México.p.382.

alguna ley –en sentido material ni formal- que regule el presupuesto ni el endeudamiento público del año 2017.

No obstante lo anterior, en fecha 13 de junio de 2017 el Presidente de la República dictó los Decretos números 2.909¹⁰, 2.910¹¹ y 2.911¹² (en adelante “los Decretos”), por medio de los cuales se ordenó la emisión de bonos de la Deuda Pública Nacional (DPN).

La emisión de DPN son operaciones de crédito público destinadas a obtener recursos que implican financiamiento reembolsable según lo previsto en el artículo 80 de la LOAFSP, por lo tanto, su emisión y negociación debe sujetarse al régimen jurídico que regula ese tipo de operaciones.

Comoquiera que los Decretos que ordenaron la emisión de DPN fueron dictados conforme al “Decreto N° 2.483 con Rango, Valor y Fuerza de Ley N° 8 mediante el cual se dicta el endeudamiento para el ejercicio económico financiero 2017”, estimamos que dichos actos administrativos son nulos por inconstitucionales y por carecer de fundamento legal, tal como de seguidas se expone:

I. LA INSTITUCIÓN PRESUPUESTARIA COMO LÍMITE AL PODER EJECUTIVO

10 Decreto N° 2.909, mediante el cual se procede a la Septingentésima Cuadragésima Séptima Emisión (747°) de Bonos de la Deuda Pública Nacional, constitutivos de empréstitos internos, hasta por la cantidad de ciento quince mil setecientos cinco millones seiscientos dieciséis mil trescientos ochenta y dos Bolívares sin céntimos (Bs. 115.705.616.382,00), destinados al financiamiento del Servicio de la Deuda Pública Interna y Externa.

11 Decreto N° 2.910 mediante el cual se procede a la Septingentésima Cuadragésima Octava Emisión (748°) de Bonos de la Deuda Pública Nacional, constitutivos de empréstitos internos, hasta por la cantidad de sesenta y nueve mil trescientos ochenta y un millones trescientos ochenta y cinco mil quinientos siete Bolívares sin céntimos (Bs. 69.381.385.507,00), destinados al Refinanciamiento y Reestructuración de la Deuda Pública Nacional.

12 Decreto N° 2.911 mediante el cual se procede a la Septingentésima Cuadragésima Novena Emisión (749°) de Bonos de la Deuda Pública Nacional, constitutivos de empréstitos internos, hasta por la cantidad de cuatro mil cuatrocientos setenta y nueve millones trescientos ochenta y un mil novecientos treinta y nueve bolívares sin céntimos (Bs. 4.479.381.939,00), destinados al financiamiento del Aporte Local de los Proyectos contemplados en los artículos 2° y 4° del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Endeudamiento para el Ejercicio Económico Financiero 2017.

ANDREA TROCEL YABRUDY

La historia del presupuesto es la historia del Estado Constitucional porque la Ley de presupuestos resume los principios básicos de esa forma de Estado entendido en un sentido amplio, es decir un modelo en el que el poder del Estado se divide, se limita y se sujeta a Derecho.

La intervención del Parlamento en el presupuesto, es una de las más claras consecuencias del principio de supremacía de la ley. Ya en 1689, tras la “Gloriosa Revolución” el Parlamento inglés condiciona el ascenso del trono Guillermo Orange a los principios contenidos en el Bill of Rights del mismo año. Ese texto abre declarando ilegal “el pretendido poder de suspender las leyes y la aplicación de las mismas en virtud de la autoridad real y sin el consentimiento del Parlamento.”¹³

La visión clásica sobre la institución presupuestaria gira en torno a la ley. Esto no debe extrañar, pues el presupuesto es una técnica jurídica singular, que nace con el propio Estado constitucional y liberal de Derecho, y a través del cual se consolida el poder que ejerce el órgano parlamentario.

Los conceptos de ley, presupuesto y órgano parlamentario forman, por su proveniencia histórica, un tríptico político inescindible¹⁴. Es al momento de ejercer la potestad presupuestaria y decidir sobre los gastos públicos cuando los órganos parlamentario-legislativos revelan uno de sus mayores poderes dentro de la estructura política del Estado.

Lo dicho no significa, que toda la actividad presupuestaria quede en manos de los órganos parlamentarios. Por un lado, es lo esencial aquello que está reservado a la ley, de manera que el poder ejecutivo es el encargado de la reglamentación (referida a los pormenores) y de la ejecución administrativa.

¹³ Biglino Campos, P. Parlamento, Presupuesto y Tribunal de Cuentas, Revista de las Cortes Generales N° 37, Universidad de Valladolid, España, 1996, p.17.

¹⁴ Corti, Horacio G. Ley de Presupuesto y Derechos Fundamentales: los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico financiero. Revista Jurídica de Buenos Aires. N° 8. p. 13.

Por otro, al poder ejecutivo le corresponde fijar la orientación política de la función de gobierno y, por ello, habitualmente es el encargado de confeccionar el proyecto de ley y de remitirlo al poder legislativo que, en algunos casos, son objeto de restricciones derivadas de la singularidad de aquel proyecto.

La relación entre el Ejecutivo y el Legislativo estructura el espacio político central de la problemática jurídica clásica del presupuesto.

En consecuencia, a través de la reserva de ley lo esencial de la potestad presupuestaria queda en manos del órgano parlamentario, pero, a la vez, es el Ejecutivo quien tiene en sus manos la iniciativa legislativa sobre la base de la orientación política que le es concomitante. Se revelan así las dos funciones políticas que progresivamente va adquiriendo el presupuesto en la historia del Estado de Derecho, que lo conectan con aquellos dos poderes: su función de control de los recursos públicos, donde gravita la potestad del Legislativo; y su función de ordenamiento y planificación de las finanzas públicas, que gira alrededor del poder del Ejecutivo.¹⁵

La importancia del control presupuestario como garantía de calidad democrática es tal que la OCDE ha señalado la necesidad de ampliar el papel del Parlamento en el proceso presupuestario como uno de los elementos fundamentales para lograr gobiernos responsables.¹⁶

En esa misma línea se pronunció el Tribunal Constitucional Español que indicó:

“Se debe subrayar la existencia de una conexión esencial entre presupuesto y democracia, ya que el presupuesto "constituye la institución en que históricamente se han plasmado las luchas políticas de las representaciones del pueblo (Cortes, Parlamentos o Asambleas) para conquistar el derecho a fiscalizar y controlar el ejercicio del poder

15 Corti, Horacio G. Ley de Presupuesto y Derechos Fundamentales: los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico financiero. Revista Jurídica de Buenos Aires. N° 8. pp. 11-35

16 Rivas Alberti, Jhenny: El Control Parlamentario sobre el Presupuesto Público. Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica – REDIAJ N° 7. Instituto de Estudios Constitucionales. Caracas, Enero 2017, pp. 122-24. p.14.

ANDREA TROCEL YABRUDY

financiero: primero, respecto de la potestad de aprobar los tributos e impuestos ; después, para controlar la administración de los ingresos y la distribución de los gastos públicos”¹⁷

Obsérvese que la institución presupuestaria no se limita a alguna regulación legislativa que en cualquier momento podría ser reformada o incluso derogada, sino que se trata de una institución jurídica consustancial al Estado Democrático de Derecho, y por lo tanto, su desconocimiento implicaría una violación del principio de separación de poderes y del sistema de pesos y contrapesos.

II. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS OPERACIONES DE CRÉDITO PÚBLICO EN VENEZUELA

En Venezuela existe un régimen jurídico especial que regula las operaciones de crédito público contenido en la Constitución Nacional, en la LOAFSP, la Ley de Endeudamiento Anual y la Ley de Presupuesto vigente para el periodo del que se trate.

Al respecto la Constitución Nacional en el artículo 312 establece que:

“La ley fijará límites al endeudamiento público de acuerdo con un nivel prudente en relación con el tamaño de la economía, la inversión reproductiva y la capacidad de generar ingresos para cubrir el servicio de la deuda pública. Las operaciones de crédito público requerirán, para su validez, una ley especial que las autorice, salvo las excepciones que establezca la ley orgánica. La ley especial indicará las modalidades de las operaciones y autorizará los créditos presupuestarios correspondientes en la respectiva ley de presupuesto. La ley especial de endeudamiento anual será presentada a la Asamblea Nacional conjuntamente con la Ley de Presupuesto. El Estado no reconocerá otras obligaciones que las contraídas por órganos legítimos del Poder Nacional, de acuerdo con la ley.”

Así, por mandato constitucional la regulación del endeudamiento público y su aprobación es un asunto de la reserva legal, pues conforme al artículo 187 numeral 6 de la Constitución Nacional le corresponde a la Asamblea Nacional:

(...)

¹⁷ Tribunal Constitucional Español en el fundamento jurídico tercero de la STC 003/2003, de 16 de enero.

6. Discutir y aprobar el presupuesto nacional y todo proyecto de ley concerniente al régimen tributario y al crédito público.

De acuerdo al régimen constitucional vigente, la Asamblea Nacional, además de legislar, ejerce funciones de control político¹⁸ sobre la actividad de la administración (artículo 187.3) Dentro de estas funciones de control, las de naturaleza financiera son de especial importancia.¹⁹

El control político es un control institucionalizado y por ello, a diferencia de lo que ocurre en el control social (que es un control no institucionalizado), los agentes han de tener reconocida por el ordenamiento jurídico dicha competencia, es decir, poseer una potestad jurídicamente establecida.²⁰

Efectivamente, en Venezuela la Constitución Nacional atribuye expresamente la competencia de control político²¹ de la Asamblea Nacional en todo lo relacionado con las operaciones de crédito público, cuyo control se materializará través de la aprobación de la Ley de Presupuesto y de la Ley de Endeudamiento Anual que es presentada por el Ejecutivo Nacional.

En el ámbito legal, el régimen jurídico aplicable a las operaciones crédito público está contenido en la LOAFSP, en la Ley de Endeudamiento Anual y en la Ley de Presupuesto vigente para el periodo del que se trate.

Conforme a esa legislación, constituyen operaciones de crédito público la emisión y colocación de títulos valores, incluidas las letras del tesoro, constitutivos de empréstitos o de operaciones de

18 Giron, S. El Control Fiscal. (1968) Editorial SMART, S.L. Caracas. pp. 80-83.

19 Brewer-Carias, A. Constitución, democracia y control del poder. (2004) Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales. Universidad de Los Andes. Mérida. p.211-216.

20 Aragón Reyes, M. El Control Parlamentario como Control Político en “Constitución y control del poder: introducción a una teoría constitucional del control.” Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1995. p.4.

21 Rondón de Sansó, H. Análisis de la Constitución Venezolana de 1999, (parte orgánica y sistemas). (2000) Editorial Ex Libris. Caracas. pp.85-87.

ANDREA TROCEL YABRUDY

tesorería, exceptuando los destinados al reintegro de tributos; la apertura de créditos de cualquier naturaleza; el financiamiento de obras, servicios o adquisiciones, cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de uno o más ejercicios, posteriores a aquel en que se haya causado el objeto del contrato; el otorgamiento de garantías; la consolidación, conversión, unificación o cualquier forma de refinanciamiento o reestructuración de deuda pública existente y las demás operaciones destinadas a obtener recursos que impliquen financiamiento reembolsable.

Las operaciones de crédito público tendrán por objeto arbitrar recursos para realizar inversiones reproductivas, atender casos de evidente necesidad o de conveniencia nacional y cubrir necesidades transitorias de tesorería.

El monto máximo de las deudas de crédito público que se contraerán en cada ejercicio económico debe ser propuesto por el Ejecutivo Nacional a la Asamblea Nacional a través de la propuesta de Ley de Endeudamiento Anual, el cual deberá ser presentado antes del 15 de octubre de cada año, junto con el proyecto de Ley de Presupuesto y se promulgarán simultáneamente, de modo que en la Ley Especial de Endeudamiento Anual se indicarán las aplicaciones o destinos de las operaciones y la Asamblea Nacional autorizará la inclusión de los correspondientes créditos presupuestarios en la Ley de Presupuesto.

Por encima del monto máximo a contratar, autorizado por la ley de endeudamiento anual, sólo podrán celebrarse aquellas operaciones requeridas para hacer frente a gastos extraordinarios producto de calamidades o de catástrofes públicas y aquellos gastos ordinarios que no puedan ser ejecutados debido a una reducción de los ingresos previstos para el ejercicio económico financiero, lo cual no pueda ser compensado con recursos del Fondo de Estabilización Macroeconómica. Igualmente podrán celebrarse, por encima del monto máximo a contratar autorizado por la ley de endeudamiento anual, aquellas operaciones que tengan por objeto el refinanciamiento o reestructuración de deuda pública, así como también aquellas derivadas de soberanía alimentaria, la preservación de la inversión social, seguridad y defensa integral en los términos previstos en la Constitución y la Ley.

ANDREA TROCEL YABRUDY

Todas las operaciones superiores al monto máximo a contratar, con excepción de las relacionadas a gastos extraordinarios producto de calamidades o de catástrofes públicas, deberán autorizarse mediante ley especial. Para aquellas que tengan por objeto refinanciamiento o reestructuración de deuda pública, la Asamblea Nacional podrá otorgar al Ejecutivo Nacional una autorización general para adoptar, dentro de límites, condiciones y plazos determinados, programas generales de refinanciamiento.

La LOAFSP establece que todas las operaciones de crédito público que se realicen en contravención a lo dispuesto en ese texto legal se considerarán nulas, sin perjuicio de la responsabilidad de quienes las realicen. Las obligaciones que se pretendan derivar de dichas operaciones no serán oponibles a la República, ni a los demás entes públicos (Artículo 92 LOAFSP).

a. Control previo de las operaciones de crédito público

La LOAFSP establece el procedimiento para la realización de operaciones de crédito público, en el cual participan diversos órganos y entes del Poder Público a los efectos de ejercer el control presupuestario y garantizar los principios de legalidad, participación, eficiencia, solidaridad, solvencia, transparencia, responsabilidad, rendición de cuentas, equilibrio fiscal y coordinación macroeconómica.

Antes de realizar las operaciones de crédito público, los órganos y entes sujetos a la LOAFSP deben solicitar a la Oficina Nacional de Crédito Público, que inicie las gestiones necesarias a fin de llevar a cabo la operación, el Banco Central de Venezuela será consultado sobre el impacto monetario y las condiciones financieras de cada operación de crédito público. Dicha opinión no vinculante la emitirá el Banco Central de Venezuela en un plazo de cinco (5) días hábiles contados a partir de la recepción de la solicitud de opinión. Si transcurrido este lapso el Banco Central de Venezuela no se hubiere pronunciado, el Ejecutivo Nacional podrá continuar la tramitación de las operaciones consultadas.

ANDREA TROCEL YABRUDY

El Ejecutivo Nacional, una vez sancionada la Ley Especial de Endeudamiento Anual, podrá realizar las operaciones de crédito público previstas en ese texto legal, en las mejores condiciones financieras que puedan obtenerse e informar semestralmente a la Asamblea Nacional; salvo aquellas que impliquen la celebración de contratos de interés público nacional, estatal o municipal con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, en cuyo caso se requerirá la autorización previa de la Asamblea Nacional, acompañando la opinión del Banco Central de Venezuela.

De conformidad con lo establecido en el artículo 80 de la LOAFSP la emisión de DPN son operaciones de crédito público destinadas a obtener recursos que implican financiamiento reembolsable, por lo tanto, su emisión está sujeta al régimen jurídico antes indicado.

Nótese que para la realización de las operaciones de crédito público, específicamente para la emisión de bonos DPN, que comprometen el patrimonio de la República, el Ejecutivo Nacional debe incorporarla en el Proyecto de Ley de Presupuesto y en el Proyecto de Ley de Endeudamiento Anual para la aprobación previa de la Asamblea Nacional, de modo que todas las emisiones de DPN están sujetas a la autorización previa del órgano legislativo y a la opinión del Banco Central de Venezuela sobre el impacto monetario de la operación.

En consecuencia, la emisión de DPN realizada sin la autorización previa de la Asamblea Nacional contraviene lo dispuesto en la LOAFSP, y de conformidad con lo establecido en el artículo 92 eiusdem, se entenderán nulas y no serán oponibles a la República ni a los demás entes públicos.

III. INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS DECRETOS QUE DICTAN EL PRESUPUESTO Y EL ENDEUDAMIENTO ANUAL 2017

ANDREA TROCEL YABRUDY

Para el año 2017 la Asamblea Nacional no pudo dictar la Ley de Presupuesto ni la Ley de Endeudamiento Anual, ya que con fundamento en un supuesto desacato judicial de ese órgano legislativo que determinó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se estableció, de manera inconstitucional, en sentencia N° 814 de fecha 11 de octubre de 2016 que el presupuesto 2017 no podía ser aprobado por la Asamblea Nacional, sino que el Presidente de la República debía someterlo a la aprobación de la propia Sala Constitucional.

Ante esa situación, puede afirmarse que el procedimiento establecido por la Sala Constitucional para la aprobación del presupuesto y el endeudamiento del año 2017 sin la participación del órgano legislativo es absolutamente inconstitucional, toda vez que se omitió la intervención de la Asamblea Nacional conforme lo exige el artículo 187, numeral 6 de la Constitución.

En consecuencia de ello, todo acto del Poder Público que se dicte en ejecución del “Decreto N° 2.482 con Rango, Valor y Fuerza de Ley N° 7 mediante el cual se dicta el Presupuesto para el Ejercicio Económico Financiero 2017”²² y del “Decreto N° 2.483 con Rango, Valor y Fuerza de Ley N° 8 mediante el cual se dicta el endeudamiento para el ejercicio económico financiero 2017”²³, dictados por el Presidente de la República conforme a la sentencia de la Sala Constitucional del 11 de octubre de 2016, es nulo de conformidad con lo establecido en los artículos 25 y 138 de la Constitución Nacional, pues: i) La Asamblea Nacional no discutió ni autorizó la ley de presupuesto ni la ley de endeudamiento anual del año 2017; ii) No existe ninguna ley que regule el presupuesto ni el endeudamiento público del año 2017.

22 Decreto N° 2.482 con Rango, Valor y Fuerza de Ley N° 7 mediante el cual se dictó el Presupuesto para el Ejercicio Económico Financiero 2017 en el marco del Estado de Excepción y Emergencia económica. Es de observar que en el sumario de la Gaceta Oficial N° 41.009 de fecha 14 de octubre de 2016, aparece el Decreto N° 2.482 en el cual se aprueba la Ley de Presupuesto 2017 que, según se indica, puede verse en la Gaceta Extraordinaria 6.263 de esa misma fecha. Sin embargo, a la fecha esa Gaceta Ext. 6263 no ha sido publicada, ni aparece en la página web de la Imprenta Nacional ni en la de la Oficina Nacional de Presupuesto. En la página web del TSJ se informa que el Decreto 2482 “no existe o no está registrado”.

23 Decreto N° 2.483 con Rango, Valor y Fuerza de Ley N° 8 mediante el cual se dicta el endeudamiento para el ejercicio económico financiero 2017, en el marco del Estado de Excepción y Emergencia económica, publicado en la Gaceta Oficial número 6.264 del 14 de octubre de 2016.

a. El presupuesto y el endeudamiento del año 2017 no fue discutido ni autorizado por la Asamblea Nacional.

Como se indicó anteriormente, la Constitución otorga expresamente a la Asamblea Nacional la competencia para discutir y aprobar la ley de presupuesto nacional y lo concerniente al crédito público (art. 187.6) Dicha competencia está desarrollada en el artículo 82 de la LOAFSP que establece lo siguiente:

“Artículo 82. El Ejecutivo Nacional presentará a la Asamblea Nacional el proyecto de Ley Especial de Endeudamiento Anual, el cual contendrá el monto máximo de las operaciones de crédito público a realizarse durante el ejercicio económico financiero respectivo por la República, el monto máximo de endeudamiento neto que podrá contraer durante ese ejercicio, así como el monto máximo en letras del Tesoro, que podrán estar en circulación al cierre del respectivo ejercicio. Una vez preparado el proyecto de ley, se consultará al Banco Central de Venezuela sobre sus efectos fiscales y macroeconómicos.

Dicho proyecto de Ley será presentado antes del quince (15) de octubre de cada año, junto con el proyecto de Ley de Presupuesto y se promulgarán simultáneamente.

Los montos máximos referidos se determinarán, de conformidad con las previsiones de la Ley del Marco Plurianual de Presupuesto, atendiendo a la capacidad de pago y a los requerimientos de un desarrollo ordenado de la economía, y se tomarán como referencia los ingresos fiscales previstos para el año, las exigencias del servicio de la deuda existente, el producto interno bruto, el ingreso de exportaciones y aquellos índices macroeconómicos elaborados por el Banco Central de Venezuela u otros organismos especializados, que permitan medir la capacidad económica del país para atender las obligaciones de la deuda pública.”

Nótese que por mandato del artículo 187 de la Constitución Nacional, en concordancia con lo establecido en el artículo 82 de la LOAFSP, para el ejercicio económico 2017 el Ejecutivo Nacional ha debido presentar a la Asamblea Nacional antes del 15 de octubre de 2016, la propuesta de Ley de

ANDREA TROCEL YABRUDY

Endeudamiento Anual y de Ley de Presupuesto con base en las cuales se ejecutaría todo el sistema de crédito público a que se refiere la LOAFSP.

No obstante ello, sin fundamento jurídico alguno y conforme a una supuesta declaratoria de desacato de la Asamblea, la Sala Constitucional en la inconstitucional sentencia N° 814 del 11 de octubre de 2016 estableció lo siguiente:

“Se REITERA lo declarado por esta Sala en la sentencia N° 808 del 02 de septiembre de 2016, en la que, entre otros pronunciamientos, se declaró ‘que resultan manifiestamente inconstitucionales y, por ende, absolutamente nulos y carentes de toda vigencia y eficacia jurídica, los actos emanados de la Asamblea Nacional, incluyendo las leyes que sean sancionadas, mientras se mantenga el desacato a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia

(...)

La presente solicitud se circunscribe a “las condiciones de presentación y aprobación del Presupuesto de la República, en virtud de la sentencia n.º 808 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 02 de septiembre de 2016 donde declararon nulos y carentes de toda vigencia y eficacia jurídica, los actos emanados de la Asamblea Nacional, incluyendo las leyes que sean sancionadas”.

Ahora bien, en razón de lo antes expuesto, resulta claro que corresponde al Presidente de la República, como Jefe de Estado y del Ejecutivo Nacional, la elaboración del presupuesto nacional (además de las otras atribuciones constitucionales, inclusive, en materia de régimen de excepción), y, a su vez, a la Asamblea Nacional: Discutir y aprobar el presupuesto nacional y todo proyecto de ley concerniente al régimen tributario y al crédito público.

En tal sentido, la presente solicitud de ampliación evidencia la voluntad manifiesta del Presidente de la República de cumplir las fases constitucionales para la aprobación del presupuesto nacional que regirá durante el año 2017, pero también advierte las consecuencias jurídicas que le acarrearía presentar el presupuesto ante un órgano que actualmente está al margen de la Constitución en razón del desacato en el que se encuentra frente a decisiones de este alto tribunal y a la Constitución (que conlleva a que todas sus actuaciones carezcan de validez y eficacia por inconstitucionales, tal

ANDREA TROCEL YABRUDY

como esta Sala lo declaró en sentencia n.º 808 del 2 de septiembre de 2016 y lo reiteró en el fallo objeto de la presente ampliación); circunstancias que exigen que esta Sala, en ejercicio del control innominado de la constitucionalidad, determine la solución de esa situación, en tutela del sistema constitucional.

Por ello, ante ese desacato de la Asamblea Nacional que compromete la validez y eficacia de sus actos, frente a la imperiosa necesidad de cumplir una fase del proceso de formación jurídica del presupuesto nacional, ante el deber de honrar los postulados de separación y equilibrio entre los poderes que conforman el Poder Público y con el propósito de mantener el funcionamiento del Estado, la garantía de los derechos fundamentales y el orden constitucional, esta Sala, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, declara que en esta oportunidad el Presidente la República deberá presentar el presupuesto nacional ante esta máxima instancia de la jurisdicción constitucional, bajo la forma de decreto, la cual ejercerá el control de ese acto del Poder Ejecutivo Nacional, conforme a lo previsto en el Texto Fundamental, todo ello en garantía de los principios constitucionales que rigen la materia presupuestaria.”

Con fundamento en la sentencia anteriormente citada, el Presidente de la República dictó el “Decreto N° 2.482 con Rango, Valor y Fuerza de Ley N° 7 mediante el cual se dicta el Presupuesto para el Ejercicio Económico Financiero 2017” y el “Decreto N° 2.483 con Rango, Valor y Fuerza de Ley N° 8 mediante el cual se dicta el endeudamiento para el ejercicio económico financiero 2017”, sin que para ello interviniera la Asamblea Nacional como expresamente lo exige el artículo 187 de la Constitución. El órgano legislativo fue absolutamente excluido por una sentencia inconstitucional referida al proceso de control previo que establece la Constitución Nacional, impidiéndole así discutir y aprobar mediante una ley el presupuesto y el endeudamiento del año 2017.

b. No existe instrumento legal que haya dictado la Ley de Presupuesto ni la Ley de Endeudamiento Anual del año 2017

ANDREA TROCEL YABRUDY

La inconstitucionalidad es evidente cuando se observa que no se dictaron, conforme lo exige la Constitución Nacional y la LOASFP, las respectivas leyes que aprobaran el presupuesto y el endeudamiento del año 2017. Como se indicó anteriormente, luego de la sentencia de la Sala Constitucional del 11 de octubre de 2016, el Presidente de la República dictó los “Decreto N° 2.482 con Rango, Valor y Fuerza de Ley N° 7 mediante el cual se dicta el Presupuesto para el Ejercicio Económico Financiero 2017” y el “Decreto N° 2.483 con Rango, Valor y Fuerza de Ley N° 8 mediante el cual se dictó el endeudamiento para el ejercicio económico financiero 2017, en el marco del Estado de Excepción y Emergencia económica”.

Ahora bien, no es cierto que esos instrumentos dictados por el Presidente de la República tengan la naturaleza jurídica de Decretos-Leyes, pues el Presidente de la república no contaba para el momento que los dictó con una habilitación legislativa expresa -conforme a los artículos 203 y 236 de la Constitución- que lo facultara a dictar “Decretos Leyes”. Muy por el contrario, de forma absolutamente infundada e incurriendo en una flagrante vía de hecho, los referidos Decretos fueron calificados como “Decretos Leyes” para pretender subsanar la grave violación constitucional que se cometió ante la prohibición impartida por la Sala Constitucional para que la Asamblea Nacional no interviniera en el proceso de aprobación del presupuesto y el endeudamiento del 2017. Esa calificación dada por el Presidente de la República, insistimos, sin contar con la debida habilitación legislativa, en modo alguno podría convertir los Decretos, de - rango sublegal- en Decretos-Leyes, para pretender con ello cumplir con lo exigido en el artículo 187 de la Constitución.

Tengamos en cuenta que, aun cuando el Presidente fundamentó su actuación en la inconstitucional sentencia de la Sala Constitucional, del 11 de octubre de 2016, es lo cierto que esa inconstitucional decisión lo que estableció fue que el Presidente de la República presente ante esa Sala “bajo la forma de decreto” “el presupuesto nacional”. Nótese que esa decisión, violatoria siempre de la Constitución, no pretendió nunca habilitar al Presidente para dictar Decretos-Leyes, tanto menos un “Decreto-Ley” que regulara el endeudamiento público, pues únicamente se refirió al presupuesto nacional.

Queda en evidencia entonces que cualquier operación de endeudamiento público correspondiente al año 2017 carece de fundamento legal válido, pues no existen los instrumentos legislativos que sustenten esas operaciones conforme a lo previsto en el artículo 187 de la Constitución y el artículo 82 de la LOAFSP anteriormente citado.

c. La emisión de bonos DPN contenida en los Decretos es nula por inconstitucional

De acuerdo a las consideraciones antes expuestas, resulta evidente que los pretendidos Decretos del 13 de junio de 2017 que ordenan la emisión de bonos DPN son inconstitucionales y no tienen fundamento legal alguno, desde que:

Conforme al texto Constitucional es competencia de la Asamblea Nacional y no de la Sala Constitucional, discutir y aprobar el presupuesto nacional y todo proyecto de ley concerniente al crédito público, lo cual por ende incluye a la Ley de Endeudamiento Anual.

Todas las operaciones de crédito público, incluyendo las emisiones de DPN, deben ser autorizadas previamente por la Asamblea Nacional través de la Ley de Endeudamiento Anual y la Ley de Presupuesto.

El procedimiento establecido por la Sala Constitucional para la aprobación del presupuesto 2017 sin la aprobación del órgano legislativo, es inconstitucional y por ende, todo acto del Poder Público dictado en su ejecución, es nulo de conformidad con lo establecido en los artículos 25 y 138 de la Constitución Nacional.

El Presidente de la República usurpó funciones de la Asamblea Nacional al dictar el “Decreto N° 2.483 con Rango, Valor y Fuerza de Ley N° 8 mediante el cual se dicta el endeudamiento para el

ANDREA TROCEL YABRUDY

ejercicio económico financiero 2017” y el “Decreto N° 2.482 con Rango, Valor y Fuerza de Ley N° 7 mediante el cual se dicta el Presupuesto para el Ejercicio Económico Financiero 2017”, pues ello es competencia exclusiva de la Asamblea Nacional, y además el Presidente de la República no estaba ni está facultado –mediante ley habilitante- para dictar esos Decretos Leyes. Ni siquiera la inconstitucional sentencia del 11 de octubre de 2016 hace referencia a la posibilidad de dictar esos instrumentos y menos aún, para regular el endeudamiento público.

Ante la inexistencia de una Ley de Endeudamiento Anual y de una Ley de Presupuesto para el año 2017 válidamente dictadas, se entiende que cualquier emisión de DPN contraría lo dispuesto en la Constitución Nacional y por ende son nulos de conformidad con lo establecido en los artículos 25 y 138 eiusdem.

En efecto, los artículos 25 y 138 de la Constitución Nacional establecen lo siguiente:

“Artículo 25. Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusas órdenes superiores”.

“Artículo 138. Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos”.

Por lo anterior, se considera que todas las operaciones de crédito público, específicamente aquellas ordenadas por los Decretos de emisión de bonos DPN dictados el 13 de junio de 2017, son nulas por inconstitucionales y por carecer de fundamento legal, lo que a futuro plantea otro tema de estudio referido a la situación jurídica de quienes adquieran los bonos y pretendan hacerlos oponibles a la República para su respectivo canje cuando corresponda.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aragón Reyes, M. El Control Parlamentario como Control Político en Constitución y control del poder: introducción a una teoría constitucional del control. (1995) Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires.

Biglino Campos, P. Parlamento, Presupuesto y Tribunal de Cuentas, Revista de las Cortes Generales N° 37. Universidad de Valladolid, España 1996.

Brewer-Carias, A. Constitución, democracia y control del poder. (2004) Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales. Universidad de Los Andes. Mérida.

Corti, H. Ley de Presupuesto y Derechos Fundamentales: los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico financiero. Revista Jurídica de Buenos Aires. N° 8.

Giron, S. El Control Fiscal. (1968) Editorial SMART, S.L. Caracas, 1968.

Lowenstein, K. Teoría de la Constitución. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Ariel. Barcelona. 1979.

Montesquieu. Del espíritu de las leyes. (1942) versión castellana de Nicolás Estévanez. Editorial Albatros. Buenos Aires.

Rivas Alberti, J. El Control Parlamentario sobre el Presupuesto Público. Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica – REDIAJ N° 7. Instituto de Estudios Constitucionales. Caracas, Enero 2017.

Salgado Pesantes, H. Teoría y Práctica del Control Político. (2004) Biblioteca jurídica virtual del Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México.

Schmitt., C. Teoría de la Constitución.(2011) Alianza Editorial. Madrid.

Valadés, D. El Control del Poder. (2008) Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México.

Britto García, L. Régimen Presupuestario y de Control del Crédito Fiscal. (1973) Editorial de la Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Caracas, 1973.

ANDREA TROCEL YABRUDY

Otero Duno, C. *Innovaciones en el Control Fiscal Venezolano.*(2016) Editorial Miranda. Venezuela.

Rondón de Sansó, H. *Análisis de la Constitución Venezolana de 1999, (parte orgánica y sistemas)* (2000) Editorial Ex Libris. Caracas.

JOSÉ G. SALVUCHI SALGADO

LA ESTRATEGIA GLOBAL DEL AMBIENTE PARA ALCANZAR LA SOSTENIBILIDAD DEL DESARROLLO HUMANO

José G. Salvuchi Salgado

Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello, con postgrado en Derecho Administrativo y actual doctorando en Derecho de dicha Universidad; postgrado en Derecho Comparado (mención energía y ambiente) de la Universidad de Londres; Diploma en Estudios Avanzados de Gerencia del Instituto de Estudios Superiores de Administración; Diploma en Estudios Avanzados de Gerencia Pública del Instituto Centroamericano de Administración de Empresas; Diploma en Estudios Avanzados de Políticas Públicas de la Universidad de Georgetown; docente de las Universidades: Católica Andrés Bello, Central de Venezuela, Metropolitana y José María Vargas.

Resumen

Este es un tiempo en el que debemos formar alianzas o asociaciones que persigan una estrategia contra la contaminación y a favor del desarrollo humano sostenible, que debe pasar a través de las economías de todos los países del mundo en los años venideros. Nuestra visión de desarrollo humano sostenible, es un desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias, lo que implica un no agotamiento ni desperdicio de los recursos naturales, ni una lesión innecesaria del ambiente ni de los seres humanos. Así, de acuerdo a esta visión el desarrollo sostenible logra, al mismo tiempo, crecimiento económico, equidad y progreso social, y conservación ambiental. Sin embargo, las pruebas que enfrenta nuestra generación son formidables, porque muchos países no han conseguido todavía proporcionar un nivel de vida aceptable para sus pueblos, siendo la protección del ambiente una parte importante de la mejora y bienestar de éstos, tanto en el presente como en el futuro, lo que hace necesario seguir una estrategia para enfrentar la ardua empresa del desarrollo humano sostenible. Con un conocimiento más profundo y una acción más prudente, los países pueden conseguir unas condiciones de vida mejores en un ambiente más en consonancia con las necesidades y aspiraciones del hombre, para que éste, aplicando su sapiencia a la consecución de un ambiente mejor, alcance la plenitud de su libertad dentro de la naturaleza. Embarcarse en la ruta del desarrollo humano sostenible, supone un reto para nuestra generación, la cual podría ser nuestra última oportunidad.

Palabras clave: ambiente, desarrollo sostenible, desarrollo humano sostenible, globalización, sostenibilidad, pnuma.

Abstract

This is a time when we must form alliances or associations pursuing a strategy against pollution and in favor of sustainable human development, which must pass through the economies of all countries of the world in the years to come. Our vision of sustainable human development is a development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs, which implies a non-exhaustion nor waste of natural resources, nor unnecessary injury to the environment nor humans. Thus, according to this vision sustainable development achieves, at the same time, economic growth, equity and social progress, and environmental conservation. However, the testing facing our generation is formidable, because many countries have not yet been able to provide a standard of living acceptable to their peoples, and environmental protection is an important part of the improvement and well-being of the people, both the present as in the future, which makes it necessary to follow a strategy to face the arduous enterprise of sustainable human development. With a deeper knowledge and a more prudent action, countries can achieve better living conditions in an environment more in line with the needs and aspirations of man, so that, by applying his wisdom to the achievement of a better environment, reach the fullness of his freedom within nature. Embarking on the path of sustainable human development is a challenge for our generation, which could be our last chance.

Keywords: environment, sustainable development, sustainable human development, globalization, sustainability, pnuma.

I. INTRODUCCIÓN. LA GLOBALIZACIÓN Y EL AMBIENTE

No hay contradicción entre conservación del ambiente y desarrollo, pero si no tenemos presentes los derechos de los ciudadanos en el proceso de globalización, corremos el riesgo de quedarnos sin nada. De allí que se haga necesario establecer un orden mundial más comprensivo, justo, pacífico y ecológicamente sostenible.

La globalización no tiene por qué significar la destrucción del ambiente y las culturas tradicionales, ni la pérdida de soberanía de algunos países para que las naciones industrializadas sacien su sed de productos y energía más baratos. Por el contrario, la globalización bien entendida puede significar una razón para que haya mayor conservación. Tal es el caso, por ejemplo, del programa internacional de créditos sobre la emisión de carbono, el cual constituye una iniciativa del *Protocolo de Kyoto*²⁴ sobre los gases que producen el efecto invernadero. El programa propone que los países que absorban hidróxido de carbono atmosférico mediante los llamados *sumideros de carbono*, como los bosques, podrían beneficiarse de ello vendiendo créditos por el *almacenamiento* de esta sustancia a otras naciones que emiten excesivos gases de invernadero, tal y como lo define el Protocolo. Así, las ganancias del *mercado del carbono* darían un enorme impulso a la conservación.

Debemos lograr que los próximos años, incluso más allá del 2020²⁵, sean dedicados a la inversión y preservación del ambiente en todo el mundo. Sólo tenemos una Tierra y si no la

²⁴ NACIONES UNIDAS (1998): *Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) del 11 de diciembre de 1997*. Disponible en: <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpspan.pdf> [Consulta: 2017, agosto 20] En la XVIII Conferencia de las Partes (COP 18) sobre Cambio Climático, realizada en Doha, Qatar, se ratificó el segundo período de vigencia del Protocolo de Kyoto desde el 1 de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2020. El primer período de compromiso del Protocolo comenzó en 2008 y finalizó en 2012. Vid. NACIONES UNIDAS (2012): *Informe de la Conferencia de las Partes en su 18º período de sesiones, celebrado en Doha del 26 de noviembre al 8 de diciembre de 2012*. Disponible en: <http://unfccc.int/resource/docs/2012/cop18/spa/08s.pdf> [Consulta: 2017, agosto 20] Actualmente hay 195 Partes en la CMNUCC y 192 Partes en el Protocolo de Kyoto. El Protocolo entró en vigor el 16 de febrero de 2005. Desde entonces, las Partes en dicho Protocolo han seguido negociando y han modificado el Protocolo para obtener resultados más ambiciosos en 2030.

²⁵ Los recortes voluntarios de emisiones contemplados en el Acuerdo de París que entró en vigencia el 04 de noviembre de 2016, se empezarán a aplicar a partir de 2020 y contienen objetivos para 2025. Cada cinco años se deben presentar nuevos planes. Mientras, en el período anterior a 2020, seguirá aplicándose el Protocolo de Kyoto, del que quedaron fuera China y Estados Unidos. Sin embargo, hasta entonces, conforme a lo establecido en el Acuerdo de París, se deben establecer mecanismos claros de control y contabilidad de las emisiones mundiales o de financiación de las políticas de adaptación. A

JOSÉ G. SALVUCHI SALGADO

mantenemos saludable y segura, cualquier otro regalo que dejemos a nuestros hijos resultará carente de sentido. Podemos y debemos hacer retroceder la marca de la contaminación y el recalentamiento global. Resulta cada vez más claro que la contaminación pone en peligro no solamente nuestra calidad de vida, sino también el tejido mismo de la vida en nuestro planeta.

Recordemos que los efectos sobre el ambiente sobrepasan las fronteras y ni el mar, ni los ríos, ni el aire, ni la flora y la fauna salvaje conocen fronteras, las soluciones que pasan de un lado a otro, no pueden ser combatidas sin la cooperación internacional o de otros países. De allí que resulte una cuestión supranacional.

Hay todavía poderosos apologistas de la contaminación que insisten siempre con el argumento que aquella es el precio inevitable que debemos pagar por nuestra prosperidad. Eso es falso y, peor aún, invita a continuar con políticas de irresponsabilidad ambiental y las disculpas. Lo cierto es que, si hacemos las inversiones correctas y elegimos responsablemente, no tenemos que optar, entonces, entre la economía y el ambiente.

Este es un tiempo en el que debemos formar alianzas o asociaciones que persigan una estrategia geopolítica contra la contaminación y a favor del desarrollo humano sostenible, que debe pasar a través de las economías de todos los países del mundo en los años venideros. Una estrategia que vea a la gente como aliada, no como adversaria, cuando se debe hacer frente a los desafíos ambientales. Un enfoque que desarrolle nuestra responsabilidad hacia los demás, hacia el aire, el agua y la tierra que poseemos en común, a través de las fronteras y de las generaciones.

partir de 2020 deberá existir un fondo de al menos 100.000 millones de US\$ -que pondrán principalmente los países desarrollados- para ayudar a los Estados más vulnerables frente al cambio climático. A diferencia del Protocolo de Kyoto, donde solo los países desarrollados están obligados a aplicar reducciones de gases de efecto invernadero, ahora todos los firmantes del Acuerdo de París, un total de 195 países, incluyendo China y Estados Unidos, deben presentar planes de mitigación. Pero estos planes, como se dijo, son voluntarios y no se imponen desde fuera, es decir, cada país se fija la meta de reducción de emisiones que considera oportuna. *Vid.* NACIONES UNIDAS (2015): *Acuerdo histórico sobre el cambio climático en París* Disponible en: <http://newsroom.unfccc.int/es/noticias/final-cop21/> [Consulta: 2017, agosto 22].

Revista de la Facultad de Derecho N° 72.

2017-2018

ISSN: 0255-5328

JOSÉ G. SALVUCHI SALGADO

Un ejemplo de estas asociaciones puede ser con toda industria que quiera producir camiones u otros automotores, de manera más eficiente en el consumo de combustible, aunque los críticos digan que nunca se puedan hacer.

Tenemos que hacer que el libre mercado sea amigo del ambiente, no su enemigo, e invertir más en la conservación de los recursos naturales, en la energía renovable y en las tecnologías de rápido crecimiento que combatan la contaminación.

Necesitamos hacer cumplir normas rigurosas realistas y factibles para reducir el smog y el hollín, así como extender el derecho a conocer lo que sucede en toda área en la que la contaminación de cualquier tipo amenace a la salud pública. Tenemos que proteger nuestros bosques, nuestros ríos y nuestras tierras públicas.

Debemos enfrentar los persistentes desafíos que se presentan en materia ambiental. Debemos continuar con la prohibición de productos químicos que corroen nuestra capa de ozono y nos exponen a los peligrosos y cancerígenos rayos ultravioletas. Si hacemos frente decididamente a este desafío, tenemos la posibilidad de cerrar por completo el agujero de ozono existente sobre la Antártida dentro de las próximas dos generaciones.

Es preciso que todos los países den pasos decisivos contra el recalentamiento global. Los países, especialmente los industrializados, tienen que satisfacer el *Protocolo de Kyoto* y el *Acuerdo de París para la lucha contra el calentamiento global*, firmado el 12 de diciembre de 2015, en la Cumbre de las Naciones Unidas sobre el Clima, lo que nos comprometería -al Norte y al Sur- a realizar significativas reducciones en las emisiones de gases de invernadero.²⁶

²⁶ Los científicos del *Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC)*, creado en 1988 y que asesora a la ONU, señalan que, si el ser humano continúa con el ritmo de emisión de gases sin tomar medidas de mitigación, la temperatura media global subirá entre 3,7 y 4,8 grados en 2100 respecto al nivel preindustrial. Además de provocar un aumento de la temperatura y del nivel del mar, los científicos sostienen que también afectará a los fenómenos climáticos extremos, como inundaciones, sequías y ciclones. De allí que el objetivo que se persigue es que el aumento de la temperatura a final de este siglo se quede entre los 2 y los 1,5 grados respecto a los niveles preindustriales. Esa es la frontera, fijada por los científicos, para que las consecuencias del calentamiento no sean tan desastrosas. *Vid. IPCC (2014): Cambio climático 2014 "Mitigación del cambio climático" Informe del Grupo de trabajo III.* Disponible en: http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg3/WG3AR5_SPM_brochure_es.pdf [Consulta: 2017, agosto 25]

Tenemos que asegurarnos que todas las naciones desarrolladas y en desarrollo, se comprometan a cumplir con toda la parte que les toca. Podemos combatir el calentamiento global de un modo que contemple la creación de puestos de trabajo, al fomentar la existencia de un mercado global para las nuevas tecnologías en el sector energético, que se espera puedan llegar a alcanzar los diez billones de dólares (US\$) en las próximas dos décadas.

Estos desafíos no son fáciles, pero el compromiso con el ambiente va más allá de lo político, es una profunda obligación moral que trae, además, como ventaja que es perfectamente compatible con el crecimiento económico sostenible, en beneficio de las generaciones de hoy y del mañana.

Es necesario que hagamos lo correcto para nuestro ambiente, porque éste comprende todo lo que tiene que ver con nuestras vidas, desde la simple seguridad de que el agua que bebamos sea potable hasta el más siniestro y amenazante adelgazamiento de las capas de hielo en los extremos de la Tierra.

La Tierra está pendiente de un hilo y nos concierne a todos sus habitantes. Podemos y debemos salvarla y ello representa una gran responsabilidad para nuestra generación. La globalización nos presenta recursos tecnológicos y científicos que coadyuvan a fortalecer el binomio: *Hombre - Ambiente*.

II. NOCIÓN GENERAL

a. Preocupación Universal por el Ambiente.

El ambiente constituye hoy día una gran preocupación no solamente en los países ricos o desarrollados, sino también en los países pobres que padecen el subdesarrollo o la marginación.

JOSÉ G. SALVUCHI SALGADO

El hombre, como especie viviente, forma parte de un sistema complejo de relaciones e interrelaciones con el ambiente natural que lo rodea. El ambiente es el conjunto de factores que influyen sobre él y en el cual vive.

El diccionario de la lengua española de la Real Academia²⁷ dice que *ambiente* es lo que rodea algo o a alguien como elemento de su entorno.

La naturaleza por sí misma produce fluctuaciones en su propio curso evolutivo, tales como glaciaciones, erupciones volcánicas, terremotos, inundaciones y tempestades. Lo que diferencia a estas alteraciones de las inducidas por el hombre, es que estas últimas desconocen y no respetan los mecanismos de autorregulación natural y pueden alterar gravemente los sistemas terráqueos.

Otras perturbaciones ambientales, de distinto carácter, pero seguramente mucho más peligrosas por su creciente proceso de deterioro del ambiente, se observan actualmente con profunda preocupación de los gobiernos y las organizaciones ambientales, en lo que se ha dado en llamar el *cambio climático global, calentamiento global o efecto invernadero*²⁸ y las actividades colectivas que conllevan el uso irracional de los recursos naturales haciendo peligrar la subsistencia de la diversidad de las especies y el agotamiento de los recursos renovables. Así, la preocupación de la humanidad apunta a la necesidad de preservar el patrimonio ambiental para las generaciones futuras poniéndose énfasis en el concepto de *desarrollo sostenible*²⁹ como eje de la política conservacionista de la aptitud ambiental para el porvenir del género humano.

En todos los países más o menos industrializados se ha generalizado un clima de opinión en torno a los problemas del ambiente.

²⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2014): *Diccionario de la lengua española. Edición del Tricentenario*. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=2HmTzTK> [Consulta: 2017, agosto 25].

²⁸ Vid. CAMBIO CLIMÁTICO GLOBAL: Cambio Climático, Calentamiento Global y Efecto Invernadero. Disponible en: <http://cambioclimaticoglobal.com> [Consulta: 2017, agosto 29]

²⁹ NACIONES UNIDAS (1987): *Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo - Nuestro futuro común (informe Brundtland)*, adoptado mediante decisión N° 14/14 de 16 de junio de 1987 del Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/42/427.pdf> [Consulta: 2017, agosto 29]

Puede afirmarse que ha ido surgiendo una indudable reflexión ecológica que ha impulsado en todas partes reformas institucionales, aunque aún no se haya alcanzado la organización y el desarrollo que la humanidad precisa para su supervivencia secular.

La conciencia ambiental comienza a adquirir su dimensión universal cuando se dan los primeros pasos para expresarla institucionalmente, a través de conferencias y acuerdos internacionales.

La Conferencia de Estocolmo de 1972³⁰, fue el punto de partida de la conciencia mundial para la protección y el mejoramiento del ambiente y ha creado una estructura institucional flexible, pero permanente.

A partir de esta Conferencia se crearon organizaciones especializadas, institucionalizándose el Programa de la Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) con sede en Nairobi, Kenia.

Esta decisión de las Naciones Unidas a nivel mundial, complementada por instituciones regionales como la Unión Europea (UE), ha constituido un factor poderoso de unificación.

Posterior a los trabajos de la Conferencia de Estocolmo, muchos Estados introdujeron en sus constituciones políticas, cláusulas de reconocimiento de la existencia de un derecho a un ambiente sano y adecuado³¹ y cuya formulación se inspira en el primer principio de la Declaración de Estocolmo que enuncia:

“El hombre tiene un derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y a condiciones de vida satisfactorias, en un ambiente cuya calidad de vida le permita vivir con dignidad y

³⁰ Vid. MELILLA MEDIO AMBIENTE: *1ª Cumbre de la Tierra – Estocolmo*. Disponible en: http://www.melillamedioambiente.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2172 [Consulta: 2017, agosto 29]

³¹ En Venezuela, el Capítulo IX del Título III de la Constitución de 1999, consagra los derechos ambientales (artículos 127 a 129) como parte de los derechos humanos, cuyo ejercicio y protección son garantizados por el Estado, con el objeto de permitir un desarrollo humano que conlleve a una calidad de vida digna para las presentes y futuras generaciones, aspectos que configuran el concepto de Estado de Justicia.

bienestar, y tiene el deber solemne de proteger y mejorar el ambiente de las generaciones presentes y futuras. (...)”³²

Cabe destacar que en la Cumbre de la Tierra, celebrada en Río de Janeiro en 1992³³, aunque los intereses políticos y económicos de las naciones más poderosas del mundo, pusieron coto al impulso solidario de las iniciativas que buscaban armonizar programas universales de defensa del ambiente, los logros más señalados de la Conferencia de Río fueron poner en acción efectiva a sectores no ecologistas, como los hombres de negocio y también a muchos gobiernos que eran indiferentes y, finalmente, sustituir la concepción principalmente ecologista que primó en Estocolmo, por la de *desarrollo sostenible* que sitúa en el mismo plano y entrelaza, el desarrollo y la preservación del ambiente.

b. Concepto de Ambiente.

Son todos los factores biológicos, físicos, sociales y culturales que afectan al ser humano y, por lo tanto, trascienden a los diversos aspectos de su vida y actividades. Es su entorno y cuanto le rodea.

Es toda actividad humana que causa un efecto en el ambiente. A veces, este impacto es tan pequeño que sólo es detectable al pasar el tiempo o cuando la frecuencia de dicha actividad se incrementa.

Desde muchos puntos de vista, esta interacción con el ambiente puede considerarse como algo necesario, natural y normal. Sin embargo, algunas de las grandes civilizaciones decayeron, en parte, debido precisamente a la forma específica como llevaron a cabo su desarrollo, principalmente en los aspectos agrícolas, pero de modo, más en general, en el uso intensivo de sus recursos. Se ha demostrado que, en la relación existente entre la explotación y la disponibilidad de recursos naturales, la tecnología disponible y la calidad de población es lo que colapsa o sustenta a las civilizaciones.

³² NACIONES UNIDAS (1973): *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*. Nueva York: Publicación de las Naciones Unidas, p. 4.

³³ CANO, G. (1993): *Los resultados de la Cumbre de Río de 1992*. Buenos Aires: Publicación del Instituto de Política Ambiental, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, p. 193.

La situación actual, mundial y nacional, no es la excepción en cuanto a esta interacción entre el hombre y el ambiente.

Sin embargo, la globalización, causada por la abundancia y disponibilidad de comunicaciones, transporte y comercio internacional, hace que las consecuencias de un hecho incoado en el entorno se conozcan hoy por todo el mundo.

c. El ambiente y la seguridad nacional

El *estrés ambiental* se ha convertido en una fuente importante de tensiones políticas y acción militar en el mundo. Entre las diferentes amenazas ecológicas que podrían forzar una redefinición de la *seguridad nacional* están:

1. Crecientes números (millones por año) de *refugiados ecológicos* a menudo equivocadamente tomados como refugiados políticos o militares, en muchos países.
2. La posibilidad real de *conflictos regionales* en lo referente a recursos naturales, particularmente el agua, en las décadas futuras (vg. en el Medio Oriente, donde la escasez de agua se está convirtiendo en una amenaza más seria para la paz que el conflicto con respecto al acceso al petróleo de la región).
3. La posibilidad de alcanzar los *límites de la productividad primaria neta* de la proporción de la tierra que puede ocupar el hombre, quizás en algún momento de la siguiente mitad de siglo, como consecuencia de una nueva duplicación de la población mundial, lo que afectaría sensiblemente la fotosíntesis del planeta.
4. *Variaciones climáticas mundiales discontinuas* que causan perturbaciones en las zonas agrícolas más productivas del mundo.

5. Serias *crisis de la salud*, debido al daño de la capa de ozono, incluso se pudieran introducir productos de reemplazo seguros, debido a las demoras de décadas entre las emisiones y los efectos de la atmósfera superior.

6. La *pérdida a gran escala* de la biodiversidad y los recursos genéticos *in situ*, particularmente de los bosques lluviosos tropicales y arrecifes, cuyos verdaderos valores económicos y ecológicos (al igual que estéticos e intrínsecos) se desconocen y no son apreciados lo suficiente.

Así, los antiguos conceptos de soberanía nacional ya no son suficientes para un mundo alterado por una interdependencia cada vez mayor entre las naciones en el campo económico, ecológico y de seguridad.

III. EL DESARROLLO SOSTENIBLE Y LA PROBLEMÁTICA AMBIENTAL.

a. *El Desarrollo y el ambiente.*

Tal como lo expresa la Declaración de Estocolmo³⁴, la capacidad del hombre de transformar lo que lo rodea, si es utilizada con discernimiento, puede llevar a todos los beneficios del desarrollo y ofrecerle la oportunidad de ennoblecer su existencia. Aplicado errónea o imprudentemente, el mismo poder puede causar daños incalculables al ser humano y a su ambiente.

Mientras en los países en desarrollo la inmensa mayoría de los problemas ambientales se derivan del subdesarrollo, la miseria y las injusticias; en los países industrializados los problemas ambientales están generalmente relacionados con la creación de riquezas, con la producción, la industrialización y el desarrollo tecnológico. Las causas son diferentes, pero los efectos son los mismos. Si por una parte, la miseria, la ignorancia, la explotación irracional de los recursos, la quema y la tala, en los países subdesarrollados destruyen el ambiente; por la otra, el creciente uso de

³⁴ NACIONES UNIDAS (1973), *op. cit.*, pp. 3-6.

combustibles contaminantes, el humo de las fábricas, los desechos tóxicos, los detergentes o los aerosoles, circunstancias y elementos de uso común en los países desarrollados, constituyen factores contaminantes y destructores de la naturaleza.

b. La Relación entre la administración del ambiente y el desarrollo.

Toda actividad humana, económica y sociocultural tiene lugar en el contexto de ciertos tipos de relaciones en la sociedad y el mundo biofísico (el resto de la naturaleza).

La gama de los problemas ambientales percibidos como amenazas importantes para el bienestar humano se ha expandido considerablemente durante las últimas dos décadas, desde problemas de contaminación a una escala local, regional y luego internacional hasta una propagada degradación y agotamiento de los recursos naturales, preocupaciones verdaderamente mundiales tales como el cambio climático y la capa de ozono. El tema de *administración del ambiente* y su integración con el *desarrollo*, se ha convertido por lo tanto en una seria preocupación y reto para un creciente número de personas, empresas y gobiernos del mundo. Aunque éste no es un tema nuevo, el nivel de interés y sentido de urgencia ha alcanzado nueva supremacía y, actualmente, hay una propagada discusión, una mirada de nuevas propuestas, compromisos de recursos y programas de acción.

Con toda esta actividad política, organizacional, científica y pública, la humanidad se integra a la administración del ambiente con preocupaciones sobre el desarrollo económico y social, con el objeto de crear y garantizar un futuro para la civilización.

La administración del ambiente y planeamiento del desarrollo económico y las estructuras teóricas sobre las cuales se basan, se encuentran en un período de revisión importante, dando a conocer que el resultado de este proceso evolutivo es particularmente importante, ya que vienen a ser las grandes luchas ambientales.

Hay cambios importantes de la manera en que las sociedades analizan el manejo de la relación entre la naturaleza y la actividad humana en el futuro. Gran parte de estos adelantos se tienen que institucionalizar en la política y los sistemas de planeamiento de los gobiernos y organismos de desarrollo.

En la Comisión Brundtland se dijo con una amplia participación y urgencia que el *crecimiento sostenible* es necesario, ya que requiere de la administración de los recursos y procesos biofísicos y bioquímicos del planeta.³⁵

c. Desarrollo sostenible.

Desde la publicación del Informe de la Comisión Brundtland, en 1987³⁶, se planteó y se generalizó el principio del *desarrollo sostenible* entendido como aquel proceso de cambio multifacético que busca satisfacer las necesidades y aspiraciones del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades.

El desarrollo sostenible puede definirse como *el proceso que busca combinar armónicamente aquellas variables solo aparentemente contrapuestas, tales como desarrollo económico, progreso tecnológico, aumento de producción y riqueza, con la protección y conservación del ambiente.*³⁷ El asunto ha tomado cuerpo y hoy constituye preocupación de la comunidad internacional y de la inmensa mayoría de los países. La Asamblea General de las Naciones Unidas, cuando aprobó la Resolución³⁸ por la que convocó la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Ambiente y el Desarrollo, enfatizó en la necesidad de promover el desarrollo sostenible.

³⁵ NACIONES UNIDAS (1987), *op. cit.* [Consulta: 2017, agosto 29]

³⁶ *Ibid.*

³⁷ SALVUCHI SALGADO, J.G. *et. al.* (2000): *El Derecho a un Ambiente Sano en la Constitución de 1999*, en Aspectos Ambientales en la Constitución de 1999. Caracas: Asociación Venezolana de Ejecutivos, pp. 32-60.

³⁸ NACIONES UNIDAS (1989): *Resolución 44/228 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 22 de diciembre de 1989*. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/44/228&Lang=S> [Consulta: 2017, agosto 29].

JOSÉ G. SALVUCHI SALGADO

En los últimos años se ha pasado de la mera consideración de la dimensión ambiental en los proyectos de desarrollo a valorarla como una de las variables fundamentales para las decisiones sobre el financiamiento, viabilidad y ejecución de tales proyectos.

En esta tarea de reconocer y dar especial importancia a la variable ecológica, concurren hoy no solo los organismos crediticios internacionales y nacionales de muchos países, sino también los diferentes niveles de la administración y la opinión pública, además de organizaciones privadas preocupadas por la materia. Muy, particularmente, la población afectada directamente y los municipios, comienzan a tener una efectiva participación en la consideración y en las decisiones sobre los proyectos y programas de desarrollo que afectan el ambiente.

Para que tales controles operen en la práctica debe suministrarse a la comunidad toda la información para un juicio objetivo. La idea central es que el desarrollo debe orientarse de modo que el crecimiento no agrave la contaminación ni los problemas ambientales y también, muy especialmente, que el crecimiento económico no se vuelva autodestructivo.

Nadie mejor que la comunidad y los gobiernos locales pueden formarse tal juicio objetivo necesario para decisiones de esa naturaleza. Por eso, se requiere el fortalecimiento y modernización tanto de los gobiernos como de las actividades privadas locales y regionales. Ello implica un proceso acelerado de descentralización en las distintas esferas de la actividad; esto es, descentralización en los asuntos públicos y en los asuntos privados. Solo la vigilancia directa que ejercen tales instituciones, fortalecidas por la participación democrática local, operando sobre el terreno y controladas por la opinión pública local, puede evitar el tráfico de influencia, combatir la corrupción y garantizar al mismo tiempo la aplicación de la justicia para castigar a los culpables de los delitos ambientales.

¿Qué es desarrollo? Es el proceso hacia el bienestar de las personas. Su misión es eliminar la pobreza. Se considera a los derechos humanos como parte intrínseca del desarrollo y se trata al desarrollo como necesario para que los derechos humanos se realicen.

JOSÉ G. SALVUCHI SALGADO

De allí que el desarrollo humano sea un concepto que abarque múltiples dimensiones como lo es la productividad, la equidad, la sostenibilidad y potenciación o empoderamiento.

Así, el desarrollo humano es una medida de potenciación que propicia las oportunidades para las futuras generaciones y es basado en el respeto al ambiente.

¿Qué es sostenibilidad? Es satisfacción de las futuras generaciones sin tener necesidades.

Nuestra visión de desarrollo sostenible, es un desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias. Esta visión implica *límites* que imponen a los recursos del ambiente, el estado actual de la tecnología y de la organización social, y la capacidad de la biósfera para absorber los efectos de las actividades humanas.

En otras palabras, el desarrollo sostenible no agota ni desperdicia los recursos naturales y no lesiona innecesariamente el ambiente ni a los seres humanos. Éste normalmente logra, al mismo tiempo, crecimiento económico, equidad y progreso social, y conservación ambiental.

Asimismo, se entiende que el desarrollo sostenible, conduce al crecimiento económico, elevación de la calidad de vida y al bienestar social. Esto, sin agotar las bases de los recursos naturales en que se sustenta, ni deteriorar el ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de las propias necesidades.

El desarrollo sostenible satisface las necesidades del presente sin poner en peligro la habilidad de las generaciones futuras para satisfacer sus necesidades, en un proceso de cambios, en el cual la explotación de los recursos, la dirección de las inversiones, la reorientación del desarrollo tecnológico y el cambio institucional están en armonía, con el fin de aumentar el potencial actual y futuro para satisfacer las necesidades y aspiraciones humanas.

JOSÉ G. SALVUCHI SALGADO

El desarrollo humano sostenible no sólo genera crecimiento, sino que distribuye equitativamente sus beneficios, regenera el ambiente en lugar de destruirlo y otorga poder a la gente en lugar de marginarla.

i. El ambiente y la pobreza.

Por otra parte, la pobreza crítica, tan extendida en el mundo subdesarrollado, viene constituyendo una de las primeras causas del deterioro del ambiente. Tal como lo reporta el Informe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) del año 2016³⁹, no es mera coincidencia el hecho que la mayoría de los pobres vivan en las áreas más vulnerables desde el punto de vista ecológico, y que el mayor porcentaje de los pobres de Latinoamérica, África y Asia vivan en *tierras marginales*, caracterizadas por *baja productividad* y de una *alta susceptibilidad a la degradación ambiental*.

Al respecto el documento del PNUD hace especial referencia a la vinculación entre los problemas de la urbanización incontrolada y la situación o condición prevaleciente de pobreza generalizada alrededor de las ciudades grandes de los países en desarrollo.

Nuestro país es un claro ejemplo de este grave y extendido problema. En el caso específico de Venezuela, el crecimiento de los barrios insalubres alrededor de las ciudades no sólo produce los males sociales conocidos (delincuencia, tráfico de drogas, prostitución, etc.), sino que también produce graves daños al ambiente. Los barrios marginales insalubres ya no sólo existen en Caracas y en otras grandes ciudades de Venezuela, sino que ya son una constante de todas las zonas urbanas del país.

ii. La democracia, la cultura, la información y el desarrollo sostenible

³⁹ NACIONES UNIDAS (2016): *Informe sobre Desarrollo Humano 2016*, publicado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Disponible en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/HDR2016_SP_Overview_Web.pdf [Consulta: 2017, septiembre 02]

JOSÉ G. SALVUCHI SALGADO

Lograr el desarrollo sostenible es una responsabilidad conjunta del Estado y la sociedad. Para ello, es necesario en primer lugar la existencia de un Estado responsable ante la opinión pública, sometido a controles políticos y administrativos, cuyas decisiones puedan y deban ser consultadas por medios democráticos con los distintos sectores sociales interesados. Bien sabemos que la participación democrática más directa y efectiva, que tiene que ver con materias de la vida diaria de la comunidad, entre ellas por supuesto el ambiente, es aquella que se realiza a nivel local.

El derecho a un ambiente sano, para que pueda hacerse efectivo requiere del ejercicio de otros derechos humanos, que solo son realmente garantizados en los sistemas democráticos.⁴⁰

Por ejemplo, el derecho a la educación. Sin una población consciente de los riesgos y daños de la degradación ambiental, poco puede lograrse en defensa de la naturaleza. Las sociedades que han logrado los mayores éxitos en la preservación del ambiente han sido aquellas que han garantizado en la práctica el ejercicio del derecho a la formación y educación de todos sus habitantes. Allí, los programas ambientales se inician desde la escuela primaria y siguen progresivamente en todos los niveles de la educación media, técnica universitaria y de especialización. El tema ecológico ha devenido así en una parte sustancial de la formación cultural y los conocimientos científicos de los sistemas educativos contemporáneos.

Pero también se requiere de una sociedad bien informada y de la garantía del ejercicio de los derechos de asociación, de opinión y de participación. Específicamente, el derecho de los ciudadanos a ser informados de los proyectos y decisiones que tengan que ver con el ambiente que los rodea ha devenido en una de las modernas manifestaciones del derecho a la información. Todos estos aspectos son atributos y, normalmente, derechos garantizados por el Estado democrático a nivel nacional, pero especialmente en los niveles locales.

La democracia participativa y protagónica se caracteriza por la existencia de innumerables organizaciones intermedias entre el Estado y el ciudadano, que agregan intereses, organizan y

⁴⁰ SALVUCHI SALGADO, J.G. *et. al.* (2000), *op. cit.*, pp. 32-60.

canalizan opiniones, y constituyen verdaderos mecanismos de control sobre el Estado. Cada día son más las organizaciones intermedias que tienen entre sus propósitos la defensa y protección del ambiente. Estas se desarrollan no sólo a nivel nacional e internacional, sino que constituyen uno de los mecanismos más efectivos de acción de las comunidades, grupos locales y vecinales.

Al garantizar la participación y abrir canales de información pública, la democracia local promueve y facilita la protección del ambiente. Tal como lo expresa el documento de *Nuestra Agenda*:

“(...) fortalecer la sociedad civil y hacerla más participativa estaremos activando uno de los mecanismos más eficaces para abogar por un desarrollo sustentable (sic.). Hombres movilizados socialmente, para quienes la solución de sus problemas ambientales constituyan necesidades sentidas, serán capaces de liderar iniciativas audaces y creativas en defensa de su (...) ambiente (...)”⁴¹

Pero otros derechos humanos fundamentales, tales como el derecho a la vida y el derecho a la salud, para citar sólo dos, están también estrechamente vinculados al derecho a un ambiente sano y adecuado.

El derecho a la vida está consagrado, directa o indirectamente, en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos. Pero este derecho va más allá de la mera garantía a la vida en el sentido de que nadie podrá ser privado de ella arbitrariamente. Hoy el derecho a la vida es interpretado como un derecho más amplio: a la vida digna, sin amenazas, sin temor, en un ambiente sano que garantice la salud, los bienes y el desarrollo. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su observación general⁴² al artículo 6 (derecho a la vida) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, expresó sus preocupación por la proliferación de armas de destrucción masiva o de industrias químicas, cuyas instalaciones constituyen, asimismo, amenazas graves al ambiente y, por tanto, para la vida (recuérdense los casos de Chernobyl, Ucrania). Tanto la Asamblea

⁴¹ Vid. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (1991): *Nuestra Propia Agenda*. San José de Costa Rica: Revista IIDH, Vol.13, Enero-Junio 1991, pp. 284-285.

⁴² Vid. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS (1984): *Observación general número 14 sobre el derecho a la vida, contenido en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, efectuada en el 23º período de sesiones*. Disponible en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.htmI#GEN6 [Consulta: 2017, septiembre 14].

JOSÉ G. SALVUCHI SALGADO

General de las Naciones Unidas como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se han referido a la supervivencia como un componente esencial del derecho a la vida. De modo, que el derecho a la vida no se viola sólo con la muerte, se lesiona también con el peligro de amenaza a su conservación.

Por su parte, el derecho a la salud, que es una extensión natural del derecho a la vida, está muy relacionado con el ambiente sano. La degradación ambiental constituye indudablemente una amenaza para la salud humana. En esta relación, el derecho a la salud implica para el Estado obligaciones negativas (vg. no autorizar determinados desarrollos urbanos o industriales, por ejemplo) y, también, obligaciones positivas, tales como tomar todas las medidas necesarias para proteger y preservar la salud, muchas de las cuales tienen que ver con el ambiente (vg. preservación de los bosques y las aguas; la construcción de obras sanitarias; la regulación del uso de combustibles y sustancias químicas; la destrucción de los desechos tóxicos; la reforestación; las políticas sanitarias de prevención y curación; etc.).

d. Desarrollo sostenible.

Los problemas ambientales percibidos como amenazas importantes para el bienestar humano se han expandido considerablemente durante las últimas décadas; desde problemas de contaminación hasta una propagada degradación y agotamiento de los recursos naturales.

La problemática ambiental que se vive en la actualidad y, en particular, la no sostenibilidad de los modelos de desarrollo actuales, no son más que la otra cara de la problemática social y económica que no sólo no ha logrado la erradicación de la pobreza, sino que ha permitido su crecimiento.

Asimismo, la marginalidad y la pobreza se han convertido en obstáculos insalvables para poder lograr un ritmo de crecimiento sostenido en el tiempo.

JOSÉ G. SALVUCHI SALGADO

Tampoco es posible un desarrollo sostenible sin una verdadera democracia; si no profundizamos la democracia para hacerla más participativa, dándole mayor presencia a la sociedad civil y si no modernizamos las viejas estructuras de nuestros países para hacerlos más eficientes, será imposible que puedan romperse las barreras que obstaculizan un desarrollo económico, social y ecológicamente viable.

La población ordenada sobre el territorio puede constituir una valiosa palanca para el desarrollo, pero los fuertes desplazamientos de población y concentración de grandes masas en espacios relativamente reducidos, crean problemas muy serios y contribuyen a degradar el ambiente.

A la población se suman fenómenos de degradación ambiental planetaria, como lo es el cambio climático, la destrucción de la capa de ozono y las precipitaciones ácidas.

Los problemas ambientales más apremiantes son los relacionados con los recursos que se regeneran, pero que están subvalorados y, por consiguiente, en peligro de agotamiento.

El aire y el agua son recursos renovables, pero tienen una capacidad finita de asimilación de emisiones y desechos. Si la contaminación excede a esa capacidad, los ecosistemas pueden deteriorarse rápidamente. Cuando los bancos de pesca o los bosques se explotan en exceso para satisfacer necesidades de los seres humanos, el resultado puede ser la pérdida de ecosistemas y especies. La escasez de los recursos no renovables, como los metales, minerales y energéticos, cuyo posible agotamiento fue motivo de preocupación en debates ambientales anteriores, no es tan preocupante hoy día, debido a que los datos disponibles, actualmente, indican que cuando el verdadero valor de esos recursos no renovables se refleja en precios de mercado, no hay indicios de una escasez excesiva.

*e. El Reto a afrontar*⁴³

⁴³ BANCO MUNDIAL: Los datos mencionados en este subtítulo fueron tomados del *Informe sobre el Desarrollo Mundial del año 1993*, cuyas perspectivas, proyecciones y propósito general se ratifican en la *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible del Informe Anual 2017*. Disponibles, respectivamente, en: <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/282171468174893388/pdf/121830WDR0SPANISH0Box35456B01PUBLI>

JOSÉ G. SALVUCHI SALGADO

En el curso de la vida activa de los niños que nazcan hoy, la población mundial casi se duplicará. A mediados del siglo XXI, casi una tercera parte de la población del planeta vivirá en países con una densidad de población que superará los 400 habitantes/km². La próxima generación será también testigo de un aumento al triple de la magnitud de la economía mundial. Por lo tanto, usando una extrapolación de las prácticas actuales, este crecimiento llevaría a una degradación ambiental grave. Sin embargo, en casi todos los sectores económicos se dispone de prácticas menos dañinas para el ambiente. En casi todos los casos de abastecimientos de agua y saneamiento, energía y producción industrial o producción de alimentos, hay posibilidades de lograr un crecimiento más sostenible.

En la esfera del abastecimiento de agua y el saneamiento, el reto será atender la demanda aún no satisfecha al tiempo que se cubren las necesidades de poblaciones en aumento. Suministrar agua potable a todo el mundo en la próxima generación supondrá proporcionar ese servicio a 3.700 millones adicionales de residentes de los centros urbanos y a 1.200 millones más de habitantes de las zonas rurales. La magnitud de esta tarea se pone de manifiesto cuando se considera que sólo alrededor de 1.500 millones de residentes de ciudades disponen, actualmente, de abastecimiento de agua potable. El problema del saneamiento es aún mayor, ya que el número de habitantes de zonas urbanas que ahora tienen ese servicio es de poco más de 1.000 millones. En un país como Nigeria, proporcionar suministro de agua potable a la totalidad de la población para el año 2030 supondrá cuadruplicar el número de conexiones urbanas y multiplicar casi en nueve veces el número de conexiones rurales. A fin de evitar que aumente la proporción de la población que no dispone de saneamiento adecuado, el número de habitantes que cuenta con ese servicio tendría que incrementarse en un 6,5 veces al actual.

Por lo que se refiere a la energía y la industria, la tarea consistirá en satisfacer el crecimiento de la demanda que indican las proyecciones al tiempo que se lucha contra la contaminación. La producción manufacturera total de los países en desarrollo se sextuplicará, aproximadamente, para el año 2030 respecto de los niveles existentes para 1993. Las emisiones medias de contaminantes del aire por unidad de energía eléctrica generada, tendrán que reducirse en 90%, a fin de evitar un incremento

C1.pdf y <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/27986/211119SP.pdf> [Consultas: 2017, septiembre 8 y 10, respectivamente].

JOSÉ G. SALVUCHI SALGADO

de las emisiones totales derivadas de esta actividad. También se requerirá que las industrias de alta contaminación –productos químicos, metalurgia, papel y materiales de construcción- reduzcan en medida considerable sus emisiones y descargas de contaminantes del aire y el agua, así como los desechos que producen, si es que se quiere evitar un empeoramiento considerable de la contaminación industrial. En Filipinas, por ejemplo, es probable que la producción manufacturera aumente a nueve o diez veces el nivel actual y que la demanda de energía eléctrica crezca con rapidez aún mayor. Esto significa que muchas industrias tendrán que reducir sus emisiones por unidad de producción entre 90% y 95% a fin de evitar que la contaminación empeore.

Ya existen en la mayoría de los casos las técnicas necesarias para lograr esas reducciones de la contaminación derivadas de la energía y la industria. Hay muchas posibilidades, también, de conseguir mejoras espectaculares en cuanto a prevención de la contaminación, por ejemplo, cambiando al uso de combustibles que contaminan menos al quemarse o reciclando las aguas residuales de las industrias. A menudo, los procesos menos contaminantes dan por resultado también ganancias de productividad y reducciones de costos, debido a que llevan a un uso más económico de los materiales.

En la agricultura, el reto será satisfacer la demanda prevista de alimentos de los países en desarrollo. El consumo mundial total de cereales tendrá que aumentar casi al doble de 1993, al año 2030. A fin de proteger suelos y hábitats naturales vulnerables, casi todo este aumento tendrá que obtenerse por medio del incremento de los rendimientos de las tierras de cultivo existentes, más que mediante la ampliación de la superficie cultivada. Hay pocas dudas en cuanto a que los suelos cultivados tienen capacidad para hacer frente a los aumentos futuros de la demanda mundial de productos agrícolas, siempre y cuando su ordenación sea adecuada. Pero la intensificación de la producción supondrá una aplicación mucho mayor de fertilizantes y plaguicidas, así como importantes mejoras en la asignación del agua para usos agrícolas. El aumento al doble de la producción de alimentos de la India de 1993 a 2030, puede lograrse manteniendo las tasas de aumento de los rendimientos de los cultivos logrados en el pasado, pero ello requerirá la cuadruplicación de las aplicaciones de fertilizantes. Para el 2030, los rendimientos medios de la India tendrían que alcanzar el nivel de los que registra China en la actualidad (6,7%).

JOSÉ G. SALVUCHI SALGADO

Tales avances en cuanto a producción de alimentos elevan los riesgos de degradación de los suelos, mal uso de los plaguicidas, derrames derivados de las aplicaciones de productos químicos y excesivo descenso del nivel de los acuíferos. Se necesitarán técnicas tales como la lucha integrada contra las plagas, la labranza mínima, la agrosilvicultura, la ordenación integrada de cultivos y ganadería y las rotaciones de cultivos que enriquecen los suelos, a fin de reducir la degradación de las tierras e incrementar los rendimientos. Esto, a menudo requerirá un mejor nivel de educación de los agricultores y a veces, también, de cambios sociales. La experiencia revela que cuando los gobiernos se comprometen a asignar recursos a servicios de investigación y extensión, así como a ofrecer incentivos no distorsionantes, muchos agricultores adoptan rápidamente esas técnicas menos perjudiciales.

IV. NUESTRA REGIÓN.

a. Latinoamérica y el Caribe.

Finalizadas las décadas de los noventa y de la primera del milenio, resulta evidente que habiendo existido un período de crecimiento económico mundial, la pobreza y la falta de equidad aumentaron en todo el mundo. Así, para los países en desarrollo y, particularmente, para Latinoamérica y el Caribe, la situación en la última década fue desastrosa. Esto ocurrió por un efecto combinado de la deuda externa y el deterioro ambiental acumulado a través del tiempo, como también por la caída de los precios de muchos de los productos básicos de exportación, las desventajosas tendencias del comercio internacional y el poco éxito obtenido en la aplicación de políticas económicas en varios países.

Cabría preguntarnos, entonces, ¿cómo afecta en la historia de un pueblo perder oportunidades para su crecimiento económico? El curso de los pueblos no parece estar predeterminado, sino que más bien se hace y rehace a medida que surgen directivas visionarias, capaces de proponer soluciones acertadas ante los retos que se presentan y de movilizar a la población teniendo en cuenta las oportunidades que ofrece el contexto internacional, junto a las restricciones.

En este sentido y con preocupación, podemos observar que en las situaciones de gran incertidumbre que, actualmente, viven Latinoamérica y el Caribe, no ha habido, al respecto, una toma de conciencia de los factores que dicha situación involucra. De allí, que hay que empezar por interpretar la verdadera naturaleza y magnitud de los problemas que en esta región existe, así como de las poderosas fuerzas que condicionan el acontecer mundial. De este modo, para apreciar con objetividad los padecimientos propios de dicha región, se hace necesario ubicarnos, dentro de una perspectiva suficientemente amplia, en las causas internas de nuestra propia crisis.

b. Causas internas de nuestra crisis.

Entre los más prominentes responsables de la situación por la cual atraviesan la Latinoamérica y el Caribe, figuran factores políticos, institucionales, económicos, sociales, tecnológicos y ambientales. Una revisión de los factores de origen interno nos permite establecer, principalmente, los siguientes:

1. *La ausencia de democracia.* La mayor parte de los países de la región sufrieron períodos largos de gobiernos autoritarios e insensibles al cambio social, que limitaron la libertad, constriñendo la iniciativa individual y la creatividad de nuestros pueblos. Sólo en las últimas décadas se han establecido sistemas democráticos en la mayoría de los países de Latinoamérica y el Caribe. Pero la sostenibilidad de la democracia requiere un ascenso continuo y equitativo hacia el bienestar.

2. *Países que crecieron defectuosamente.* Hay países que crecieron exageradamente, pero, sin embargo, son débiles en la formulación de políticas estables y de largo alcance e, incluso, en su instrumentación eficiente y en lograr que sean acatadas por la sociedad civil; son países que tienen administraciones públicas excesivamente centralizadas y que son remisas en el cumplimiento de la ley.

3. *Una estrategia económica inviable a largo plazo.* El crecimiento *hacia adentro* orientado a reducir las importaciones, que signó las políticas económicas durante el último siglo y comienzos del actual en la mayoría de los países, generó una vulnerabilidad que posteriormente se ha constituido en

grandes obstáculos para continuar el proceso de acumulación y expansión industrial. En efecto, la forma como el Estado ha interpretado cuál debe ser su intervención en la conducción económica; el subestimar la importancia de generar un patrón de distribución de ingreso más igualitario, acumulando así una inmensa deuda social; y la modalidad de inserción en los mercados externos, en circunstancias en que variaron considerablemente las reglas del juego del sistema internacional, han hecho muy vulnerable el curso del tipo de desarrollo que debemos intentar seguir. El endeudamiento externo ha sido otro factor relevante que ha comportado una de las manifestaciones más ostensibles de esa vulnerabilidad.

4. *La falta de equidad.* La concentración del ingreso, la marginalidad y la pobreza, se han convertido en obstáculos insalvables para poder lograr un ritmo de crecimiento sostenido en el tiempo. Los niveles de pobreza crítica que prevalecen en la mayoría de los países de la región, tienen su origen no en la insuficiencia de recursos, sino en los defectos de la modalidad de desarrollo que intentamos. El ingreso en la mayoría de los países permitiría niveles de bienestar social por encima de los límites de pobreza.

5. *El rezago científico-tecnológico.* No hemos logrado establecer sistemas científicos-tecnológicos estables que permitan un desarrollo endógeno, capaz de aprovechar ventajas comparativas dinámicas, basadas en el rico acervo de recursos naturales disponibles y el conocimiento acumulado por los sectores que han tenido la suerte de recibir una preparación más exigente.

6. *Una relación sociedad-naturaleza inconveniente, a los fines de un desarrollo sostenido.* A la par del papel histórico asumidos por Latinoamérica y el Caribe como grandes proveedores de las materias primas requeridas para mantener los altos niveles de consumo establecidos por los países industrializados, que nos llevaron a explotar inmisericordemente nuestros recursos naturales, no hemos formado suficiente conciencia en nuestra población ni en sus dirigentes acerca de la importancia de un manejo racional de esos recursos. Además, los pobres en su lucha por la subsistencia, han sido un factor de agresión permanente del acervo ecológico. El deterioro ambiental ha alcanzado niveles sin precedentes. Debido a estrategias de desarrollo que han implicado una utilización poco racional de los recursos naturales, estos se agotan o se consumen a un ritmo mayor que el de su capacidad de

JOSÉ G. SALVUCHI SALGADO

regeneración. Se está empobreciendo la base de recursos sobre los que se fundamenta la actividad económica. El enorme potencial basado en la diversidad regional, se destruye aún antes que se reconozca su verdadero valor. La calidad de vida, en nuestras ciudades y en el campo, se ha deteriorado en tal grado que la salud pública se encuentra con frecuencia amenazada. Los sectores dirigentes de la sociedad no parecen haber captado a plenitud la gravedad potencial de esta crisis ambiental, que podría llegar a ser de mayor trascendencia que la actual.

c. Causas internas de nuestra crisis.

Nos encontramos, entonces, ante una situación de crisis, cuya modalidad de desarrollo actual parece cada día menos viable. De allí, que se hace imprescindible ir hacia modelos de desarrollo diferentes, que distribuyan los beneficios en forma más equitativa, eviten el altísimo deterioro ambiental y mejoren positivamente la calidad de vida de las actuales y futuras generaciones, más allá del ingreso per cápita.

Para ello resulta indispensable construir una sólida visión de lo que para la región debe entenderse como desarrollo sostenible. En efecto, para Latinoamérica y el Caribe se hace crucial explorar nuevos cursos de acción que le permitan elevar, realmente, la calidad de vida de su población. De manera, que se le impone a la región diseñar las estrategias que le señalen los caminos y procedimientos que le eviten transitar por etapas y problemas que ya han atravesado los países que gozan, actualmente, de altos niveles de desarrollo, así como también que le hagan factible aplicar los enfoques y directrices necesarios para alcanzar un desarrollo ambiental sostenible.

Ciertamente, toda situación de crisis presenta problemas, pero también oportunidades para mejorar. En cierta forma la crisis nos impele a ser menos dependientes del pasado y más osados y creativos para hacer las cosas de manera diferente en el futuro y, de ese modo, prevenir los problemas que nos acosan y otros nuevos que se presenten. Si logramos clarificar el camino y aunar voluntades para adelantar un verdadero desarrollo, el pasado no será más que una experiencia de duro aprendizaje en la historia de nuestros pueblos en la región.

CONCLUSIONES

Principios de una política ambiental para el desarrollo sostenible.

Podemos resumir estos principios en los siguientes:

1. *Ambiente y Desarrollo deben ser compatibles*: el desarrollo no puede alcanzarse sin el aprovechamiento de los recursos naturales, pero la intervención en la naturaleza debe ser de tal manera que se garantice que su capacidad de renovación no sea rebasada. Así, no sólo una buena política ambiental no significa una traba al desarrollo, sino que constituye su condición sine qua non.

2. *El uso de los recursos ambientales debe ser racional*: consagra el derecho de la humanidad de servirse de la naturaleza, pero el uso debe ser racional, es decir, debe garantizar indefinidamente la integridad del recurso y su rendimiento sostenido, augurando la posibilidad de legarlos en las mejores condiciones posibles a las generaciones futuras.

3. *La gestión ambiental (conservación, defensa y mejoramiento) son de utilidad pública* (recogido en el artículo 5° de nuestra Ley Orgánica del Ambiente⁴⁴).

Se traduce en dos (2) consecuencias capitales:

a) El bien de la sociedad debe prevalecer sobre los derechos de sus integrantes, lo cual implica limitaciones a las actividades individuales.

b) La sociedad tiene derecho a vivir en condiciones ambientales adecuadas que le permitan satisfacer sus necesidades básicas y el Estado tiene la obligación de garantizarlo.

⁴⁴ Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.833 Extraordinario del 26 de diciembre de 2006.

4. *La complejidad del ambiente y del desarrollo requiere un tratamiento integral*: el ambiente es producto de diversos factores sociales (cultura, educación, tradiciones), bióticos (ecosistemas naturales) y físicos (clima, topografía, hidrografía). De allí, que su tratamiento debe ser integral, es decir, debe tomar en cuenta todos esos factores, así como sus interrelaciones.

5. *Cada nivel del desarrollo genera sus propios problemas ambientales y requiere soluciones específicas*: no existe un grado de desarrollo común a todos los países y dado que ello va a incidir en el ambiente, los problemas ambientales que se presenten y sus soluciones, son también diversos. Así, se hace necesario analizar los problemas de cada país y aún de cada región dentro de un mismo país, para aplicar sus soluciones específicas.

6. *Es permisible o tolerable cierto daño ambiental*: ninguna actividad humana se produce sin el consumo de la naturaleza y el hombre tiene derecho a intervenirla. Conciliar las actividades del desarrollo y la protección del ambiente, significa la adopción de criterios flexibles, entre los cuales es fundamental el principio del daño permisible, vale decir, la posibilidad de permitir actividades susceptibles de degradar el ambiente, en forma no irreparable, que se consideren necesarias por cuanto reporten beneficios económicos o sociales evidentes y, siempre y cuando, se establezcan medidas para limitar y reparar los daños y sus efectos.

7. *La calidad del ambiente depende de la participación de toda la población*: es preciso la participación ciudadana al lado de los organismos del Estado en ejecución, vigilancia y control de programas, y en los procesos de toma de decisiones sobre actividades con incidencias en el ambiente.

8. *El problema ambiental es mundial*: ni los ecosistemas naturales ni la contaminación respetan o reconocen las fronteras políticas. En este sentido, el manejo de los recursos naturales y la lucha contra la contaminación precisan acuerdos y concursos entre las naciones.

Estrategias o soluciones para alcanzar el sostenimiento del desarrollo humano.

JOSÉ G. SALVUCHI SALGADO

Las pruebas que enfrenta la generación presente son formidables. Muchos países no han conseguido todavía proporcionar un nivel de vida aceptable a sus pueblos y hay necesidad urgente de lograr un crecimiento económico que haga mejorar el bienestar de los seres humanos. La protección del ambiente será una parte importante de la mejora de ese bienestar, tanto para la generación presente como para sus hijos y nietos en el futuro. En ese sentido, creemos necesario seguir una estrategia en tres partes para hacer frente a la ardua empresa del desarrollo sostenible:

1. *Aprovechamiento de los vínculos positivos.* Las políticas que fomentan el crecimiento promueven el uso eficiente de los recursos, la transferencia de tecnología y mercados que funcionen mejor, todo lo cual puede ayudar a encontrar soluciones para los problemas ambientales. Con ingresos en aumento se pueden efectuar inversiones en medidas de mejoramiento del ambiente. Unas políticas que sean eficaces en la reducción de la pobreza contribuirán a aminorar el aumento de la población y proporcionarán los recursos y conocimientos que permitan a los pobres una visión a más largo plazo.

2. *Ruptura de los vínculos negativos.* El aumento de los ingresos y los avances tecnológicos hacen posible el desarrollo sostenible, pero no lo garantizan. Por lo general, se requerirán incentivos adicionales que capten el verdadero valor del ambiente para inducir a la adopción de comportamientos menos perjudiciales. A este respecto, revisten importancia fundamental unas políticas e instituciones ambientales que sean eficaces.

3. *Esclarecimiento de incertidumbres y adopción de medidas cuando las haya.* La comprensión de muchas de las relaciones entre las actividades humanas y el ambiente sigue siendo deficiente, por lo que siempre puede haber sorpresas. La reacción a ello debería ser, efectuar inversiones en investigaciones y obtención de información, así como adoptar medidas preventivas, como normas mínimas de seguridad, en los casos en que las incertidumbres sean grandes y haya posibilidades de daños irreversibles o costos elevados a largo plazo.

Por otra parte, alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida de todas las personas, requiere:

1. Que los países reduzcan y eliminen los sistemas de producción y consumo no sostenible.

2. Que se mida la escala y el impacto de la huella ecológica en sectores claves, incluyendo la energía y la agricultura, y comprometerse a fijar objetivos específicos.

3. Hacer énfasis en la necesidad de aumentar la educación ambiental en todo el mundo, considerando las relaciones sanas del ambiente y sus relaciones entre los hombres en los diversos aspectos de la justicia.

4. Los aspectos necesarios para lograr una estrategia de desarrollo sostenible, son los siguientes:
 - a) La disminución del ritmo de crecimiento de la población humana;
 - b) La disminución del consumo y uso eficiente de los energéticos fósiles;
 - c) El desarrollo de nuevas fuentes de energía;
 - d) El uso eficiente y reciclamiento de los materiales;
 - e) La conservación del suelo agrícola y de la diversidad biológica;
 - f) La erradicación de la pobreza;
 - g) El aprovechamiento sostenible de los recursos naturales;
 - h) El ordenamiento del territorio;
 - i) Desarrollo tecnológico compatible con la realidad social y natural;
 - j) La organización y movilización social;
 - k) Una nueva estrategia económico-social; y
 - l) La reforma del Estado.

JOSÉ G. SALVUCHI SALGADO

5. La búsqueda del desarrollo sostenible requiere de inversiones básicas de largo alcance, tales como la educación, salud, infraestructura básica energética, de transporte y urbana, acorde con prácticas ambientales sanas e integradas dentro de una política global de sostenibilidad.

6. Cualquier estrategia de desarrollo sostenible tendrá necesidades financieras importantes, sin las cuales ningún proyecto o programa podrá hacerse realidad.

7. Que los países se obliguen a legislar en materia de impacto y ordenación ambiental, así como en materia de internacionalización de los costos ambientales en los productos.

8. Se debe dar a conocer el impacto que el desarrollo tiene sobre el cambio climático mundial, los ecosistemas terrestres, los recursos, la contaminación, los suministros de alimentos, la calidad de vida y todo aquello que conforma el ambiente, identificando los requisitos para disponer de un desarrollo que permitan sociedades sostenibles.

A tal efecto se hace necesaria la toma de conciencia de las repercusiones sociales y las implicaciones éticas que promueven el desarrollo del proceso, así como una comprensión dinámica y un entendimiento de las limitaciones que conllevan al desarrollo sostenible.

9. Una estrategia viable debe ser la de procurar una mejor integración donde existan la tecnología y los recursos necesarios para el desarrollo.

Para reflexionar.

Por ignorancia o por indiferencia podemos causar daños inmensos e irreparables al ambiente terráqueo del que dependen nuestra vida y nuestro bienestar. Por el contrario, con un conocimiento más profundo y una acción más prudente, podemos lograr, para nosotros y para la posteridad unas condiciones de vida mejores en un ambiente más en consonancia con las necesidades y aspiraciones del hombre. Para llegar a la plenitud de su libertad dentro de la naturaleza, el hombre debe aplicar sus

JOSÉ G. SALVUCHI SALGADO

conocimientos a forjar en armonía con ella un ambiente mejor, porque, parafraseando al escritor Gabriel García Márquez, *no tenemos otro planeta al que nos podemos mudar*.

No obstante, creemos que todavía no existe el liderazgo visionario ni la voluntad política indispensable para embarcarse en la ruta del desarrollo sostenible, pero nuestra generación debe enfrentar el reto... Podría ser ésta nuestra última oportunidad.

EPÍLOGO

El ambiente debe considerarse como algo más que un concepto ubicado dentro del Derecho y otras áreas del conocimiento del hombre. El ambiente *es todo en donde se desenvuelve la vida*. Es, entonces, una parte integral de la vida y su cotidianidad.

A lo interno, la lucha por el ambiente no puede ser jamás exclusiva de una iniciativa aislada o de un ente gubernamental nada más, sino por el contrario, debe ser el producto de la unión de sendos esfuerzos nacionales en todas sus expresiones político-territorial; de un trabajo mancomunado y multilateral que junte al sector público (nacional, estatal y municipal) con la comunidad nacional, representada ésta tanto por todos los ciudadanos individualmente considerados, como por el sector privado y por todas las organizaciones no gubernamentales de cualquier naturaleza, que tenga interés directo o indirecto sobre el ambiente.

Es, entonces, el ambiente el patrimonio más rico, pero a la vez más sensible, de todos los venezolanos y de los habitantes del planeta tierra. En consecuencia, la responsabilidad de su cuidado y conservación recae sobre la conciencia de todos y cada uno de los connacionales de este país y los ciudadanos del mundo, allende de los formalismos burocráticos o los intereses colectivos.

En este orden de ideas, retomando el liderazgo responsable que corresponde en la materia, Latinoamérica y el Caribe, y la comunidad internacional en general, tienen como corolario

JOSÉ G. SALVUCHI SALGADO

fundamental en la lucha por el mejoramiento ambiental, el desarrollar los esquemas novedosos que determinen las bases de la nueva gerencia ambiental del siglo XXI.

Esta premisa nos impulsa a ajustarnos, Poder Público, empresariado y comunidad, a los nuevos requerimientos que nos impone el dinamismo de la economía de nuestros países, el preservar el ambiente en un mundo moderno que nos presenta recursos científicos y tecnológicos que persiguen vigorizar la interacción entre el hombre y el ambiente... ¡Pongámonos ya a hacer y a concluir esta urgente tarea!

BIBLIOGRAFÍA

Autores y trabajos

CANO, G. (1993): *Los resultados de la Cumbre de Río de 1992*. Buenos Aires: Publicación del Instituto de Política Ambiental, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (1991): *Nuestra Propia Agenda*. San José de Costa Rica: Revista IIDH, Vol.13, Enero-Junio 1991.

SALVUCHI SALGADO, J.G. *et. al.* (2000): *El Derecho a un Ambiente Sano en la Constitución de 1999*, en Aspectos Ambientales en la Constitución de 1999. Caracas: Asociación Venezolana de Ejecutivos.

Documentos especializados

BANCO MUNDIAL (1993): *Informe sobre el Desarrollo Mundial del año 1993*. Disponible en: <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/282171468174893388/pdf/121830WDR0SPANISH0Box35456B01PUBLIC1.pdf> [Consulta: 2017, septiembre 8]

_____ (2017): *Informe Anual 2017: Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/27986/211119SP.pdf> [Consulta: 2017, septiembre 10]

IPCC (2014): *Cambio climático 2014 "Mitigación del cambio climático" Informe del Grupo de trabajo III*. Disponible en: http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg3/WG3AR5_SPM_brochure_es.pdf [Consulta: 2017, agosto 25]

NACIONES UNIDAS (1973): *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*. Nueva York: Publicación de las Naciones Unidas.

_____ (1987): *Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo - Nuestro futuro común (informe Brundtland)*, adoptado mediante decisión N° 14/14 de 16 de junio de 1987 del Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/42/427.pdf> [Consulta: 2017, agosto 29]

_____ (2012): *Informe de la Conferencia de las Partes en su 18° período de sesiones, celebrado en Doha del 26 de noviembre al 8 de diciembre de 2012*. Disponible en: <http://unfccc.int/resource/docs/2012/cop18/spa/08s.pdf> [Consulta: 2017, agosto 20]

_____ (2016): *Informe sobre Desarrollo Humano 2016*, publicado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Disponible en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/HDR2016_SP_Overview_Web.pdf [Consulta: 2017, septiembre 02]

Instrumentos jurídicos

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS (1984): *Observación general número 14 sobre el derecho a la vida, contenido en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, efectuada en el 23° período de sesiones*. Disponible en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN6 [Consulta: 2017, septiembre 14]

CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2000.

LEY ORGÁNICA DEL AMBIENTE. Gaceta Oficial N° 5.833 Extraordinario del 26 de diciembre de 2006.

NACIONES UNIDAS (1989): *Resolución 44/228 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 22 de diciembre de 1989*. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/44/228&Lang=S> [Consulta: 2017, agosto 29]

_____ (1998): *Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) del 11 de diciembre de 1997*. Disponible en: <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpspan.pdf> [Consulta: 2017, agosto 20]

_____ (2015): *Acuerdo histórico sobre el cambio climático en París*. Disponible en: <http://newsroom.unfccc.int/es/noticias/final-cop21/> [Consulta: 2017, agosto 22]

Otras consultas a través de Internet

JOSÉ G. SALVUCHI SALGADO

CAMBIO CLIMÁTICO GLOBAL: *Cambio Climático, Calentamiento Global y Efecto Invernadero*. Disponible en: <http://cambioclimaticoglobal.com> [Consulta: 2017, agosto 29]

MELILLA MEDIO AMBIENTE: *1ª Cumbre de la Tierra – Estocolmo*. Disponible en: http://www.melillamedioambiente.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2172 [Consulta: 2017, agosto 29]

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2014): *Diccionario de la lengua española. Edición del Tricentenario*. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=2HmTzTK> [Consulta: 2017, agosto 25]

RAFAEL ENRIQUE TOBÍA DÍAZ

EL PRINCIPIO DE TUTELA CONSTITUCIONAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR TODO JUEZ DE LA REPÚBLICA

Rafael Enrique Tobía Díaz

Abogado egresado *Summa Cum Laude* de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) (2003). Especialista en Derecho Tributario egresado con la *Mención Honorífica* de la Universidad Central de Venezuela (UCV) (2009). Ha cursado estudios de Maestría en Derecho Constitucional en la UCAB. Ha sido Profesor y Jefe de la Cátedra de Introducción al Estudio del Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Miembro de Número de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT). Miembro del Comité de Derecho Procesal Tributario de la AVDT.

Resumen

El presente trabajo de investigación explica la importancia que representa para la protección de los Derechos Humanos en Venezuela, el principio de que todo Juez o Tribunal de la República, independientemente de su competencia en la estructura del Poder Judicial, se encuentran obligados a tutelar, asegurar y/o restablecer inmediatamente los derechos fundamentales cuando se demanda su amparo ante amenazas o violaciones por parte del Estado o de los particulares. En ese orden de ideas, se defiende que el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (reconocido expresamente en el artículo 26 de la Constitución) y el principio procesal *pro accione*, obligan a organizar la competencia procesal de manera tal de facilitar al ciudadano el acceso efectivo al sistema de administración de justicia y al ejercicio de las acciones o recursos que le asisten para la defensa de sus derechos fundamentales, incluyendo todo lo referido al amparo constitucional. Igualmente, se sostiene que sería contrario a Derecho cualquier regulación legal, precedente judicial o disposición de gobierno del Poder Judicial que pretenda suprimir o excluir el poder que tiene todo Juez o Tribunal para amparar derechos humanos o fundamentales a través del proceso especial de amparo constitucional, ya que constituye un aspecto esencial e inescindible de su función jurisdiccional, atribuida y regulada exclusivamente en y por la Constitución. Con ese propósito, se ofrecen las razones que permiten justificar esas afirmaciones en el Derecho Constitucional y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Palabras clave: amparo constitucional, función jurisdiccional, competencia judicial, derechos fundamentales.

Abstract

This research explains the importance for the protection of fundamental rights in Venezuela, the principle that every Judge or Court of the Republic, regardless of its competence in the structure of the Judiciary, is obliged to protect, ensure and / or immediately restore fundamental rights when their protection is demanded from threats or violations by the State or individuals. In that order, it is defended that the constitutional right to effective judicial protection (recognized in article 26 of the current Constitution) and the *pro actione* principle, obliges to organize the procedural competence of the Courts in order to facilitate effective access to the citizen to the system of administration of justice and to the exercise of the actions or resources that assist him in the defense of his fundamental rights, including everything related to constitutional rights protection. Likewise, it is argued that any legal regulation, judicial precedent or government provision of the Judicial Power that seeks to suppress or exclude the power of any Judge or Court to protect human or fundamental rights through the special process of constitutional protection, would be contrary to law, since it constitutes an essential aspect of its jurisdictional function, granted and regulated exclusively in and by the Constitution. With this purpose, the reasons that justify these statements in the Constitutional Law and International Human Rights Law are offered.

Key words: constitutional protection, jurisdictional function, procedural competence, fundamental rights.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación, preparado en el marco de la Cátedra de Amparo Constitucional de la Maestría de Derecho Constitucional de la UCAB, tiene por objeto destacar la importancia que representa para los derechos humanos, el principio de que todo Juez de la República, por el sólo hecho de serlo y en el ámbito de sus competencias, puede amparar derechos fundamentales. Sobre el particular, queremos destacar que ello encuentra su justificación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el Derecho Constitucional de los Estados democráticos; esto es, en otras palabras, que encuentra su fundamento en lo que ha sido denominado por la doctrina y los Tribunales Constitucionales como el “*bloque de constitucionalidad*”. En efecto, puede sostenerse con sólidos argumentos jurídicos, que el referido “*bloque de constitucional*”, por su supremacía y pretensión de eficacia prevalente en aras de salvaguardar la *dignidad humana*, impone un deber categórico (*obligación*) de tutela de derechos fundamentales a todos los Jueces de la República, quienes independientemente de su jerarquía y condición en la estructura del Poder Judicial, se encuentran obligados –con apremio particular respecto de cualquier otro órgano del Estado- a tutelar, asegurar y restablecer inmediatamente los derechos fundamentales cuando se acude a su autoridad para demandar su amparo ante amenazas o violaciones por parte del Estado o de los particulares.

La importancia del cumplimiento de ese deber de tutela de derechos fundamentales por todo Juez de la República es de tal entidad para el Estado Constitucional Democrático de Derecho, que su infracción compromete la Responsabilidad del Estado, incluso a nivel internacional y, en nuestra opinión, también debe comprometer la responsabilidad del Juez.

Adicionalmente, debemos agregar que todo lo anterior también encuentra una justificación en el *derecho constitucional a la tutela judicial efectiva* (hoy reconocido expresamente en el artículo 26 de la Constitución), y en el principio procesal *pro accione* que de aquél se deriva, que obligan a organizar la competencia procesal de manera tal de facilitar al ciudadano el acceso al sistema de administración de justicia y al ejercicio de las acciones o recursos que le asisten para la defensa de sus derechos fundamentales, incluyendo todo lo referido al amparo constitucional.

I. LA SUPREMACÍA NORMATIVA DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL PRINCIPIO DE TUTELA CONSTITUCIONAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR TODO JUEZ DE LA REPÚBLICA.

En el estado actual del Derecho Constitucional, forjado a partir de una visión garantista de los Derechos Humanos (*iushumanista*), podemos sostener que ha operado una importante evolución que lo ha enriquecido y fortalecido como ordenamiento jurídico al servicio de la promoción y protección de la dignidad humana.

Ese avance al que nos queremos referir y que tendrá indudable influencia en el amparo constitucional, lo podemos sintetizar de la siguiente forma: el principio de supremacía normativa de la Constitución se ha potenciado a partir de la estructuración de los sistemas internacionales y/o regionales de protección de Derechos Humanos, hasta un grado tal que, rebasando los límites de su concepción original, ha dado lugar a la configuración de un “*bloque de constitucionalidad*”, cuya supremacía normativa también se reconoce y con relación al cual, puede señalarse que la defensa de su vigencia y eficacia -en cuanto garantía de los Derechos Humanos-, ha pasado a ser una finalidad inescindible del Estado Constitucional de Derecho en la actualidad y del rol que debe desempeñar el Juez constitucional.

En efecto, nuestra afirmación puede sostenerse en el hecho de que, en una primera etapa del Derecho Constitucional, influenciada por el desarrollo del sistema constitucional norteamericano, en particular, por el valioso aporte del precedente judicial de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Marbury vs. Madison* (1803), se diseñó el sistema constitucional partiendo del postulado jurídico conforme al cual, la Constitución (*Law Paramount // Law of the Land*) se imponía y limitaba, por su superioridad normativa, a la función legislativa del Congreso, pero sobre todo, también vinculaba al Juez con el objeto de garantizar y hacer efectiva esa supremacía normativa ante las leyes inconstitucionales emanadas de dicho Congreso. Sobre el particular, ha señalado RICARDO CUEVA FERNÁNDEZ que:

Este último rasgo, que desde 1803, gracias a *Marbury vs. Madison*, se interpretaría como fundamento del control judicial de la constitucionalidad de las leyes, tardaría tiempo en tener consecuencias relevantes, incluso en los propios Estados Unidos y mucho más en

el resto del mundo, pero puede decirse de él sin exageración que terminaría por ser la contribución más decisiva de aquella revolución al constitucionalismo contemporáneo.⁴⁵

Ciertamente, teniendo en cuenta la anterior reflexión, podemos señalar que de la configuración del sistema de control difuso de la constitucionalidad de las leyes en el sistema jurídico norteamericano, se derivaron, tal como lo ha reconocido la doctrina, dos aportes trascendentales para la ciencia del Derecho Constitucional contemporáneo: (i) el primero de ellos, es que se le reconoció a la Constitución supremacía normativa como un atributo esencial y exclusivo de sus disposiciones;⁴⁶ y (ii) en segundo lugar, se comenzó a concebir al Juez como fiel garante de esa supremacía constitucional,⁴⁷ lo cual se traduce en un imperativo jurídico que recae sobre su persona de defender y asegurar judicialmente los derechos fundamentales previstos en la Constitución frente a cualquier actuación u omisión arbitraria de los órganos del Estado o, incluso, de los particulares.⁴⁸

Posteriormente, concluida la Segunda Guerra Mundial (1945), podemos afirmar que se inicia una segunda fase, en la cual, la Constitución de los Estados, ahora influenciadas por la celebración y

⁴⁵ Cueva Fernández, R. *“De los niveladores a Marbury vs. Madison: la génesis de la democracia constitucional”*. Editado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2011.p.XVII

⁴⁶ Como muestra de lo aquí señalado, nuestra Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 25/01/2001, caso: *Israel Fernández Amaya y otros*, reconoció expresamente el Principio de Supremacía Constitucional, destacando lo siguiente: *“(…) En especial, lo que conocemos hoy por Derecho Constitucional, ha sido el producto de un proceso de encuadramiento jurídico de dos vertientes que confluyen; una, el poder y la autoridad, otra, la libertad individual y la búsqueda de lo que es bueno para la sociedad. La Constitución es, sin duda, el principal y máximo arbitrio político-jurídico de ese proceso, del cual emerge como el eje del ordenamiento jurídico todo. El principio de supremacía de la Constitución en un reflejo de ese carácter. La Constitución es suprema, entre otras cosas, porque en ella se encuentran reconocidos y positivizados los valores básicos de la existencia individual y de la convivencia social, al tiempo que instrumenta los mecanismos democráticos y pluralistas de legitimación del Poder, tales como los relativos a la designación de las autoridades y a los mandatos respecto al cómo y al para qué se ejerce autoridad. Persigue con ello el respeto a la determinación libre y responsable de los individuos, la tolerancia ante lo diverso o lo distinto y la promoción del desarrollo armonioso de los pueblos. El principio de supremacía de la Constitución, responde a estos valores de cuya realización depende la calidad de vida y el bien común.”*

⁴⁷ Sobre este particular, la doctrina venezolana ha señalado lo siguiente: *“El principio de Supremacía Constitucional surte su potencia frente a todos los entes públicos y, especialmente, frente a los jueces, por lo que ellos están obligados, ahora, a atender siempre a la Constitución, incluso cuando sea la ley la que se oponga a ella (...)”*. (vid. Canova González, A.; *“Un mal comienzo... (Una crítica a las sentencias de la Sala Constitucional de fechas 20 y 21 de enero y 2 de febrero de 2000)*, publicado en: *“Revista de Derecho Constitucional Nro. 2”* Editorial Sherwood, Caracas, Venezuela, 2000. p. 369.)

⁴⁸ En materia de amparo constitucional, debe considerarse que nuestra Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, cuya reforma parcial fue publicada en la Gaceta Oficial Nro. 34.060 de fecha 27 de septiembre de 1998, permite demandar la tutela de derechos constitucionales contra las violaciones o amenazas de violación de tales derechos provenientes de los particulares. En efecto, el artículo 2 de la mencionada Ley, establece lo siguiente: *“La acción de amparo procede contra cualquier hecho, acto u omisión de los órganos del Poder Público Nacional, Estadal o Municipal. También procede contra el hecho, acto u omisión originados por ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas, que hayan violado, violen o amenacen violar cualquiera de las garantías o derechos amparados por esta Ley”*.

adopción de una serie de Tratados Internacionales para la protección de los Derechos Humanos,⁴⁹ a los cuales se le atribuyen rango supraconstitucional o constitucional, comienzan a formar sistemas jurídicos complejos para la defensa y garantía de los derechos y libertades fundamentales, a la vez que, bajo su abrigo, se van organizando tribunales con jurisdicción internacional de alcance regional o global.

Esa segunda fase puede ser considerada como una etapa de “*internacionalización de los derechos*”. En ese orden de ideas, el profesor CARLOS AYALA CORAO, ha señalado que la internacionalización de los derechos va a producirse tanto en los ámbitos regionales europeo, americano y africano, como en el universal de las Naciones Unidas, y agrega lo siguiente:

Lo novedoso de este movimiento jurídico internacional fue atribuirles a los individuos la cualidad de sujetos de derecho internacional para reclamar ante las correspondientes jurisdicciones nacionales e internacionales, el cumplimiento de las obligaciones de los estados derivadas de los derechos fundamentales. En este sentido, los tratados de derechos humanos se convierten en un instrumento constitucional de orden público. Este fenómeno no habría sido posible sin la apertura y universalización a su vez del Derecho Constitucional, para configurar un nuevo Derecho Constitucional Universal, con una soberanía sujeta a la democracia, al Estado de Derecho y a los derechos humanos.⁵⁰

⁴⁹ Nos referimos aquí principalmente a los siguientes instrumentos internacionales: (i) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada en la ciudad de Bogotá, 1948. (ii) Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en fecha 10/12/1948; (iii) Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de la ONU en fecha 16/12/1966, publicado en la Gaceta Oficial Nro. 2.146 Extraordinario de fecha 28/01/1978; (iv) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de la ONU en fecha 16/12/1966, publicado igualmente en la Gaceta Oficial Nro. 2.146 Extraordinario de fecha 28/01/1978; (v) Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), adoptada en San José de Costa Rica en fecha 22/11/1969, ratificada por Venezuela y publicada en la Gaceta Oficial Nro. 31.256 de fecha 14/06/1977; (vi) Carta Social Europea adoptada en fecha 18 de octubre de 1961; y (vii) Carta Social de las Américas, adoptada en la sesión plenaria de la Asamblea de la Organización de Estados Americanos, en la ciudad de Cochabamba, Bolivia, en fecha 04/12/2012. Un interesante y pertinente trabajo sobre la fuerza vinculante de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, puede consultarse en la siguiente obra: Nikken, P. “*La Fuerza Obligatoria de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*”, publicado en: “*Revista de Derecho Público*”, Nro. 34, Abril-Junio 1988, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 1988. pág. 27-46

⁵⁰ Ayala Corao, C. “*Del Diálogo Jurisprudencial al Control de la Convencionalidad*”. Discurso de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, Venezuela. 2012. págs. 9-10

Como consecuencia de lo anterior, se fue configurando así, lo que la doctrina ha denominado el “*bloque de constitucionalidad*”,⁵¹ esto es, un conjunto de principios y normas jurídicas de rango supraconstitucional o constitucional en materia de Derechos Humanos que, teniendo por fuente los Tratados (incluso normas del *ius cogens*) y la Constitución, obligan al Juez nacional (en virtud de la incuestionable prevalencia y eficacia que les caracteriza como sistemas jurídicos integrados),⁵² a una tutela inmediata y plena de los derechos y libertades fundamentales.

En efecto, según ha señalado ERNESTO REY CANTOR, el “*bloque de constitucionalidad*” se caracteriza por constituir:

⁵¹ Con ocasión del ejercicio de un amparo constitucional interpuesto contra el Estatuto Electoral del Poder Público dictado por la Asamblea Nacional Constituyente, publicado en la Gaceta Oficial Nro. 36.884 de fecha 03 de febrero de 2000, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha reconocido la existencia del “*bloque de constitucionalidad*”. En efecto, ha señalado lo siguiente: “(...) *esta Sala Constitucional observa que las normas referidas integran axiológicamente la Constitución, en lo que se refiere al derecho de participación y en general la democracia participativa, que forman un sistema de normas básicas de la que es componente esencial la Constitución. La transformación del Estado y la creación de un nuevo ordenamiento jurídico capaz de poner en funcionamiento efectivo una democracia social y participativa conforme a las preguntas y bases del referendo del 25 de abril de 1999, constituyen elementos de validez del orden constitucional, son normas que no sólo poseen una pretensión de permanencia indeterminada, sino que constituyen el bloque de constitucionalidad en Venezuela.*” (vid. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 24/03/2009). En otra sentencia anterior, la misma Sala Constitucional también había señalado lo siguiente: “(...) *El poder de garantía constitucional que le ha sido atribuido a esta Sala, implica dar solución a dudas respecto al alcance y contenido de una norma integrante del ya mencionado bloque de la constitucionalidad, siempre que se encuentren dadas las siguientes condiciones básicas: a) que respecto a dicha duda no se encuentre predeterminado un cauce procesal adecuado, y b) que la norma en cuestión resulte de un marcado problematismo, bien sea para la buena marcha de las instituciones, bien para el ejercicio de los derechos fundamentales o bien para el mantenimiento del orden público y la paz social.*” (vid. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 05/08/2002, Expediente Nro. 01-2452) Un interesante trabajo sobre el reconocimiento del bloque de constitucionalidad por los Tribunales Constitucionales en América Latina, puede consultarse en: Nogueira Alcalá, H. “*El Bloque Constitucional de Derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina*”. Conferencia para la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, dictada el 15 de septiembre de 2007.

⁵² En sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 04/07/2012, caso: *Pedro Perera Riera*, esa Sala reconoció lo que aquí sostenemos en los siguientes términos: “(...) *Cabe aclarar en este punto, que en materia de tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, éstos 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 en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público, conforme con el contenido del artículo 23 de la Constitución, pero debe recordarse que la materialización del supuesto de hecho del referido artículo, se condicionan a que esos instrumentos internacionales sean “suscritos y ratificados por Venezuela”, lo cual resulta plenamente congruente con el alcance y contenido de los artículos 152 al 155 del Texto Fundamental en los términos antes expuestos, pero con la particularidad que por disposición expresa del artículo 22 eiusdem, “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”, con lo cual la garantía de los derechos fundamentales responde en nuestra Constitución a los principios de universalidad, interdependencia y progresividad, independientemente de la suscripción o ratificación de tratados en la materia*”. Otras consideraciones del mencionado fallo, distintas a las antes transcritas, son cuestionables y no las compartimos.

Una unidad normativa (norma constitucional + norma internacional), la que debe interpretarse y aplicarse (por gozar de eficacia) inmediata y directamente por los jueces reforzando la protección de los derechos de los seres humanos, bien sea para su amparo constitucional, o en el control de constitucionalidad de las leyes y otros actos, que también es un mecanismo de control. Esta es la función del bloque de constitucionalidad.⁵³

En otras palabras, ha operado un cambio fundamental en el pensamiento constitucional referido a la protección y defensa de los Derechos Humanos, ya que más allá del reconocimiento que la Constitución puede efectuar de esos derechos y libertades fundamentales, o de las garantías que pueda consagrar para su protección, resulta que coexiste, con auténtica e insoslayable fuerza normativa, un andamiaje de disposiciones jurídicas internacionales que amplían el catálogo de los Derechos Humanos y ofrecen otras garantías también para su tutela.

Un cambio de paradigma como el que analizamos en materia de Derechos Humanos, en el cual se predica la supremacía normativa del “*bloque de constitucionalidad*”, indudablemente determinan un cambio profundo en la concepción del rol que debe desempeñar el Juez cuando actúa como juez constitucional para amparar las libertades y derechos fundamentales.

En efecto, si bien el constitucionalismo norteamericano ya había aportado a la ciencia del Derecho Constitucional, la visión de que el Juez no podía concebirse ni desempeñarse como un mero aplicador automático de la ley, por cuanto, incluso, podía separarse de aquella *lex* para asegurar la supremacía, vigencia y efectividad de las normas constitucionales (*norma normarum*), resultó que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos contribuyó adicionalmente a formar la noción y reconocimiento de la existencia de un “*bloque de constitucionalidad*”, conformado por principios y normas jurídicas referidas a la dignidad de la persona humana, con relación a los cuales, se posiciona al Juez del caso concreto como el más importante custodio de su supremacía, ya que, al final, toda controversia sometida a la consideración y decisión de dicho Juez, puede ser reconducida a normas y principios jurídicos que integran ese “*bloque de constitucionalidad*”.

⁵³ Rey Cantor, E. “*Celebración y Jerárquica de los Tratados de Derechos Humanos (Colombia y Venezuela)*”. Ediciones de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Caracas, Venezuela, 2007, pág.142

Lo anteriormente expuesto, podría permitirnos formular una primera conclusión: la tutela del “*bloque de constitucionalidad*”, en cuanto es expresión de la protección jurídica de la dignidad humana,⁵⁴ es una función inherente a la actividad jurisdiccional que desempeña todo Juez de la República.

A la vez, esa finalidad de asegurar la suprema vigencia y eficacia del “*bloque de constitucionalidad*” y, con ello, de los derechos y libertades fundamentales que busca garantizar, es la que determina la configuración de los diversos procedimientos judiciales para su protección (entre los cuales se encuentra el juicio de amparo), al mismo tiempo que es la razón que determina los amplios poderes del Juez para tutelar y/o reestablecer cualquier libertad o derecho fundamental amenazado, lesionado o violado.

Precisado lo anterior, resulta como corolario que si bien en un Estado puede existir un Tribunal Constitucional que se proyecte como garante de la constitucionalidad, no por ello, puede desconocerse al resto de los jueces su función de defensa y garantía del “*bloque de constitucionalidad*”, ya que el universo de las normas que lo componen y que tienen su fuente en los Tratados Internacionales o en la Constitución, conciben a todo Juez como el custodio y *amicus* de esos derechos y libertades fundamentales, incluso de aquellos que siendo inherentes a la persona humana, todavía no figuren expresamente en aquellos (*vid.* artículos 334, 22, 23 y 27 de la Constitución).

Sobre el particular al que aquí nos referimos, el profesor ANTONIO CANOVA GONZÁLEZ, con ocasión de un análisis crítico que en su momento realizó de los primeros fallos dictados en materia de amparo por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el año 2000 (casos: *Emery*

⁵⁴ Me permito aquí traer a colación lo expuesto por el profesor HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, con relación a la noción de dignidad humana y que considero de relevancia para comprender la esencia del amparo constitucional no sólo desde la perspectiva que lo entiende como derecho humano, sino también de aquella que lo examina desde la óptica del correlativo deber jurídico de todo juez de tutelar los derechos fundamentales. En efecto, ha señalado el mencionado autor lo que transcribimos a continuación: “*La dignidad de la persona se constituye en el valor supremo y en el principio jurídico que constituye la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional y es fuente de todos los derechos fundamentales, irradiando todo el sistema jurídico el que debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice de mejor forma.*” Nogueira Alcalá, H. “*El Bloque Constitucional de Derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina*”. Conferencia para la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, dictada el 15 de septiembre de 2007.

Mata Millán, Domingo Gustavo Ramírez Monja y José Amado Mejía Betancourt), indicó acertadamente lo siguiente:

Todos los jueces, en el ámbito de sus competencias, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución, según acota el artículo 334 constitucional y, primordialmente en materia de amparo de los derechos fundamentales tal carga está repartida entre todos los tribunales del país; pues aquélla da a la Sala Constitucional únicamente la competencia de revisar las sentencias de amparo constitucional, a la vez que deja a los tribunales en general, competentes según la ley, la protección en primer instancia de esos bienes supremos (artículos 336, número 10, y 27)

Es evidente que la Sala Constitucional no puede evadir su responsabilidad en esa materia, pero también que la mejor opción no es arrogarse el conocimiento único ni mayoritario de los reclamos de los ciudadanos por lesión de sus derechos fundamentales, sino dejar que sean los tribunales de la República, todos ellos según los repartos de competencia que haga la ley, los que en primer momento presten auxilio a los particulares, por cuanto son esos los más cercanos a los lesionados y los que cuentan sin duda con una infraestructura para responder ágilmente al requerimiento de tutela.⁵⁵

En el mismo orden de ideas, los profesores LUIS ORTÍZ ÁLVAREZ, JACKELINE LEJARZA y JOSÉ VICENTE HARO, también expresaron en su momento observaciones y críticas constructivas con ocasión de esas primeras decisiones que en materia de amparo dictó la Sala Constitucional, mediante las cuales, se fue impulsando, vía jurisprudencial, una concentración de competencias en su seno contraria a la organización del sistema de justicia constitucional dispuesto en la Constitución. Por tal razón, los mencionados autores no dudaron en señalar que:

No obstante lo anterior, debe entenderse que todos los jueces siguen siendo jueces de amparo, en el sentido de que la Sala Constitucional no tiene el monopolio exclusivo para conocer todas las acciones de amparos en el país, ni tampoco de todas las apelaciones o consultas en materia de amparo autónomo (...).⁵⁶

En consecuencia, debe reconocerse que el Tribunal que desempeña la *jurisdicción constitucional* es un instrumento para orientar y coordinar -y en forma alguna para desconocer- la

⁵⁵ Canova González, A. “Un mal comienzo...(Una crítica a las sentencias de la Sala Constitucional de fechas 20 y 21 de enero y 2 de febrero de 2000)”, publicado en: “Revista de Derecho Constitucional Nro. 2”. Editorial Sherwood, Caracas, Venezuela, 2000. p. 396.

⁵⁶ Ortiz Álvarez, L., Haro, José V., Lejarza, J. “Crónica de Jurisprudencia de la Sala Constitucional (Enero-Febrero de 2000)”, publicada en Revista de Derecho Constitucional Nro. 1, Editorial Sherwood, Caracas, Venezuela, 2000. pág. 317

función de *tutela constitucional* que pueden desempeñar todos los Jueces que integran la organización del Poder Judicial de la República, tanto en los procesos judiciales ordinarios como en el proceso especial de amparo.⁵⁷

En ese orden de ideas, se ha señalado que en Venezuela, las disposiciones constitucionales previstas en los artículos 7 (referido a la supremacía constitucional), 19 (principio de respeto y garantía de los Derechos Humanos), 23 (referido a la prevalencia de los tratados de Derechos Humanos y al principio *pro homine*), 27 (referido al amparo constitucional como deber de todos los jueces); 334 (referido al deber de *todo* Juez de asegurar la integridad de la Constitución y su supremacía normativa) y 336 (que establece las competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia), permiten sostener que se fraguaron las bases de “*un sistema de Derecho Procesal Constitucional*”,⁵⁸ en el cual, añadimos nosotros, todos los jueces integrantes del Poder Judicial, en el ámbito de sus funciones, están obligados a asegurar la supremacía del “*bloque de constitucionalidad*”, en cuanto es expresión de la obligación jurídica nacional e internacional del Estado de promover y proteger la dignidad humana.

En efecto, sobre el rol que debe desempeñar todo Juez de la República como garante de los derechos fundamentales que conforman el “*bloque de constitucionalidad*”, podemos destacar que, en la posición del profesor JORGE KIRIAKIDIS, las disposiciones previstas en los mencionados artículos 7, 334 y 336, tienen por finalidad la “*tutela objetiva de la Constitución*”, mientras que los artículos 19, 22, 23, 25 y 27, son “*expresión de otro principio constitucional, muy vinculado al anterior [supremacía constitucional], pero especializado, el principio de la protección de los Derechos Fundamentales y la obligación del Estado de garantizarlos y respetarlos (...)*”.⁵⁹ (Interpolado nuestro). En virtud de lo anterior, coincidimos con el mencionado autor, cuando concluye lo siguiente:

⁵⁷ Nótese que hemos calificado expresamente al proceso judicial de amparo constitucional como “*especial*”, y en forma alguna como excepcional, extraordinario o subsidiario. En efecto, en nuestra opinión, la noción de supremacía del bloque de constitucionalidad a la que nos hemos referido y que vincula (*rectius*: obliga) jurídicamente al Juez, exige abandonar cualquier pretensión o tendencia de concebir o aplicar el proceso judicial de amparo constitucional como “*extraordinario*”, “*excepcional*” o “*subsidiario*”, por cuanto, no puede ser desconocido ni obviado el axioma conforme al cual, la tutela y protección de los derechos constitucionales, es el fin primordial del Estado de Derecho.

⁵⁸ *vid.* KIRIAKIDIS L., J. “*El Amparo Constitucional Venezolano. Mitos y Realidades*”. Colección de Justicia Nro. 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 2012, pág. 129

⁵⁹ *vid.* Kiriakidis L., J. “*El Amparo Constitucional Venezolano. Mitos y Realidades*”. Colección de Justicia Nro. 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 2012, págs. 129 y 132

La posición de la Constitución venezolana es clara, toda la Constitución es norma, toda la Constitución es suprema, toda la Constitución es fundamental pero los Derechos Fundamentales son aún más supremos y aún más fundamentales, al ser superiores a la propia Constitución, incluso los que están en tratados internacionales relativos a derechos humanos, si favorecen más al ciudadano.⁶⁰

Esta importante precisión abona nuestra afirmación de que, en el nuevo sistema constitucional venezolano, no sólo podemos predicar la supremacía normativa de la Constitución, sino también de todo un “*bloque de constitucionalidad*” que debe ser amparado y tutelado por todos los jueces como deber inherente a su función jurisdiccional, por cuanto, ese “*bloque de constitucionalidad*” encuentra su soporte, su justificación o razón de ser en la necesidad de reconocer, promocionar y proteger de la dignidad humana.⁶¹

II. EL PRINCIPIO DE TUTELA CONSTITUCIONAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR TODO JUEZ DE LA REPÚBLICA Y EL AMPARO CONSTITUCIONAL.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, no cabe la menor duda de que, desde un punto de vista jurídico, la supremacía normativa del “*bloque de constitucionalidad*”, en cuanto es expresión de la necesidad ética y jurídica de promover y proteger la dignidad humana por parte del Estado, conlleva para todo Juez nacional –en el ámbito de sus competencias- un imperativo categórico (obligación), que tiene su fuente en el Derecho Constitucional y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de custodiar y amparar los derechos fundamentales cuando se demanda tutela ante su persona como órgano de administración de justicia constitucional.

Así, puede sostenerse que todos los Jueces cumplen una importante función como garante de la plena vigencia y eficacia del “*bloque de constitucionalidad*”, por cuanto, como órganos integrantes del Poder Judicial del Estado, al examinar los hechos y elementos probatorios que se someten a su

⁶⁰ *vid.* Kiriakidis L., J., JORGE C. “*El Amparo Constitucional*...opus. cit. pág. 134.

⁶¹ Un interesante trabajo de investigación sobre los retos que plantea la dignidad humana para el Derecho, puede consultarse en la siguiente obra: Gutiérrez Gutiérrez, I. “*Dignidad de la Persona y Derechos Fundamentales*”. Editorial Marcial Pons, Madrid, España. 2005. El referido autor ha señalado que existe no sólo una necesidad ética de promover y garantizar una dignidad humana plena, sino que ello constituye una obligación jurídica del Estado constitucional, hasta el punto que considera legítimo, en algunos casos, “*imponerla*” (*vid.* Gutiérrez Gutiérrez, I. “*Dignidad de la Persona*...opus.cit.pág. 215).

consideración en cualquier proceso judicial, quedan facultados para constatar la existencia de cualquier perturbación, amenaza o violación de los derechos o libertades fundamentales, y –de ser el caso- para ordenar el restablecimiento de la situación jurídica infringida o la que más se asemeje a ella, para lo cual, también se le reconocen amplios poderes de tutela que no sólo se agotan en simples medidas cautelares o sentencias declarativas, sino que también pueden incluso comprender sentencias de condena.⁶²

Ahora bien, es importante destacar que esa tutela constitucional no sólo la cumple el juez únicamente en el proceso *especial* de amparo constitucional,⁶³ previsto en el artículo 27 de nuestra Constitución,⁶⁴ sino también en cada uno de los procesos judiciales ordinarios que han sido configurados por la ley para garantizar el principio constitucional de tutela judicial efectiva.⁶⁵

⁶² Es amplitud de poderes de la que dispone todo Juez cuando actúa en sede constitucional es tan significativa que, en opinión del profesor CARLOS AYALA CORAO, “*el juez de amparo tiene la facultad para examinar de oficio en un proceso incoado, un derecho constitucional cuya violación no ha sido alegada, y en caso afirmativo, acordar el reestablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida (...)*”, y más adelante agrega: “*el juez de amparo tiene el poder de restablecer directamente –cuando sea posible con la sola decisión judicial- el derecho lesionado. Así, cuando las órdenes anteriores sean inoperantes, o cuando ello sea procedente, el juez puede con su decisión sustituir cualquier actividad adicional de una persona o autoridad autora del agravio*”. (vid. Brewer Carías, A. Ayala Corao, C. “*Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*”. Colección Textos Legislativos Nro.5. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 1996. págs. 202-205). En el mismo orden de ideas, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su fallo de fecha 01/02/2000, caso: *José Amado Mejía*, estableció lo siguiente: “(...) lo que se pide como efecto de un amparo puede no ser vinculante para el tribunal que conoce de la acción, ya que el proceso de amparo no se rige netamente por el principio dispositivo, porque si bien es cierto que el Juez Constitucional no puede comenzar de oficio un proceso de amparo ni puede modificar el tema *decidendum*, no es menos cierto que como protector de la Constitución y de su aplicación en todos los ámbitos de la vida del país, tal como se desprende de los artículos 3 y 334 de la vigente Constitución, existe el interés constitucional de que quienes pidan la intervención del poder judicial en el orden constitucional reciban efectivamente los beneficios constitucionales, sin desviaciones o minimizaciones causadas por carencias o errores en el objeto de las peticiones (...)”.

⁶³ Reiteramos lo que expusimos en el pie de página Nro. 11, esto es, no concebimos al amparo constitucional como un proceso “*subsidiario*”, “*excepcional*” o “*extraordinario*”, como en ocasiones lo han sostenido algunos tribunales de la República o el hoy Tribunal Supremo de Justicia. Como muestra de ello, pueden consultarse los siguientes fallos: (i) Respecto del supuesto carácter “subsidiario”, ver sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 17/01/1985, caso: *Formas Continuas, C.A.* (ii) Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 08/02/1995, caso: *Avensa*; y (iii) Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 05/06/2001, caso: *José Ángel Guía*. Un extracto de los mencionados fallos puede consultarse respectivamente en: Rondón de Sansó, H. “*La Acción de Amparo contra los Poderes Públicos*”. Editorial Arte, Caracas, Venezuela. 1994. págs.55 y 56.; y también en Ortiz Álvarez, L.; Henríquez Maionica, G. “*Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia de Amparo Constitucional 1969-2004*”. Editorial Sherwood, Caracas, Venezuela, 2004. pags.480-483.

⁶⁴ El artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, cuya última reforma parcial fue publicada en la Gaceta Oficial Nro. 5.908 Extraordinario de fecha 19/02/2009, establece en su artículo 27 lo siguiente: “*Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aún de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en instrumentos internacionales sobre derechos humanos. El procedimiento de la acción de amparo será oral, público, breve gratuito y no sujeto a formalidad; y la autoridad judicial competente tendrá potestad para reestablecer inmediatamente la*

En efecto, tal como ha sostenido el profesor ALLAN BREWER CARIAS, la justificación de ello radica en que:

El constitucionalismo moderno (...) está montado no sólo sobre el principio de la supremacía constitucional [o del bloque de constitucionalidad], sino sobre la idea, como secuela del anterior principio, de que existe un derecho al ciudadano a esa supremacía, que se concreta, conforme al principio de separación de poderes, en un derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la supremacía constitucional, tanto respecto de la parte orgánica de la Constitución como respecto de su parte dogmática (...) Pero además, este derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la supremacía constitucional se concreta también, en un derecho al amparo judicial de los derechos y libertades constitucionales de las personas, sea mediante las acciones o recursos judiciales ordinarios, o mediante las acciones o recursos particulares de amparo u otros medios judiciales de protección inmediata de los mismos. La consecuencia de este derecho fundamental, sin duda, implica el poder-deber atribuido a los jueces de asegurar la supremacía constitucional, sea declarando la nulidad de los actos contrarios a la Constitución, sea restableciendo los derechos y libertades constitucionales vulnerados por acciones ilegítimas, tanto de los órganos del Estado como de los particulares.⁶⁶

Ahondando sobre esta idea en particular, podemos sostener que durante la vigencia de la Constitución de 1961 y aún antes de dictarse la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (en adelante LOA),⁶⁷ un sector de la doctrina sostuvo (con fundamento en un análisis sistemático de la disposición contenida en el artículo 49 de esa Constitución y de sus rasgos esenciales a la luz del Derecho Constitucional Comparado), que el *amparo* podía concebirse como un *derecho constitucional* del cual, correlativamente, se deriva para todo Juez un deber jurídico de tutelar a

situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el Tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto. La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona; y el detenido o detenida será puesto o puesta bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna. El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales”.

⁶⁵ Por su parte, con relación al principio constitucional de tutela judicial efectiva, el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece lo siguiente: “*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 mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará un justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.*”

⁶⁶ BREWER CARIAS, ALLAN R. “*El Amparo a los Derechos y Garantías Constitucionales (Una Aproximación Comparativa)*”. Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Católica del Táchira, Caracas, Venezuela, 1993. págs. 13-14

⁶⁷ Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, cuya reforma parcial fue publicada en la Gaceta Ofician Nro. 34.060 de fecha 27/09/1988.

cualquier habitante de la República en el goce y ejercicio de sus derechos fundamentales, lo cual, no se concreta mediante un único proceso o medio judicial.⁶⁸

Ciertamente, ya desde el año de 1985, el profesor ALLAN BREWER CARIAS señalaba que “*La Constitución, por tanto, no establece `una` acción o recurso de amparo, como un particular medio de protección judicial, sino un `derecho de amparo` como derecho fundamental que se puede materializar, y de derecho se materializa, a través de diversas acciones y recursos judiciales, incluso, a través de una `acción de amparo` (...)*”.⁶⁹

Una década después y en otra publicación, seguiría sosteniendo dicho autor lo que destacamos a continuación:

El amparo, tal como está en el texto constitucional, no queda reducido a una acción única y autónoma, necesariamente independiente de todas las otras acciones o recursos judiciales previstos para la defensa de los derechos y garantías constitucionales, sino que la Constitución es lo suficientemente amplia y flexible como para permitir diversos sistemas judiciales de amparo de los derechos y garantías constitucionales, sea a través de acciones o recursos judiciales tradicionales o mediante la vía general de acción de amparo que regula la Ley Orgánica. (...) Es el sentido, en definitiva, de la previsión del artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1977 [Pacto de San José], que dispone en materia de protección judicial, que: “*Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones.*”⁷⁰ (Interpolado nuestro).

⁶⁸ Al respecto puede consultarse la posición de los siguientes autores: Brewer Carías, A. “*El Derecho de Amparo y la Acción de Amparo.*”, publicado en: “*Revista de Derecho Público*”, Nro. 22, Abril-Junio 1985, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 1985. pág. 51; Linares Benzo, G. “*El Amparo y los demás Medios Procesales.*”, publicado en: “*Revista de Derecho Público*”, Nro. 34, Abril-Junio 1988, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 1988. Una postura contraria fue sostenida por HILDEGARD RONDÓ DE SANSÓ, quien señaló lo siguiente: “*Al hacer la afirmación de que el amparo es una garantía estamos rechazando la posición de que el mismo es un derecho que se materializa a través de diversas acciones y recursos judiciales*” (vid. Rondón de Sansó, H. “*La Acción de Amparo contra los Poderes Públicos*”. Editorial Arte, Caracas, Venezuela. 1994. pág.33)

⁶⁹ BREWER CARIAS, ALLAN R. “*El Derecho de Amparo y la Acción de Amparo.*”, publicado en: “*Revista de Derecho Público*”, Nro. 22, Abril-Junio 1985, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 1985. págs. 51 y 52.

⁷⁰ Brewer Carías, A. Ayala Corao, C. “*Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*”. Colección Textos Legislativos Nro.5. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 1996. págs. 17 y 18.

En el mismo orden de ideas, pero ya bajo la vigencia de la Constitución de 1999, el profesor RAFAEL CHAVERO GAZDIK, ha sostenido igual posición en los términos que transcribimos a continuación:

(...) En primer lugar, hay que precisar que el amparo constitucional es un derecho establecido expresamente en nuestra Carta Magna. No siempre se ha aceptado pacíficamente la idea de que el amparo constitucional es un derecho, pues algunos autores parecen limitar esta institución a un mero procedimiento, mientras que otros piensan que más bien se trata de una garantía constitucional.

(...) Nosotros creemos que cualquier polémica que haya podido existir debe quedar resuelta con el artículo 27 de la Constitución de 1999, la cual incorpora dentro del Título III, el cual se refiere a los `Derechos Humanos y Garantías y de los Deberes`, al amparo constitucional. Pero además, consideramos que la forma como quedó redactado el indicado artículo 27, no parece dejar dudas que toda persona `tiene derecho a ser amparada`, lo que como veremos implica el deber de establecer una acción autónoma y varios remedios o pretensiones judiciales provistos de algunas características especiales.

Por tanto, nos apegamos a la tesis que pretende ver al amparo constitucional como algo más que una simple acción autónoma, pues el derecho de amparo debe implicar la matización de los procesos judiciales ordinarios, con miras a agilizarlos cuando haya de por medio la transgresión de derechos o garantías fundamentales.⁷¹

Por lo anteriormente señalado, y por cuanto existe la necesidad de asegurar la supremacía normativa del “*bloque de constitucionalidad*” y el respeto del valor “*dignidad humana*” que lo sustenta, tal como fue expuesto al inicio de la presente sección, nos inclinamos y adherimos a favor la corriente doctrinal que sostiene que la tutela constitucional de derechos fundamentales por parte de todo Juez de la República, no se concreta únicamente a través del proceso *especial* de amparo constitucional previsto en la LOA,⁷² sino también a través de cada uno de los procesos judiciales que el legislador ha establecido para la defensa y protección de los derechos subjetivos, por cuanto en esos procesos judiciales,⁷³ el Juez también puede amparar y proteger aquellos que puedan ser calificados

⁷¹ Chavero Gazdik, Rafael J. “*El Nuevo Régimen del Amparo Constitucional en Venezuela*”. Editorial Sherwood, Caracas, Venezuela, 2001. págs. 31-32

⁷² Debemos advertir al lector que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 01/02/2000, caso *José Amado Mejía y otros*, incorporó modificaciones al procedimiento judicial de amparo constitucional regulado en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por cuanto, en su criterio, era imperioso adaptar sus disposiciones a lo previsto en el artículo 27 de la Constitución de 1999.

⁷³ Como particularidad, podemos señalar que, en México, la doctrina considera que existe un “*derecho a la vigencia de la Constitución*”, que se concreta en el recurso de amparo. Ahora bien, en dicho país existe una concepción amplia del

como fundamentales, sea que tengan su fuente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y/o en la Constitución, e –incluso-cuando no figuren en ellos pero sean inherentes a la persona humana.

Precisado lo anterior, si partimos de esa concepción amplia del amparo como derecho constitucional que implica un correlativo deber jurídico de tutela de derechos fundamentales por parte de todo Juez de la República a través de cualquier proceso judicial (“*vía judicial multiforme*”),⁷⁴ surge una importante cuestión a ser resuelta: en cuales supuestos una persona afectada en sus derechos fundamentales debe acudir a un proceso judicial ordinario y en que otros puede acudir al proceso especial de amparo constitucional...?

Sobre esta cuestión medular cuya respuesta debe garantizar la coexistencia y funcionamiento del amparo constitucional conjuntamente con la de los otros procesos judiciales que también permiten la tuición de derechos fundamentales por parte de todo Juez de la República, la doctrina venezolana se ha pronunciado y ofrecido criterio al respecto, aun cuando –lamentablemente-, nuestros tribunales se resistan a seguirlo o no lo hayan aplicado con la debida uniformidad.

Ciertamente, debemos señalar que, en su momento, con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el profesor GUSTAVO LINARES BENZO, advirtió la importancia práctica de la cuestión planteada y sostuvo que:

El problema esencial que debe resolverse respecto al amparo consiste en determinar, de manera procesalmente eficaz, su relación con los demás medios judiciales que ofrece el ordenamiento jurídico venezolano. (...) El asunto, en otras palabras, se contrae a decidir,

amparo, hasta el punto que “*en la actualidad el amparo mexicano luego de una compleja evolución, se ha configurado en lo que Fix Zamudio ha denominado, una federación de instrumentos procesales, a través del amparo de la libertad o habeas corpus; el amparo contra leyes, a su vez mediante la acción de inconstitucionalidad y el recurso de inconstitucionalidad; el amparo contra actos administrativos (contencioso-administrativo); el amparo contra sentencias (casación); y el amparo agrario. Ello ha permitido concluir, que el amparo mexicano configura una tutela específica de los derechos humanos, particularmente en los casos de amparo contra leyes, amparo de la libertad y amparo contra actos administrativos.*” (vid. Ayala Corao, C. “*Del Amparo Constitucional al Amparo Interamericano como Institutos para la Protección de los Derechos Humanos*”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas / San José, 1998, págs. 13-14)

⁷⁴ Esta expresión fue acuñada por el profesor ALLAN BREWER CARÍAS, con la finalidad de significar que todas las acciones o recursos judiciales sirven al fin supremo de tutelar los derechos constitucionales, incluyendo la acción autónoma de amparo prevista en la Ley Orgánica respectiva, en la medida en que puedan considerarse como un procedimiento judicial breve y sumario en la que el Juez dispone de amplios poderes para reestablecer la situación jurídica infringida o la que más se asemeje a ella. (vid. Rondón de Sansó, H. “*La Acción de Amparo contra los Poderes Públicos*”. Editorial Arte, Caracas, Venezuela. 1994. pág.39)

ante una pretensión cualquiera, si el proceso de amparo puede utilizarse o, por el contrario, debe recurrirse a las demás vías procesales establecidas. Ante tal dilema, caben teóricamente las soluciones extremas: el amparo cabe en todo caso; nunca puede emplearse y debe recurrirse a las otras vías. En el intervalo caben múltiples posibilidades”.⁷⁵

Ante el planteamiento transcrito que todavía da lugar a una discusión doctrinal y a diversos criterios jurisprudenciales que actualmente sostienen los Tribunales, la mayoría de ellos tendientes a restringir la posibilidad de incoar el procedimiento especial de amparo constitucional (contrariando así el principio procesal *pro accione*), consideramos que el profesor GUSTAVO LINARES BENZO, identificó acertadamente –en nuestra opinión– la pauta o criterio (standard) de actuación para todo Juez que conoce y examina la admisibilidad y procedencia de una pretensión de amparo constitucional, de forma tal que permita cumplir su función de tutela de derechos fundamentales en los casos para los que fue concebido realmente ese procedimiento especial y sin perjuicio de la existencia y eficacia del resto de los procesos judiciales que también tienen fundamento en el *principio de tutela judicial efectiva* (artículo 26 de la Constitución) y en el *derecho constitucional del debido proceso* (artículo 49 de la Constitución).⁷⁶

Por ello, a continuación, nos permitimos transcribir los aspectos fundamentales de la pauta o parámetros que fueron propuestos por el profesor GUSTAVO LINARES BENZO:

(...) en Venezuela podría decirse que el amparo supone la necesidad de inmediato restablecimiento. Cuando esa necesidad exista, se abre la vía de amparo.

De manera general, puede decirse que la necesidad de restablecimiento inmediato viene dado (sic) por la necesidad de protección del derecho constitucional en juego. Y se mide por tres parámetros. En primer lugar, será necesario proteger al derecho mediante amparo cuando ningún otro medio establecido ofrece protección. En segundo lugar, será necesaria la inmediata eficacia del amparo cuando la menos acelerada protección de los demás medios sea incapaz de evitar daños irreparables al derecho constitucional, y en

⁷⁵ Linares Benzo, G. “*El Amparo y los demás Medios Procesales*.”, publicado en: “*Revista de Derecho Público*”, Nro. 34, Abril-Junio 1988, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 1988. pág. 5.

⁷⁶ “Si mediante el amparo se tramitasen pretensiones que corresponden a otros procesos, pretensiones que exigen un cuidadoso examen y un debate normal, el juez tendría que decidir sin la debida ponderación, y, tratándose de proteger un derecho constitucional, se estaría ciertamente lesionando otro del mismo rango: el de defensa. (...) Que el amparo sustituya a los demás medios, avalado por su ritmo, convertiría a nuestro sistema procesal en uno muy veloz pero muy injusto. En conclusión, el ejercicio pleno del derecho a la defensa implica la existencia de medios procesales de conocimiento completo. No siendo el amparo uno de éstos, el traspaso de sus límites y la invasión de las materias de los demás procesos sería esencialmente injusto, y se resolvería en procesos incapaces de resolver satisfactoriamente la controversia planteada” (vid. Linares Benzo, G. “*El Amparo y los demás Medios Procesales*...opus.cit. pág. 11)

tercer lugar, las circunstancias excepcionales del asunto pueden hacer necesario el inmediato restablecimiento, y por tanto, el amparo. (...)”.⁷⁷

Teniendo en cuenta lo anterior y con fundamento en el análisis que hemos podido realizar de la posición del autor, podemos señalar que la nota distintiva que le atribuye al amparo como proceso especial para la tuición de los derechos constitucionales, sería la referida a la *necesidad del restablecimiento inmediato* para asegurar o garantizar el ejercicio y goce actual del derecho constitucional amenazado o violado, lo cual, deberá ser evaluado por el Juez en cada caso concreto, en función del *derecho en juego* y de la *gravedad o carácter excepcional de las circunstancias* que harían *irreparable* a un derecho constitucional *de no acudir específicamente a ese proceso judicial especial de amparo constitucional*.⁷⁸

Precisado lo arriba expuesto, debemos destacar que, en nuestra opinión, son precisamente estos “*parámetros*” los que debe considerar y evaluar el Juez al momento de conocer y decidir una demanda de amparo constitucional,⁷⁹ por cuanto, ciertamente, su configuración en un caso concreto,

⁷⁷ vid. Linares Benzo, G. “*El Amparo y los demás Medios Procesales...*opus.cit. pág. 16.

⁷⁸ Una muestra de que la Sala Constitucional incluso llegó a tener un criterio menos exigente respecto de los parámetros que comentamos para evaluar la procedencia del amparo, se evidencia de su sentencia identificada con el Nro. 492, de fecha 31 de mayo de 2000, en la que sostuvo lo siguiente: “(...) *Se concluye entonces que debe bastar al juez, a los fines de decidir sobre el amparo solicitado, la sola confrontación de la situación de hecho con el derecho o garantía que se pretenden lesionados, y si de ello se evidencia la efectiva existencia de la violación que se alega, es procedente, por tanto, la protección constitucional*”. (vid. Sentencia Nro. 492 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso: *Inversiones Kingtaurus, C.A.*, de fecha 31 de mayo de 2000, consultada en el sitio web: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Mayo/492-31-5-00-00-0492.htm>)

⁷⁹ Como podrá apreciar el lector, en nuestra opinión, consideramos correcta la consideración del amparo como una demanda. Sobre este particular, el profesor GUSTAVO LINARES BENZO, acertadamente ha señalado lo siguiente: “*Ya se adelantó que la solicitud de amparo era una verdadera demanda. En efecto, si se entiende por demanda un acto de declaración de voluntad, introductorio y de postulación, que sirve de instrumento para el ejercicio de la acción y la formulación de la pretensión, con el fin de obtener en aplicación de la voluntad concreta de la Ley, por una sentencia favorable y mediante un proceso, en un caso determinado, se ve claramente que la solicitud de amparo reúne todas las características: introduce la instancia, ya que es el único modo de dar inicio al procedimiento; mediante ella se ejercita la acción de amparo y se formula una pretensión, y se pretende obviamente una sentencia favorable*”. (vid. Linares Benzo, G. “*El Proceso de Amparo en Venezuela*”. Tesis Doctoral. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Nro. 113, Universidad Central de Venezuela (UCV), Caracas, Venezuela, 1999., pág. 310). Sin embargo, con relación al planteamiento del autor antes citado, en el sentido de que sólo se puede iniciar un proceso judicial de amparo mediante una “*solicitud*” que presente un particular, puede discutirse si, en casos excepcionales, estaría justificado que el Juez, actuando como garante del *bloque de constitucionalidad*, inicie de oficio el procedimiento especial de amparo constitucional para la tutela de derechos humanos o, incluso, para la protección de intereses colectivos o difusos, ya que, en criterio de la Sala, los intereses difusos o colectivos son susceptibles de tutela mediante el amparo constitucional (Cfr. Sentencia de la Sala Constitucional de fecha 27 de julio de 2000, caso: *Seguros Corporativos, C.A. vs. Superintendencia de Seguros*).

es lo que permite evidenciar al Juez que debe proceder -de inmediato- a tutelar, asegurar o reestablecer derechos fundamentales amenazados o violados.

Así, una seria y prudente consideración de esos “*parámetros*” a los que nos hemos referido y que han sido desarrollados por la doctrina, permiten al Juez ponderar y evaluar si, en un caso concreto (*sub iudice*), procede la tutela de los derechos fundamentales mediante el procedimiento especial de amparo o, por el contrario, corresponde su tutela mediante otro proceso judicial.

Basado en lo anterior, consideramos contrario a Derecho que el Juez niegue la admisión o procedencia de la demanda de amparo constitucional, únicamente por el hecho de que, en el ordenamiento jurídico, se prevén o existen otras vías procesales (como el recurso contencioso administrativo, o el recurso contencioso tributario, entre otros) que también permiten la tuición de derechos constitucionales.⁸⁰ En efecto, esa referencia y/o valoración *in abstracto* de otros medios procesales que puede realizar el Juez sin atender las particularidades específicas del caso concreto en el que se demanda amparo, tales como: *la necesidad del restablecimiento inmediato* del derecho cuya tutela se demanda, la naturaleza del *derecho en juego*, o la *gravedad* o *carácter excepcional de las circunstancias* que harían *irreparable* a ese derecho constitucional *de no acudir específicamente a ese proceso judicial especial de amparo constitucional*, conllevan –en la práctica- a que el Juez declare indebidamente como inadmisibles o improcedentes un amparo constitucional, sin entrar a

⁸⁰ Un ejemplo de lo aquí señalado, es la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 21 de noviembre de 2006, caso: *Banesco vs. Registro Inmobiliario del Cuarto Circuito del Municipio Libertador del Distrito Capital*, en la cual, se decidió un amparo autónomo contra una vía de hecho imputada al Registro Inmobiliario, órgano de la Administración Pública que se negaba a protocolizar un documento de propiedad fundado en que el hecho de que el Banco no pagó unas tasas (tributos) por considerar que carecían de fundamento legal al no estar establecidas en la Ley de Registro vigente *rationae tempore*. En otras palabras, por cuanto en criterio del Banco, ello violaba el principio constitucional de legalidad tributaria. Ahora bien, la Sala Constitucional, al momento de decidir la apelación contra la sentencia de primera instancia que declaró procedente el amparo interpuesto, sostuvo en el fallo indicado lo siguiente: “(...) De este modo, al margen de la consideración de si –en realidad- la actuación delatada constituye una vía de hecho o, por el contrario, versa sobre un acto formal determinativo de un tributo, lo cierto es que en cualquiera de los supuestos, el recurso contencioso tributario previsto en el artículo 259 del Código Orgánico Tributario, es un mecanismo efectivo para tutelar la situación jurídico-constitucional que se denunció en peligro y, por tal razón, la acción objeto de estos autos resultaba inadmisibles, de conformidad con lo previsto en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, al no haberse agotado la señalada vía procesal, sin que la parte presuntamente agraviada evidenciase suficientemente la inidoneidad de tal mecanismo procesal respecto del caso concreto. Por esta razón, debe declararse con lugar la apelación interpuesta por la representación de la accionada y, en consecuencia, procede esta Sala a revocar el fallo apelado. Así se decide.” El texto íntegro del fallo citado puede consultarse en el sitio web oficial: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/1937-211106-06-0805.htm>

analizar los hechos que se denuncian como lesivos o que hacen nugatorios el goce y ejercicio actual de un derecho fundamental.

Las mismas consideraciones pueden predicarse respecto de la noción de “urgencia” a la que simplemente se refieren algunos Tribunales (obviando los parámetros mencionados) como presupuesto del proceso especial de amparo constitucional, y en el que se fundamentan para declararlo inadmisibles o improcedentes.⁸¹ Sobre el particular, pudiera sostenerse que el criterio de “urgencia” no constituye la única pauta a seguir por el Juez para evaluar si el amparo, en un caso concreto, resulta ser el medio procesal idóneo y eficaz para la tuición constitucional frente a otros medios judiciales.

⁸¹ Con relación a la noción de “urgencia”, debemos advertir que la Sala Constitucional emplea dicho concepto en distintos sentidos desde un punto de vista procesal. Por ejemplo, en sentencia de fecha 24 de marzo de 2003, caso: *Ángel Alberto Landaeta contra Juzgado Segundo de Control del Circuito Judicial del Estado Miranda*, hizo referencia a la “urgencia” como característica del proceso judicial de amparo, esto es, como atributo de celeridad y brevedad procesal. Ciertamente, en dicha decisión, la Sala señaló lo siguiente: “(...) En este sentido, debe esta Sala destacar que luego del estudio de las actas que conforman el presente expediente, se observa que la acción de amparo constitucional fue interpuesta sin la consignación de las actuaciones seguidas por el Juzgado de Control, las cuales eran objeto de la acción. Ello, en criterio del accionante, por la imposibilidad de obtenerlas dada su situación de reclusión y la falta de abogado. Por otra parte, en todo el expediente no consta que la Corte de Apelaciones haya solicitado al accionante o al presunto agravante la remisión de las mismas a los fines de pronunciarse sobre la admisibilidad de la acción. A este respecto, aun cuando la decisión objeto de la presente consulta no realizó señalamiento alguno sobre este particular, es pertinente acotar que de conformidad con el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el Juez puede solicitar al accionante que presente en un lapso de cuarenta y ocho (48) horas aquellos recaudos que considere necesarios para pronunciarse sobre la admisibilidad de la acción de amparo, cuando ésta resulte confusa o carezca de los requisitos exigidos en el artículo 18 eiusdem. En este contexto, esta Sala estableció mediante decisión del 1 de febrero de 2000, recaída en el Caso José Amado Mejía, que dado el carácter urgente que reviste la acción de amparo, es dable que la misma se presente en copias simples a los efectos de su admisión y que posteriormente sean consignadas las copias certificadas durante la tramitación del proceso. Así pues, resulta indispensable la obtención de los mencionados recaudos, puesto que es necesario que el Juez Constitucional cuente con todos los medios necesarios para poder generarse un criterio sobre cada situación concreta que se presenta a su conocimiento, más aún cuando se trate de decisiones proferidas por órganos judiciales en ejercicio de su función de administración de justicia.” (Destacado y subrayado nuestro). Ahora bien, en otras decisiones, la misma Sala Constitucional se ha referido a la noción de “urgencia” como requisito de procedencia del amparo constitucional. Así, en sentencia de fecha 02 de junio de 2005, caso: *María Teresa Salazar contra Juez Provisorio del Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil del Estado Mérida*, señaló lo siguiente: “(...) La forma como interpretan la Ley el Juez o la Administración o su subsiguiente aplicación, puede ser errada u omisiva, pero necesariamente ello no va a dejar lesionado un derecho o una garantía constitucional, ni va a vaciar su contenido, haciéndolo nugatorio. Por ejemplo, en un proceso puede surgir el quebrantamiento de normas procesales, pero ello no quiere decir que una parte ha quedado indefensa, si puede pedir su corrección dentro de él. La Administración puede tomar erradamente una decisión sobre unos bienes, pero esto no significa que le prive al dueño el derecho de propiedad. Se tratará de una restricción ilegal que originará acciones del perjudicado, pero no la de amparo, al no quedar cercenado el derecho de propiedad del dueño. Pero cuando el tipo de vicio aludido deja sin aplicación o menoscaba un derecho o garantía constitucional eliminándolo, y no puede ser corregido dentro de los cauces normales, perjudicándose así la situación jurídica de alguien, se da uno de los supuestos para que proceda el amparo, cuando de inmediato se hace necesario restablecer la situación jurídica lesionada o amenazada de lesión. Si la inmediatez no existe, no es necesario acudir a la vía del amparo, sino a la ordinaria, no porque el amparo sea una vía extraordinaria, sino porque su supuesto de procedencia es la urgencia en el restablecimiento de la situación o en el rechazo a la amenaza, y si tal urgencia no existe, el amparo tampoco debe proceder.” (Destacado y subrayado nuestro). El texto íntegro de la sentencia antes citada puede ser consultado en el sitio web oficial: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/1073-020605-02-2083.htm>

Además, debe agregarse que, tal como lo ha sostenido la doctrina venezolana, en lo que respecta al amparo constitucional, la “urgencia” tampoco se encuentra establecida o regulada en nuestro ordenamiento jurídico bajo esas categorías procesales (*requisito de admisibilidad de la demanda o requisito de procedencia*).

En efecto, tal como lo ha advertido el profesor JORGE KIRIAKIDIS:

La urgencia no es un requisito de procedencia del amparo (pues ninguna norma, ni la Constitución, ni siquiera la LOADGC) la señalan como requisito de procedencia, y en todo caso, *la urgencia del amparo sólo podría ser tenida como una exigencia de premura en la actuación judicial*. (...) La urgencia se utiliza –equivocadamente– como excusa para impedir que procedan las pretensiones de amparo o para hacer terminar anticipadamente –y artificialmente– los juicios de amparo que han logrado vencer el ya muy difícil trámite (escoyo) de la admisión.⁸²

Por el contrario, retomando el orden de ideas expuesto, debemos insistir en que si el Juez constata que efectivamente se encuentran cumplidos los “parámetros” que hemos indicado, es su deber actuar con la mayor, mejor y pronta diligencia para disponer lo necesario con el objeto de asegurar o reestablecer el derecho fundamental lesionado o violado, mediante el despliegue de los poderes inherentes a su función jurisdiccional.

Ahora, si no obstante haber quedado demostrado el cumplimiento de esos “parámetros” con elementos probatorios suficientes, sucede que el Juez inadmite o niega el amparo demandado, incumpliendo así la obligación jurídica (impuesta por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional, esto es, el *bloque de constitucionalidad*) de tutelar y custodiar los derechos fundamentales ante perturbaciones, amenazas o violaciones reales y acreditadas que tienen su origen en una acción u omisión arbitraria imputable a los órganos del Estado (cualesquiera ellos sean) o de los particulares, ello comprometería la responsabilidad internacional de ese Estado con la consecuente obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados al afectado e, incluso, debería ser considerada por ley como una falta grave (de carácter disciplinario) en el desempeño de su

⁸² *vid.* Kiriakidis L., J. “*El Amparo Constitucional Venezolano. Mitos y Realidades*”. Colección de Justicia Nro. 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 2012, pág. 63

función jurisdiccional que compromete la responsabilidad del Juez, tal como se prevé en nuestro ordenamiento jurídico.⁸³

III. REFLEXIONES SOBRE LA CUESTIÓN DE LA COMPETENCIA EN EL JUICIO ESPECIAL DE AMPARO CONSTITUCIONAL Y SU INCIDENCIA EN LA GARANTÍA DE LA SUPREMACÍA NORMATIVA DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.

Las consideraciones anteriormente expuestas, nos han permitido concluir que la garantía de la supremacía y eficacia del *bloque de constitucionalidad*, está encomendada a *todos* los Jueces de la República, por cuanto, con fundamento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el Derecho Constitucional (*bloque de constitucionalidad*), son ellos los que tienen impuesto –con más apremio que cualquier otro órgano del Estado- el deber de amparar y asegurar los derechos fundamentales,⁸⁴ hasta el punto de que, en nuestra opinión, ello constituye el eje central alrededor del cual se organiza y desarrolla toda su función y actividad jurisdiccional.

Ahora bien, siendo que hemos sostenido que *todos* los jueces de la República, por el hecho de serlo, pueden tutelar y custodiar los derechos fundamentales, en el contexto de cualquier acción, proceso o recurso judicial, cabe preguntarse cuál debe ser entonces el sentido de la *competencia procesal* (entendida como medida de la jurisdicción), cuando específicamente hablamos de proteger derechos fundamentales mediante el proceso especial de amparo constitucional.

⁸³ Ciertamente, en nuestra Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (en adelante LOA), cuya reforma parcial fue publicada en la Gaceta Oficial Nro. 34.060 de fecha 27/09/1988, en cuyo artículo 34, se estableció lo siguiente: “*El Consejo de la Judicatura registrará como falta grave al cumplimiento de sus obligaciones, la inobservancia, por parte de los jueces, de los lapsos establecidos en esta Ley para conocer y decidir sobre las solicitudes de amparo*” (Destacado nuestro). Ahora bien, también es importante reconocer que en Venezuela, la LOA presenta deficiencias técnicas y omisiones que, unida a los vaivenes jurisprudenciales en la materia, realmente pueden dificultar al Juez la evaluación de los parámetros que deben estar acreditados para tutelar los derechos fundamentales mediante el proceso judicial “*especial*” de amparo constitucional. Lo anterior resulta un aspecto primordial que debe ser seriamente considerado en una futura reforma a la LOA a la luz de los nuevos postulados constitucionales en la materia.

⁸⁴ Tan cierto es lo que aquí afirmamos, que -por ejemplo- el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), ratificada por Venezuela y publicada en la Gaceta Oficial Nro. 31.256 de fecha 14/06/1977; establece esa obligación categórica de protección judicial a cargo de los jueces y tribunales en los siguientes términos: “*Artículo 25. Protección Judicial: 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales (...)*”.

En nuestra opinión, cuando analizamos *en particular* el proceso especial de amparo constitucional, debemos advertir que la atribución legal de la *competencia procesal* (por razón de la afinidad del derecho fundamental y del territorio en el que se configura la amenaza o violación,⁸⁵ tiene por objeto una doble finalidad: por una parte, facilitar el acceso al órgano jurisdiccional más cercano en virtud del principio *pro actione*, y, por otra parte, asegurar que la decisión sobre la amenaza o violación sea dictada y ejecutada por un Juez especializado, es decir, que tenga competencia por la materia que resulta afín con el derecho o garantía cuya protección o restablecimiento se demanda, bajo la premisa de que el Tribunal especializado puede adoptar las soluciones o medidas más idóneas y eficaces en cada caso.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior y como expresión de que todo Juez o Tribunal, independientemente de su posición o jerarquía en la estructura organizativa del Poder Judicial, puede tutelar y asegurar los derechos fundamentales ante un proceso especial de amparo, el artículo 9 de la LOA, ha establecido lo siguiente:

Cuando los hechos, actos u omisiones constitutivos de la violación o amenaza del derecho o garantía constitucionales se produzcan en lugar donde no funcionen Tribunales de Primera Instancia, se interpondrá la acción de amparo ante cualquier Juez de la localidad quien decidirá conforme a lo establecido en esta Ley.⁸⁶

Así, de la norma citada, se desprende que ante la ausencia de Tribunales de Primera Instancia en el lugar donde se produzca la violación o amenaza del derecho o garantía constitucional, se podrá interponer la demanda de amparo “*ante cualquier Juez de la localidad*”, lo cual, en nuestro criterio, lejos de constituir una simple regla de atribución de competencia, es una muestra del reconocimiento,

⁸⁵ El artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (en adelante LOA), cuya reforma parcial fue publicada en la Gaceta Oficial Nro. 34.060 de fecha 27/09/1988, atribuye la competencia *ratione materiae* y *ratione loci* en los siguientes términos: “*Son competentes para conocer de la acción de amparo, los Tribunales de Primera Instancia que lo sean en la materia afín con la naturaleza del derecho o de la garantía constitucionales violados o amenazados de violación, en la jurisdicción correspondiente al lugar donde ocurrieren el hecho, acto u omisión que motivaren la solicitud de amparo, (...)*”. Por ese motivo, la doctrina ha tenido a bien señalar que en Venezuela: “*La Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales en un Título expreso (Título III), estableció el régimen de la competencia fundamentándola en el criterio material (ratione materiae), combinado con el elemento territorial (ratione loci) (...)*”.(vid. Rondón de Sansó, H. “*La Acción de Amparo contra los Poderes Públicos*”. Editorial Arte, Caracas, Venezuela. 1994. pág. 78)

⁸⁶ Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (abreviada así: LOA), cuya reforma parcial fue publicada en la Gaceta Oficial Nro. 34.060 de fecha 27/09/1988.

por parte del Poder Legislativo, del principio jurídico según el cual todo Juez o Tribunal se encuentra constitucionalmente habilitado para tutelar y salvaguardar derechos humanos o fundamentales.

Sin perjuicio de lo anterior, también puede afirmarse que, al mismo tiempo, del referido principio se deriva como consecuencia la contrariedad a Derecho de cualquier regulación, reglamentación, criterio jurisprudencial o, incluso, disposición de gobierno del Poder Judicial que pretenda suprimir o excluir la *competencia procesal* que tiene todo Juez o Tribunal para amparar derechos humanos o fundamentales, ya que, como ha sido destacado, ello constituye un aspecto esencial e inescindible de su función jurisdiccional, atribuida y regulada exclusivamente en y por la Constitución.

Respecto de la reflexión anterior que aquí exponemos, hemos considerado oportuno traer a colación un importante precedente judicial dictado (hace más dos décadas) por el Juzgado Civil del Distrito Bolívar de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, en fecha 28 de marzo de 1988, y que fue determinado por los siguientes hechos que nos permitimos indicar para la mejor comprensión del punto que queremos destacar. Encontrándose el referido Juzgado Civil practicando una inspección judicial sobre un inmueble, se presentó una comisión policial del entonces DISIP y privó de la libertad, sin orden de detención judicial, a una de las partes presentes en dicha inspección judicial. En virtud de lo anterior, al Juzgado Civil que practicaba la referida inspección judicial, le fue solicitado *in situ* amparo constitucional (*habeas corpus*) para la protección de la libertad del aprehendido arbitrariamente, ante lo cual, dictó el fallo que parcialmente transcribimos a continuación:

(...) De conformidad con el artículo 9 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, este Tribunal informa y envía en consulta al Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Penal de esta Circunscripción Judicial, correspondiente al amparo constitucional otorgado al ciudadano ANTONIUS HENDRICK LEONARD WANDERS, mayor de edad, holandés, con cédula de identidad N° 81.752.220, ingeniero, la razón de dictar ese amparo por este Tribunal se debió a que estando practicando una Inspección Judicial en el inmueble propiedad del amparado, según documento que éste exhibió en copia certificada, se presentó una comisión de la DISIP, integrada por los agentes LUIS BRAZON, detective y FERNANDO SALAZAR, agente; quienes entraron en la casa N° 273, propiedad del amparado, y le exigieron a éste que los acompañara en calidad de detenido. Se encontraban en el lugar las ciudadanas LUISA VERA HERNANDEZ y ANA JULIA CALDERON, su abogada. Entonces el abogado EMIRO GARCIA ROSAS, asistiendo al ciudadano ANTONIUS HENDRICK WANDERS, pidió al Tribunal que dentro de la misma Inspección Judicial dejara constancia de lo que estaba

sucedido. El Tribunal abrió un acta para dejar constancia de lo sucedido y a petición del abogado y su cliente, procedió a identificar a los agentes, quienes resultaron ser LUIS BRAZON, detective y FERNANDO SALAZAR, agentes titulares de las cédulas de identidad N° (...) respectivamente, y dijeron que actuaban según órdenes superiores y según Expediente N° C-472581, de la Policía Técnica Judicial de esta ciudad de Barcelona. El Tribunal requirió que mostrasen la boleta de detención y les explicó que ningún ciudadano puede ser detenido sino cuando comete un delito y es sorprendido infraganti o cuando se le exhibe boleta de detención conforme al artículo 60, N° 1 de la Constitución. Pero los funcionarios insistieron en llevarse detenido a WANDERS, para lo cual se colocaron a la puerta de la casa y esperaron. Luego vino otra patrulla con más agentes. El abogado GARCIA ROSA y WANDERS solicitaron el amparo para éste y, este Juzgado lo concedió en base a las siguientes consideraciones: (...)

En base a estas razones de hecho, y en virtud de que el Tribunal mismo constató la violación constitucional del artículo 60, además de la forma en que los funcionarios se introdujeron en la casa, este Tribunal decidió amparar al ciudadano ANTONIUS WANDERS, en el sentido de acompañarlo a la DISIP donde se trasladó para verificar si se iban a cumplir las garantías constitucionales. Allí no se encontraba ningún jefe inmediato de los funcionarios que pudieran informar al respecto; solamente los funcionarios insistieron en el expediente N° C-472581, y que actuaban por órdenes superiores. Consciente este Juzgado de que no es competente llamado por la ley de amparo a realizar este procedimiento no tuvo inconveniente en realizarlo en base a lo siguiente: **PRIMERO:** Establece el artículo 49 de la Constitución Nacional: Los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en concordancia con la Ley. El procedimiento será breve y sumario, y el Juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida. **SEGUNDO:** El artículo 2 de la Ley de amparo establece que se debe amparar aun en caso de violación inminente y la violación observada era flagrante porque los funcionarios insistieron en llevarse detenido a WANDERS como en efecto se lo llevaron sin ninguna orden. **TERCERO:** Los funcionarios interrumpieron el trabajo del Juez quien debió requerirles el respeto que merece una actuación judicial insistiendo en llevarse detenido a WANDERS pese al amparo dado y a la advertencia del Juez a los funcionarios de que estaban actuando ilegal e inconstitucionalmente. **CUARTO:** El amparo es de orden público como lo dispone el artículo 14 de la Ley. - **QUINTO:** el artículo 9 prevé que cuando no haya Juez competente, debe actuar cualquier Juez y consultar en veinticuatro horas lo realizado. **SEXTO:** el artículo 16 de la misma Ley de amparo prevé que aun por telegrama o verbalmente se puede solicitar el amparo sin fórmulas ni formas especiales así lo establece también el artículo 22. **SEPTIMO:** Este Tribunal como cualquier otro de la República es Tribunal Constitucional sin duda ni reserva.⁸⁷ (Destacado nuestro)

Nótese que el Juzgado que dictó la decisión, por su jerarquía en la organización del Poder Judicial, no era un Tribunal de Primera Instancia en los términos que previó el artículo 7 de la Ley

⁸⁷ El texto íntegro de la sentencia puede consultarse, acompañado de un interesante análisis, en la siguiente obra: Riera Encinoza, A. "Jurisprudencia sobre Amparo (Comentada)", Ediciones Libra, Caracas, Venezuela, 1988. págs. 69-70

Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Igualmente, por ser un Tribunal con competencia en materia civil, la violación del derecho humano que fue denunciada ante su autoridad, referida a la libertad personal cuya tutela se pedía mediante un amparo constitucional (*habeas corpus*), tampoco era una materia afín respecto de aquellas que constituían la especialización de dicho órgano jurisdiccional, lo que, en ningún momento, fue obstáculo para el Tribunal en orden a afirmar correctamente y sin temor alguno lo siguiente: “*Este Tribunal como cualquier otro de la República es Tribunal Constitucional sin duda ni reserva*”.⁸⁸

Adicionalmente, debemos agregar que todo lo anterior también encuentra una sólida justificación en el *derecho constitucional a la tutela judicial efectiva* (hoy reconocido en el artículo 26 de la Constitución), y en el principio procesal *pro accione* que de aquél se deriva, que obligan a organizar la competencia procesal de manera tal de facilitar al ciudadano el acceso al sistema de administración de justicia y al ejercicio de las acciones o recursos que le asisten para la defensa de sus derechos fundamentales, incluyendo todo lo referido al amparo constitucional.

Precisado ello, tenemos a bien efectuar algunas reflexiones con relación a la situación actual de la competencia procesal en materia de amparo constitucional que, en nuestra opinión y sin la pretensión de agotar el estudio del tema, lesionan al principio jurídico de que *todo* Juez de la República debe asegurar la supremacía y eficacia del *bloque de constitucionalidad*, lo cual, apareja efectos perjudiciales para el sistema de justicia constitucional y, fundamentalmente, para la protección del ciudadano que es y debe ser la razón de su existencia y el centro de su actuación (visión *antropocéntrica* de la justicia constitucional).

En ese sentido, debemos señalar en primer lugar que la Sala Constitucional, mediante su sentencia de fecha 01 de febrero de 2000, caso: *Emery Mata Millán*, obviando el principio constitucional de reserva legal y el principio de que todo Juez o Tribunal es competente para tutelar

⁸⁸ Es importante añadir que la sentencia que comentamos fue confirmada en todas sus partes al momento de decidirse la consulta por el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, en fecha 30 de marzo de 1988. (vid. Riera Encinoza, A.; “*Jurisprudencia sobre Amparo (Comentada)*”, Ediciones Libra, Caracas, Venezuela, 1988. pág.72)

derechos fundamentales, modificó los criterios atributivos de competencia procesal previstos en la LOA, con una tendencia a concentrarla en su seno, hasta el punto de disponer lo siguiente:

Por tanto, esta Sala establece que ha sido facultada en materia de amparo de la siguiente forma:

Por ser función de esta Sala, según el artículo 335 de la Constitución, la interpretación de dicha Carta Magna, es claro que la materia de su conocimiento abarca las infracciones constitucionales, como lo demuestran las atribuciones que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela otorga a la Sala Constitucional en su artículo 336. Esta circunstancia la convierte en la Sala que por la materia tiene la competencia para conocer, según el caso, de las acciones de amparo constitucional propuestas conforme a la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Por otra parte, debido a su condición de juez natural en la jurisdicción constitucional, la competencia que contempla el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales ha desaparecido, ya que la materia constitucional corresponde a esta Sala (téngase presente que la creación de una Sala con competencia constitucional, origina un criterio orgánico para delimitar la competencia en el cual se encuentran comprendidos, necesariamente, todos los asuntos relacionados con la Constitución).

Por las razones expuestas, esta Sala declara que, la competencia expresada en los artículos 7 y 8 de la ley antes citada, se distribuirá así:

1.-Corresponde a la Sala Constitucional, por su esencia, al ser la máxima protectora de la Constitución y además ser el garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, de acuerdo con el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el conocimiento directo, en única instancia, de las acciones de amparo a que se refiere el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, incoadas contra los altos funcionarios a que se refiere dicho artículo, así como contra los funcionarios que actúen por delegación de las atribuciones de los anteriores. Igualmente, corresponde a esta Sala Constitucional, por los motivos antes expuestos, la competencia para conocer de las acciones de amparo que se intenten contra las decisiones de última instancia emanadas de los Tribunales o Juzgados Superiores de la República, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y las Cortes de Apelaciones en lo Penal que infrinjan directa e inmediatamente normas constitucionales.

2.- Asimismo, corresponde a esta Sala conocer las apelaciones y consultas sobre las sentencias de los Juzgados o Tribunales Superiores aquí señalados, de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y las Cortes de Apelaciones en lo Penal, cuando ellos conozcan la acción de amparo en Primera Instancia.

3.- Corresponde a los Tribunales de Primera Instancia de la materia relacionada o afín con el amparo, el conocimiento de los amparos que se interpongan, distintos a los expresados en los números anteriores, siendo los Superiores de dichos Tribunales quienes conocerán las apelaciones y consultas que emanen de los mismos, de cuyas decisiones no habrá apelación ni consulta.

4.- En materia penal, cuando la acción de amparo tenga por objeto la libertad y seguridad personales, será conocida por el Juez de Control, a tenor del artículo 60 del

Código Orgánico Procesal Penal, mientras que los Tribunales de Juicio Unipersonal serán los competentes para conocer los otros amparos de acuerdo a la naturaleza del derecho o garantía constitucional violado o amenazado de violación que sea afín con su competencia natural. Las Cortes de Apelaciones conocerán de las apelaciones y consultas de las decisiones que se dicten en esos amparos.

5.-La labor revisora de las sentencias de amparo que atribuye el numeral 10 del artículo 336 de la vigente Constitución a esta Sala y que será desarrollada por la ley orgánica respectiva, la entiende esta Sala en el sentido de que en los actuales momentos una forma de ejercerla es mediante la institución de la consulta, prevista en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, pero como la institución de la revisión a la luz de la doctrina constitucional es otra, y las instituciones constitucionales deben entrar en vigor de inmediato, cuando fuera posible, sin esperar desarrollos legislativos ulteriores, considera esta Sala que en forma selectiva, sin atender a recurso específico y sin quedar vinculado por peticiones en este sentido, la Sala por vía excepcional puede revisar discrecionalmente las sentencias de amparo que, de acuerdo a la competencia tratada en este fallo, sean de la exclusiva competencia de los Tribunales de Segunda Instancia, quienes conozcan la causa por apelación y que por lo tanto no susceptibles de consulta, así como cualquier otro fallo que desacate la doctrina vinculante de esta Sala, dictada en materia constitucional, ello conforme a lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...).⁸⁹

Del fallo parcialmente transcrito, queremos destacar cómo la Sala Constitucional, pretendió erigirse, mediante una sentencia, en el único “*juez natural de la jurisdicción constitucional*” (*rectius: justicia constitucional*), al establecer –en contravención del principio de reserva legal-, que sólo ella tenía competencia para conocer de las demandas de amparos interpuestos con fundamento en la LOA,⁹⁰ con lo cual, se propuso –en un primer momento- privar al resto de las Salas que integran al Tribunal Supremo de Justicia de la competencia para amparar, haciendo nugatorio así –respecto del resto de las Salas- el principio constitucional de que todo Juez o Tribunal de la República, por el hecho de serlo, tiene el deber y el poder (con fundamento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Constitución) para tutelar, asegurar y reestablecer derechos fundamentales en el ámbito de sus competencias, con el objeto de garantizar la supremacía y eficacia del *bloque de constitucionalidad*.

⁸⁹ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 01 de febrero de 2000, caso: *Emery Mata Millán vs. Ministro del Interior y Justicia*.

⁹⁰ Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, cuya reforma parcial fue publicada en la Gaceta Oficial Nro. 34.060 de fecha 27/09/1988.

Adicionalmente, se atribuyó –sin fundamento constitucional o legal alguno- la competencia procesal para conocer, en forma exclusiva y excluyente y contrariando el principio *pro actione*, las demandas de amparo interpuestas contra los Tribunales o Juzgados Superiores de la República, de la Corte Primera o Segunda de lo Contencioso Administrativo y de las Cortes de Apelaciones en lo Penal, así como de las apelaciones o consultas obligatorias relacionadas con las decisiones que deban dictar esos órganos jurisdiccionales en materia de amparo constitucional.⁹¹

Con ello, la Sala Constitucional –en la práctica- dejó sin efecto la atribución legal de competencia al resto de las Salas que integran al Tribunal Supremo de Justicia en lo que se refiere a consultas o apelaciones de sentencias de amparo constitucional, apartándose del criterio de la afinidad del derecho amenazado o violado para conocerlas, con lo cual, reiteramos, ha ido configurando en la práctica una concentración de competencias procesales en su seno que carece de justificación constitucional y legal y que entorpece la celeridad y eficacia del amparo constitucional.

Por esas razones, compartimos la posición del magistrado disidente HÉCTOR PEÑA TORRELLES, quien en un fallo posterior señaló lo que tenemos a bien destacar:

Quien suscribe, Magistrado HÉCTOR PEÑA TORRELLES, salva su voto por disentir de sus colegas en el fallo que antecede, que decidió la apelación de una sentencia dictada en materia de amparo constitucional.

Las razones por las cuales me aparto de la sentencia aprobada por la mayoría son las mismas que he sostenido reiteradamente, desde las decisiones dictadas el 20 de enero de 2000 (Casos: Domingo Ramírez Monja; y Emery Mata Millán), por considerar que no existe en la Constitución de 1999 ninguna disposición que atribuya a esta Sala Constitucional competencia para conocer de las apelaciones o consultas de las sentencias dictadas en materia de amparo por los Tribunales de la República.

En mi criterio, una correcta interpretación en materia de competencias para conocer del amparo debió dejar incólumes las normas atributivas de competencia previstas en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, de acuerdo con la evolución jurisprudencial que hasta entonces habían mantenido de forma reiterada tanto la Corte Suprema de Justicia como el resto de los tribunales de la República. La Sala

⁹¹ El artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, cuya última reforma parcial fue publicada en la Gaceta Oficial Nro. 34.060 de fecha 27 de septiembre de 1988, establece lo siguiente: “*Artículo 35: Contra la decisión dictada en primera instancia sobre la solicitud de amparo se oírá apelación en un solo efecto. Si transcurridos tres (3) días de dictado el fallo, las partes, el Ministerio Público o los Procuradores no interpusieren apelación, el fallo será consultado con el Tribunal Superior respectivo, al cual se le remitirá inmediatamente copia certificada de lo conducente. Este Tribunal decidirá dentro de un lapso no mayor de treinta (30) días.*”

Constitucional solamente debió asumir la competencia prevista en el artículo 3 eiusdem, y en el caso del artículo 8 del mismo texto legal, cuando los actos lesivos fuesen de ejecución directa de la Constitución o tuviesen rango de ley.

En el caso concreto de las apelaciones o consultas, la norma contenida en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que prevé las apelaciones o consultas de las sentencias dictadas en materia de amparo, es precisa al indicar que el conocimiento de las mismas corresponde al *Tribunal Superior respectivo* atendiendo a la materia del caso concreto. Ahora bien, cuando dicho artículo alude a los "Tribunales Superiores", no se refiere necesariamente al Tribunal de Alzada, sino a un tribunal jerárquicamente superior dentro de la organización de los tribunales de la República *con competencia en la materia afín* a la relación jurídica dentro de la cual ocurrió la presunta violación de derechos constitucionales, tal como lo entendieron tanto la doctrina como la jurisprudencia patria, atendiendo al hecho de que la especialización de los tribunales contribuye a las soluciones más idóneas y eficaces en cada caso. De allí que, estima el disidente, el criterio de la afinidad de los derechos o garantías constitucionales se debió mantener igualmente entre las distintas Salas del Tribunal Supremo de Justicia, adecuándose a las competencias de las nuevas Salas, atendiendo al ámbito de las relaciones jurídicas donde surgieron las presuntas violaciones constitucionales, correspondiendo el conocimiento a aquella Sala cuyo ámbito material de competencia sea análogo a la relación jurídica involucrada (administrativa, civil, penal, laboral, agraria, electoral, mercantil, etc.).

La modificación de las competencias realizada por la mayoría sentenciadora, constituye -a juicio de quien disiente- una alteración del régimen procesal previsto en la Ley Orgánica de Amparo, materia esta (legislación procesal) que es de la estricta reserva legal, por estar atribuida al Poder Legislativo Nacional, de conformidad con el numeral 32 del artículo 156 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por las razones anteriores, estima el disidente que, esta Sala Constitucional no debió conocer en apelación de la decisión de amparo que cursa en autos, sino declinar el conocimiento de la causa en la Sala correspondiente de este Tribunal Supremo de Justicia.⁹² (cursillas nuestras).

Ahora bien, con relación al problema que advirtió el magistrado disidente HÉCTOR PEÑA TORRELLES en el voto salvado que hemos transcrito, debemos señalar que ya la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia líder de fecha 20 de octubre de 1983, caso: *Andrés Velásquez vs. Consejo Nacional Electoral*, había establecido su criterio con relación a la atribución de competencia procesal a los Tribunales para conocer de los amparos en función de la afinidad del derecho amenazado o violado, con lo que, ciertamente, se reconocía con ello que todo Juez puede tutelar derechos fundamentales, pero que lo debían hacer en función de la afinidad de esos

⁹² *vid.* Sentencia de la Sala Constitucional de fecha 27 de julio de 2000, caso: *Seguros Corporativos, C.A. vs. Superintendencia de Seguros*, cuyo texto íntegro puede ser consultado en el sitio web oficial: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/828-270700-00-0889%20.htm>

derechos (amenazados o violados) respecto la competencia procesal ordinaria que les era y es atribuida por ley.

En efecto, en esa oportunidad la Sala Político Administrativo de la entonces Corte Suprema de Justicia estableció el siguiente criterio:

Al efecto [los Tribunales], deben limitar su facultad para admitir recursos de amparo de acuerdo con la afinidad que con su competencia natural tengan los derechos que se pretendan vulnerados, en razón de que el propio artículo 49 de la Constitución da a entender claramente que si el deber de amparo, corresponde a todos los Tribunales de la República, habrá una distribución de competencias entre los mismos, según se desprende del aparte que se refiere al juez competente, y porque el propio constituyente inició esta distribución de competencias al otorgarla a los Jueces de Primera Instancia en lo Penal en lo referente al amparo de la libertad personal (Disposición Transitoria Quinta).⁹³

Por otra parte, la tendencia de concentrar en la Sala Constitucional las competencias procesales en materia de amparo constitucional, apartándose del criterio de afinidad del derecho amenazado o violado que sabiamente fue establecido en la LOA, también se puede apreciar en la última reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.⁹⁴

En efecto, como muestra de ello, podemos señalar que, dentro de las competencias de la Sala Electoral previstas en el artículo 27, se establece lo siguiente: “[c]onocer las demandas de amparo constitucional de contenido electoral distintas a las atribuidas a la Sala Constitucional.”. En otras palabras, siendo la Sala Electoral la especializada en esa rama particular del Derecho Público, se le atribuye la competencia en esa materia –como regla general- en *forma residual*, cuando lo ajustado a Derecho debe ser que ella conozca de todas las demandas de amparo constitucional en materia electoral, por razón de la afinidad de los derechos amenazados o violados cuya tutela o restablecimiento se requiere y para la cual, se entiende que dispone de conocimientos especializados. Sin embargo, contrariamente al deber ser, resulta que en el numeral 22 del artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se ha establecido como competencia de la Sala Constitucional lo siguiente: “Conocer de las demandas de amparo constitucional contra los actos,

⁹³ *vid.* Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 20 de octubre de 1983, caso: *Andrés Velásquez vs. Consejo Nacional Electoral*, consultada en copia fotostática.

⁹⁴ Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, cuya última reforma parcial fue publicada en la Gaceta Oficial Nro. 5.991 Extraordinario de fecha 29 de julio de 2010.

actuaciones y comisiones del Consejo Nacional Electoral, de la Junta Electoral Nacional, de la Comisión de Registro Civil y Electoral, de la Comisión de Participación Política y Financiamiento, así como los demás órganos subalternos y subordinados del Poder Electoral”.

De esta forma, se podría sostener que, mediante la actual regulación legal de la competencia procesal prevista en la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, también se desconoce el principio de tutela constitucional de derechos fundamentales por *todo* Juez de la República cuya especialización es afín al derecho amenazado o violado que se denuncia.

Por último, para concluir, tenemos a bien advertir que, en determinadas situaciones, la afinidad de los derechos que se denuncian como amenazadas o violados, puede ser reconducida a la competencia procesal que, en materias conexas, tienen legalmente atribuidos dos Tribunales. En esos supuestos, somos de la opinión de que el Tribunal que conoce de la demanda de amparo interpuesta ante su autoridad y que advierte que también existe una afinidad con la competencia de otro Tribunal, debe inmediatamente (para garantizar la eficacia de la supremacía del bloque de constitucionalidad) entrar a conocer la demanda de amparo, más aún si cualquiera de los Tribunales pueden considerarse – por virtud de esa afinidad- igualmente competentes para conocer de los derechos denunciados como amenazados o violados.⁹⁵

Para ejemplificar lo anterior, se puede dar el siguiente caso: el establecimiento comercial de una persona es clausurado por la Administración Tributaria sin observar un procedimiento administrativo previo y sin permitir cualquier oportunidad de defensa y de pruebas, con lo cual, la actuación de la Administración infringiría el derecho constitucional al debido proceso de la persona, así como la garantía constitucional de presunción de inocencia. En el supuesto que planteamos, consideramos que tanto los Tribunales con competencia contencioso administrativa como los Tribunales con competencia contencioso tributaria, pueden ser consideramos igualmente competentes para conocer y decidir una demanda de amparo constitucional, por lo que, más allá de la afinidad como

⁹⁵ Debemos precisar que lo antes señalado tendría –en nuestra opinión- plena justificación respecto del ejercicio de un amparo constitucional autónomo, pero también debemos reconocer que cuando la demanda de amparo se ejerce conjuntamente con otros recursos judiciales, como el contencioso administrativo o el contencioso tributario, en los que se plantean al Tribunal pretensiones de nulidad y condena contra el Estado, la cuestión resulta más compleja al momento de analizar la afinidad como criterio atributivo de la competencia.

criterio atributivo de la competencia procesal, resulta que en observancia y respeto del principio de que todo Juez de la República puede tutelar y proteger derechos fundamentales, el Tribunal que conozca de un caso como el planteado, debe proceder de inmediato a conocer los hechos y disponer lo conducente para asegurar o reestablecer los derechos amenazados o violados, absteniéndose de declarar su incompetencia, ya que ello implicaría frustrar la plena eficacia del *bloque de constitucionalidad* que se busca salvaguardar.

Así, con fundamento en ello, en el supuesto que analizamos, una declaratoria de incompetencia injustificada por parte del Tribunal sería un incumplimiento de la obligación de tutela de derechos fundamentales por todo Juez o Tribunal de la República y, en la medida que pueda causar un daño o perjuicio al afectado que demanda amparo a sus derechos humanos o fundamentales, ello determinaría la responsabilidad del Estado y también la del Juez respectivo.

CONCLUSIONES

Tal como hemos destacado en la primera parte del presente trabajo de investigación, a raíz del proceso de internacionalización de los Derechos Humanos, se ha configurado lo que la doctrina y Tribunales Constitucionales han denominado un “*bloque de constitucionalidad*”, esto es, un conjunto de principios y normas jurídicas de rango supraconstitucional o constitucional en materia de Derechos Humanos que, teniendo por fuente los Tratados (incluso normas del *ius cogens*) y la Constitución, *obligan a todo Juez* nacional (en virtud de la incuestionable prevalencia y eficacia de aquellos como sistemas jurídicos integrados), a una tutela inmediata y plena de los derechos y libertades fundamentales.

Como consecuencia de lo anterior, ha operado un cambio fundamental en el pensamiento jurídico referido a la protección y defensa de los Derechos Humanos, ya que más allá del reconocimiento que la Constitución puede efectuar de esos derechos y libertades fundamentales, o de las garantías que pueda consagrar para su protección, resulta que coexiste, con auténtica e insoslayable fuerza normativa, un andamiaje de disposiciones jurídicas internacionales que amplían el catálogo de

los Derechos Humanos y ofrecen otras garantías también para su tutela. Un cambio de paradigma como el comentado en materia de Derechos Humanos, en el cual se predica la supremacía normativa del “*bloque de constitucionalidad*”, indudablemente determinan también un cambio profundo en la concepción del rol que debe desempeñar *todo Juez cuando actúa como juez constitucional* para amparar las libertades y derechos fundamentales.

Con relación al sistema constitucional venezolano, no sólo podemos predicar la supremacía normativa de la Constitución, sino también de todo un “*bloque de constitucionalidad*” (vid. artículos 22 y 23 de la Constitución) que debe ser amparado y tutelado *por todos los jueces como deber inherente a su función jurisdiccional*, por cuanto, ese “*bloque de constitucionalidad*” encuentra su soporte, su justificación o razón de ser en la necesidad de reconocer, promocionar y proteger de la *dignidad humana*.

Por otra parte, si partimos de una concepción amplia del amparo como derecho constitucional que implica un correlativo deber jurídico de tutela de derechos fundamentales por parte *de todo Juez de la República* a través de cualquier proceso judicial, surge una cuestión a ser resuelta: ¿en cuales supuestos una persona afectada en sus derechos fundamentales debe acudir a un proceso judicial ordinario y en que otro puede acudir al proceso especial de amparo constitucional...? Al respecto, concluimos compartiendo la posición que sostiene que la nota distintiva del amparo como proceso especial para la tuición de los derechos constitucionales, es la referida a la *necesidad del restablecimiento inmediato* para asegurar o garantizar el ejercicio y goce actual del derecho constitucional amenazada o violado, lo cual, deberá ser evaluado por el Juez en cada caso concreto, en función del *derecho en juego* y de la *gravedad o carácter excepcional de las circunstancias* que harían *irreparable* a un derecho constitucional *de no acudirse específicamente a ese proceso judicial especial de amparo constitucional*.

Igualmente, hemos concluido que si no obstante haber quedado demostrado el cumplimiento de esos “*parámetros*” con elementos probatorios suficientes, sucede que el Juez inadmite o niega el amparo demandado, incumpliendo así la obligación jurídica (impuesta por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional, esto es, el *bloque de constitucionalidad*) de tutelar

y custodiar los derechos fundamentales ante perturbaciones, amenazas o violaciones reales y acreditadas que tienen su origen en una acción u omisión arbitraria imputable a los órganos del Estado (cualesquiera ellos sean) o de los particulares, ello comprometería la responsabilidad del Estado, incluso a nivel internacional, con la consecuente obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados al afectado e, incluso, debe ser considerada por ley como una falta grave (de carácter disciplinario) en el desempeño de su función jurisdiccional que compromete la responsabilidad del Juez.

También hemos concluido que en el marco del proceso especial de amparo constitucional, la atribución legal de la *competencia procesal* (por razón de la afinidad del derecho fundamental y del territorio en el que se configura la amenaza o violación) prevista en el artículo 7 de la LOA, tiene por objeto una doble finalidad: por una parte, facilitar el acceso y tutela por el órgano jurisdiccional más cercano en virtud del principio *pro actione*, y, por otra parte, asegurar que la decisión sobre la amenaza o violación sea dictada y ejecutada por un Juez o Tribunal especializado, es decir, que tenga competencia por la materia que resulta afín con el derecho o garantía cuya protección o restablecimiento se demanda, bajo la premisa de que el Tribunal especializado puede adoptar las soluciones o medidas más idóneas y eficaces en cada caso.

Con fundamento en lo previsto en el artículo 9 de la LOA, según el cual, ante la ausencia de Tribunales de Primera Instancia en el lugar donde se produzca la violación o amenaza del derecho o garantía constitucional, es posible interponer la demanda de amparo “*ante cualquier Juez de la localidad*”, se puede afirmar que tal disposición, lejos de constituir una simple regla de atribución de competencia, constituye un reconocimiento, por parte del Poder Legislativo, del principio jurídico según el cual todo Juez o Tribunal se encuentra constitucionalmente habilitado para tutelar y salvaguardar derechos humanos o fundamentales a través del proceso especial de amparo constitucional.

Igualmente, hemos concluido que del referido principio jurídico se derivaría que es contrario a Derecho cualquier regulación, reglamentación, criterio jurisprudencial o, incluso, disposición de gobierno del Poder Judicial que pretenda suprimir o excluir el poder que tiene todo Juez o Tribunal

RAFAEL ENRIQUE TOBÍA DÍAZ

para amparar derechos humanos o fundamentales a través del proceso especial de amparo constitucional, ya que, como ha sido destacado anteriormente, ello constituye un aspecto esencial e inescindible de su función jurisdiccional, atribuida y regulada exclusivamente en y por la Constitución.

Por último, hemos advertido que tanto la actual Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia como la Sala Constitucional han configurado una concentración de competencias procesales en el seno de dicha Sala, la cual además de que carece de fundamento constitucional, afecta la celeridad y eficacia del amparo como garantía del bloque de constitucionalidad, más si se considera que se ha desconocido en grado importante la posibilidad de las otras Salas que integran al Tribunal Supremo de Justicia de tutelar y proteger (en el ámbito de las competencias que a cada una deberían corresponder), los derechos fundamentales mediante el proceso especial de amparo constitucional en función del criterio de afinidad del derecho denunciado como lesionado o violado.

BIBLIOGRAFÍA

AYALA CORAO, CARLOS. *“Del Amparo Constitucional al Amparo Interamericano como Institutos para la Protección de los Derechos Humanos”*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas / San José, 1998

AYALA CORAO, CARLOS. *“Del Dialogo Jurisprudencial al Control de la Convencionalidad”*. Discurso de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, Venezuela. 2012.

BREWER CARIAS, ALLAN R. *“El Derecho de Amparo y la Acción de Amparo.”*, publicado en: *“Revista de Derecho Público”*, Nro. 22, Abril-Junio 1985, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 1985.

BREWER CARIAS, ALLAN R. *“El Amparo a los Derechos y Garantías Constitucionales (Una Aproximación Comparativa)”*. Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Católica del Táchira, Caracas, Venezuela, 1993.

RAFAEL ENRIQUE TOBÍA DÍAZ

BREWER CARIAS, ALLAN. AYALA CORAO, CARLOS M. *“Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales”*. Colección Textos Legislativos Nro. 5. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 1996.

CANOVA GONZÁLEZ, ANTONIO *“Un mal comienzo...(Una crítica a las sentencias de la Sala Constitucional de fechas 20 y 21 de enero y 2 de febrero de 2000)*, publicado en: *“Revista de Derecho Constitucional Nro. 2”* Editorial Sherwood, Caracas, Venezuela, 2000.

CHAVERO GAZDIK, RAFAEL J. *“El Nuevo Régimen del Amparo Constitucional en Venezuela”*. Editorial Sherwood, Caracas, Venezuela, 2001.

CHAVERO GAZDIK, RAFAEL J. *“El Nuevo Régimen del Amparo Constitucional en Venezuela – Suplemento 2002”*. Editorial Sherwood, Caracas, Venezuela, 2002.

CUEVA FERNÁNDEZ, RICARDO. *“De los niveladores a Marbury vs. Madison: la génesis de la democracia constitucional”*. Editado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2011

ESCOVAR SALOM, RAMÓN. *“El Amparo en Venezuela”*, Editorial Jurídica Alva, S.R.L., Caracas, Venezuela, 1971.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, IGNACIO. *“Dignidad de la Persona y Derechos Fundamentales”*. Editorial Marcial Pons, Madrid, España. 2005.

KIRIAKIDIS L, JORGE C. *“El Amparo Constitucional Venezolano. Mitos y Realidades”*. Colección de Justicia Nro. 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 2012.

LINARES BENZO, GUSTAVO JOSÉ. *“El Amparo y los demás Medios Procesales.”*, publicado en: *“Revista de Derecho Público”*, Nro. 34, Abril-Junio 1988, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 1988.

LINARES BENZO, GUSTAVO JOSÉ. *“El Proceso de Amparo en Venezuela”*.. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 1996.

LINARES BENZO, GUSTAVO JOSÉ. *“El Proceso de Amparo en Venezuela”*. Tesis Doctoral. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Nro. 113, Universidad Central de Venezuela (UCV), Caracas, Venezuela, 1999.

NIKKEN, PEDRO. *“La Fuerza Obligatoria de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”*, publicado en: *“Revista de Derecho Público”*, Nro. 34, Abril-Junio 1988, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 1988.

NIKKEN, PEDRO. *“Código de Derechos Humanos”*. Colección de Textos Legislativos Nro. 12, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 2006.

NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *“El Bloque Constitucional de Derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina”*. Conferencia para la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, dictada el 15 de septiembre de 2007.

ORTIZ ÁLVAREZ, LUIS. HARO, JOSÉ VICENTE. LEJARZA, JACKELINE. *“Crónica de Jurisprudencia de la Sala Constitucional (Enero-Febrero de 2000)”*, publicada en Revista de Derecho Constitucional Nro. 1, Editorial Sherwood, Caracas, Venezuela, 2000.

ORTIZ ALVAREZ, LUIS; HENRIQUEZ MAIONICA, GIANCARLO. *“Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia de Amparo Constitucional 1969-2004”*. Editorial Sherwood, Caracas, Venezuela, 2004.

RAFAEL ENRIQUE TOBÍA DÍAZ

REY CANTOR, ERNESTO. “*Celebración y Jerárquica de los Tratados de Derechos Humanos (Colombia y Venezuela)*”. Ediciones de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Caracas, Venezuela, 2007.

RIERA ENCINOZA, ARGENIS. “*Jurisprudencia sobre Amparo (Comentada)*”, Ediciones Libra, Caracas, Venezuela, 1988.

RONDÓN DE SANSÓ, HILDERGARD. “*La Acción de Amparo contra los Poderes Públicos*”. Editorial Arte, Caracas, Venezuela. 1994.

DERECHO PRIVADO

CARLA SERRANO NAVEDA Y GLORIA PERDOMO

LA PERSPECTIVA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES SOBRE EL SISTEMA JUDICIAL Y LA VIOLENCIA ARMADA: UN ESTUDIO CUALITATIVO

Carla Serrano Naveda y Gloria Perdomo

Investigadoras de la línea DDHH-NNA

Resumen

El propósito de esta investigación cualitativa fue documentar y analizar la perspectiva de niños, niñas y adolescentes sobre el sistema de justicia venezolano y las oportunidades de protección que les ofrecen sus comunidades. La recolección de datos incluyó 4 grupos focales y 42 participantes, realizadas en los municipios Libertador y Valencia del estado Carabobo, durante el mes de junio de 2017. Los resultados reflejan el contexto de emergencia humanitaria que afecta al país, y evidencian la operación de bandas armadas que cometen asesinatos y otros crímenes con total impunidad, así como la captación de niños y jóvenes por parte de tales bandas. También evidencian la profundización de la pobreza; el debilitamiento de las familias en todos sus roles de manutención, protección y socialización de los hijos; la ausencia de programas o servicios de apoyo; el precario funcionamiento del Sistema de Protección; la frecuencia de situaciones de abandono, explotación y violencia; y una marcada desconfianza ante el sistema de justicia. Al respecto resalta que, a pesar de su corta edad, nuestros informantes han sido testigos de graves violaciones de la ley por parte de los cuerpos policiales, y tienden a considerar como normales o hasta positivas diversas formas de violencia ilegal, incluyendo los ajusticiamientos y linchamientos, porque se supone que estas serían formas de “proteger” a la comunidad.

Palabras clave: Violencia; niños, niñas y adolescentes; bandas armadas; sistema de justicia; sistema de protección; responsabilidad penal de adolescentes

Abstract

The purpose of this qualitative study was to document and analyze the point of view of boys, girls and adolescents about the judiciary system and about the protection opportunities provided to them by their communities. Data recollection included 4 focus groups and 42 participants, conducted in the Libertador and Valencia municipalities of Carabobo State, on June 2017. Results reflect the humanitarian emergency currently affecting the country, and reveal the existence of armed gangs that have committed a number of homicides and other crimes with complete impunity, as well as the recruitment of kids and youngsters to form part of those gangs. Results also show increased poverty; the weakening of families in terms of all its roles: subsistence, protection and socialization; the absence of support programs or services; the poor performance of the Protection System; frequent situations of abandonment, exploitation and violence; and a pronounced mistrust of the judiciary system. In spite of their tender age, the majority of our informants have witnessed grave law violations committed by the police forces, and usually deem diverse forms of illegal violence, including executions and lynch mobs, as something normal or even positive, since these are supposed to be ways of “protecting” the community.

Keywords: Violence; boys, girls and adolescents; armed gangs; judiciary system; protection system; adolescent criminal liability.

CARLA SERRANO NAVEDA Y GLORIA PERDOMO

I.CONTEXTUALIZACIÓN DE LA VIOLENCIA QUE AFECTA A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

En la sociedad venezolana se ha venido generalizando la afirmación según la cual los adolescentes son los principales responsables del incremento de delitos violentos en la mayoría de las ciudades del país. A este sector de la población se le acusa de vincularse a grupos armados para la comisión de homicidios y otros crímenes. Sin contar con cifras oficiales que fundamenten estas afirmaciones, los adolescentes residentes en zonas populares han sido identificados como sujetos peligrosos, incriminándoles como responsables de delitos y de situaciones de violencia que no han sido verificadas en datos comprobables, ni han sido estudiadas en investigaciones que permitan conocer, en su complejidad, la magnitud y características de su accionar en grupos dedicados a la violencia y la criminalidad.

Esta investigación se realiza para cuestionar estas afirmaciones evidenciando que estar operando una criminalización de la población juvenil que vive en contextos de pobreza, por dos razones: por la ausencia de información pública que precise la naturaleza y proporción de la participación de adolescentes y jóvenes en delitos; y por otra parte, para pretender esconder, desconocer o minimizar las múltiples y reiteradas vulneraciones de derechos a la población de niños, niñas y adolescentes (NNA), que los conducen a situaciones extremas de abandono, violencia y victimización.

Los pocos datos disponibles, escasos y dispersos, muestran que NNA son principalmente víctimas de delitos y de vulneraciones de sus derechos en un contexto social e institucional de violencia, inseguridad y de expansión del crimen organizado. El informe titulado: Impacto de la violencia en niños, niñas y adolescentes, advirtió que las cifras de muertes violentas en niños, niñas y adolescentes se habían triplicado en el país de 1997 a 2009, es decir, en apenas doce años (Fernández 2013).

En un contexto de opacidad informativa oficial, el Observatorio Venezolano de Violencia estimó que “en el año 2016 fallecieron 9.967 jóvenes menores de 21 años como resultado de la

CARLA SERRANO NAVEDA Y GLORIA PERDOMO

violencia”, entre estas víctimas se calcula unas “854 tenían menos de 15 años de edad” (OVV, Informe de la Situación de Violencia en Venezuela. 2017). Para ese año 2016, OVV había estimado una cifra anual de 28.479 homicidios, lo cual posiciona a Venezuela como uno de los países con mayor mortalidad violenta en el mundo (OVV, Informe de la Situación de Violencia en Venezuela. 2016). Posterior a la publicación de estas cifras, los datos aportados en el 2017 por la Fiscalía General de la República, revelaron que en 2016 se cometieron en el país 21.252 homicidios, de los cuales 86% (18.276) fueron por armas de fuego, estas cifras muestran un incremento de 22% en relación con los datos disponibles para el año 2015. Ante alarmantes cifras como éstas es preciso recordar que entre las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño al Estado Venezolano, en su último examen periódico sobre la aplicación de la Convención Sobre los Derechos del Niño⁹⁶, estaba el “intensificar sus esfuerzos para prevenir los asesinatos de niños, niñas y adolescentes, en particular por bandas armadas, y abordar las causas profundas de esos actos de violencia” (CRC 2014).

Ubicando el problema en el contexto regional, tenemos que estudios de organismos internacionales sobre el tema de violencia afirman que “la violencia contra la niñez y la adolescencia en América Latina y El Caribe ha llegado a adquirir proporciones epidémicas” (Movimiento Mundial por la Infancia 2011) y que la violencia toma muchas formas afectando los derechos, el bienestar y las oportunidades de desarrollo de NNA. Son datos que confirman los hallazgos del Estudio Mundial sobre la Violencia contra los Niños y las Niñas en el que el Experto Independiente de ONU (Pinheiro 2006), constata que la violencia en América Latina es una realidad cotidiana que “acaba con la vida de miles de niños, niñas y adolescentes y que deja secuelas irreversibles en miles de ellos y ellas”, debido en parte a la falta de “sólidos programas de prevención”.

El Fondo de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe (UNICEF LACRO) en su documento Prevención y Reducción del Impacto de la Violencia Armada en la Niñez y Adolescencia. Propuesta Técnica Multi-país (2014 – 2017), presenta los siguientes datos para la región de Centro América:

⁹⁶ Tratado de derechos humanos en materia de niñez y adolescencia que marca un hito (doctrinario, cultural, institucional) y fue aprobado en la Asamblea General de Naciones Unidas el 20-11-1989.

CARLA SERRANO NAVEDA Y GLORIA PERDOMO

...en la región, la tasa de homicidios de personas jóvenes entre 15 - 29 años de edad de grupos de ingresos altos es de 21,4/100.000, mientras que la tasa entre jóvenes de ingresos medio y bajo asciende a 89,7/100.000 habitantes⁹⁷, resaltando la causalidad entre el nivel de ingresos y el nivel de muertes violentas contra los niños y jóvenes.

La mayoría de los casos de violencia armada se dan en entornos urbanos marginales, ubicados en periferias, con altos niveles de densidad poblacional donde el acceso a servicios sociales (educación, salud, recreación y participación) es limitado, con respecto a otras zonas del territorio, y donde las condiciones de acceso y permanencia a educación media y superior para los adolescentes son bajas y el nivel de desempleo juvenil es alto (UNICEF-LACRO 2015).

UNICEF afirma que la violencia se ha convertido en la primera causa de muerte entre adolescentes y jóvenes varones en siete países de América Latina, incluida Venezuela; conforme a su estudio *Ocultos a Plena Luz* (UNICEF-OMS 2014), los tres países con tasas más elevadas de homicidio de niños y adolescentes menores de 20 años son El Salvador, Guatemala y la República Bolivariana de Venezuela.

En 2015, la Organización de Estados Americanos aprobó el estudio *Violencia Niñez y Crimen organizado*, elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como parte de su trabajo de monitoreo a la situación de derechos humanos en la región. Entre las más preocupantes conclusiones de este estudio destaca la siguiente:

El riesgo de morir víctima de un homicidio varía dependiendo de la edad y del sexo. Como tendencia general, los datos muestran que comparativamente los adolescentes en edades comprendidas entre los 15 y los 19 años son un grupo con un considerable riesgo de morir víctimas de un homicidio y que las cifras se acentúan dramáticamente en la juventud (hasta los 24 o los 29 años, dependiendo de las fuentes consultadas). Por ejemplo, en Venezuela, según cifras del 2012, los índices de homicidio se elevan de 1,2 por 100.000 habitantes para niños de menos de 10 años a 39 por 100.000 habitantes entre adolescentes de 10 a 19 años. Así mismo existen marcadas diferencias por sexo; en ese mismo país, el índice de homicidios es del 74 por 100.000 habitantes en adolescentes varones mientras que es del 3 por 100.000 habitantes en adolescentes mujeres. (...) Si bien los niños entre 10 y 14 años están mucho menos afectados por la violencia homicida que los adolescentes y jóvenes, este hemisferio es el que tiene las cifras más altas comparativamente con otras

⁹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)/UNICEF (2009), Reporte sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos (2009).

CARLA SERRANO NAVEDA Y GLORIA PERDOMO

regiones en muertes violentas de niños en esa franja de edad (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2015).

La afectación de NNA por situaciones de violencia en sus entornos de vida, la ausencia de servicios, instituciones y programas que promuevan la restitución o protección de sus derechos a la alimentación, a la salud, la educación o la integridad personal, son señalados como factores que propician la socialización en la violencia y en la contravención de la ley.

Los impactos de la violencia y la vulneración de derechos en la infancia pueden tener consecuencias posteriores en la adolescencia, incluso en la condición del niño como futuro adolescente agresor. En consecuencia, es necesario no desvincular los indicadores de violencia y de vulneración de derechos en las diversas etapas de la vida de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes. La Comisión además destaca la importancia de considerar que los adolescentes que ejercen la violencia, por lo general han sido ellos mismos víctimas de violencia o abusos, o los han presenciado, o bien han visto de otro modo vulnerados sus derechos fundamentales (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2015).

En otra publicación reciente de UNICEF que difunde datos estadísticos globales sobre la violencia contra NNA se sostiene:

América Latina y el Caribe es la única región donde se ha registrado un aumento (aunque relativamente moderado) de las tasas de homicidio entre los adolescentes de 10 a 19 años desde 2007. En la región viven menos de un 10% de los adolescentes del mundo, pero casi la mitad de todos los homicidios entre adolescentes que ocurrieron en 2015 se produjeron allí. En América Latina se encuentran los cinco países con mayores tasas de homicidio entre los adolescentes (UNICEF 2017).

II. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

Bosquejado brevemente este contexto, en donde predominan publicaciones e informes llevados a cabo por adultos especialistas e interesados en la materia, la investigación realizada quiso introducir una nueva perspectiva en el tema y se propuso conocer los puntos de vista de NNA sobre las formas de violencia que viven, perciben y afrontan en sus ámbitos de vida. De la misma manera que se planteó examinar las consecuencias de la violencia armada en las oportunidades de desarrollo y protección de los NNA.

CARLA SERRANO NAVEDA Y GLORIA PERDOMO

Los paradigmas históricamente dominantes en torno a la infancia han tendido a invisibilizar y subestimar los aportes de los NNA como sujetos con posibilidades de desarrollo autónomo y capacidad de intervenir en la vida social. Como sostiene Gaitán “fuera de la perspectiva del niño como “producto” o como “futuro” o como “problema”, la infancia se encuentra ausente” (Gaitán 2006) pero afortunadamente, más allá de la ambivalencia que siempre los ha rodeado (oscilaciones entre vulnerabilidad y protagonismo), nuevas perspectivas han ido emergiendo y situándose en lo que misma autora llama la “infancia desde dentro” (*Idem.*), es decir, desde los propios niños, niñas y adolescentes.

En la Doctrina de la Protección Integral (DPI) la participación infantil ocupa un lugar central, pues no podría hablarse de sujetos de derechos, si éstos no pueden opinar, expresarse y si ninguno de sus aportes es tomado en cuenta en ningún contexto. En la Observación General N°12 producida por el Comité de los Derechos del Niño en el año 2009 y dedicada al derecho de los NNA a ser escuchados se señala lo siguiente:

...el artículo 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos... (Comité Derechos del Niño 2009).

El derecho de participación (artículo 12 de la Convención sobre Derechos del Niño) y el de *opinar y ser oído* (Art. 80 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente) expresan valores fundamentales de la doctrina de protección integral a la infancia, y es preciso entender que el ejercicio de este no se reduce a un “acto momentáneo, sino [que es] el punto de partida para un intenso intercambio de pareceres entre niños y adultos sobre la elaboración de políticas, programas y medidas en todos los contextos pertinentes de la vida de los niños” (Comité Derechos del Niño 2009). Sin oportunidades de participación, resultan impensables procesos democráticos de formación en ciudadanía y desarrollo social.

En concreto, la investigación que se presenta asumió una orientación metodológica con énfasis cualitativo, en el que se utiliza la entrevista y los grupos focales como técnicas de investigación

CARLA SERRANO NAVEDA Y GLORIA PERDOMO

social aplicadas a niños, niñas y adolescentes. El análisis de los datos se realiza guiado por el enfoque de derechos humanos de la niñez que deriva de la Convención Sobre los Derechos del Niño.

III. EL ENFOQUE BASADO EN DERECHOS HUMANOS.

La aprobación de la Convención Sobre los Derechos del Niño en noviembre de 1989, marca un hito en la historia de la humanidad al consagrar en una normativa internacional la afirmación de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos humanos. Con la aprobación de esta Convención (AG Naciones Unidas 1989), los países del mundo se obligan a tomar medidas legislativas, institucionales, sociales y educativas para asegurar la protección del desarrollo integral de la niñez y para garantizar plenamente sus derechos sin ningún tipo de discriminación.

Desde agosto de 1990, la República Bolivariana de Venezuela afirma su compromiso de cumplir con las obligaciones que garantizan los derechos humanos de NNA, promoviendo la participación corresponsable de las familias y de la sociedad en esta misión prioritaria. Se trata de una decisión muy relevante porque expresa un importante nivel de conciencia sobre el significado de la niñez y la adolescencia como etapas cruciales en el desarrollo humano y como garantía del desarrollo social integral.

Este marco normativo, de exigibilidad y cumplimiento de derechos humanos implica un cambio conceptual que supera las visiones asistencialistas o instrumentales en política social o en enfoques de desarrollo. Se trata de un paradigma que no es sólo doctrina jurídica, sino que plantea una mirada integral del desarrollo y un cambio radical en la concepción de NNA como seres humanos portadores de derechos.

Lo que evidencian los estudios realizados en esta materia, es que si bien en algunos países, como en el nuestro, se muestran avances significativos en la legislación garantista de derechos de la niñez y la adolescencia (Congreso de la República de Venezuela 1998), hay desafíos en la aplicación e implementación institucional de esa legislación. Una importante dificultad es la del desarrollo de una cultura institucional garantista de derechos, que afirme en sus normas y en sus prácticas, la concepción

CARLA SERRANO NAVEDA Y GLORIA PERDOMO

del niño, niña o adolescente como sujeto de derechos humanos, y de la institución o autoridad como garante de esos derechos. Otro desafío pendiente está en la disponibilidad de información tanto sobre las experiencias de realización o ejecución de medidas de protección o cumplimiento de derechos, como en lo referente a la vulneración de derechos, al incumplimiento u omisión de lo previsto en las leyes y las respectivas reparaciones/restauraciones de derechos que correspondan.

Se entiende por enfoque basado en Derechos Humanos (EBDH) lo siguiente:

Es un marco conceptual para el proceso de desarrollo humano que desde el punto de vista normativo está basado en las normas internacionales de derechos humanos y desde el punto de vista operacional está orientado a la promoción y la protección de los derechos humanos (...) Desde la perspectiva de los derechos humanos, la caridad por sí sola no es suficiente. En un enfoque de derechos humanos, los planes, las políticas y los procesos de desarrollo están anclados en un sistema de derechos y de los correspondientes deberes establecidos por el derecho internacional (Naciones Unidas 2006).

Conforme a la doctrina, dichos Derechos Humanos son universales, inalienables, intransferibles, interdependientes e indivisibles, lo que tiene implicaciones relevantes para la implementación y monitoreo de los derechos, por cuanto con un enfoque holístico e integral, quien promueve o garantiza derechos no puede concentrarse en algunos para postergar o desatender otros, ya que generalmente la vulneración de un derecho desencadena una cadena de afectaciones de otros derechos; tampoco pueden ser jerarquizados colocando algunos derechos como más relevantes, porque todos son interdependientes entre sí. Otro aspecto a tener presente es el de la progresividad de los derechos humanos para afirmar que una vez que se ha admitido y consagra determinado derecho, la normativa no puede retroceder a una situación en la que el derecho no pueda ser ejercido o disfrutado; en este sentido los derechos siempre avanzan hacia niveles superiores de reconocimiento a la dignidad de las personas y a potenciar sus capacidades de evolución y desarrollo. Diferenciamos entonces entre titulares de derechos, garantías y garantes u obligados. El Estado, como garante histórico y primordial de los derechos humanos de las personas, está obligado a asegurar medidas, decisiones e inversiones para cumplir con sus deberes de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos.

IV. ASPECTOS DEL TRABAJO DE CAMPO

La selección de las unidades de estudio en investigaciones cualitativas no se realiza por representación estadística sino por la selección estratégica de casos siguiendo pautas de muestreo teórico, de manera que el o la investigadora selecciona dichas unidades de acuerdo con atributos definidos con anterioridad (Flores 2009). En este sentido, la selección de los municipios Valencia y Libertador del estado Carabobo obedeció a los niveles de violencia armada conocidos en la región⁹⁸.

Realizar el trabajo de campo supuso apelar a los vínculos con personas conocidas en las localidades, quienes facilitaron el acceso a los NNA estudiantes tanto de colegios públicos como privados, acordándose cláusulas de confidencialidad y anonimato con los entrevistados y los participantes en los grupos focales. Adicionalmente, el trabajo de campo debió afrontar otras dificultades propias de la crisis económica que viene afectando al país, en lo traslados y transporte, el incremento acelerado del costo de los insumos de la investigación, las fallas de luz, internet y otros servicios de comunicaciones, así como, el contexto de crisis política que afectó al país justo en la época en que se realizaba el trabajo de campo de la investigación (junio 2017). La siguiente tabla resume las actividades de investigación realizadas en los municipios Valencia y Libertador del estado Carabobo:

Técnicas de recolección de información	Códigos	Códigos
Una Entrevista (E) y cuatro Grupos Focales (GF)	MV=Mpi. Valencia	ML=Mpio. Libertador
	H=Hombre M=Mujer	H=Hombre M=Mujer
E- Adolescente en condición de Victimario (con experiencia en tribunales penales juveniles, 17 años)	VMVH 1:01:01 hrs	
GF-Adolescentes Colegio		AMLH

⁹⁸ Según datos aportados por estudios sobre victimización el eje centro-norte-costero concentra el 50% de los homicidios del país (Sánchez 2016).

CARLA SERRANO NAVEDA Y GLORIA PERDOMO

Campo Carabobo (público), 10 participantes, todos hombres (entre 15 y 17 años y uno de 19 años de edad)		AMLM 33:21 min
GF-Niños Colegio Campo Carabobo (público), 10 participantes, 5 mujeres y 5 hombres (entre 10 y 12 años)		NMLH NMLM 41:06 min
GF-Adolescentes U. E. Santa Rosa (privada), 11 participantes, 6 hombres y 5 mujeres (entre 15 y 17 años)	AMVH AMVM 1:01:58 hrs	
GF-Niños U. E. Santa Rosa (privada), 10 participantes, 6 mujeres y 4 hombres (entre 10 y 12 años)	NMVH NMVM 1:01:07 hrs	

Los códigos mostrados en la tercera columna serán utilizados en la siguiente sección, para identificar las citas textuales que se vayan haciendo en la presentación de resultados de cada categoría, en las que se mostrarán los relatos más significativos.

V. RESULTADOS

a. *Percepciones sobre la justicia.*

Sobre la confianza y efectividad percibida en el sistema de justicia, tema de larga discusión y estudio en el país vistas sus múltiples deficiencias (altas tasas delictivas, alto porcentaje de impunidad, jueces provisorios, sin independencia judicial, corrupción, deficiencias en cuerpos policiales y de investigación, ausencia de políticas judiciales, entre otros aspectos), la mayoría de los relatos registrados tienden a reflejar opiniones negativas en distintos sentidos, sobre todo por su ausencia, salvo puntuales referencias de casos en donde la respuesta ha sido acorde y oportuna.

Sobre el creciente fenómeno de los “linchamientos”⁹⁹ los niños narraron:

⁹⁹ Sobre el tema de los linchamientos ver los siguientes artículos de Esther Pineda (Pineda 2017) y (Pineda, Dame pa' matalo: la práctica del linchamiento en Venezuela (Segunda parte) 2017).

CARLA SERRANO NAVEDA Y GLORIA PERDOMO

NMLM: por allá por Tinaquillo unos niños con hambre y se fueron a robar... no sé semeruca...eran tres, uno de 15, uno de 14 y uno de 12, se fueron a robar semeruca y los vendedores ya estaban hartos de que les robaran y lo agarraron fue a uno que era inocente, pues y lo amarraron con alambre de púa y eso se le metió así pa'dentro y después lo amarraron con la cola de un caballo, lo pasearon por todo eso y después lo quemaron

E: ¿lo quemaron?

NMLH: si

E: ¿y no sobrevivió?

NMLM: No

NMLH: ... él tenía mucha hambre y cuando llegó al hospital decía que tenía mucha hambre y la mamá no podía hacer nada porque lo estaban metiendo al quirófano y se murió...

Los niños y niñas también hablaron con naturalidad de “ajusticiamientos”, vivencias que han tenido en sus comunidades y que distan mucho de representar efectividad dentro de la lógica propia de un Estado de Derecho y su sistema de justicia. Al revés, en las narraciones se mencionan a cuerpos militares como presuntos autores de los hechos.

NMLM: por la casa de mi abuela...un día...estaban buscando dos Guardias [Nacionales] y estaban bebiendo y se emborracharon pues y estaban y que buscando a un chamo porque y que había robado, y el chamo no estaba robando, estaba en su casa, tranquilo durmiendo y le tocaron la puerta y le estaban dando palazos, lo mataron y lo subieron arriba del techo de la casa de la mamá.

En otro grupo focal se informa de un asesinato cometido por funcionarios policiales:

NMLH: hubo algo parecido por mi casa, pero el chamo era malandro...verdad y a él lo llevaron los Guardias [Nacionales] y lo mataron en la casa de la mamá (...) ya estaba... ¡rayado! pues y a él lo fueron a buscar la PTJ [*aunque en el imaginario colectivo se siga hablando de la Policía Técnica Judicial, ese cuerpo hace años que se designa con las siglas CICPC, Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas*].

E: ¿rayado es que ya tenía antecedentes?

NMLM: ajá, ya estaba solicitado. Entonces lo fueron a buscar y allí mismo lo mataron; ese día mataron a dos, mataron a un negrito y mataron a éste...

La justicia tiene -precio- como expresó una adolescente en Valencia “yo creo que lo que influye mucho hoy en día es el poder que tú tengas, sobre todo porque tú tienes dinero y tú puedes pagarle al policía, a un funcionario, a un abogado, a este juez. El dinero es lo que controla más...

CARLA SERRANO NAVEDA Y GLORIA PERDOMO

influye más, porque si tú no tienes dinero no eres nadie y no puedes hacer nada” y esta reflexión fue respaldada por otro adolescente en el grupo focal quien lacónicamente aseguró “no hay justicia”.

La convicción de que “no hay autoridades” (AMVH) se ve reforzada por diferentes reportes en donde el desenlace suele interpretarse en clave de corrupción e impunidad de los funcionarios policiales. En este mismo sentido una adolescente compartió:

el viernes se metieron a la casa de mi abuela y agarraron a una señora mayor y la tuvieron allí...mientras tanto ellos revisaron los cuartos y los dejaron horribles, salieron corriendo...uno hacia un lado y otro, hacia otro... lograron agarrar a uno y al siguiente día como a las ocho de la mañana lo soltaron, no sé qué hizo, si los extorsionó, les ofreció dinero, algo... porque tenían la prueba de que ese tipo estaba en la casa... (AMVM).

Como ejemplo del temor a denunciar, pues las víctimas no suelen contar con programas de asesoría, acompañamiento ni de protección, se registró el siguiente relato:

Eso es claro, por ejemplo, con los niños, las personas que, los niños que sufren abusos como violación, abuso sexual, y son niños de seis, siete años, las personas grandes les van a decir ‘no mira, si tú dices algo le voy a hacer algo a tu mamá...no sé qué...’ entonces esos niños se quedan con la mentalidad, entonces ¿cómo va a ir a la policía? sabiendo que le van a hacer algo a mi mamá, le van a hacer algo a mi familia. Incluso si un niño va a la policía, ya como el agresor ha comprado al policía algo así, porque hoy en día eso existe (AMVM).

Como referencias que podrían ser consideradas positivas dentro de esta categoría, encontramos la confianza expresada en algunos niños por la existencia en sí de la LOPNNA, ley de protección integral que para los niños existe para cuidarlos de terceros y según lo expresan, lo puede hacer de diversas formas:

NMLH: hay veces que la LOPNNA también ayuda a los niños

E: ¿cómo los ayuda la LOPNNA?

NMLM: defendiéndolo de la mamá, si la mamá es mala

NMLH: ajá quitándoselo y poniéndolo en una escuela o poniéndolo en adopción, o lo ponen con la abuela, la tía, con la hermana... con un familiar

NMLM: con alguien que o quiera o le busque una familia nueva pues

NMLH: y la mamá va presa porque está maltratando a su hijo

Sin embargo, en uno de los intercambios sostenidos con niños de primaria conversando sobre casos que aludían a maltrato infantil, crudamente plantearon el nivel de desprotección en que se encuentran algunos niños en los siguientes términos: “porque yo he visto cuando los matan a palos y nadie se mete” (NMLM) y un niño agregó en el mismo grupo focal “[sólo] cuando hay exceso es que meten preso a los papás” (NMLH).

b. Percepciones de seguridad ciudadana.

Un elemento común a los adolescentes que participaron del grupo focal en el colegio privado en Valencia fue que, lamentablemente, todos habían sido víctimas directas de algún delito y estaban en capacidad de narrar experiencias de inseguridad ciudadana padecida. Una adolescente se expresó así:

vivimos con un miedo que algo va a pasar, diariamente, a cualquier hora del día, puede ser las seis de la mañana y pasa algo, puede ser diez de la mañana y te pasa algo...uno está entrando al colegio y hay que cuidarse, uno tiene que tener ¡cuidado! cuidado en cualquier lado” (AMVM). Mientras un muchacho con amarga resignación afirmó “estamos acostumbrados a esa zozobra (AMVH).

Profundizando en la idea, desde la perspectiva de sujetos en la etapa de desarrollo adolescente, se agregó “no tenemos como por decirlo así, no tenemos calidad de vida, en el sentido que no nos sentimos seguros, ahorita es muy triste que muchas personas... sus padres... ‘hijo ¿para dónde vas?’...cuando vas a una fiesta, te están preguntando cada cinco minutos ¿qué haces?, ¿estás bien?” (AMVH). Es decir, se perciben como una generación muy vigilada y controlada, precisamente, a causa de la inseguridad ciudadana reinante.

Como agravante a lo hasta ahora planteado, se citarán relatos en donde los adolescentes comparten como ellos y sus familias han sido víctimas de delitos por parte de funcionarios públicos adscritos a cuerpos de seguridad del Estado, policías y Guardias Nacionales protagonizan estas historias, incluso más citados que delincuentes en sí. Una adolescente dijo:

yo viví una experiencia con policías... gente de alto rango que ingresó a mi residencia con la intención de robar carro, con la intención de llevarse televisores, con la intención de partir puertas (...) lo que pasa es que una persona que vive en la residencia es

CARLA SERRANO NAVEDA Y GLORIA PERDOMO

de poder, sabían que la persona estaba allí, ésta puso un freno y ellos se fueron, si esa persona no hubiese estado allí, ellos se roban carros... ¡se llevan todo!, porque iban dispuesto hasta matar a alguien (...) la policía son los mismos ladrones (AMVM).

Por su parte, durante un intercambio de ideas los adolescentes relataron:

AMVH: hace más o menos como dos años mi papá tenía una pequeña compañía y entraron unos Guardias [Nacionales] y secuestraron a mi hermano y extorsionaron a mi papá...

AMVM: Se supone que son los organismos protectores de las personas, de la ciudad, del país... ¿por qué nos hacen esto?, nos dan hasta la misma inseguridad, ellos la provocan...

AMVH: ...no tenemos seguridad...

AMVH: esos entes los que deberían hacer que nos sintiéramos seguros son los mismos que nos hacen sentir amenazados.

AMVH: O un ejemplo, nos robaron, y el malandro anda a pie y lo agarra la policía y a los quince minutos lo sueltan más adelante...

Y en la narración de una denuncia por armamento robado, la sorpresa fue ésta:

AMVH: Si, de hecho, yo no vivo en residencia, yo vivo en casa propia y el año pasado se metieron en mi casa y nos mudaron, o sea...se llevaron todo (...) eran cinco, estaba nada más mi abuela, yo estaba aquí, mi mamá estaba trabajando, mi papá también, mi hermano estaba allá en su colegio y mi papá tenía un armamento entonces fue a denunciar por eso y cuando fuimos a denunciar vimos que los mismos que nos robaron eran los PTJ que estaban allí.

E: ¿Los reconocieron?

AMVH: yo fui con mi papá y lo que nos dijeron fue “tú denuncias y te matamos a tus dos hijos”.

E: ¿Y lo dijeron frente de ti? ¿Y qué cara pusiste?

AMVH: Si, yo no supe qué hacer, nooo... ¡vámonos!, mi papá lo que le interesaba era denunciar por el armamento, no vaya a ser que...

Para la época en que se realizó el trabajo de campo de este estudio, se vivía en Venezuela una importante ola de protestas en contra del gobierno y en ese contexto un muchacho expresó:

Todo es la misma situación país... de la calle, yo presenté tesis con un amigo que no pudo venir a presentar ese mismo día porque el día anterior estaba fuera de su casa y cerca de su casa habían... [un muchacho dijo protestas] manifestaciones y algunos Guardias [Nacionales] le dijeron ‘móntate en la moto’, le dieron un cachazo, le tuvieron que agarrar puntos, o sea, la situación país ha hecho que todo el mundo ande con ese temor... (AMVH).

En el caso del grupo focal con niños, una niña compartió el siguiente relato:

Yo conozco de un caso que por una llamada... esa familia en general fue amenazada y la verdad es que es familia ahora se siente muy insegura y yo creo que deberían llevar ese caso a las autoridades, porque de hecho esa persona les dijo que 'por favor, no me dejen hacer esto' y le puso como un monto exacto para que no los mate, porque fue una amenaza de matanza (NMVM).

Otro aporte en esta categoría lo ofreció el adolescente en condición de victimario que fue entrevistado en Valencia y que se alinea con lo que se viene planteando pues contó con la colaboración de los cuerpos de seguridad para llevar a cabo delitos:

...lo que pasa es que uno iba por los lados, por donde uno ya estaba cuadrado, porque había gente del gobierno con nosotros, teníamos gente del gobierno que uno le daba real y se dejaban que unos robaran (...) te doy esto para que te calles y no digas nada, entonces ellos se callaban y se hacían los locos, llegaban '¿quién fue?' no sé, ellos llegaban levantaban y vaina, pero si sabían [éramos nosotros] (VMVH).

c. Percepción de las razones que explican la incorporación de NNA en la violencia armada.

En general, la mayoría de las opiniones emitidas por los NNA entrevistados coincidieron que participan en las bandas criminales más los adolescentes que los niños y niñas, percepción que ofrece indicios de hacia dónde deben dirigirse los esfuerzos preventivos en las acciones públicas y privadas que se conciben en tan relevante tema. Los adolescentes dentro del grupo focal en el municipio Libertador dijeron:

E: Chévere, en lo que conocen de esas bandas que a veces involucran a chamos ¿Son más adolescentes o son más niños?

AMLH: Son más adolescentes

Mientras que los niños de primaria en el mismo municipio lo verbalizaron:

E: ¿Uds. conocen de niños que estén involucrados en bandas delictivas, grupos delictivos? O que Uds. sepan que los grupos delictivos van buscando niños y los van metiendo en el grupo con ellos

Voces: no

E: ¿no conocen?

Voces: no

E: ¿eso pasa con los más grandes?

CARLA SERRANO NAVEDA Y GLORIA PERDOMO

NMLH: eso pasa con los de quince...pa'metelos...

Apuntando a variables de tipo estructural las entrevistas evidencian que la pobreza, la precariedad en su calidad de vida, la violencia y la falta de educación como factores¹⁰⁰ que conducen al niño o adolescente a participar en bandas delictivas:

Ahorita Venezuela está pasando por una situación muy difícil lo cual muchas personas han tomado el camino más fácil que es la delincuencia y ya por esa parte de todo el mundo desconfía (AMVH).

...no tienen un lugar bueno para vivir la mayoría de los niños, la pobreza en Venezuela es muy fuerte...la educación tampoco porque los colegios públicos no son tan buenos como antes...no tienen beneficios ni nada hoy día...el maltrato también, no se les da el respeto que se les daba antes, la gente no tiene educación, vivimos una situación en donde no... todo es... 'yo voy a ser mejor que tú y todo eso' y a los niños los dejan en el estatus más bajo como si fueran...niños de la calle... (AMVM).

Es importante observar que, en esta cita anterior, es un adolescente, quien objeta cómo a los niños se les relega, y se les subordina, "en el status más bajo", dice, indicando así que existe desatención o descuido en la debida protección que las familias y las instituciones deben brindar a sus hijos.

El maltrato infantil fue reiterado como causa estructural en los siguientes términos:

En otra escuela que no es ésta, hay niños que tienen entre catorce y quince también que se meten en bandas verdad...pero después que salen del colegio y eso puede ocurrir que si por la madre o por el maltrato y eso y se meten en bandas que es real... que espera que la persona salga verdad y se lo lleva a asesinar y esas cosas...esto ha pasado y ha habido muertos, pero no sé cómo se llama...(NMVM).

Por su parte, la entrevista con el adolescente en condición de victimario, abundó en una serie de datos biográficos que dan luces para seguir trabajando ciertos temas de manera preventiva, como por ejemplo el manejo de la rabia, la frustración, el abandono, incapacidad para manejar conflictos. En un momento compartió abiertamente:

¹⁰⁰ Al menos desde agosto de 2016 con las declaraciones públicas del entonces Secretario General de la ONU, se discute en Venezuela la existencia y efectos en la población de una emergencia humanitaria compleja o emergencia compleja. Ver (Efecto Cocuyo 2016)

CARLA SERRANO NAVEDA Y GLORIA PERDOMO

...fueron tantas cosas que me pasaron en la vida que yo sentía venganza, rencor, cosas que...a mí no me importaba si aquel caía preso, si aquel lo mataban...no importa... yo lo que quería es que ellos siguieran perdiendo igual, que ellos estuvieran ahí igual y que estuvieran conmigo igual, pero a mí no me importaba si ellos se morían o si les pasaba esto... (VMVH).

Reconociendo además lo siguiente: “yo vengo de familia que son malandros toditos, por parte de papá, pero ninguno de ellos me enseñó a ser lo que yo fui” (VMVH). Este énfasis es relevante al subrayar su propia condición de sujeto con capacidad de ir tomando decisiones, más o menos adecuadas, como cualquier otro ser humano o como le ocurriría a una persona adulta. En un tono revelador, intentando poner en orden sus ideas y emociones agregó: “...no sé de qué manera decirlo... pero, por una parte, cuando uno está en esa vida es porque prácticamente uno no le importa nadie, uno ya tiene deseo de morirse o de ser más que el otro, o bromas así”. Al completar su análisis, las dificultades en la relación con su familia, en sus vínculos, parecen tener un peso considerable y los efectos que tiene en la construcción del propio proyecto de vida.

Este adolescente quiso presentarse como responsable de una banda delictiva, quizás no lo era pues dijo que un tribunal le había dictado un régimen de presentación como medida socioeducativa, pero es importante observar cómo en su relato él analiza que muchos adolescentes se incorporaban a su grupo para delinquir por problemas en la relación con sus familias: “Ujum, uno porque no tenía mamá, otro porque no tenía papá, otros porque decían que el papá les pegaba, otros porque la mamá le decían que no le querían, había muchas cosas que tu escuchabas”.

En una línea un tanto pesimista, los adolescentes participantes del grupo focal en el municipio Libertador abundaron en su conversación aportando lo siguiente:

AMLH: sí porque ahora hasta un chamo de once, doce años lo ves en la camioneta atracando, ya jóvenes atracando a corta edad y también mueren a corta edad...

E: ¿y si los muchachos no estudian y son maltratados qué se puede hacer con ellos? ¿Hay alguna forma de ayudarlos?

AMLH: Quien sabe, no creo, porque una vez que una persona se pierde es muy difícil volverse a encaminar, no es imposible, pero si difícil.

E: o sea de cada diez que se “echaran a perder” ¿cuántos se podrían acomodar?

AMLH: Yo diría que dos o tres

AMLH: Claro, pero también depende de ellos

De dónde se concluye la nula confianza en la intervención del entramado institucional que debiera activarse en estos casos, y el destino fatalista que les espera a los adolescentes que terminan ingresando a bandas delictivas. La sensación es como si se perdieran casi sin remedio, como si los niveles de violencia no fuesen controlables, tal y como se ha demostrado en determinadas experiencias, a través de la implementación de políticas públicas en materia de seguridad ciudadana y revalorización de la vida que han funcionado en ciudades latinoamericanas y europeas.

d. Percepción de las normas impuestas por bandas delictivas (aceptación de representación de la comunidad).

El consenso identificado en las opiniones emitidas por los NNA entrevistados en este punto, se pueden resumir en la palabra miedo, se trata de una emoción que sobresale en la explicación del hecho de aceptar la imposición de normas de parte de las bandas delictivas a la comunidad, visto que, ante la normalización de la débil presencia de las instituciones del Estado capaces de garantizar la vida y seguridad de la población, en determinados territorios, la mayoría de los ciudadanos están a la intemperie y a merced de las fuerzas ilegítimas que diferentes grupos pueden imponer.

Los adolescentes en su intercambio, en el municipio Libertador, lo reflejaron como el miedo a las consecuencias de la ley (informal pero efectiva) que impone el más fuerte, el daño potencial que puede hacer.

E: Ok, en las comunidades, tu dijiste barrio, en las zonas donde vivimos, ¿Hay grupos armados que imponen como una ley, como unos parámetros y que la gente tiene que cumplir? ¿Eso pasa no pasa?

AMLH: claro, sí

E: ¿Por qué la gente en la comunidad se deja imponer por ejemplo ciertos parámetros o ciertas normas?

AMLH: como quien dice, la ley del más fuerte (...)

CARLA SERRANO NAVEDA Y GLORIA PERDOMO

E: Pero si la gente es más, es decir, numéricamente, estadísticamente son grupos más grandes de personas

AMLH: puedes ser más grande

E: que a veces te dejas someter por un grupo más pequeño... tres, cuatro, cinco...

AMLH: El miedo domina (...) puede ser el grupo más grande, pero le tienen miedo al grupo más pequeño, a lo que puedan hacer, los amenazan...

AMLH: nooo, que tienes que hacernos caso o si no te matamos a un padre, madre no sé...

En esta misma categoría, el intercambio con las y los niños quienes hacen estudios en primaria fue muy interesante pues lograron entre ellos mismos regular sus opiniones, al debatir aspectos de sus puntos de vista que no eran compartidos por todos. En un momento, un niño presentó “naturalmente” como positivo que las bandas delictivas impusieran normas en las comunidades, luego otros compañeros le hicieron razonamientos muy valiosos, hasta que llegaron a un acuerdo tras la deliberación.

NMLH: sí, pa'llá pa' Valencia, le dicen Puente Amarillo y allí en ese barrio...ellos no roban a la misma comunidad, sino que ellos lo que hacen es cuidar a la comunidad, ellos de noche se ponen unos en una esquina, otros en otra esquina, pero, de hacer maldad al mismo barrio no...o sea, ellos como que cuidan el barrio pues...

NMLH: porque [las policías] no pueden estar pendiente de un solo barrio, porque si están roban en otro barrio (...) deben estar regados porque no pueden estar allí todos los policías (...)

NMLH: nooo, pero justicia para ellos... porque para los demás ¡no!, los demás se sienten aterrorizados porque son malandros

NMLH: pero cuidan tu...cuidan donde viven ellos, donde habitan ellos, la familia de ellos...

NMLM: es algo bien...

NMLH: a mí no me parece bien

NMLH: a mí tampoco... porque si uno dice algo malo de ellos y ellos vienen y los matan porque no quieren que la policía se entere, pues...entonces los tienen aterrorizados, los tienen como sometidos a ellos mismos

E: a ver, ¿la mayoría de los vecinos le tienen confianza o le tienen miedo a estos muchachos que hacen estas cosas?

Voz de varios: miedo

NMLH: le tienen miedo, están aterrorizados porque si uno hace algo, vienen los malandros y lo pueden matar a uno.

CARLA SERRANO NAVEDA Y GLORIA PERDOMO

Refiriéndose a su comunidad, el adolescente entrevistado con experiencia como jefe de banda (victimario) confirma los efectos del <miedo> en los siguientes términos: “en el mismo barrio nosotros hacíamos desastres, la gente se estaba cansando, pero no accionaban a meterse con uno, porque sabían que uno era loco, entonces (...) no accionaban para meterse conmigo...este...si...nos tenían miedo” (VMVH).

Con la misma contundencia que se aplican normas fuera de las bandas, en las comunidades, se aplican hacia dentro y hay claridad en ello: “si hay familia, si hay mamá pero como quien dice, no saben que el hijo está haciendo eso, piensan que el hijo está ganando real porque está trabajando porque está ayudando al amigo o está haciendo cualquier cosa, más no se imaginan que están robando o están trabajando pa’uno que lo está mandando a hacer las cosas... y por lo menos, si a ellos algo se les caía, ellos tenían que...callarse la boca porque si ellos me echaban paja yo los mataba” (VMVH).

Distintas expresiones dieron cuenta de la muerte, como primera y frecuente sanción al incumplimiento de normas. En palabras del adolescente con experiencia en bandas delictivas “esa es la ley”, indicando se trata de normas que no están escritas, sino que “eso son cosas que ya... yo lo quiero, yo lo quiero que se haga así, y ya”. Directamente se le preguntó ¿antes de llegar a ese castigo no hay un llamado de atención, una advertencia? argumentando en estos términos:

No...porque mira... si yo lo dejo vivo, cosas que ya no voy a repetir hacer, pero si yo lo dejaba vivo, él va a saber que iba a ser un sapo, iba a ser una bruja y él se iba a integrar al otro combo, y las cosas que él había visto en mi combo, en mis cosas...se las iba a decir a la otra gente, porque cuando él ya echó paja...él tuvo que haber dicho todo, todo como nos movíamos... Entonces había que matarlo, cualquier manera había que hacerlo (VMVH).

De esta afirmación se puede concluir cómo de modo fatalista la violencia letal se impone como una sentencia inexorable, pareciera que hay que matar, es lo establecido o fijado por la Ley de las bandas, si no se cumple ese mandato, la muerte le llega a quien contraria sus designios.

e. Percepción del uso y participación de NNA en bandas delictivas.

CARLA SERRANO NAVEDA Y GLORIA PERDOMO

Desde la experiencia directa con un amigo, un adolescente conectó incursión en el mercado de las drogas con incorporación a bandas delictivas:

Yo tengo un amigo que desde pequeños nos criamos juntos, y a la medida que fue pasando el tiempo los padres se separaron y él tenía como problemas en su casa pues, y él quedó solo con su mamá y con su hermano y bueno la mamá como que no tenía un trabajo y él empezó a vender drogas, cayó en las drogas y, o sea, cayó así...en bandas... lo último que supe de él es que estaba vendiendo drogas y robando (AMVH).

Mientras una adolescente, en el mismo grupo focal, haciendo una reflexión sobre el tema apuntó con mucho acierto “las bandas criminales hoy en día son lo que influye más, porque las instituciones de hoy en día no sirven mucho o no, ya no ayudan mucho” (AMVM). Mientras otra intervención trascendió la lógica interna agregando que el tema de las bandas delictivas juveniles no se aprecia ni afecta sólo en Venezuela:

...pero no es un problema nada más nacional, sino un problema internacional...en países hay instituciones o no, igual hay grupos armados que existen, la explotación infantil, los grupos armados infantiles, niños en grupos armados. Yo diría personalmente que es algo por las comodidades que le pueden brindar al niño o por lo que le dicen al niño que puede obtener, por ejemplo, en el caso con los morochos, ellos llegan diariamente con dinero a su casa, el señor semanal o mensual le hace mercado a la mamá, entonces lo que ellos ganan de eso, es lo que ellos están obteniendo y aun así ellos estudian y hacen el trabajo a la vez... (AMVH).

Sobre el reclutamiento y utilización de los NNA por parte de las bandas los testimonios recabados informan lo siguiente:

...éramos puros chamos, pero ya obviamente ellos tenían más recorrido que yo y ellos me enseñaron, y yo prácticamente estaba haciendo lo mismo que ellos, pero con otra gente, con mi gente aparte (...) yo me metí yo solo (...) yo quise a hacer lo malo, yo lo hacía para encajar (VMVH).

Una vez más este entrevistado invita a reflexionar pues sin negar el peso de variables estructurales y grupales en la incursión delictiva, siempre subraya su condición de sujeto y su capacidad de ir tomando decisiones de acuerdo a su desarrollo evolutivo.

CARLA SERRANO NAVEDA Y GLORIA PERDOMO

Sobre los pronósticos de participar en bandas delictivas, el imaginario compartido por los NNA entrevistados, se refleja muy bien en las siguientes intervenciones registradas en el grupo focal en Valencia: “bueno...el futuro es...la cárcel o la muerte” (AMVH) y una compañera agregó “es que de eso nunca sale nada bueno (...) yo creo que en esas bandas es muy peligroso, fácilmente te matan por hacer algo mal o por hacer esto...por cualquier cosa” (AMVM). Rematando otro chico que este desenlace fatal puede ocurrir “cuando menos lo esperas” (AMVH).

f. Percepción del porte de armas como símbolo de estatus y poder.

Diversos relatos reflejan la facilidad con que, al menor estímulo, ya son exhibidas las armas de fuego con el propósito de imponerse:

AMVM: Si, bueno, yo conozco, tengo conocidos porque no son amigos, conocidos, nunca me quise involucrar mucho con ellos así, por eso mismo, porque ellos eran unas personas que se iban a una fiesta y ya estaban rascados por decirlo así, ya estaban borrachos, y tú le decías tal y bueno...sacaban la broma y “¡¡¡Que tú, que tal!!!!”

AMVH: Pero ahí está un amigo del novio de la chama y entonces yo volteo así y el bicho se la saca del bolso y se la mete aquí y me hace, así como pa'que yo vea y yo como...jajajaja, tranquilo

Otras intervenciones en este tema hechas por los niños, sirvieron para que verbalizaran la letalidad que las armas encierran: “bueno, esta es la dramatización...si un niño toma un arma...es menor de edad y ve el gatillo y lo jala, se mata” (NMVH) y “hubo un chamito que agarró la pistola del papá...era policía... porque era homicida, entonces, estaba jugando con el hermanito y lo mató” (NMVH).

La entrevista con el adolescente en condición de victimario fue rica en aportes sobre el tema de las armas de fuego, comenzó por explicar:

Las armas las administran, una persona, yo lo conocí, ahorita está preso, pero esa era una persona de altooo... que era más arreo que nosotros (...) no necesariamente un funcionario [*pero tiene*] los contactos para conseguir las armas, entonces una pagaba más o menos diez millardos [por] un equipo... quince armas más o menos... de paquete... Glock,

CARLA SERRANO NAVEDA Y GLORIA PERDOMO

Beretta, nosotros compramos un R15 [ametralladora] con esa misma gente, nosotros hicimos eso...él nos consiguió eso, todas esas cosas (VMVH).

En su rol le correspondía a este adolescente entregar y distribuir armas conforme a ciertos méritos, además de “supervisar” el uso de las mismas por los integrantes del grupo:

yo tenía, o sea, yo tenía mi arma que era un revólver, pero yo no...como quien dice, ‘toma y toma’, repartía, lo primero que me dicen ¿quién era? para ver si eran capaz de hacerlo, si eran capaz de matar a alguien y morir por alguien, pero ellos eran capaces de morir por alguien, lo que pasa es que ellos se meten mucho en problemas, entonces a todo el que veían le querían meter plomo (...) más bien había que quítale (sic) ... todo al que ven, le querían meter plomo, entonces tenía más bien que quítale (sic) ... no decían que no, pero después andaban como locos (...) después andaban como locos que querían esto y uno se las volvía a dar, pero eran demasiado locos (VMVH).

Por su parte, los niños y niñas que participaron del grupo focal en el municipio Libertador, aportaron un matiz importante en esta categoría, en los siguientes términos:

E: y si un niño tiene un arma ¿Cómo se siente? ¿Cómo creen Uds. que se siente?

NMLH: asustado

E: ¿te sentirías asustado?

Voces de varios a la vez: ...yo también...

NMLH: sí, porque si los policías te agarran te pueden meter en un retén de menores hasta que seas mayor de edad

NMLH: porque si alguien te descubre, cree que vas a robar

NMLH: que te vas a meter en problemas.

g. *Proyecto de vida (Vinculación a una banda criminal).*

En general, las apreciaciones en esta categoría tienden a mostrar con crudeza la realidad de los adolescentes vinculados a la vida delictiva y a la dinámica de las bandas, hay consenso en torno a la intensidad y carácter, pareciera irreversible, de estos proyectos de vida, cuyos destinos inexorables son la experiencia carcelaria y la muerte violenta y temprana. Textualmente los adolescentes en el municipio Libertador lo sentenciaron así: “claro no hay futuro porque tarde o temprano lo matan o cae preso”, las bandas sólo se pueden abandonar “a menos que se meta a valiente...” visto que, manejan información sensible y por ello “no los sacan sino los matan ellos mismos porque, póngale, piensan

CARLA SERRANO NAVEDA Y GLORIA PERDOMO

que, si tienen un montón de armas o drogas, después ven ‘no, ya no quiero pertenecer más aquí’, ellos piensan que nooo, se nos va a voltear” (AMLH).

Y los adolescentes en el municipio Valencia lo narraron de la siguiente manera:

E: ¿Y el que ingresa en una banda puede salir de la banda, eso puede pasar?

Todos: Noooo

AMVM: No, ya cuando te involucras no puedes salir de eso

AMVH: No pero no es porque ellos no quieran sino porque los superiores como que no los dejan, pues... esos

AMVM: Ya quedas marcado de por vida, que estuviste allí...todo el mundo te conoce

AMVM: Y no...para entrar es horrible, tu entras a una banda y tienes que matar a alguien a juro o si no, tienes que ser golpeado por toda la banda, es como para que tu entres...

Varios en coro: ...una iniciación...

AMVM: Quizás si sale de eso, pero ya queda marcado la persona de por vida por eso...

AMVH: al tú entrar...es como una extorsión

Opiniones que, aunque no lo verbalizan expresamente, refuerzan la relevancia de la labor de prevención, pues la inversión de recursos que se haga con ese enfoque rendirá mayores frutos, que los que serían necesarios para desincorporar a NNA de proyectos de vida vinculados a la violencia armada.

En cuanto a ideas, para dejar de pertenecer a bandas, unas adolescentes elucubraron propuestas del tipo “bajar el perfil” (AMVM) y “comenzar de cero, ser una nueva persona” (AMVM), mientras un adolescente discrepó diciendo “es que eso es como una extorsión, entras y conocen todo de ti...saben dónde vives, a dónde te mueves, para donde te mueves y ya como que salir ya es difícil...es lo que considero yo...” y otra compañera apoyó afirmando “sí, exacto y si tú te sales esa banda va a pensar que ya ‘tú los vas a echar al agua’, ¿qué vas a decir?”, al quedar tu familia “van en contra tu familia” (AMVH). Una niña un poco a contracorriente de su grupo de conversación opinó “los niños pueden ser... pueden salirse, así de milagrito y luego volverse millonarios, famosos, lo que sea...milagrosamente...pero en muchos casos digamos que no pasa eso” (NMVM).

Insistiendo con preguntas sobre opciones u oferta institucional que pueda ayudar a los adolescentes que quieran cambiar de forma de vida, varios de los participantes del grupo focal en el

CARLA SERRANO NAVEDA Y GLORIA PERDOMO

municipio Libertador fueron enfáticos al responder con argumentos del siguiente tenor: “sí pero, a mí me parece que eso ya es decisión personal porque el hecho que esté y el hecho de que la persona quiera ir, porque la institución puede estar pero...”; “[en charlas no creo] porque eso es, como dicen por ahí, entra por un oído y sale por el otro, eso lo escuchan un ratito, dicen que sí, sí, sí es verdad, y después a los cinco minutos están ya... entonces, la mejor forma para eso es una buena educación”; “eso es algo personal, si ellos quieren... eso es algo que uno decide personalmente, no es...yo siempre he dicho el que se quiere perder es porque quiere”; “no, no le hacen caso... al papá, a la mamá” y “si la persona no quiere, no” (AMLH).

Mientras los niños de ese mismo municipio reaccionaron a la pregunta “si alguien es malandro ¿puede cambiar su destino? ¿puede dejar de ser malandro?”, varios niños respondieron “sí, si puede” y uno de ellos precisó “sí, si él lo decide”. Respuesta valiosa que expresa la confianza de los niños en la determinación personal para tomar el control de la propia vida.

Dejamos para la última parte de la presentación de resultados de esta categoría, todos los aportes ofrecidos por el adolescente en condición de victimario que fue entrevistado, quien compartió distintas aristas de su experiencia subjetiva, desde que ingresó hasta que lideró su propio “combo” como lo expresó textualmente. A las preguntas ¿cómo llegaste tú a ser líder?, ¿cómo llegaste a tener “peluches” (*guardaespaldas*), respondió:

¿cómo llegué yo? porque yo era uno (...) cuando llegué al barrio donde estaba, conocí a una gente que era de poder, una gente que también era malandra y (...) yo tenía dieciséis, y lo que pasa es que mi vida...si me metía en cosas y mi vida viene siendo un desastre a partir de los doce años, pero más se presentó a los dieciséis que empecé a andar en los malos [pasos]... yo ahí... este, conocí una gente que esa gente me brindó el apoyo y me agarró confianza y tuve siendo peluche de uno de ellos, y andaba pa'quí y pa'llá y lo cuidaba y eso (...) y yo andaba armado también con él...(VMVH).

Cubierta esta faceta, el adolescente nos narra quería vivir más: “yo empecé normal y yo le dije a ellos ‘yo también quiero tener mi combo, mi gente’, entonces él me dice ‘yo te voy a prestar el apoyo para que tú te abras, pero no me vayas a dejar mal’. Él me dio ponte, éramos sesenta”. Es decir, la promoción supuso “liderar” a un considerable grupo de adolescentes con edades comprendidas entre los doce y los quince y reconoce “yo nunca tuve una malicia de ser una persona mala, porque no la

CARLA SERRANO NAVEDA Y GLORIA PERDOMO

tuve, porque no la soy...yo estuve todo el tiempo fingiendo que era alguien que no soy, yo no tenía la cuestión de ser tan malo así” (VMVH).

En este proceso de ascender y asumir liderazgo, subraya el entrevistado de manera aleccionadora sobre el carácter intercambiable de roles “no es que tú llegas y ya siendo malandro y uno va a llegar a mandar y ya, siempre tienes que pasar por ser víctima de un victimario”. Es decir, y profundiza “como cuando tú robas, o cuando te roban y se meten a tu casa, y tú eres la víctima, ¡yo soy el victimario! porque soy el que te está haciendo daño (...) por lo menos ellos son los victimarios y yo era la víctima, y entonces ellos me enseñaron y yo pasé a ser victimario y ellos pasaron a ser víctimas...de mi...” (VMVH). Este tránsito sin dudas, representa un hallazgo muy importante que debe ser profundizado en sus implicaciones psicológicas, las cuales trascienden al enfoque de esta investigación, pero que refieren a una movilización interna crucial.

En tono reflexivo el adolescente en condición de victimario explicó, a medida que elaboraba su narración:

...no solamente se trata de que tú seas el que manda y ya, sino que tienes enemigos, entonces siempre va a haber uno que te va a llevar mensajes a la otra [banda] a la que es enemiga tuya, entonces uno de esos que me cuidaba a mí, estuvo implicado en eso. Fue y me entregó con los otros, llevaba y traía chismes de lo que nosotros íbamos a hacer, ellos ya sabían, entonces ellos se adelantaban y entonces nosotros nos volvimos locos, yo empecé a apoderarme de vainas que no eran mías, empecé a robar más y empecé a entrar en la droga y empecé, me agarré una plaza y ese era el movimiento mío...(VMVH).

Los conocimientos necesarios para conducir una banda delictiva son transmitidos, aunque como en cualquier caso, el aprendizaje no siempre está garantizado:

personas que eran malas, me enseñaron a hacer eso, por lo menos yo recibí mucho daño de personas que eran así malandros y me traicionaron y yo aprendí lo que ellos me enseñaron, sobre la droga, yo aprendí como se hacían las cosas con la droga, cómo venderla, cómo manejar una plaza, porque yo anduve con esa gente; de cómo confiar en alguien, cómo medir a las personas para que confíen...no lo supe, nunca llegué a saber algo así porque no llegué a medir porque me traicionaban (...) cuando le dan mucho se quieren agarrar todo el brazo ya..., entonces se quieren voltear, no vas a dejar que el combo se te voltee todo completo (VMVH).

Sobre el funcionamiento de la banda delictiva, el adolescente entrevistado en condición de victimario compartió:

...nosotros salíamos a robar eran quintas, y eso era mucho dinero y entonces yo me quedaba con...se repartía más bien... en un setenta-veinte por ciento [*dudó, no estaba claro sacando la cuenta*] setenta para mí y veinte los demás y quedaba más plata todavía, el setenta era para mí y eso era como quien dice para comprar más cosas, comprar drogas... Ni a mi mamá, pura droga y pistola (...) a veces nosotros agarrábamos real en dólares, nosotros agarrábamos cosas en dólares así grandes (...) nosotros éramos puro comprar la droga y comprar pistola y tener esas cosas..." (VMVH). Parece el ahorro fundamental estaba previsto para "comprar la libertad": "Yo tenía mi vaina para que cuando yo cayera poder salir, mandaba a alguien y ella me traía la plata, los otros no sé, si ellos tenían sus reales y se lo comían todo, allá ellos, ¿quién los iba a sacar?, se quedaban presos (VMVH).

Con todo este panorama descrito y las distintas implicaciones de asumir una banda delictiva como proyecto de vida, en un momento de la entrevista surgieron las preguntas: ¿no dudabas? ¿no te querías salir? ¿no vacilabas? la respuesta categórica y reveladora del adolescente entrevistado fue:

No tenía miedo...no tenía miedo...nada...me sentía frío, o sea, sin corazón, corazón duro, me sentía como sin nada, vacío...me sentía así seco... (...) prácticamente a estar como quien dice, muerto en vida, para hacer las cosas que yo hacía, tenía que estar de esa manera, sin sentir nada (...) no sientes nada, no sientes ni el dolor, ni tristeza, ni lástima por esa persona, ¡nada!, cuando tú estás ahí no sientes lástima ni porque se te va a morir, nada, o sea, ¡ya!... ¡te moriste y listo! Por lo menos yo te decía "a ti menor, tu vida me sabe a mierda, tu vida no me vale, ¡fuera!" o sea ni pendiente, mi mamá a veces se quejaba por lo que decía...que porque tú eres así, porque eres tan seco (VNMVH).

h. *Percepción del sistema penal para adolescentes.*

De lo observado en el municipio Valencia del estado Carabobo, el hallazgo más importante en esta categoría muestra una actuación contraria al espíritu y letra del Sistema Penal de Responsabilidad de las y los Adolescentes previsto en el Título V de la LOPNNA. El adolescente entrevistado en profundidad, con experiencia de victimario, compartió no haber sido objeto de ninguna medida socio-educativa impuesta por un tribunal acorde con la gravedad de los delitos cometidos. Incluso, su ingreso

CARLA SERRANO NAVEDA Y GLORIA PERDOMO

en el programa donde se encontraba, al momento de realizar el trabajo de campo, no obedecía a ninguna orden judicial. Del relato compartido se confirman conclusiones de otros estudios, en el sentido de que no todos los hechos punibles terminan siendo procesados por el sistema de justicia y que una conjunción de factores explica que efectivamente eso sea así. Desde el momento de la detención, pueden tomarse o no, una serie de decisiones, que marcarán la cristalización efectiva de un caso. Una detención no necesariamente se traducirá en un expediente y de manera discrecional los funcionarios involucrados en los hechos pueden aprovechar la situación para su beneficio personal, cometer excesos, incumplir procedimientos, afectando la credibilidad, funcionamiento y eficacia en la administración de justicia.

...porque cuando uno cae preso, uno los conoce porque adentro no solo se maneja lo que dicen que todo es justicia, todo te tratan bien, porque adentro tú estás, a pesar de que tú eres menor de edad, te caen a golpes, te revientan la boca, te parten la cabeza, hasta que tu hables y tienes que echarle paja al que estaba contigo, decir quién es el que estaba robando, quién es el dueño, quién es el que tal porque si no, te dicen que te van a matar. Te voy a matar a tu familia, te voy a matar a tu mamá, te meten psicología. Pero ya como uno está en la calle y uno ya conoce eso, ya uno no le paraba... (VMVH).

Prosigue explicando el adolescente las negociaciones informales con los funcionarios de esta manera: "...ellos decían 'tú sabes como nosotros nos resolvemos aquí' (...) 'yo te suelto, sin expediente y sin nada' y yo le pagaba" (VMVH). En concreto, narró el adolescente pagó tres veces por su libertad, sin quedar registro de ningún tipo "...la primera vez que yo estaba, que caí, pagué 50.000, después ahorita cuando caí pagamos 900.000, después la última pagamos 2.000.000 [de bolívares]" (VMVH).

Señaló que ha estado detenido en "estuve en el cuartel de ciudad Chávez, en la PTJ de ahí de Plaza de Toro y en el comando de La Isabelica" con "PTJ y entre guardias [nacionales]" (VMVH).

Recuperando episodios en su memoria, citó la siguiente anécdota, que pareciera fue el máximo contacto con el Sistema Penal de Adolescentes:

Una vez de la Guardia me llevaron al Palacio de Justicia (...) me acusaban de hurto calificado (...) me iban a mandar preso, lo que pasa es que mi hermana cuadró para que no

CARLA SERRANO NAVEDA Y GLORIA PERDOMO

me mandaran preso, porque lo que me estaban acusando era de drogas y tráfico de drogas pero mi hermana puso como hurto para que me bajaran la pena pues. Entonces a mí me presentaron ante una Jueza y la jueza me dijo que iba a salir bajo custodia, que iba a ser mi mamá, entonces que iba a ser mi mamá y entonces ella me dijo que ¿por qué lo hice? No, porque mi hermana siempre me ha querido ver mal, y ella me dejó salir (...) me dio fue una boleta y me dijo que tenía que venir dentro de tres días o si no me iba a mandar preso y volví al siguiente día, hicieron audiencia pero no quedé bajo presentación (...) como le digo, mi hermana cuadró para que no quedara bajo presentación porque se me dijo que como era menor de edad y como se me estaba calificando era hurto calificado no había evidencia (VMVH).

Esta narración rica en exponer debilidades, grafica una respuesta indulgente de parte de un sistema que pareciera no comprende las implicaciones de administrar justicia juvenil, cumpliendo con la garantía de un juicio educativo¹⁰¹, a fin de que los adolescentes asuman la responsabilidad (en lo individual y en lo colectivo) por las acciones que llevan a cabo, generando daños a terceras personas.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Los datos presentados evidencian desafíos y dificultades para la garantía y protección de NNA, afectados por la actuación delictiva de grupos armados que operan en sus entornos de vida. Los NNA incluidos en este estudio expresaron inseguridad y temor por las acciones violentas de los grupos armados que someten a la población, cometiendo asesinatos y otros crímenes con total impunidad.

La niñez y la adolescencia que crece en estos contextos de pobreza, inseguridad y sometimiento a la actuación de grupos armados es víctima de distintas formas de vulneración de derechos humanos a la integridad personal, a la vida, a la libertad, a la recreación, a la justicia y a la protección especial. Se recabaron hallazgos que identifican violaciones de los principios de la Doctrina de Protección Integral de los derechos de niñez y adolescencia.

Los registros obtenidos identifican el desconocimiento y desconfianza de las personas de la comunidad sobre autoridades y funcionarios que administran justicia y son garantes de la protección

¹⁰¹ Se recomienda revisar en ese tema el estudio elaborado por (Serrano 2006)

CARLA SERRANO NAVEDA Y GLORIA PERDOMO

en las comunidades. Fueron descritas diferentes situaciones en las que los cuerpos en funciones de seguridad ciudadana (policiales y militares) son identificados como instituciones en las que hay corrupción, asociación con personas que cometen delitos y violación de derechos humanos. Las personas hablan de temor e inseguridad de presentar denuncias o reclamos ante los órganos del sistema policial y en las instancias judiciales.

En cuanto a las instituciones responsables de garantizar la protección de los derechos de NNA casi ni son consideradas, se expusieron objeciones por la ausencia de políticas, programas e inversiones que optimicen su funcionamiento.

Contrariamente a las creencias difundidas que califican a los adolescentes que violaron la Ley como sujetos sin opciones de rehabilitación, el estudio mostró como estos adolescentes pueden exponer importantes razonamientos sobre las experiencias vividas y los cambios personales que han logrado a partir de su vivencia en un programa. El desafío en este caso es lo limitado de su cobertura y la insuficiencia de personal. En particular, resulta notoria la inexistencia de los programas preventivos que eviten la incursión del adolescente en la comisión de delitos.

En el contexto de emergencia humanitaria que convulsiona al país, los padres, representantes y responsables están haciendo esfuerzos extraordinarios para garantizar la alimentación de sus hijos, por lo que están siendo desatendidas las tareas de protección, apoyo y formación social. De hecho, muchos niños están en las calles procurando el alimento y la ayuda en comida y suministros que sus padres no logran obtener. Esta situación configura una verdadera emergencia que profundiza los conflictos familiares, provoca violencia y facilita la captación de niños y jóvenes por parte de las bandas armadas. La pobreza, el castigo físico y humillante en los hogares, la ausencia de oportunidades, programas y servicios de apoyo a las familias desencadenan situaciones de abandono, explotación y violencia que facilitan o favorecen la asociación de los adolescentes con miembros de bandas.

El estudio muestra cómo entre las principales razones del involucramiento de niños y adolescentes en bandas criminales está la omisión del Estado en sus obligaciones de garantizar la

CARLA SERRANO NAVEDA Y GLORIA PERDOMO

seguridad y protección de la ciudadanía frente a la acción delictiva de grupos armados que están presentes en las comunidades, cometiendo delitos y causando temor y violencia contra la población.

En materia de protección a los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes la institucionalidad pública se muestra ausente, no aparece el Estado social de derecho y de justicia consagrado en la Constitución Nacional y en la LOPNNA, lo que se evidencia en las descripciones sobre cómo la pobreza, la escasez y la carestía de los alimentos impactan en su calidad de vida, en su nutrición y salud, en su desarrollo físico, sino también en sus oportunidades de educación y en la capacidad de protección y socialización que les pueden brindar sus padres y familiares.

El Estado tiene la obligación de crear y sostener políticas sociales básicas que garanticen los derechos a la alimentación, la salud, la educación y la debida protección a las familias, para que las familias puedan desempeñar con eficacia su rol como agentes de socialización en el contexto de la emergencia humanitaria que afecta al país. Pero, además, el Estado debe desarrollar estrategias de prevención de la violencia, entre ellas la limitación del acceso a las armas de fuego, la seguridad y protección de las comunidades, con programas que respeten e ilustren la vigencia de los derechos humanos. También se necesitan mejores servicios sociales para responder a las diversas necesidades de los niños, niñas y adolescentes. Éstas deberían incluir una gama de opciones en diferentes sectores, desde un trato sensible a las víctimas de maltrato infantil por parte de los sistemas de aplicación de la ley y la justicia, el apoyo físico y psicosocial por parte de los sistemas de salud y bienestar social y el desarrollo de programas socioeducativos para la reinserción familiar y social de los adolescentes que se han participado en las acciones que realizan las bandas armadas.

BIBLIOGRAFÍA

AG Naciones Unidas. «Convención Sobre Los Derechos del Niño. Resolución 44/25.» 1989.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Violencia, Niñez y Crimen Organizado*. Organización de Estados Americanos, 2015.

CARLA SERRANO NAVEDA Y GLORIA PERDOMO

Comité Derechos del Niño. *Observación General N° 12*. Naciones Unidas, 2009.

Congreso de la República de Venezuela. «Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.» Gaceta Oficial N° 5.266 , 1998.

CRC, Comité de Derechos del Niño ONU. «Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero a quinto combinados de la República Bolivariana de Venezuela CRC/C/VEN/CO/3-5.» Seguimiento, Ginebra, 2014.

Efecto Cocuyo. «Ban Ki-moon reconoce crisis humanitaria en Venezuela y ofrece ayuda de la ONU.» *Efecto Cocuyo*, 10 de Agosto de 2016: <http://efectococuyo.com/politica/ban-ki-moon-reconoce-crisis-humanitaria-en-venezuela-y-ofrece-ayuda-de-la-onu/>.

Fernández, José Luis y Andrea Chacón. *El impacto de la violencia en niños, niñas y adolescentes*. Caracas: CECODAP, 2013.

Flores, Rodrigo. *Observando Observadores: Una introducción a las Técnicas Cualitativas de Investigación Social*. Santiago de Chile: Ediciones UC, 2009.

Gaitán, Lourdes. *Sociología de la Infancia. Nuevas perspectivas*. Madrid: Síntesis, 2006.

Movimiento Mundial por la Infancia. «Mapeo de la Región América del Sur. Implementación de las Recomendaciones del Estudio Mundial sobre la Violencia contra los Niños y las Niñas.» 2011.

Naciones Unidas. «Enfoque Basado en Derechos Humanos.» 2006.

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas. «Indicadores de Derechos Humanos: Guía para la Medición y la Aplicación, ONU H HR/PUB/12/5R2011.» 2012.

OVV, Observatorio Venezolano de la Violencia. «Informe de la Situación de Violencia en Venezuela.» Caracas, 2017.

OVV, Observatorio Venezolano de la Violencia. «Informe de la Situación de Violencia en Venezuela.» Caracas, 2016.

CARLA SERRANO NAVEDA Y GLORIA PERDOMO

Pineda, Esther. «Dame pa' matalo: la práctica del linchamiento en Venezuela (Primera parte).» *Contrapunto*, 02 de 08 de 2017: <http://contrapunto.com/noticia/dame-pa-matalo-la-practica-del-linchamiento-en-venezuela-primera-parte-151314/>.

—. «Dame pa' matalo: la práctica del linchamiento en Venezuela (Segunda parte) .» *Contrapunto*, 09 de 08 de 2017: <http://contrapunto.com/noticia/dame-pa-matalo-la-practica-del-linchamiento-en-venezuela-segunda-parte-152959/>.

Pinheiro, Paulo Sergio. *Estudio Mundial sobre la Violencia contra los Niños y las Niñas*. Disponible en: https://www.unicef.org/lac/Informe_Mundial_Sobre_Violencia_1, Naciones Unidas, 2006.

Sánchez, Ramiro. «Presentados resultados de Encuesta de Victimización Delictiva del Eje Centro Norte Costero de Venezuela.» *Oficina de Prensa. ULA*, 21 de 04 de 2016: <http://prensa.ula.ve/2016/04/21/presentados-resultados-de-encuesta-de-victimizaci%C3%B3n-delictiva-del-eje-centro-norte>.

Serrano, Carla, Erna Perfetti y John Martínez. «Implicaciones en la instrumentación del Juicio Educativo previsto en la LOPNA.» En *VII Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Homenaje a Margelys Guevara y Carmen Ford*, de María Morais y Cristóbal Cornieles (coordinadores), 311-333. Caracas: Publicaciones UCAB, 2006.

UNICEF. «Una Situación Habitual: Violencia en las vidas de Niños, Niñas y Adolescentes.» Disponible en <https://weshare.unicef.org/archive>, 2017.

UNICEF-LACRO. «Análisis de Contexto para prevención de uso de niños y adolescentes por grupos armados y muertes violentas de niños niñas, y adolescentes.» Iniciativa multi-país de Prevención y Reducción de la Violencia Armada en América Central y el Caribe, 2015.

UNICEF-OMS. *Ocultos a plena luz. Un análisis estadístico sobre la violencia contra los niños*. . Disponible en www.un.org/es/publications/publipl52.shtml, Naciones Unidas, 2014.

GLORIA PERDOMO Y DANIEL CHÁVEZ

SON LAS COLAS UN PROCEDIMIENTO GARANTISTA DEL DERECHO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO?

Gloria Perdomo y Daniel Chávez

Resumen

Exponemos aquí los resultados de una experiencia de investigación cualitativa realizada con la participación de estudiantes del tercer año de Derecho UCAB, para conocer si el procedimiento de las colas para acceder a los alimentos escasos constituye una garantía para el cumplimiento del derecho a un nivel de vida adecuado. Aunque el Estado venezolano es signatario de pactos y tratados internacionales y cuenta con una legislación nacional garantista de derechos, en la investigación realizada se documenta como en las situaciones de las colas para la compra de alimentos, se evidencian muy diversas vulneraciones de los derechos a un nivel de vida adecuado, al buen trato, a la educación, a la protección, además de la franca violación del principio de prioridad absoluta consagrado en la normativa de la Convención sobre Derechos del Niño, en la CRBV y en la LOPNNA.

Palabras clave: Filas de espera, LOPNA, Convención sobre Derechos del Niño, Constitución venezolana.

Abstract

We expose the results of a qualitative investigation experience, created with the participation of 3rd year law students from UCAB, in order to determine if the procedure of waiting in lines for accessing scarce food constitute a guaranty for the accomplishment of the right to an adequate standard of living. Although the Venezuelan state is a signifier of international treaties and counts with a rights guarantor national legislation, the present investigation documents how many violations to the rights to an adequate standard of living, good treatment, education and protection are perceivable when citizens wait in lines for accessing food supplies, rights which are established in the Convention on Children Rights, the Venezuelan Constitution and LOPNNA.

Keywords: waiting in lines, LOPNA, Convention on Children Rights, Venezuelan Constitution

EL PROBLEMA

El derecho a un nivel de vida adecuado ha sido establecido como un derecho fundamental en distintos tratados internacionales de derechos humanos y en el caso de la legislación especial para la protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, ha sido consagrado en el Artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) que establece lo siguiente:

Artículo 27:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.
3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.
4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.¹⁰² (ONU, Convención sobre Derechos del Niño, 1989)

Al revisar esta normativa, es importante diferenciar que se trata de un derecho concebido con una perspectiva integral, pues cuando se consagra el derecho a un nivel de vida adecuado se establece el derecho al pleno desarrollo, lo que implica asegurar calidad de vida para la protección del desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

En la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2015) se explicita con mayor claridad cómo este derecho incluye como contenidos: alimentación, vestido, vivienda y servicios básicos para la higiene, seguridad y sanidad. El artículo 30 de esta ley dispone que:

¹⁰² *Convención sobre los Derechos del Niño*, Nueva York, 1989, Naciones Unidas

Artículo 30: Derecho a un nivel de vida adecuado: Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a un nivel de vida adecuado que asegure su desarrollo integral. Este derecho comprende, entre otros, el disfrute de:

- a) alimentación nutritiva y balanceada, en calidad y cantidad que satisfaga las normas de la dietética, la higiene y la salud;
- b) vestido apropiado al clima y que proteja la salud;
- c) vivienda digna, segura, higiénica y salubre, con acceso a los servicios públicos esenciales.

Parágrafo Primero: El padre, la madre, representantes o responsables tienen la obligación principal de garantizar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, el disfrute pleno y efectivo de este derecho. El Estado, a través de políticas públicas, debe asegurar condiciones que permitan a los padres cumplir con esta responsabilidad, inclusive mediante asistencia material y programas de apoyo directo a los niños, niñas, adolescentes y sus familias.

Parágrafo Segundo: Las políticas del Estado dirigidas a crear las condiciones necesarias para lograr el disfrute del derecho a un nivel de vida adecuado, deben atender al contenido y límites del mismo, establecidos expresamente en esta disposición...¹⁰³ (Asamblea Nacional, Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, Junio 2015)

Con el detallado enunciado de estas normas, es posible identificar cuáles son las garantías que aseguran su cumplimiento y quiénes son los garantes u obligados a realizar las acciones requeridas para su efectiva realización. En primer lugar, se señala el rol principal de los padres como proveedores en la manutención de sus hijos, pero con claridad se destaca que el Estado debe disponer de políticas públicas para brindar asistencia material, programas y servicios sociales a padres y familiares cuando éstos evidencien dificultades económicas para cubrir los requerimientos necesarios al desarrollo de niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA).

En los últimos meses en la realidad venezolana se evidencia cómo se incrementan las dificultades de familias, padres y responsables de programas y servicios para acceder a alimentos, medicinas y otros insumos que garanticen la apropiada manutención y sustento de los niños, niñas y

¹⁰³ Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. *Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes*. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.185 (8 junio de 2015)

adolescentes. Estas circunstancias han sido extensamente documentadas a través de distintos medios de comunicación y redes sociales. Sin embargo no existen cifras ni estadísticas públicas que informen sobre la magnitud o características de estos hechos, y tampoco se cuentan con estudios públicos que permitan analizar el impacto de esta situación en la calidad de vida de niños, niñas y adolescentes.

El propósito de este estudio es documentar, para las ciencias sociales, la vivencia de familias, madres, NNA que a diario, más precisamente a toda hora, de día y de noche, han asumido la prioridad de buscar los alimentos para sus hijos, haciendo las llamadas “colas”, filas en las que por muchas horas se ubican las personas para adquirir uno o dos productos necesarios para la alimentación de sus hijos.

El problema objeto de esta investigación se formula en las siguientes interrogantes: ¿hay garantías para asegurar la alimentación de NNA?, ¿los alimentos y medicinas son accesibles para las familias que lo requieren? En el contexto de desabastecimiento y carestía que afecta actualmente a la sociedad venezolana, ¿qué hacen los padres, las familias y NNA para acceder a los alimentos y medicinas que requieren?

Específicamente interesa examinar si existen condiciones materiales que garanticen el acceso a los alimentos y medicinas requeridos para la alimentación suficiente y adecuada de NNA, qué acciones realizan los padres y familiares, cuáles realiza el Estado y qué medidas de efectividad implementa el Estado para brindar asistencia material y programas de apoyo directo para la nutrición de los niños, niñas, adolescentes y sus familias en este contexto de desabastecimiento y escasez de alimentos.

OBJETIVOS

1. Valorar el cumplimiento de su derecho a un nivel de vida adecuado en el contexto de la situación de desabastecimiento, carestía y empobrecimiento que afecta al país

2. Documentar la perspectiva de niños, niñas y adolescentes residentes en tres municipios urbanos sobre el cumplimiento de sus derechos.

3. Determinar el punto de vista de madres y familiares sobre estrategias y acciones que pueden ser utilizadas para proteger los derechos de niños, niñas y adolescentes.

METODOLOGÍA: OBSERVACIÓN PARTICIPANTE EN LAS COLAS PARA EL SUMINISTRO DE ALIMENTOS Y DE MEDICINAS:

En sociología cualitativa se utiliza la observación como método de recolección de datos que tiene particular relevancia y utilidad para la comprensión de realidades sociales. Entre sus principales ventajas están su carácter no intrusivo, el permitir observar comportamientos o situaciones de grupos o situaciones sociales aceptando material no estructurado, lo que potencia su capacidad heurística. Los estudios que utilizan la observación participante permiten “hacer extraño lo que es familiar”¹⁰⁴, en el sentido de procurar una mirada especial, atenta y detallada de realidades cotidianas en las que el investigador social participa, pero cuya dinámica, características y dimensiones necesitan ser comprendidas desde una perspectiva sistemática, que asegure validez a la indagación.

Este método de estudio resulta particularmente apropiado en el contexto de la sociedad venezolana actual, porque interesa describir, documentar las situaciones, tal cual ocurren en la realidad, narrando o presentando un testimonio propio sobre lo que acontece, sobre la vivencia que se muestra en este espacio y tiempo. Se trata de describir rutinas, prácticas, experiencias, que vienen instituyendo en nuestras realidades, estableciendo nuevas “normas”, “formas de proceder”, “instituciones” hasta ahora inéditas, con códigos y requisitos que deben ser conocidos para involucrarse en la vida social. Entre los propósitos de este estudio está el de describir y documentar esos nuevos procedimientos en materia de acceso a determinados bienes: los alimentos, insumos de aseo y medicinas que requieren niños, niñas y adolescentes.

¹⁰⁴ Howard Schwartz y Jerry Jacobs, *Sociología cualitativa. Método para la reconstrucción de la realidad* (México: Trilla, 1984).

Esta forma de estudiar implica ser testigo participante en los lugares en los que se expenden alimentos o comidas y presenciar la organización y rutina de las llamadas “colas” para adquirir esos insumos, participando en las largas esperas y en los procedimientos impuestos por los expendedores para adquirir los alimentos o medicinas.

Es importante advertir que la observación participante resulta particularmente apropiada como técnica de recolección de datos, en el contexto de la sociedad venezolana actual, donde el acceso a las fuentes de información puede ser amenazante, bien porque los sujetos temen expresar informaciones u opiniones (por probables retaliaciones), o porque el estudioso que pretenda hacer preguntas directamente, o solicitar datos, podría ser acusado de actuar como un supuesto agente encubierto que tiene fines políticos; o por el contrario, podría ser acusado de ser alguien que busca datos para levantar una acusación o reprimir y sancionar a las personas afectadas.

La observación implica la presencia en el entorno natural en el que ocurren los hechos que se quieren observar¹⁰⁵, en este caso, las colas o procedimientos que permiten el acceso a los alimentos, y esta técnica implicó estar allí, vivenciar lo que ocurría, agudizar los sentidos para apreciar las interacciones, declaraciones, comportamientos de las personas teniendo como instrumento principal de investigación a la persona del investigador. Los datos de la observación participante fueron registrados utilizando en cada caso, una bitácora o diario de campo, que luego fue transcrito en un informe o registro, por cada observación realizada.

Las personas que realizaron la observación fueron 45 estudiantes de tercer año de la carrera de Derecho en la Universidad Católica Andrés Bello, cursantes de la asignatura “Sistema de Protección de los derechos de Niñez y Adolescencia”, quienes fueron previamente entrenados para realizar esta práctica de investigación. La mayoría de estos estudiantes realizó su observación en el mes de noviembre de 2016. Adicionalmente se efectuaron tres experiencias de observación participante,

¹⁰⁵ Roberto Hernandez et al., *Metodología de la investigación*. (Ciudad de México: Cuarta edición, MacGraw-Hill Interamericana Editores, 2006)

realizadas en las colas de Makro y de FARMATODO en La Urbina en julio y octubre de 2016. Es importante advertir que se dispone de un total de 48 registros de observación, en diferentes horarios, la mayoría de ellos en horario matutino (incluyendo horas de la madrugada), y que algunos observadores realizaron más de una observación en un mismo establecimiento, o acudieron a dos o tres colas en diferentes lugares, con lo que fue posible ampliar la información documentada.

Mediante la participación en estas situaciones fueron documentadas situaciones concretas y declaraciones de personas que permanecían en las largas y demoradas colas, que fueron observadas mediante este método no intrusivo de indagación.

Esta forma de investigación permitió a los observadores ser testigo participante en los lugares en los que se expenden alimentos, comidas o medicinas y presenciar la organización y rutina de las llamadas “colas” para adquirir esos insumos, participando en las largas esperas y siendo sujetos de los procedimientos impuestos por los expendedores para adquirir los alimentos o medicinas. Como podrá apreciarse en el informe, algunos observadores hicieron presencia en los lugares de observación desde muy tempranas horas de la madrugada, otros acudieron durante varios días a estos mismos lugares, algunos visitaron varios expendios de alimentos buscando patrones o repeticiones en la normativa presentada. En su conjunto, la diversidad de investigadores resultó apropiada porque permitió apreciar la realidad de las colas en ocho municipios del Área Metropolitana de Caracas, Estado Miranda y Estado Vargas. Las observaciones fueron realizadas en distintos horarios, en 32 en supermercados, 11 en Farmacias, 4 en panaderías y uno en una cola de CLAPS (para recibir la bolsa de comida que venden las organizaciones comunitarias afiliadas al Ministerio de la Alimentación). Esta diversidad es en sí misma, un proceder que permite validar los resultados, por la pluralidad de fuentes y sujetos de investigación. A su vez, estos resultados están sujetos a un análisis comparativo con los resultados obtenidos con las encuestas y los grupos focales, en los que se ratifican y amplían varios de los hallazgos. Los establecimientos y lugares en los que se realizó la investigación fueron los siguientes:

TIPO DE ESTABLECIMIENTO	N° de Observaciones
--------------------------------	----------------------------

Supermercados	32
Farmacias	11
Panaderías	4
Cola para la entrega de bolsas CLAP	1
TOTAL	48

La observación participante fue además, focalizada; a estos propósitos, cada uno de los observadores utilizó una Guía de Observación que indicaba explorar ciertos elementos que podrían describir la situación del acceso a los alimentos y a las medicinas:

- Extensión de la cola
- ¿Qué productos venden? ¿Para qué es la cola?
- ¿Hay niños, niñas y adolescentes en las colas?
- ¿Qué hacen los niños?
- ¿Qué dicen los NNA? ¿Qué les dicen a los NNA?
- ¿Pueden comprar siendo NNA?
- ¿Con quién están los NNA?

Se realizaron 48 prácticas y registros de observación participante en ocho (8) Municipios distintos: Libertador (27), Sucre (6), Baruta (6), EL Hatillo (3), Chacao (1), Guaicaipuro (2), Zamora (1) y Vargas (2).

En este informe de investigación presentamos una primera aproximación descriptiva de los resultados obtenidos con estas prácticas de investigación utilizando la observación participante, focalizada en la situación de niños, niñas y adolescentes en los establecimientos comerciales que surten alimentos o medicinas. Para la exposición de los resultados presentamos, en primer lugar, una descripción de las informaciones que aportan los registros, clasificadas en las categorías que emergen de ellos y que identificamos con base a los objetivos propuestos por el estudio; como anexo, está un

documento en archivo *power point* que presenta citas que ilustran y fundamentan cada una de las categorías, con lo que será posible en análisis y comparación de los datos registrados.

RESULTADOS

A partir del procesamiento de 48 documentos, cada uno de los cuales contienen el registro de la observación realizada, es posible exponer los siguientes resultados y algunos análisis preliminares de la información contenida en ellos.

1) El primer resultado que muestra el estudio es la evidencia de la realidad de largas y demoradas colas en muy diversos establecimientos para adquirir alimentos y bienes esenciales. Esto ya implica un deterioro de la calidad de vida pues la localización y adquisición de un alimento puede exigir la dedicación de un tiempo considerable (7 a 8 horas), pues no están a disposición de quien los requiera en un momento determinado, sino que pueden comprarse mediante un procedimiento lento y sujeto a determinadas condiciones y requisitos. Se constató que hay establecimientos en los que la fila de espera es desde la noche anterior, de tal manera que las personas duermen y amanecen allí para asegurar la compra de uno o dos alimentos.

2) La compra de comida o medicinas se ha instituido como una faena con sus procedimientos, requisitos, condiciones y normas que hay que observar y cumplir: haces la cola y cada dos o tres horas, chequean los presentes (pasan lista o recogen cédulas), marcan con números los brazos de las personas para identificar su lugar de ubicación en la fila, sólo se puede comprar el día asignado al número que corresponde al último dígito del número de cédula de identidad del comprador, sólo dos productos puede comprar cada consumidor, al momento de cancelar el producto es verificada la huella digital del comprador, en una máquina capta huellas que usan los establecimientos, para corroborar quien es la persona que compra, entre otros requisitos o condicionantes.

3) Desde tempranas horas de la madrugada las personas se trasladan a las afueras del establecimiento para hacer la cola, por orden de llegada; quien llega a la fila pregunta: “¿quién es el último de la cola?” y ya sabe que ese es su lugar (turno) convenido. Las personas hacen la cola sin

saber qué van a vender, estando en el lugar, después de varias horas de permanencia, un vigilante o policía sale y anuncia qué productos van a ser vendidos y en qué cantidad por persona. A veces avisan que no venderán nada ese día.

4) Algunas personas acuden a las colas con algún familiar, amigo o hijos y éstos se quedan en el lugar “marcando la cola”, mientras que esta persona se traslada a las colas de establecimientos cercanos para saber qué van a vender allí, o verificar si llegó el camión que traerá el producto que se va a vender; de esta forma hacen en simultáneo dos o tres colas en lugares cercanos, y se van moviendo de una a otra, a veces comunicándose por celulares.

5) Generalmente la cola es vigilada y ordenada por efectivos de la Guardia Nacional, armados con fusiles, que dan órdenes en cuanto a la forma de organizar y distribuir la cola tanto fuera como dentro del establecimiento. En algunos lugares, la Guardia Nacional pide y retiene los documentos de identidad de las personas, de tal manera que a la entrada del establecimiento verifican que entre la persona identificada con su cédula de identidad.

6) En todas las colas observadas se constata la presencia de NNA de muy diversas edades, desde bebés recién nacidos (o de brazos) hasta muchachos de 17 años de edad. No hay ninguna cola observada en la que se indicase que no se encontraban niños o adolescentes presentes, pretendiendo comprar o acompañando a sus padres en esta faena.

7) No fue posible identificar las edades que predominan, sin embargo, pareciera mayor la presencia de niños y niñas que de adolescentes. Una de las observaciones indicaba una mayor presencia de adolescentes mujeres que de adolescentes hombres, y otras dos informaban sobre adolescentes que están en la cola intentando pasar por adultos (no ser reconocidos como menores de edad). Otros observadores reconocieron que una de las razones para llevar niños o niñas a las colas es para animar la compasión de los vendedores y que les entregaran unos cuantos productos más al evidenciar que lo requieren por el número de hijos.

8) Otro dato relevante es la presencia de mujeres embarazadas que pasan toda la noche en la cola, es decir, que aun estando embarazadas deben someterse a la permanencia en largas colas (más de doce horas continuas desde las 8 de la noche hasta las nueve o diez de la mañana del día siguiente).

9) No fue posible estimar la proporción de NNA en las colas, las cifras aportadas son imprecisas ya que la estimación del número de personas fue variable (difícil porque las colas se acrecientan en distintos momentos y varían de extensión y composición). Algunos observadores calcularon números, otros observadores contaron con medidas (por ejemplo, número de cuadras), otros expresaron la extensión en tiempo.

10) La mayoría de los niños y las niñas están en las colas con sus madres, también pueden estar con padres, abuelas u otro familiar. Fueron pocos los registros en los que se referían niños o niñas solos. Los niños están en las colas acompañados de sus padres o representantes en la mayoría de los casos, no pueden comprar siendo niños o niñas, pero ayudan “marcando la cola”, guardando el puesto, o cargando bolsas. Esta observación es distinta para los casos de las y los adolescentes quienes permanecen solos en las colas.

11) Uno de los registros advierte que la cola es asumida como una faena familiar en la que participan todos los miembros de la familia, cada uno de ellos entendiendo y cumpliendo la responsabilidad que le toca asumir.

12) También hay adolescentes que se incorporan a las colas cumpliendo una responsabilidad con su familia que no consigue alimentos, que tienen a cargo el cuidado de sus hermanos, o a quienes se les encomiendan las colas porque sus padres están trabajando. En otro sentido está la presencia de adolescentes de unos 17 años que fueron observados ofertando su presencia en la cola (guardando el puesto), por un monto determinado de dinero.

13) Algunos observadores apreciaron cómo en las colas hay presencia mayoritaria de las mujeres, las madres, en estas filas para adquirir alimentos porque los hombres, los padres, no aparecen en una cantidad notoria en las colas, predominan las mujeres. Al respecto habría que examinar si las colas son

consideradas como parte de la faena doméstica, que la función de proveedor de alimentos se carga fundamentalmente en las mujeres, madres de familia.

14) Un hallazgo tiene que ver con el alquiler/préstamo de NNA para hacer las colas o para entrar más rápido al supermercado: *“En el supermercado UNICASA de La Candelaria presencié cómo padres prestaban a sus hijos a cambio de dinero a quienes querían entrar más rápido al mercado; el negocio dependía del niño: si era pequeño, podría llevarle en brazos, y si era un poco más grande podía guardarle un puesto por precios que variaban entre los 500 y los 3000 bolívares”*.

15) Los niños y niñas están en las colas en horas en que deberían estar en la escuela, por diferentes razones: algunas económicas (porque en su casa no tienen comida para comer, y la prioridad es adquirir los alimentos), otras, tienen que ver con logística y servicios (si la madre está haciendo la cola no hay otra persona que pueda llevar y buscar a sus hijos en el colegio); pero también se conoció una razón utilitaria o pragmática como la es el exhibir a sus hijos intentando generar compasión en los vendedores, quienes podrían venderle un producto más para sus hijos; otra razón es de ausencia de servicios y recursos públicos, como lo ilustra el caso de una señora quien expresaba que su hijo de 5 años desde hace tres meses no iba a clases por lo tanto que costaban los útiles escolares y por el poco dinero que ella tenía para que comieran, en esa situación, este niño estaba con ella en esa cola.

16) Una observación recurrente, que es uniforme en la mayor parte de los registros, revela que NNA presentes en las colas, pero muy particularmente, los niños y las niñas no quieren estar en las colas, están allí con desagrado, aburrimiento y molestia, expresando claramente el querer ir a sus casas, pidiendo a sus madres o acompañantes el dejar de estar en esa lenta y demorada cola. NNA son observados con caras de fatiga, cansancio, fastidio; se muestran intranquilos, con impaciencia, quejándose por estar allí, reclamando por tener hambre, sed, sueño, expresando su descontento y hasta con rostros de desmotivación y tristeza.

17) En cuanto a las condiciones en que sufren o soportan estos NNA en las colas, se observa la ausencia de servicios básicos, baños, lugares de hidratación, mobiliario para sentarse a esperar, espacios con sombra para proteger del sol, menos aún donde alimentarse o estar bajo resguardo.

Muchos de los registros documentan que NNA están parados por horas en largas filas junto a sus familiares, acalorados llevando sol (o padeciendo frío los que se quedan en la cola en la noche); incómodos en lugares inapropiados en los que se deben sentar en el suelo (en espacios incluso de riesgo), en las aceras, soportando el humo de los carros, lugares insalubres (con charcos de agua sucia), sin poder hidratarse por lo que permanecen allí con sed, sin haber comido nada, y sin nada que comer pues sus padres no tienen dinero para comprar en los comercios, pero en sus casas tampoco hay comida que puedan llevar para alimentarse mientras esperan en la cola.

18) Fueron pocos los registros en los que se evidencia que las madres o familiares calculan el llevar juguetes para distraer a sus hijos, apenas unos pocos registros refieren una niña sentada en un banquito o un niño con unos lápices de colorear para jugar un rato mientras hace la cola.

19) Las expresiones más frecuentes de niños y niñas que hacen esta espera intentando comprar, están dirigidas a sus madres o familiares que les acompañan expresando el mismo sentimiento, los mismos requerimientos, casi con las mismas palabras: “¿falta mucho para irnos?”, “¿cuándo se va a mover la cola?”, “Mamá, ¿cuánto falta?”, “Tengo hambre”, “Quiero agua, tengo sed”, “¿Cuándo nos vamos?” “Me duelen los pies, tengo hambre”, “Tengo mucha hambre, llevamos todo el día aquí”, “¿puedes comprarme?”, “¿cuándo nos vamos?” “No creo que llegemos, la cola está muy larga”. Frente a estas demandas y quejas las respuestas o reacciones de las madres y familiares suelen ser de pedir más resistencia, de explicar la razón de estar allí, procurando comprensión y calma en los niños y las niñas. Las frases más frecuentes son: “Ya falta poco”, “Tienes que esperar un poco más”, “falta poco para llegar”, “aguanta un poco más”, “Tranquilo, sí vamos a poder comprar”. “no nos podemos ir, ¿qué vamos a comer en casa?”, “Falta menos que antes”, “Ya nos vamos a ir”. Pero también hay reacciones que son más de reclamo o regaño, como por ejemplo: “cambia la cara y el ánimo, al final eso es para que usted coma” (a una adolescente).

20) En este contexto de cansancio, incertidumbre y agobio, pueden ocurrir también situaciones de maltrato a NNA que se evidenciaron en las colas en hechos concretos de violencia física y violencia psicológica a NNA por parte de sus madres. Se documentaron situaciones de maltrato físico a niños pequeños por parte de madres claramente enfadadas, molestas por la situación de escasez y el

procedimiento de agobiantes colas para la compra de un número limitado de alimentos. Dos observaciones son contundentes mostrando cómo la rabia y la indignación que padece el adulto es volcada en violencia física de una madre contra sus hijos: En un primer caso el observador describe: “llega a la entrada del local, piensa obtener los pañales que tanto necesita. Un Guardia Nacional se le acerca y le dice que los pañales se acabaron. Se voltea, se ve muy indignada, camina unos metros y se desquita la indignación contra su niño; con una mano sostiene a su niña y con la otra azota a su niño por “fastidioso” (Supermercado Supremo El Paraíso); en otra situación el observador registra así el hecho de violencia hacia una niña de 5 años: “No paraba de llorar porque tenía mucha hambre y su madre en un tono de regaño le dijo: “Deja el fastidio y aguanta, sabes que no tengo comida, ni rial, ya te di comida esta mañana”.

21) Los niños y las niñas generalmente no pueden comprar en las colas, sólo en las panaderías pueden hacerlo, o en lugares en las que en forma discrecional van imponiendo criterios propios: si están cedulados, si tienen 16 años, si es su número de cédula, si están acompañados de sus padres, entre otros. En esos casos hay que estar informados con anterioridad. En casos de niños pequeños, su función en la fila debe ser la de “marcar la cola”, “guardar el puesto” lo que puede implicar que la madre o padres se ausentan por varias horas mientras se trasladan a comprar en otro establecimiento donde ya se realiza la venta del producto. En algunos establecimientos realizan controles, pasando lista o recogiendo los documentos de identificación y si hay un niño sólo la persona adulta “pierde” su turno en esta cola, es penalizado por no estar allí.

22) Fueron apreciados distintos tipos de riesgos a los que pueden exponerse NNA: la presencia de individuos antisociales que “venden puestos en las colas”, los empujones y la agresión entre personas, el extravío de niños pequeños, y hasta en uno de los casos se evidenció un caso de tráfico y consumo de drogas.

23) En algunos de los establecimientos observados, los niños presentes en las colas son golpeados, empujados y arrastrados por los tumultos que ocurrían. Cuando ocurre violencia en las colas, las personas pelean por lograr un puesto en la fila, por pasar al establecimiento para poder comprar, o por no dejarse “colear” (no permitir que alguien llegue a colocarse en la fila, irrespetando el turno o lugar

de espera que tienen las otras personas). También es frecuente que las personas se insulten, que se griten o se pronuncien malas palabras sin importar o considerar la presencia de NNA.

ANÁLISIS

El estudio evidencia cómo las colas son prácticas y lugares contrarios a los fines de formación cívica y de promoción de valores ciudadanos. En las colas las normas son discrecionales, variables, no hay una normativa fundamentada en la Ley, sino en el criterio o proceder arbitrario que improvisa el efectivo militar, el vigilante, el responsable del establecimiento, o por un grupo social que se impone (generalmente denominados “colectivos”). En estas situaciones el comprador es un individuo sin derechos, sometido a las pautas que se le imponen. Pero además, en estas colas la civilidad se disminuye cuando las personas se enfrentan, pelean, se gritan e insultan, de tal manera que además del riesgo físico de golpes o empujones, en estos espacios los NNA están expuestos a una formación social en violencia, supeditada a la sobrevivencia y que promueve valores de egoísmo, confrontación, amenazas y agresión entre personas.

También se constató cómo la situación de agobio y tensión que generan las colas afecta las relaciones familiares siendo documentadas situaciones de maltrato físico de madres hacia sus hijos, a partir de las molestias o cansancio que implica la larga e incómoda espera.

Examinando con atención las informaciones registradas es posible apreciar cómo la política pública legítima, apoya y utiliza la fuerza coercitiva del Estado para imponer a la población a procedimientos de sometimiento y control de la ciudadanía que pretende hacer efectiva la compra y adquisición de alimentos y otros insumos esenciales; esta decisión pública no diferencia o discrimina la condición de niñez, ancianidad o enfermedad, sino que exige las mismas y condiciones y requisitos para todas las personas y grupos familiares (por ejemplo, no se diferencia si un hogar tiene más niños que alimentar). Se observa la vigilancia y regulación de las colas por parte de funcionarios militares (Guardia Nacional) quienes imponen su orden y regulación a los grupos humanos que al acudir a estos establecimientos deben subordinarse al yugo u ordenamiento que se les impone.

GLORIA PERDOMO Y DANIEL CHÁVEZ

Las colas pueden ser calificadas como prácticas o procedimientos violatorios de derechos humanos, porque implican la exposición a condiciones y requisitos arbitrarios que se han impuesto a las personas sin fundamento legal, y sin asegurar el cumplimiento de garantías a las que el Estado está obligado para el cumplimiento del derecho a un nivel de vida adecuado.

CONCLUSIONES

En la investigación realizada se documentan muy diversas vulneraciones de los derechos de NNA a un nivel de vida adecuado, al buen trato, a la educación, a la protección, entre otros derechos, además de la franca violación del principio de prioridad absoluta consagrado en la normativa de la Convención sobre Derechos del Niño, en la CRBV y en la LOPNNA.

Con las colas, en la sociedad venezolana se ha impuesto y generalizado un procedimiento obligatorio para acceder a esos alimentos básicos que son necesarios para la nutrición de NNA sin que exista otra forma para adquirirlos. En las prácticas y vivencias observadas se evidencia la violación de las garantías que el Estado está obligado a cumplir como lo es la distribución oportuna y suficiente de alimentos e insumos para satisfacer los requerimientos de una nutrición que garantice la salud y el crecimiento de NNA. La omisión del Estado en cuanto a estas garantías somete a las familias a penurias y agobio como única opción para la compra de unos pocos productos una vez por semana (la venta suele ser con base al último número del documento de identidad).

Con las observaciones realizadas se muestra que la mayoría de los NNA están expuestos a situaciones inhumanas, que afectan su salud y niegan su derecho a un nivel de vida adecuado, al descanso, a la educación, entre otros. NNA rechazan y expresan su desagrado por su presencia en estos espacios que les generan cansancio, molestia, malestar puesto que no son lugares apropiados para que ningún ser humano permanezca en ellos. Las condiciones en las que deben hacer las colas junto a sus madres y familiares revelan desamparo, desidia, su exposición a riesgos y abiertamente, evidencia la gravedad de una situación social que califica como crisis humanitaria y que está afectando muy especialmente a las niñas y los niños sometidos a estas prácticas agobiantes, para alcanzar uno o dos alimentos cada vez, con lo que apenas podrán comer unos pocos días.

BIBLIOGRAFIA

Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5453, del 24 de marzo del 2000.

Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. *Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes*. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.185, 8 junio de 2015.

Hernández, Roberto, Fernández, Carlos y Baptista, Pilar. (2006) *Metodología de la investigación*. México, Cuarta edición, MacGraw-Hill Interamericana Editores.

ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). *Convención sobre los Derechos del Niño*. 1989.

SCHWARTZ, Howard y JACOBS, Jerry. (1984) *Sociología cualitativa*. Método para la reconstrucción de la realidad. Trillas. México.

SALVADOR R. YANNUZZI RODRÍGUEZ

EMBARGADA PREVENTIVAMENTE UNA ACCIÓN DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA, ¿QUIÉN TIENE EL DERECHO A VOTO EN LAS ASAMBLEAS DE ACCIONISTA?

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez

Abogado. Profesor de las asignaturas Prácticas de III Nivel y Teoría General de la Prueba en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Jefe del Departamento de Derecho Privado y Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de dicha Universidad. Decano (e) de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB).

Resumen

Una de las carencias del Código de Comercio es la de obviar el tratamiento que debe dársele a las acciones de una sociedad anónima que hayan sido objeto de una medida cautelar de embargo, en cuanto a quien debe ejercer el voto en la asamblea de accionistas, sea esta ordinaria o extraordinaria. En el presente trabajo se trata de precisar a quién corresponde ese derecho, a fin de no perjudicar ni al beneficiario de la medida cautelar ni a aquel contra quien se ha decretado.

Palabras clave: acciones, asamblea de accionistas, embargo, medida cautelar, depositario judicial.

Abstract

One of the shortcomings of the Venezuelan Commercial Code is to ignore the treatment that must be given to the actions of a corporation that have been subject to a precautionary seizure measure, as to who should exercise the vote in the assembly of shareholders, be it ordinary or extraordinary. In the present work, it is a question of specifying to whom this right corresponds, in order not to harm neither the beneficiary of the precautionary measure nor the one against whom it has been decreed.

Keywords: actions, shareholders' meeting, seizure, precautionary measure, judicial depository.

I. ADVERTENCIA INICIAL.

El punto que se pretende tratar es a quién corresponde el derecho a voto de una acción de una sociedad anónima que haya sido embargada de manera preventiva. La intención es esbozar las tres tesis que se manejan sobre este aspecto, ya que la normativa venezolana no aporta una solución positiva que permita asumir una posición definitiva sobre el tema, por lo que se han diseñado tres tesis que se han aplicado de acuerdo a criterios nada claros doctrinariamente, es decir, no ha habido un sustento adecuado, al menos, a dos de ellas según nuestra óptica. De allí que erráticamente cuando un juez ha practicado una medida cautelar de embargo sobre una acción de una sociedad anónima, ha determinado, de acuerdo a su percepción de las circunstancias, quien es el que debe ejercer el voto por dicha acción en una asamblea bien sea ordinaria o extraordinaria, por lo que en muchas ocasiones han tomado decisiones disímiles, y en casos ni siquiera han proferido alguna decisión con respecto a ello.

En otro contexto realizamos un arqueo jurisprudencial y no encontramos que el Alto Tribunal de la República tenga algún pronunciamiento al respecto. Solamente encontramos una sentencia proferida por una Corte Superior con competencia en materia Civil y Mercantil de la entonces Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, la que se cita en este trabajo. Por tanto, basado en nuestra experiencia práctica trataremos de arribar a la conclusión que estimamos es la correcta, a los fines de no desvirtuar la razón esencial del decreto de la cautela y evitar lesionar los intereses involucrados, es decir, el del demandante y el del demandado.

Consideramos que los planteamientos que se formularán también son aplicables a la Sociedad en Comandita por Acciones, así como a la Sociedad de Responsabilidad Limitada,¹⁰⁶ que si bien emite

¹⁰⁶ La Sociedad de Responsabilidad Limitada tiene algunas particularidades, a saber: La responsabilidad de los socios se limitará al monto de sus respectivos aportes establecidos en el contrato social (Art. 312 C. Comercio). En la oportunidad de constituir la sociedad, los socios deben suscribir el monto del capital social e integrar el cincuenta por ciento de los aportes en dinero, por lo menos, y la totalidad de los aportes en especie (Art. 313 C. Comercio). En el documento constitutivo podrán establecerse, con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios, prestaciones accesorias y pagos complementarios distintos de los aportes de capital. (Art. 314 C. Comercio). El capital no podrá ser menor de veinte mil ni mayor de dos millones de bolívares (Art. 315 C. Comercio). Se establece un sistema particular de cesión de las cuotas sociales (Art. 317 C. Comercio). La cesión de las cuotas debe hacerse por medio de documento auténtico y ser inscrita, a solicitud de cualquiera de las partes, en el Libro de Socios, para que pueda producir efecto respecto a la compañía. (Art. 318 C. Comercio). En caso de usufructo de cuotas sociales, la cualidad de socio residirá en el nudo propietario (Art. 321 C.

cuotas sociales, estas se pueden asimilar a las acciones que conforman el capital de la sociedad anónima.

II. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN GENERAL.

Es de advertir que existen procesos cautelares que no persiguen la declaración de un hecho o la exigencia de una responsabilidad, ni de la constitución de la relación jurídica, ni tampoco dirimir un litigio, sino prevenir los daños que el litigio pudiera acarrear. Estos procedimientos pueden ser conservativos o preparatorios, si persiguen impedir que se modifique la situación existente¹⁰⁷ o, por el contrario, crear un soporte que servirá para una actuación posterior.¹⁰⁸ Dichos procedimientos los tenemos contemplados en el Código de Procedimiento Civil y en leyes especiales, como la Ley sobre Derechos de Autor.

De allí, que siguiendo a Devis Echandía¹⁰⁹, se puede definir la acción cautelar como el derecho, que tiene cualquier interesado, de iniciar un procedimiento para que se adopten las medidas judiciales necesarias para el aseguramiento de la satisfacción de un derecho material, o para la defensa; es decir, para que se realice un proceso cautelar, el cual puede ser autónomo, como precedentemente se indicó; pero, por lo general, es accesorio o dependiente de otro, como la que persigue medidas cautelares previas a la ejecución.¹¹⁰

Comercio). Además de los libros prescritos para todo comerciante, la compañía de responsabilidad limitada debe llevar: a) El Libro de Socios, en el cual consten el nombre, domicilio y nacionalidad de los socios ... (Art. 328 C. Comercio).

¹⁰⁷ Proponer una demanda a fin de evitar que se consume la caducidad de la acción.

¹⁰⁸ Ver artículo 631 del Código de Procedimiento Civil, que se refiere a la preparación de la vía ejecutiva.

¹⁰⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General del Proceso*. Editorial A B C. Bogotá 1985. Tomo I. Pág. 206

¹¹⁰ En sentencia proferida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 3 de noviembre de 2010 (caso: Sociedad Mercantil Astivenca Astilleros de Venezuela C.A.), correspondiente a la solicitud de Revisión de la sentencia 687 emanada de la Sala Político Administrativa del mismo Tribunal Supremo, en fecha 21 de mayo de 2009; determinó que en materia de arbitraje comercial se admitirán medidas cautelares previas al proceso, las que por su urgencia no deben ser solicitadas iniciado el proceso, sino que pueden ser dictadas de manera previa. Estas medidas pueden ser acordadas por los órganos que integran el Poder Judicial aún cuando se determine la falta de jurisdicción para el conocimiento del fondo del asunto controvertido en virtud de la existencia de un compromiso arbitral; sin embargo – indica la sentencia – dicho órgano mantiene su competencia para resolver (exclusivamente) sobre la medida cautelar solicitada o para la resolución de la eventual oposición a ella.

SALVADOR R. YANNUZZI RODRÍGUEZ

La intención de las cautelas como dependiente es para evitar generalmente que el demandado haga ineficaz los efectos prácticos de la demanda o los burle mediante maniobras. Dicho en otras palabras, las medidas cautelares persiguen garantizar las resultas del juicio. Por ello, se les asigna como características las siguientes: a) la accesoriedad, ya que no constituyen un fin en sí mismas, sino que están establecidas con miras a una ulterior providencia, es decir, la sentencia de mérito, que es lo que han asegurado preventivamente; b) la temporabilidad, por ser una decisión provisoria, y está referida al período que transcurrirá entre el decreto de la cautela y la sentencia definitiva que se dicte en el mismo proceso;¹¹¹ c) la revocabilidad, porque las cautelas son susceptibles de sufrir modificaciones cuando varíen las circunstancias concretas en razón de las cuales se les decretaron;¹¹² d) la jurisdiccionalidad, porque tienden a la realización del fin jurisdiccional, pero en forma mediata, por ser accesorias, como se indicó con anterioridad; y, e) la urgencia, que constituye la garantía de la eficacia de las medidas cautelares.

Es sabido que las medidas preventivas, de manera general, se decretan y practican antes de citar al demandado, a fin de que éste no esconda los bienes sobre los cuales deba recaer la medida, o los enajene o les imponga algún gravamen; sin embargo, pueden decretarse en cualquier estado y grado de la causa, siempre y cuando se cumplan con las exigencias que al efecto determina la ley.¹¹³

III. EL EMBARGO

¹¹¹ Esta característica en nuestros procedimientos se ha hecho en muchas oportunidades permanente, debido a la tardanza en la solución a los procedimientos judiciales. En arqueo que se ha hecho en tribunales hemos encontrado expedientes con una data de más de dos décadas que aún se mantienen activos y no han sido objeto de decisión judicial.

¹¹² Fundamentalmente en materia mercantil, en la que el juez tiene facultades más amplias para el decreto y revisión de las medidas cautelares decretadas, al contrastarlo con el de jurisdicción civil, en el que el juez está constreñido rigurosamente por la normativa. También es posible la suspensión de una medida cautelar si aquel contra quien obre la medida prestare caución o garantía suficiente, como puede ser la fianza, la hipoteca, la prenda o la consignación de una suma de dinero (caución), de acuerdo a lo que indique el Tribunal; todo ello de conformidad con lo establecido en los artículos 589 y 590 del Código de Procedimiento Civil. Por ello, la última norma citada estipula como garantía suficiente para suspender o decretar una cautela las siguientes: 1° *Fianza principal y solidaria de empresas de seguros, instituciones bancarias o establecimientos mercantiles de reconocida solvencia*; 2° *Hipoteca de primer grado sobre bienes cuyo justiprecio conste en autos*; 3° *Prenda sobre bienes o valores*; 4° *La consignación de una suma de dinero hasta por la cantidad que señale el juez*.

¹¹³ No obstante ello, ha sido política judicial del Tribunal Supremo de Justicia, en la Sala de Casación Civil, la de no decretar medidas cautelares en dicha instancia.

El embargo es el acto judicial mediante el cual se pone fuera del comercio una cosa, la que queda a la orden de la autoridad que lo ha decretado.

El embargo de bienes muebles se efectúa mediante la toma de posesión del objeto sobre el que recayó la medida, salvo aquellos casos en que su enajenación esté sometida al requisito de inscripción en un Registro Público, supuesto en el cual el embargo se perfecciona con la anotación en el Registro del decreto de embargo.

El embargo, de manera general, implica una desposesión del bien del propietario (demandado),¹¹⁴ con la finalidad de preservarlo, evitar su deterioro y en consecuencia la disminución de valor. Por ello, la Ley Sobre Depósito Judicial,¹¹⁵ prescribe que el depositario trasladará a sus depósitos los bienes muebles inmediatamente después de haber sido puesto en posesión de ellos por la autoridad judicial. No obstante, debe acotarse que la misma norma permite que a petición de la parte solicitante de la medida, el tribunal acuerde que los bienes permanezcan bajo la custodia y responsabilidad de la persona en cuyo poder se hallaban para el momento de practicarla.¹¹⁶ También, por disponerlo la norma de referencia, podrá el tribunal designar como Depositario Judicial a la persona contra la cual se ejecute la medida, siempre que sean muebles u objetos de su habitación u hogar legalmente embargables, y que la medida sea de carácter preventivo.¹¹⁷

¹¹⁴ Usualmente es contra el demandado que se decreta alguna medida preventiva; sin embargo, el demandado puede solicitar el decreto de una medida cautelar en contra del demandante, previo su afianzamiento, para garantizar las costas procesales, en el caso de que el actor sucumba en la demanda y pueda temerse su insolvencia. No son los casos más frecuentes, pero existe esa posibilidad.

¹¹⁵ Ver artículo 11 de la Ley Sobre Depósito Judicial.

¹¹⁶ Las medidas deben practicarse sobre bienes que sean propiedad de aquel en contra de quien se decreta la medida, pero puede darse el caso que por circunstancias el bien no se encuentre en la oportunidad de la práctica de la medida en poder del propietario. Ej. Que el propietario haya prestado una pintura para una exposición retrospectiva de un importante autor y esté en custodia temporal del Museo o Galería que la esté curando, caso en el cual para mayor seguridad en la custodia y cuidado de la obra se puede solicitar, de conformidad con la Ley Sobre Depósito Judicial, que el poseedor mantenga la custodia del objeto del embargo.

¹¹⁷ La doctrina autoral, en general, se inclina que en estos casos debe tomarse en consideración aquellos bienes, aunque embargables, son de uso necesario para el deudor, como lo serían los recibidores, comedores, etc. Este es un concepto que ha sido mutable en el tiempo, en razón de las variaciones de las necesidades del ser humano, de acuerdo al avance tecnológico y necesidades creadas por la propia dinámica social.

No puede perderse de vista que el artículo 1929 del Código Civil establece un catálogo de bienes muebles e inmuebles excluidos de ejecución, por lo que tampoco podrían ser objeto de medidas cautelares, ya que no cumplirían con la finalidad de éstas, es decir garantizar las resultas del juicio, al no poderse ejecutar en caso de que su propietario (demandado) sucumba en la demanda que le haya sido incoada.¹¹⁸

IV. EL EMBARGO DE ACCIONES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

a. ¿Cómo se efectúa?

En materia de embargo de acciones en sociedades anónimas y en comandita por acciones, como regla general, debería perfeccionarse con la aprehensión del título o certificado por el juez que practique el embargo, quien lo entregará al depositario que designe para su custodia y resguardo. Sin embargo, no se puede perder de vista que una gran mayoría de las sociedades anónimas, en Venezuela, no emiten títulos, por lo que no se podría retenerlo, por inexistente. Por otra parte, aunque la sociedad haya emitido el título y se lo haya entregado al accionista, éste podría negare a entregarlo al tribunal, aduciendo cualquier excusa para justificar la razón del por qué no posee, para el momento de la práctica de la medida, el título de la acción que se pretende embargar.¹¹⁹ No obstante ello, en cualquiera de los supuestos, es decir, haya habido aprehensión del título, la sociedad no haya emitido títulos de las acciones o el accionista demandado no recuerde dónde se encuentra el título, estimamos que por aplicación de lo establecido en el artículo 296 del Código de Comercio,¹²⁰ que dispone: “La

¹¹⁸ El artículo 1929 del Código Civil señala los bienes siguientes: 1°.- *El lecho del deudor, de su cónyuge e hijos* (posiblemente esto pueda extenderse al concubino en las uniones estables de hecho); 2°.- *La ropa de las mismas personas y los muebles y enseres que estrictamente necesiten el deudor y su familia* (con respecto a los muebles y enseres, su determinación quedaría a la soberanía del juez); 3°.- *Los libros, útiles e instrumentos necesarios para la ejecución de la profesión, arte u oficio del deudor* (posiblemente se deban incluir los ordenadores o computadores, ya que todo el mundo desarrolla su actividad profesional o económica por medio de ellos); 4°.- *Los dos tercios del sueldo o pensión de que goce el deudor*; 5°.- *El hogar constituido legalmente*; 6°.- *Los terrenos o panteones y sus accesorios en los cementerios*.

¹¹⁹ Por ejemplo, que el título se extravió por sustracción de terceros o debido a un caso fortuito, o por cualquier otra causa.

¹²⁰ En el caso de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, por mandato del artículo 318 del Código de Comercio, la cesión de las cuotas debe hacerse por medio de documento auténtico y ser inscrita, a solicitud de cualquiera de las partes, en el Libro de Socios, para que pueda producir efecto respecto a la compañía. En este caso debería estamparse una nota de embargo en dicho Libro. En caso de que no se lo exhiban al juez aduciendo cualquier excusa, estimamos que puede

SALVADOR R. YANNUZZI RODRÍGUEZ

propiedad de las acciones nominativas se prueba con su inscripción en los libros de la compañía, y la cesión de ellas se hace por declaración en los mismos libros, firmada por el cedente y por el cesionario o por sus apoderados”,¹²¹ el juez, para la perfección del embargo, debe remitir un oficio al representante de la sociedad participándole el embargo, a fin de que proceda a inscribir dicha medida en el Libro de Accionistas que necesariamente debe llevar la sociedad.¹²² Igualmente, pensamos el juez debe participarlo al Registrador Mercantil respectivo, informando de la medida decretada y practicada a los fines de proteger los intereses de terceros.¹²³

Si el juez no hiciera esta última participación motu proprio, el interesado (demandante)¹²⁴ podría solicitarlo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley del Registro Público y del Notariado, a los fines de que se anote preventivamente la existencia de la demanda,¹²⁵ por lo que cualquier interesado podría imponerse de ésta y de la cautela decretada y practicada.

subsanarse por medio de un oficio que remita el juez al administrador de la sociedad y al Registrador de Comercio a fin de que lo agregue al expediente de la empresa.

¹²¹ En relación con este aspecto, en el caso AGROFLORA, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia dictó una decisión (24 de marzo de 2009), en la que determinó para la validez de la cesión de las acciones que debía llevarse a cabo mediante un acto auténtico. Esa decisión fue objeto de una revisión por la Sala Constitucional del mismo Tribunal (25 de febrero de 2014), la que revocó la decisión e indicó que lo aplicable era el régimen establecido en el artículo 296 del Código de Comercio y al efecto expresó lo siguiente: “*el criterio sostenido por la Sala Político Administrativa no fue ajustado a derecho, en virtud de que en el presente caso se concretó la violación de los derechos constitucionales de la solicitante relativos al debido proceso, a la defensa; así como también, el principio de confianza legítima, todos previstos en la Constitución, por cuanto en el fallo sometido a revisión, al resolver el asunto sometido a su consideración, no acató el criterio jurisprudencial sostenido pacíficamente por esta Sala y por la Sala Político Administrativa en relación al artículo 296 del Código de Comercio, luego de haberse constatado que, en el presente caso, la venta de las acciones de la sociedad anónima Agroflora, C.A., se realizó conforme a las normas establecidas en el Código de Comercio*”. Este criterio fue ratificado por la Sala Constitucional en decisión proferida el 8 de julio de 2014 (caso Igor Flasz)

¹²² En ocasiones, los administradores de la sociedad, por solidaridad con el accionista demandado, y en abierto reto a la justicia, se niegan a mostrar el Libro de Accionistas, aduciendo cualquier excusa para justificar que no se encuentra en la sede de la compañía. También se ha dado el caso, de que después de notificado un embargo, mediante oficio, el administrador contesta indicando que el embargado había cedido sus acciones en una fecha anterior a la práctica de la medida.

¹²³ Hay legislaciones como la colombiana, que tienen disposiciones expresas en cuanto al embargo de las acciones. En efecto. El artículo 414 del Código de Comercio colombiano, en su encabezamiento, dispone lo siguiente: “*Todas las acciones podrán ser objeto de embargo y enajenación forzosa. Pero cuando se presuma o se haya pactado el derecho de preferencia, la sociedad o los accionistas podrán adquirirlas en la forma y términos previstos en este Código*”.

¹²⁴ Nos remitimos a lo indicado en la nota 10.

¹²⁵ Aunque el texto de la norma de referencia, es decir, el artículo 41 de la Ley del Registro Público y del Notariado reza así: “*Se anotarán las demandas y medidas cautelares sobre la propiedad de bienes y derechos determinados, y cualesquiera otras sobre la propiedad de derechos reales, o en las que se pida la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre inmuebles*”, estimamos que podría aplicarse de manera analógica al embargo de acciones, no obstante su carácter mobiliario. La anotación preventiva de la demanda persigue informar a los terceros de la

SALVADOR R. YANNUZZI RODRÍGUEZ

Debe acotarse que hay legislaciones, como la colombiana, que prevé que, en los casos de embargo de acciones en sociedades anónimas, una vez notificado el embargo al representante de la sociedad, todo lo relacionado con los dividendos o cualquier otro beneficio económico que corresponda a la acción embargada, debe entenderse con el practicante de la medida. Ello no ocurre en Venezuela por no existir una disposición sobre el particular, y para que ello acaeciera, sería necesario que el juez decretara una medida adicional, a solicitud de parte, que abarcara los dividendos existentes (decretados) y los que se decretaren en el futuro, de ser el caso.¹²⁶

b. Designación del depositario.

Aparejada a las medidas de embargo, ocupación o secuestro, está la obligación por parte del Órgano Jurisdiccional de designar un depositario judicial. A los fines de designar el depositario judicial, el juez debe atenerse a las disposiciones de la Ley Sobre Depósito Judicial, y supletoriamente a lo que disponga el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil.

Obviamente, que para ejercer las funciones de depositario judicial se deben haber cumplido con los requerimientos de la Ley de referencia, es decir estar autorizado por el Ministerio de Justicia,¹²⁷ autorización que debe ser motivada.

[La designación del depositario judicial, usualmente se realiza en la misma oportunidad y en la misma providencia que decreta el embargo, al que se ordena notificar de la designación, y una vez cumplida ésta debe prestar juramento de cumplir bien y fielmente con las atribuciones del cargo,¹²⁸ lo cual puede realizar en un acto separado o en la misma acta en la que se deje constancia de la práctica de la medida.

existencia del juicio y de la medida decretada y practicada que afecte los bienes del propietario, con lo cual, en caso de adquirirlas con posterioridad a dicha participación a la Oficina de Registro, el beneficiario de la medida cautelar podría hacer ejecutar dichos bienes.

¹²⁶ En efecto. El artículo 414 del Código de Comercio colombiano, en su encabezamiento, dispone lo siguiente: “*El embargo de las acciones comprenderá el dividendo correspondiente y podrá limitarse a solo éste. En este último caso, el embargo se consumará mediante orden del juez para que la sociedad retenga y ponga a su disposición las cantidades respectivas*”.

¹²⁷ Hoy en día transformado en el Ministerio para el Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz.

¹²⁸ El juramento debe prestarlo el depositario de conformidad con lo previsto en el artículo 7 de la ley de Juramento, en su condición de auxiliar de justicia. En caso de que el depositario sea una persona jurídica, lo presta su representante legal.

c. Alcance de las funciones del depositario.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Sobre Depósito Judicial, el depósito judicial comprende la guarda, custodia, conservación, administración, defensa y manejo de aquellos bienes y derechos que hayan sido puestos bajo la posesión de un depositario, por orden de un juez o de otra autoridad competente para decretar el secuestro, embargo, ocupación, comiso o depósito de bienes y toda actividad conexas o necesaria para el cumplimiento de esa función.

Por tanto, las funciones del depositario Judicial están establecidas en la ley, lo que no significa que sean taxativas, ya que el juez de acuerdo con la índole del embargo que practique puede ordenar o asignarle funciones adicionales al depositario, para un mejor cumplimiento del cometido legal.

d. ¿Quién tiene el derecho a voto en las asambleas de accionistas, de una acción embargada preventivamente?

Consideramos que debe partirse de la premisa de que el embargo de acciones de ninguna manera afecta la titularidad de ellas, como tampoco impone restricción alguna a su titular, salvo la libre disposición de las mismas, pues tratándose de una medida cautelar, las acciones solamente quedan fuera del comercio, lo que conlleva que no sea posible su disponibilidad, bien sea para la venta o para imponerle algún gravamen como darlas en prenda, y de esta manera garantizar al acreedor la satisfacción de la obligación exigida.

Afirma el profesor Morles, siguiendo las enseñanzas de Goldschmidt, que la regulación referente al derecho al voto del accionista que le dedica el Código de Comercio es tan precaria, que ni siquiera existe una declaración que exprese – de modo directo – que al accionista le corresponde el derecho de

voto.¹²⁹ En consecuencia, no existe ordenación alguna en cuanto al ejercicio del derecho al voto en el supuesto de que la acción haya sido objeto de una medida cautelar de embargo.

Por ello, vamos a examinar las diversas posiciones que doctrinariamente se han asumido en cuanto a la posibilidad de ejercer el derecho a voto de la acción embargada; pero, previamente, debemos indicar que si la acción no tuviere derecho a voto,¹³⁰ de conformidad con las disposiciones estatutarias esta problemática quedaría solventada, ya que no habría nada que resolver al respecto.

¿Qué comprende el derecho a voto en la Asamblea de accionistas? Un sector de la doctrina señala que el derecho de voto comprende tres elementos diferenciados, a saber: a) el derecho de asistencia a la Asamblea; b) el derecho de deliberación; y c) el derecho de voto propiamente dicho. Entendiéndose el primero, como la facultad que incumbe al accionista de concurrir a la asamblea y presenciar su desarrollo y efectuar las observaciones que estime conveniente dentro de los límites y reglas que se pueden imponer, a los fines de preservar la seriedad de su desarrollo. El segundo, es decir, la deliberación, debe entenderse como el derecho que le incumbe al accionista a participar en las discusiones de los aspectos que se traten en la Asamblea, bien por estar contenidos en la convocatoria o que la Asamblea acuerde considerar algún aspecto no previsto en aquella, de estar presente todos los accionistas y de acordarlo unánimemente. Sin embargo, podrían solicitar su diferimiento, en los términos previstos en el artículo 288 del Código de Comercio.¹³¹ El último aspecto, sería al ejercicio del voto propiamente, aunque sería lícito abstenerse de hacerlo, por considerar que no está suficientemente informado sobre el punto, pero la Asamblea decide no diferir el punto.

i. El derecho corresponde al depositario, a su libre albedrío.

¹²⁹ MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II. Las Sociedades Mercantiles. Universidad Católica Andrés Bello. Manuales de Derecho. Caracas. 1986. Pag.650.

¹³⁰ No es frecuente esta situación, pero de un arqueo realizado a expedientes de sociedades anónimas en los Registros de Comercio de Caracas, hemos encontrado de manera excepcional esta circunstancia.

¹³¹ El artículo 288 del Código de Comercio dispone: “*Cuando la tercera parte de los que concurran a la asamblea o un número que represente la mitad del capital representado en la asamblea, no se crea bastante informado sobre las materias sometidas a la deliberación, puede pedir que la reunión se difiera por tres días, y los otros accionistas no podrán oponerse. Este derecho no puede ejercerse sino una sola vez sobre el mismo objeto. La disposición de este artículo no es aplicable a la asamblea para la constitución de la compañía, que se regirá por el artículo 253*”.

SALVADOR R. YANNUZZI RODRÍGUEZ

Un sector de la doctrina estima que el depositario judicial, una vez puesto en posesión de las acciones embargadas, asume la representación de ellas, con fundamento a los establecido en la Ley Sobre Depósito Judicial, que le atribuye la administración de los bienes que hayan sido puestos bajo su posesión, y justifican el derecho a participar con voz y voto en la Asamblea General de Accionistas u otras Extraordinarias, arrojándole la condición de un mandatario.

Adicionalmente, arguyen que el propietario – embargado pierde el interés en ese bien por el hecho de haberse practicado la medida cautelar, y no le interesa que merme su valor o se desmejore, porque a la larga lo van a ejecutar. Por ello, es mejor que el derecho a voto lo ejerza el depositario como garantía de tomar una decisión sana sobre el destino de la sociedad.

El profesor Rengel Romberg, citado por Morles, imbuido en la doctrina italiana, expuesta por Provinciali, sostiene esta posición e indica que el embargo se extiende a todo (complejo de derechos y obligaciones que emanan de la acción y que constituyen el status de socio) y no solo a determinados elementos; agregando – Rengel – que “puede sostenerse que si el Tribunal no considera el derecho de voto dentro de la administración o conservación ordinaria que puede ejercer el depositario, nada impide en el sistema de ley venezolana, la posibilidad de la autorización judicial, cuando las circunstancias concretas de cada caso aconsejen la necesidad de tal autorización para evitar que el sujeto pasivo del embargo pueda desmejorar la condición patrimonial de la acción embargada, o impedir la declaración de dividendos, mediante su intervención en las deliberaciones de la Asamblea”¹³².

Disentimos del punto de vista del profesor Rengel Romberg, ya que si bien la Ley Sobre Depósito Judicial le otorga al depositario judicial la administración de los bienes que le han sido confiados para su custodia o depósito, entendemos que se refiere, precisamente, a actos de administración; por ello, si se aplicara la normativa del Código Civil,¹³³ ésta reafirma que sus facultades se limitan a estas actividades, como pueden ser, pagar deudas y cobrar créditos, perseguir en

¹³² MORLES HERNANDEZ, Alfredo. Ob. Cit. Págs.651 y 652.

¹³³ Artículo 1688 del Código Civil, que dispone “*El mandato concebido en términos generales no comprende más que los actos de administración. Para poder transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto que exceda de la administración ordinaria, el mandato debe ser expreso*”.

SALVADOR R. YANNUZZI RODRÍGUEZ

juicio a los deudores, intentar las acciones posesorias e interrumpir prescripciones, etc., pero en modo alguno podría tomar decisiones que van más allá de los actos de administración. Pongamos como ejemplo, que se decide aumentar o disminuir el capital de la sociedad, ¿por qué razón el depositario judicial podría comprometer patrimonialmente al demandado – embargado? O por el contrario desechar el aumento, cuando podría ser conveniente para el titular de las acciones embargadas.¹³⁴ Es decir, se le estaría otorgando la potestad al depositario judicial de actuar como un mandatario con facultades de disposición, lo que resulta totalmente inadmisibles y lo que consideramos violatorio de la esencia del depósito judicial y del espíritu de la Ley que lo regula.

Por otra parte, si se tratare de sociedades que tengan objetos complejos, que conllevará a que las explicaciones que se deban dar en las Asambleas de Accionistas sean muy técnicas y que no estén al alcance del depositario judicial, ¿en qué sentido podría votar? ¿Qué argumentaría para votar a favor o en contra de la propuesta que se lleve a la asamblea?

Tampoco puede perderse de vista que el Código de Comercio contempla situaciones en que el accionista – administrador no tiene derecho a voto. En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 286 del citado Código, “*Los administradores no pueden dar voto: 1º En la aprobación del balance. 2º En las deliberaciones respecto a su responsabilidad*”. Por tanto, el depositario no podría concurrir a una asamblea en la que se estén discutiendo dichos aspectos a emitir el voto. Por supuesto, que ello también sería aplicable a las otras dos hipótesis que tratamos en este trabajo.

Por ello, pensamos que esta postura no es correcta, y estimamos que el mandato legal contenido en la Ley Sobre Depósito Judicial solo autoriza al depositario para realizar actos de administración, pero en forma alguna para asumir las funciones que corresponden al accionista derivado de su derecho de propiedad; pues, como se señaló precedentemente, éste conserva los derechos propios de su condición, salvo la posibilidad de disponer libremente de la acción embargada.

¹³⁴ En este supuesto, aunque pueda ser interesante para el embargado suscribir el aumento de capital, podría darse la circunstancia de que no contara con los recursos económicos para ello, por lo que se estaría imponiendo una carga que no podría soportar.

ii. El derecho corresponde al depositario, bajo las instrucciones del juez.

Otro sector de la doctrina, considera que el depositario judicial, una vez puesto en posesión de las acciones embargadas, asume la representación de ellas, con fundamento a lo establecido en la Ley Sobre Depósito Judicial, que le atribuye la administración de los bienes que hayan sido puestos bajo su posesión, pero para participar con voz y voto en la Asamblea General de Accionistas u otras Extraordinarias, debe contar con la autorización del juez que decretó la medida, quien le suministrará al depositario las instrucciones respectivas, a fin de que dirija el voto en un sentido u otro.

Los fundamentos que sustentan la tesis anterior y la presente realmente no son diversos, básicamente tienen el mismo soporte, pero con el aditamento de que el depositario judicial debe seguir las instrucciones del juez para el punto específico que se discutirá en la Asamblea convocada.¹³⁵

Si se considerara esta tesis como la correcta, para que el juez pueda tomar esa determinación, pensamos que debería procederse de la manera siguiente:

- a) El depositario judicial debe informar al juez de la convocatoria de la Asamblea, de la oportunidad de la celebración y de los aspectos que se tratarán en ella.
- b) El juez debería proceder a notificar al titular de la acción, a fin de oír su opinión al respecto.
- c) Dependiendo del objeto de la convocatoria, podría ordenar alguna diligencia en particular, a los fines de ilustrar su entendimiento sobre lo que se debatirá. Por ejemplo, si se trata de aprobar el Balance y los Estados Financieros, debería solicitar una opinión contable sobre el particular, para lo cual podría solicitar a los administradores de la sociedad emitente de las acciones embargadas, que le remitan el Balance, Los Estados Financieros, de ser el caso, y el informe del comisario.
- d) Todo ello, realizarlo en una articulación, de conformidad con lo establecido en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil.

¹³⁵ El profesor Rengel Romberg hace mención expresa de esta situación, en la cita que de él hicimos en este trabajo, al esbozar la tesis de que al depositario judicial le corresponde el derecho a voto de la acción embargada.

SALVADOR R. YANNUZZI RODRÍGUEZ

Simplemente, analicemos lo anterior, con el supuesto hipotético planteado que es uno de los más usuales. La circunstancia de que el tribunal deba solicitar una opinión contable para poder determinar a qué atenerse comporta un costo para el que no existen fondos para cubrirlo. Entonces, ¿qué haría? Obviamente, no podría designarlo. Por su parte, el depositario judicial no asumiría el costo, por estimar que ello no es necesario para la conservación o administración de los bienes (acciones) depositados. En consecuencia, el juez debería tomar una decisión sin tener elementos de convicción sobre la conveniencia o no de que el voto se haga de manera afirmativa o denegativa.

Tomemos otro ejemplo, como sería designar nuevos administradores. Tampoco, en este caso, el juez estaría en capacidad de tomar una decisión con fundamento, ya que, en muy raras ocasiones en la convocatoria a la asamblea de accionistas para esos fines, se indica el nombre del candidato o los candidatos para ocupar un determinado cargo. Sin embargo, imaginemos que estamos en presencia de uno de estos casos de excepción y se indican los nombres de los candidatos, ¿qué debería hacer el juez? a) ¿Solicitar un curriculum de los candidatos?; b) ¿Emplazarlos para interrogarlos?; c) ¿Ordenar la deposición de testigos para que informen sobre la conducta de los postulados?

Posiblemente, al plantearnos las hipótesis anteriores estamos pensando que se han embargado un paquete de acciones que representen un porcentaje importante del capital social de la sociedad anónima, pero si las acciones embargadas representan una participación marginal, ¿debería considerarse toda la tramitación indicada precedentemente?

Pensamos, que ello desestimularía a los depositarios judiciales a aceptar el encargo cuando se trate del embargo de acciones, salvo que lo hagan por presiones del juez.¹³⁶ Para el tribunal se convertiría en una carga adicional, más aún si se trata de esas sociedades anónimas que convocan constantes asambleas extraordinarias. En consecuencia, creemos que esta postura no es correcta, por los motivos expresados precedentemente.

¹³⁶ Al señalar “presiones del juez”, nos referimos a que el juez pueda exigírselo a quien representa a la Depositaria Judicial, en virtud de que le ha designado depositario en cautelas de importancia, razón por la cual lo compele a que acepte dicha designación, aunque no resulte el mejor negocio para la Depositaria Judicial.

Por otra parte, si las acciones embargadas conformaran una participación determinante en la toma de decisiones en la Asamblea, y si el depositario judicial o el juez tomaran la decisión incorrecta sobre los aspectos que deben tratarse de acuerdo a la convocatoria, estarían perjudicando de manera indudable a quien resulte victorioso en el proceso, y más aún si resultare perdedor el propietario embargado, ya que como efecto de esa decisión se mermó su patrimonio, debiendo responder con otros bienes la ejecutoria.¹³⁷ Si la decisión, la toma el accionista, él asume íntegramente la responsabilidad.

iii. El derecho corresponde al propietario de la acción embargada.

Tal y como se señaló supra, es necesario recalcar que el embargo de acciones de manera alguna, afecta la titularidad de la mismas, como tampoco impone restricción alguna a la propiedad, salvo la libre disposición de las acciones embargadas, pues tratándose de una medida cautelar, las acciones objeto de la medida solamente quedan fuera del comercio, lo que conlleva que no sea posible su disponibilidad, con la finalidad de garantizar al acreedor la satisfacción de la obligación exigida. En consecuencia, su titular (demandado – embargado)¹³⁸ conserva todos los derechos inherentes a la titularidad de la acción, como por ejemplo ser convocado a las asambleas conforme a las normas legales¹³⁹ y estatutarias; así mismo, si por su condición de accionista ocupa alguna función de administración, ésta no la pierde, y nos adelantamos, tiene todo el derecho a participar en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas y a votar en ella. Así mismo, somos de la opinión que los dividendos que se decreten pertenecen al titular, a menos de que también hayan sido objeto del decreto de embargo.

Consideramos que el derecho a deliberar y a votar en las Asambleas de Accionistas corresponde al propietario – embargado, por las razones siguientes:

¹³⁷ En el caso de que resulte victorioso el embargado, una decisión incorrecta también lo perjudicaría, pero estimamos que también en este caso tendría la posibilidad de exigir la responsabilidad tanto del juez como la del contrario.

¹³⁸ Nos remitimos a lo expresado en la Nota 10.

¹³⁹ Ejemplo de esto es el establecido en el artículo 279 del Código de Comercio, que otorga al accionista el derecho a ser convocado a su costa por carta certificada, haciendo elección del domicilio

SALVADOR R. YANNUZZI RODRÍGUEZ

- a) Independientemente de que las acciones hayan sido objeto de una cautela, en modo alguno el propietario, como ha quedado dicho, ha perdido la titularidad de la acción, sigue siendo su propietario, con todos los atributos que se desprende de ello. Pongamos un ejemplo paralelo, si en un juicio se decreta una prohibición de enajenar y gravar sobre un bien inmueble propiedad del demandado,¹⁴⁰ que se encuentre arrendado y también sea garantía de un crédito hipotecario, tenemos que su propietario sigue cobrando la renta y sigue con la obligación de pagar el crédito hipotecario en las condiciones pactadas, por ser el primero un atributo derivado de la propiedad y el segundo una carga impuesta a ella. Así mismo, si el inmueble formare parte de un condominio, concurre a las asambleas de propietarios de acuerdo con las previsiones de la Ley de Propiedad Horizontal y delibera y vota en ellas.
- b) Estimamos, que limitar ese derecho es violatorio a lo establecido en el artículo 115 de la Constitución de la República, que garantiza el derecho de propiedad, y a los atributos de ésta, en el caso específico el derecho a voto en las Asambleas, así la acción haya sido objeto de una medida cautelar.
- c) Que el propietario – embargado de las acciones pierda interés en ellas porque las van a rematar en el futuro, explicación usada para descalificar al propietario - embargado; estimamos que es un argumento inconsistente, ya que, si el embargado sucumbiere en el juicio, puede cumplir con su obligación pagando en efectivo y con ello liberaría las acciones embargadas, que solamente estaban garantizando los resultados del juicio. También, el propietario – embargado va a estar consciente de que, si dejare, por su acción u omisión, que las acciones objeto de la medida se desvalorizaren, va a responder con otros bienes de su patrimonio, por lo que obviamente se estaría perjudicando doblemente. Pero, contrariamente, el embargado puede resultar victorioso en el proceso en el que se decretó y practicó el embargo, y de no haber procedido en resguardo de sus intereses, vería mermado su patrimonio.

¹⁴⁰ Reiteramos lo expresado en la Nota 10.

SALVADOR R. YANNUZZI RODRÍGUEZ

- d) El propietario – embargado, en aquellos objetos de deliberación en las Asambleas que comporten actos de disposición, es quien puede con mejor tino que el depositario judicial, así como el propio juez, determinar lo que es más conveniente para la preservación de su patrimonio e intereses o hasta dónde puede comprometerse. Así, si se exigiere un aumento importante del capital, es el interesado quien puede determinar si está o no en capacidad de suscribir y pagar dicho aumento, lo que estimamos no podría hacer ni el depositario judicial ni el juez, por ser un acto de disposición.
- e) Con fundamento, en la teoría de la normalidad, nadie quiere perjudicarse, por lo que el propietario – embargado trataría de tomar una decisión que no afectare sus intereses o perjudicare su patrimonio. En el caso de que la decisión no fuera la correcta, sabe que se expone a comprometer lo restante de su patrimonio para responder a la ejecutoria, en el supuesto de que resulte perdedor en el juicio en el que se decretó la cautela.

Morles está de acuerdo con este enfoque, y expresa que esta es la posición dominante en Venezuela, al analizar la asistencia a la asamblea del usufructuario, del acreedor prendario o del depositario (en caso de embargo), y afirma que ello se deduce de la solución que se ofrece al problema del derecho de voto, y se reconoce que este derecho lo preservan el nudo propietario y el deudor respectivamente;¹⁴¹ y en su apoyo cita a Arismendi, Goldschmidt, Núñez, Acedo Mendoza y Barboza Parra.¹⁴²

En consonancia con esta tesis se pronunció la extinta Corte Superior Primera en lo Civil y Mercantil de la entonces Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, al considerar que el accionista conserva su derecho al voto, a pesar del embargo.¹⁴³ Esta decisión fue proferida el 5

¹⁴¹ MORLES HERNÁNDEZ, A. Ob. Cit. Pág. 649.

¹⁴² *Ibídem*.

¹⁴³ RAMIREZ & GARAY. *Jurisprudencia venezolana*. Editorial Ramírez & Garay. Caracas, Tomo 10. Págs. 29 – 30. En apoyo a su decisión la Corte cita a diversos autores, como lo son: Luis Manuel Rojas Jr. (*El Derecho de voto en la Sociedad Anónima*); Rodríguez y Rodríguez (*Curso de Sociedades Anónimas*); Ignacio Guajardo (*El Derecho a voto en las Sociedades Anónimas*); César Vivante (*Tratado de Derecho Mercantil*). El argumento central de la decisión está referido a que “la medida de embargo quita la posesión del tenedor de la cosa o del derecho embargado y ésta pasa a manos del depositario quien es la única persona legítima poseedora de lo embargado. Sus funciones se limitan a la conservación y guarda de la cosa de conformidad con lo establecido en el artículo 1786 del Código Civil”.

SALVADOR R. YANNUZZI RODRÍGUEZ

de agosto de 1964, y con posterioridad a esa fecha no encontramos algún otro pronunciamiento sobre este tema que hubiere dictado alguna Corte o Tribunal Superior o el Alto Tribunal de la República.

En caso de que las acciones objeto de la medida cautelar pertenezcan a menores de edad o a personas sometidas a un régimen de interdicción, es evidente que se seguirá por los procedimientos que al efecto se señalen en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes o en el Código Civil, respectivamente, pero en todo caso el ejercicio del derecho al voto, corresponderá a la persona que ejerza la representación del menor de edad o del entredicho.

CONCLUSIONES.

Conclusión de lo expuesto, tenemos:

- a) No existen dudas de que las acciones de las sociedades anónimas o de las en comandita por acciones, pueden ser objeto de medidas cautelares para garantizar las resultas de un juicio.
- b) Que el embargo de dichas acciones no apareja ni los dividendos ni cualquier otro beneficio económico que corresponda a la acción embargada.¹⁴⁴
- c) Para que se incluyan los dividendos o cualquier otro beneficio que se derive de la propiedad de las acciones, deben ser objeto de una medida expresa dictada por el tribunal.
- d) Que el embargo de acciones de manera alguna, afecta su titularidad.
- e) Que el embargo de acciones no impone restricción alguna, salvo su libre disposición, pues tratándose de una medida cautelar, las acciones solamente quedan fuera del comercio, lo que conlleva que no sea posible su disponibilidad, tanto para la venta como para la pignoración.

¹⁴⁴ Por ejemplo, que los dividendos decretados lo fuera en nuevas acciones u otros bienes. Cabe recordar que el Banco Venezolano de Crédito, que mantenía en sus bóvedas reservas de oro por decisión judicial derivada de un juicio que le siguió el Banco Central de Venezuela, en muchas ocasiones repartió como dividendo monedas de oro, acuñadas con dichas reservas.

SALVADOR R. YANNUZZI RODRÍGUEZ

- f) Si los estatutos de la sociedad disponen que a un grupo de acciones no le corresponde el derecho a voto en la asamblea, y si estas fueren objeto de una medida de embargo preventivo, nada habría que resolver al respecto.
- g) Que el derecho a voto lo conserva el propietario – embargado, quien puede determinar lo que es más conveniente para sus intereses, ya que de resultar perdedor en la controversia en la que se dictó la cautela, y las acciones embargadas no cubrieren el monto de la condena, debe responder con el restante de su patrimonio.
- h) En caso de que las acciones objeto de la medida cautelar pertenezcan a menores de edad o a personas sometidas a un régimen de interdicción, se debe atender a las previsiones contenidas en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes o en el Código Civil, según sea el caso.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General del Proceso*. Editorial A B C. Bogotá 1985. Tomo I.

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II. Las Sociedades Mercantiles. Universidad Católica Andrés Bello. Manuales de Derecho. Caracas. 1986.

RAMIREZ & GARAY. *Jurisprudencia venezolana*. Editorial Ramírez & Garay. Caracas, Tomo 10.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 3 de noviembre de 2010 (caso: Sociedad Mercantil Astivenca Astilleros de Venezuela C.A.)

DERECHO PROCESAL

RÓMULO CHACÍN GONZÁLEZ

LAS EXCEPCIONES A LAS EXCLUSIONES PROBATORIAS EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO

Rómulo Chacín González

Abogado egresado Cum Laude en pre y postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas por la misma casa de estudios (2017)

Resumen

La actividad probatoria en el proceso penal se encuentra regida, entre otros, por el principio de legalidad de la prueba, el cual se encuentra inserto en el artículo 181 del COPP, dictaminando que los elementos de convicción, así como su información derivada provengan de medios lícitos, además de ser incorporados al proceso conforme a las reglas procesales so pena de la aplicación de las sanciones correspondientes, las cuales se entienden como exclusiones probatorias. No obstante, existen diversas doctrinas y teorías que se erigen como excepciones a éstas, y por ello, con este artículo se pretende analizar cuáles excepciones a las exclusiones probatorias son admisibles en el proceso penal venezolano.

Palabras clave: prueba ilícita, regla de exclusión, inutilizabilidad.

Abstract

The criminal process probative activity is ruled, among others, by the legality of proof principle, included in the COPP, article 181, which rules that the elements of conviction and its derivative information comes from legal means, commanding also its process incorporation by applying procedural rules. Otherwise, procedural penalties, known as probative exclusions, should be applied. However, there are several doctrines and theories created as exceptions to the exclusionary rule. Hence, the purpose of this article is to analyze which probative exclusion exceptions could be applied to the Venezuelan criminal procedural law.

Keywords: illicit proof, exclusionary rule, unusable.

INTRODUCCIÓN

La doctrina y la jurisprudencia son pacíficas en sostener que el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, se encuentra supeditado a una amplísima gama de reglas, principios y garantías, cuya estricta observancia permitirá calificar tal actividad como legítima. De modo que no existe cabida alguna para sus violaciones, para las arbitrariedades, y en general, para conductas desviadas de la Ley y del Derecho.

Con motivo a lo anterior, el artículo 25 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV, 1999) sanciona con nulidad todo acto dictado en ejecución del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por ella y por la Ley, en armonía con el modelo de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia que acogieron nuestros constituyentes en el artículo 2 *ejusdem*.

En sintonía con lo anterior, el numeral 1 del artículo 49 del texto constitucional consagra una disposición de nulidad específica destinada a la actividad probatoria, la cual en términos generales, contempla esa sanción procesal para aquellas pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso.

Con el objeto de desarrollar la normativa constitucional referida, el Capítulo II del Título V contenido en el Libro Primero del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Código Orgánico Procesal Penal (COPP, 2012); consagra la regulación normativa de las nulidades en el proceso penal; pero además, su Título VI norma el régimen probatorio que debe ser estrictamente seguido en el mismo.

Entre otros, la actividad probatoria se encuentra supeditada al principio de legalidad o licitud de la prueba, tal y como se evidencia en el artículo 181 del texto penal adjetivo, de cuya interpretación se puede colegir que no tendrán valor alguno aquellos elementos de convicción obtenidos a través de medios ilícitos, ni los que se produzcan directa o indirectamente con ocasión de estos. Ello así, por

cuanto "...la justicia no puede aprovecharse de ningún acto contrario a la ley sin incurrir en una contradicción fundamental..."¹⁴⁵

En sintonía con esto, ha sostenido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 1768, de fecha 23 de noviembre de 2011, que:

El régimen garantista establecido en la legislación penal adjetiva venezolana, comporta un régimen probatorio que aun cuando contiene el sistema de la libertad de pruebas, deben ser pertinentes, necesarias, obtenidas lícitamente, y ser incorporadas al proceso de acuerdo a las formas previstas en el Código Orgánico Procesal Penal, lo que permite afirmar que, las pruebas obtenidas e incorporadas al proceso sustrayéndose de las reglas previstas al respecto, en los artículos 197 y siguientes de dicha legislación procesal, no podrán ser apreciadas dentro del proceso.¹⁴⁶

Para abundar, es preciso decir que el principio de legalidad procesal contemplado en el artículo 24 del texto penal adjetivo no impera en nuestro ordenamiento jurídico en forma ilimitada, pues encuentra una gran cantidad de límites que sirven de garantía a los particulares. Con motivo a este principio, Roxin afirma que "...la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas..."¹⁴⁷

Además de ello, vale acotar que la norma citada referida al principio de legalidad de la prueba es cónsona con la finalidad del proceso penal, la cual se encuentra inserta en el artículo 13 del COPP, y señala el deber de buscar la verdad de los hechos por las vías jurídicas, así como de la justicia en estricta aplicación del Derecho.

En relación con lo anterior, bien podría sostenerse que, al resolverse sobre la admisibilidad de determinado medio de prueba, o al valorarse uno cualquiera que haya sido obtenido o practicado con violación del principio de legalidad probatoria, lo procedente y ajustado a derecho sería aplicar la denominada regla de exclusión, la cual supone negarle todo valor probatorio a la prueba ilícita (*lato sensu*).

¹⁴⁵ Cafferata, J. (1998). *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma. P. 18.

¹⁴⁶ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. (2011). 1768, noviembre 23, 2011.

¹⁴⁷ Roxin, C. (2001). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto. Pág 191.

De lo que enseña Cafferata puede deducirse que ello podría conducir a la impunidad del hecho en muchos casos; sin embargo, el orden jurídico opta por la impunidad en determinadas circunstancias a los fines de tutelar otros intereses considerados más valiosos que la imposición de la pena.

No obstante, la doctrina y la jurisprudencia internacionales han desarrollado teorías que persiguen blindar a la prueba ilícita y sus derivadas directas o indirectas, de las sanciones procesales correspondientes; en casos puntuales que, por razones y circunstancias determinadas, constituyen verdaderas excepciones a las exclusiones probatorias.

Entre estas excepciones destacan la buena fe, el principio de proporcionalidad, la doctrina del vínculo atenuado, la infracción constitucional beneficiosa para el imputado, el descubrimiento inevitable, la renuncia del interesado, la fuente independiente, entre otros.

En las siguientes líneas, nos enfocaremos primeramente en diversos temas relacionados con las excepciones anteriormente comentadas, como lo son el principio de legalidad probatoria, la prueba ilícita, su admisibilidad y valoración dentro del proceso penal, los mecanismos de impugnación que le son aplicables y sus consecuencias jurídicas; para luego centrarnos en las principales excepciones a las exclusiones probatorias y en el análisis correspondiente a cada una de ellas en cuanto a la posibilidad de aplicación en Venezuela.

I. ALGUNOS PRINCIPIOS PROBATORIOS INVOLUCRADOS Y LA REGLA DE EXCLUSIÓN

2.1) El Principio de Legalidad Probatoria

Algún sector de la doctrina distingue entre el principio de legalidad de la prueba y el principio de licitud de la misma, indicando que el primero sugiere la obtención e incorporación del elemento de prueba conforme a la Ley, mientras que el segundo, postula que dicho elemento sea obtenido e incorporado al proceso con respeto a los derechos fundamentales.¹⁴⁸

¹⁴⁸ Véase Miranda, Manuel. (2.004). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal* (2da.ed.). Barcelona: J.M. Bosch Editor.

No obstante lo anterior, nos referiremos indistintamente al principio de legalidad o licitud de la prueba, en el entendido de que comprende la obtención y la incorporación de la prueba conforme a la Ley y la Constitución. Así las cosas, vale decir que la actividad probatoria se encuentra supeditada, entre otros, al principio de legalidad, el cual se encuentra inserto en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 181 del COPP y que dispone:

Artículo 181. Los elementos de convicción sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al proceso conforme a las disposiciones de este Código.

No podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, en la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni la obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas. Asimismo, tampoco podrá apreciarse la información que provenga directa o indirectamente de un medio o procedimiento ilícitos.

De su interpretación, se puede colegir que no tendrán valor alguno aquellos elementos de convicción obtenidos a través de medios ilícitos, los incorporados con inobservancia de las formalidades previstas en el texto penal adjetivo, así como los que se produzcan directa o indirectamente con ocasión de los primeros. Ello así, por cuanto “...la justicia no puede aprovecharse de ningún acto contrario a la ley sin incurrir en una contradicción fundamental...”¹⁴⁹

En relación con esto, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia ha sostenido en sentencia N° 1065, de fecha 26 de julio de 2.000:

Debe precisarse que el principio de legalidad es un requisito que debe presidir toda la actividad dirigida a la consecución de las pruebas. Sólo de la forma como se establece en la ley se debe realizar tal actividad, pues son las reglas que el Estado ha aprobado para llevar a la causa aquellos elementos de convicción en relación a los hechos que se diluciden. No se puede probar de cualquier forma, sino de la forma como lo establezca la ley adjetiva, específicamente el artículo 13 del Código Orgánico Procesal Penal, este requisito hace por tanto declarar la nulidad de cualquier actuación que violente tal garantía procesal, sobre todo cuando a su vez viola garantías sustantivas establecidas en

¹⁴⁹ Obra Cit. Cafferata, J. Pág. 18.

la Constitución, como es la inviolabilidad del domicilio doméstico y constituye un delito previsto en nuestra legislación penal sustantiva.¹⁵⁰

Además de ello, vale acotar que la norma citada referida al principio de legalidad de la prueba, es cónsona con la finalidad del proceso penal, la cual se encuentra inserta en el artículo 13 del COPP, y señala el deber de buscar la verdad de los hechos por las vías jurídicas, así como de la justicia en estricta aplicación del Derecho.

Por ello, no puede justificarse la obtención o incorporación irregular al proceso de los elementos de convicción, con el argumento único de pretender cumplir con los fines del mismo, pues la verdad de los hechos y la justicia sólo pueden ser logrados por las vías jurídicas y en estricta aplicación del Derecho, tal y como lo norma la finalidad del proceso antes citada.

El principio aquí tratado sugiere según Borrego, “...que la prueba no puede ser producto de actos contrarios al Estado de Derecho, democrático y dignificador de los derechos humanos.”¹⁵¹; motivo por el cual –continúa diciendo–, la actividad probatoria en su totalidad debe enmarcarse en un ambiente en el que se respeten con estricta observancia las garantías correspondientes.

Para Delgado, el principio de legalidad de las pruebas consiste en que sólo pueden practicarse y ser incorporadas al proceso los medios obtenidos con sujeción a las reglas establecidas en la Ley, entre las que destacan las formalidades esenciales para su obtención e incorporación al proceso, motivo por el cual, sería ilícita la prueba ilegalmente lograda, así como la ilegalmente incorporada.

Añade Lockhart que “...conforme al principio de legalidad de la actividad procesal y de la prueba en especial, todo elemento de convicción que se incorpore al proceso debe respetar las normas constitucionales para su obtención y producción.”¹⁵²

En lo tocante con lo anterior, Pérez Sarmiento comenta que el mismo se configura como un requisito intrínseco de la actividad probatoria, el cual dispone que los medios de prueba puedan ser

¹⁵⁰ Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia. (2.000). 1065, julio 26, 2.000.

¹⁵¹ Borrego, C. (2.011). *Garantías constitucionales y las pruebas penales*. Caracas: Livrosca. Págs. 26-27.

¹⁵² Lockhart, J. (2.014). La “prueba ilícita” en el proceso penal. *Revista Intercambio*, 16, 1-65. Recuperado de http://intercambios.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/nro_16/ap/AP_Lockhart_La_prueba_ilicita.pdf. Pág. 2.

admisibles si en su obtención se han acatado las reglas procesales y los convenios relativos a los derechos humanos.

Dicho principio de legalidad probatoria a decir de este autor, tiene como contenido un aspecto directo o formal, así como uno indirecto o material. Así, el primero de ellos viene dado por el cumplimiento de las formalidades previstas en el COPP y en las Leyes especiales para la obtención de los elementos de convicción. Por otra parte, el aspecto indirecto o material exige que la información no haya sido obtenida a través de tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, correspondencia, comunicaciones, papeles y archivos privados; menoscabo de la voluntad o violación de derechos fundamentales (COOP, art. 181).

Con base en todo esto, podemos afirmar que el estricto acatamiento del principio de legalidad probatoria supone que los elementos de convicción y su información derivada provengan de medios lícitos, y que se incorporen al proceso conforme a las reglas procesales aplicables. Del mismo modo, es menester destacar que se encuentra dirigido tanto a los particulares como a todos los funcionarios públicos, por lo que cualquiera de estos podría incurrir en una violación de dicho principio.

Sin lugar a dudas, cuando la norma que lo contiene señala "...incorporados al proceso conforme a las disposiciones de este Código...", se refiere a normas de rango legal aun cuando estas puedan concatenarse con normas de rango constitucional; no obstante, la situación no es tan clara cuando se refiere al medio de obtención. A pesar de ello, esa norma nos brinda una pista al enumerar un catálogo de medios en relación a los cuales la información obtenida a través de ellos queda inhabilitada para su uso. Estos medios, se relacionan con el derecho a la integridad personal, a la información, a la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones privadas, así como al derecho a la intimidad, todos los cuales cuentan con cobertura constitucional pues se trata de derechos fundamentales.

De modo tal que por exigencia del principio bajo estudio, toda la actividad probatoria debe estar en armonía con las normas correspondientes tanto de rango legal como constitucional, y la violación de estas normas puede comportar la presencia de una prueba ilegal o ilícita según el caso y como luego se explicará. Por tanto, cabe decir que no sólo se encuentran vedadas por el principio de legalidad probatoria las pruebas ilícitas, sino también las pruebas ilegales.

Además, vale destacar que éste sujeta toda la actividad relacionada con las pruebas, comprendiendo el momento mismo de la obtención del elemento de convicción -generalmente durante la fase preparatoria, pero que pudiera ser fuera del proceso- hasta su evacuación como prueba en el juicio oral y público.

2.2) El Principio de Libertad vs. el de Legalidad Probatoria

Según Vásquez, el principio de libertad de prueba puede ser definido como aquel que permite la incorporación al proceso de cualquier medio que sin contrariar la Constitución o la Ley, sea apto para demostrar la verdad¹⁵³. Además, vale destacar que ésta sostiene que el mismo se encuentra limitado por las prohibiciones probatorias. Entre estas últimas, según Roxin, se encuentran todas las normas jurídicas que contienen una limitación de la práctica de la prueba en el proceso penal.

De lo que enseña Lockhart, se infiere que este principio (el principio de libertad de prueba) tiene por límites el de legalidad probatoria y las garantías de orden constitucional, límites que se encuentran integrados por la regla de exclusión.¹⁵⁴

De acuerdo a lo expuesto por estos autores y de la redacción del artículo 182 del COPP, se puede afirmar que la libertad probatoria no impera en forma ilimitada en nuestro ordenamiento jurídico, pues se encuentra sujeta a múltiples límites, tales como la debida incorporación del medio de prueba al proceso y que el mismo no se encuentre prohibido por la Ley, límites estos que también se encuentran enunciados en el artículo 181 *ejusdem* con motivo al principio de legalidad de la prueba. El artículo 182 reza:

Libertad de Prueba

Artículo 182. Salvo previsión expresa en contrario de la ley, se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso y por cualquier medio de prueba, incorporado conforme a las disposiciones de este Código y que no esté expresamente prohibido por la ley.

¹⁵³ Vásquez, M. (2015). Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación, Tomo III, *La prueba ilícita y su eficacia en el proceso penal*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, Venezuela.

¹⁵⁴ Obra Cit. Lockhart, J. Pág. 55.

Regirán, en especial, las limitaciones de la ley relativas al estado civil de las personas...*omissis*...

De esta redacción, se observa que el principio de legalidad probatoria funge como limitador expreso del radio de acción del principio relacionado con la libertad para probar, toda vez que los postulados del primero se encuentran consagrados también en el segundo de ellos, insistiéndose de esta manera en la legalidad y licitud que debe observarse en toda la actividad probatoria. No obstante, consideramos que esta previsión en la redacción del artículo 182 es innecesaria, a razón de que se regula dos veces lo mismo.

2.3) EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL VS. EL DE LEGALIDAD PROBATORIA

Es preciso decir que el principio de legalidad procesal, contemplado en los artículos 11 y 24 del texto penal adjetivo, tampoco impera en nuestro ordenamiento jurídico en forma ilimitada. Estos artículos disponen:

Titularidad de la Acción Penal

Artículo 11. La acción penal corresponde al Estado a través del Ministerio Público, que está obligado a ejercerla, salvo las excepciones constitucionales y legales.

Ejercicio

Artículo 24. La acción penal deberá ser ejercida de oficio por el Ministerio Público, salvo las excepciones establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en la ley.

De la redacción de las normas citadas, se infiere con meridiana claridad que el Ministerio Público se encuentra en la obligación de ejercer la acción penal, a menos que cuente con alguna excepción constitucional o legalmente establecida. Esta acción penal que se materializa con la acusación, no puede estar precedida de una investigación en la que existan violaciones de orden legal o constitucional, toda vez que carecería de los presupuestos procesales necesarios para intentarla.

El criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia es cónsono con esto, y ejemplo claro de ello es su sentencia N° 256 de fecha 14 de febrero de 2.002, la cual se cita parcialmente a continuación:

...la indefensión de los imputados por haberle el Ministerio Público negado el acceso a la investigación, se convierte, a juicio de esta Sala, en el incumplimiento de un requisito de procedibilidad de la acción, ya que ésta -diferente a la acusación- pero incoada mediante ella, no debería proceder si se basa en actividades inconstitucionales de quien la ejerce. Quien tortura y obtiene una supuesta prueba y en ella funda una acusación, está pidiendo la intervención jurisdiccional en base a la violación de derechos fundamentales del acusado, y lo lógico -a juicio de esta Sala- no es solo anular las pruebas, sino rechazar la acción, ya que ella no puede fundarse en violaciones constitucionales. Aceptar tal situación, conduce a que sería lícito que la acción se utilice para crear procesos instrumentales cuya finalidad es el fraude a pesar de que ello viola el orden jurídico constitucional.

Por considerar que algunas transgresiones constitucionales pueden incidir sobre el fundamento del derecho de acción, si ocurren, ellas infringirían requisitos de procedibilidad de la misma...

...la acción no procede si en la formación de la acusación no se han cumplido los derechos y garantías constitucionales.¹⁵⁵

En sintonía con ello, López Barja De Quiroga (citado por Espinosa 2.009) sostiene que el deber de clarificar en el proceso penal no es ilimitado, toda vez que la investigación de la verdad material está restringida por limitaciones, exclusiones y prohibiciones relacionadas con la prueba, su práctica y apreciación.

Por tanto, la averiguación de la verdad y la concreción de la acción penal en un escrito acusatorio no deben perseguirse a ultranza, pues el deber de ejercer la acción penal para el Ministerio Público encuentra como límite, entre otros, al principio de legalidad probatoria, según el cual, no tendrán valor alguno aquellos elementos de convicción obtenidos a través de medios ilícitos, los incorporados con inobservancia de las formalidades previstas en el texto penal adjetivo, así como los que se produzcan directa o indirectamente con ocasión de los primeros.

¹⁵⁵ Véase Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. (2.002). 256, febrero 14, 2.002.

En lo tocante con lo que antecede, si este principio limitador de la legalidad procesal es transgredido y esa transgresión es empleada como fundamento de la acusación, estaremos en presencia de un incumplimiento de los requisitos de procedibilidad para intentar la acción (literal e del ordinal 4º del artículo 28 del COPP), con base en el cual dicho fundamento debe ser anulado, la acusación debe ser inadmitida y la causa debe ser sobreseída con arreglo a lo previsto en el numeral 4 del artículo 34 *ejusdem*.

2.4) LA REGLA DE EXCLUSIÓN

Tal y como sostiene Hairabedián, la regla de exclusión probatoria tuvo su génesis en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, específicamente con ocasión de la decisión del caso “Boyd” en el año 1.886, en el cual, dicha Corte sostuvo que la aportación coactiva de documentos privados por parte del acusado para ser empleados en su contra, comporta una violación a la IV y V Enmienda; motivo por el cual, se imponía la exclusión de la prueba siempre que se violaran los derechos garantizados por ambas Enmiendas. Por ello, contrariamente a lo que suele afirmarse, la regla de exclusión no fue formulada en el año 1.914 por esta misma Corte, con la decisión del caso Weeks vs. Estados Unidos.¹⁵⁶

Esta regla, según se infiere de las enseñanzas de Prieto (s.f.), imperó en forma absoluta al principio, motivo por el cual, no se admitía en juicio ningún tipo de prueba o información que se hubiere obtenido de forma ilícita. No obstante, progresivamente se fueron incorporando casos de excepción en los que se relajó su aplicación.

Lo anterior, concuerda con lo afirmado por Rives Seva (citado por González y Villarreal, s.f.), quien señala que la prueba ilícita y su desarrollo por la Corte Suprema de los Estados Unidos puede dividirse en distintos períodos a partir de la regla de exclusión, a saber: 1) la prohibición absoluta de utilizar la prueba ilícita, 2) la introducción de elementos correctores que limitan el alcance de la regla de exclusión, en el que destacan a- el *balancing test* o principio de proporcionalidad, que permite al juez ponderar en el caso concreto los bienes jurídicos en conflicto a los fines de determinar si es aplicable o no la regla de exclusión, y b- la excepción de la buena fe que nace en 1.984 para salvar la

¹⁵⁶ Hairabedián, M. (2.010). *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.

prueba obtenida de forma ilegal, siempre que la actuación policial haya sido razonable y en creencia de que se obra legalmente.¹⁵⁷

Sin embargo, creemos que la correcta ilustración de los períodos de la regla de exclusión es así: 1) la prohibición absoluta de utilizar la prueba ilícita, 2) el surgimiento de la doctrina de los frutos del árbol envenenado con los casos *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.* (251 U.S. 385 1.920) y *Nardone* de 1.939 y 3) La introducción de limitaciones a los alcances de la regla de exclusión a partir de los años setenta.

En otro orden de ideas, para Prieto González las reglas de exclusión en los Estados Unidos permiten sustraer del juicio aquellos medios de prueba obtenidos ilícitamente, bien sea por violaciones al debido proceso, a las Enmiendas de la Constitución de ese país o a los Derechos Humanos de los acusados.¹⁵⁸

De acuerdo con Lockhart, la aplicación de la regla de exclusión supone eliminar la posibilidad de valoración de cualquier elemento de prueba, siempre que se haya obtenido o incorporado al proceso en violación a una garantía constitucional o de las formas procesales relacionadas con su producción.¹⁵⁹

Criterio similar es el sostenido por Cafferata Nores, citado por Guamán¹⁶⁰, quien señala que con las reglas de exclusión probatoria se persigue hacer operativas en el proceso penal las garantías constitucionales, por lo que se debe privar de valor tanto a las pruebas que las violen, como a las que sean consecuencia necesaria e inmediata de ella.

¹⁵⁷ González L. y Villarreal A. (s. f.). *Legalidad y justicia en el marco de las pruebas ilícitas: Algunas reflexiones sobre su alcance y contenido en el sistema jurídico mexicano.* (pp. 339-353). Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/258/art/art15.pdf>

¹⁵⁸ Prieto J. (s. f.). *Los frutos del árbol envenenado: Las implicaciones del principio de exclusión de la prueba obtenida ilícitamente, contemplado en la fracción IX, apartado A del artículo 20 de la constitución política de los estados unidos mexicanos.* (pp. 41-65). Recuperado de http://web.archive.org/web/20150213210831/http://fldm.edu.mx/pdf/revista/no8/Los_Frutos_del_Arbol_Envenenado.pdf. Pág. 54.

¹⁵⁹ Véase Lockhart, J. Pág. 6.

¹⁶⁰ Guamán, R. (2.006). Libro de Memorias del XVIII Congreso Latinoamericano X Iberoamericano I Nacional de Derecho Penal y Criminología, *La Ineficacia Probatoria de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal Ecuatoriano.* Leyer, Bogotá, Colombia.

Para Espinoza, las reglas de exclusión probatorias pueden ser definidas como las reglas jurisprudenciales según las cuales, los materiales probatorios obtenidos mediante vulneraciones de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, no podrán aportarse ni ser valorados por el Juez a los fines de determinar la culpabilidad o inocencia del acusado.¹⁶¹

Vale destacar, que no es imprescindible que la regla de exclusión se encuentre prevista de manera expresa en un ordenamiento jurídico para poder desplegar sus efectos. Antes bien, se encuentra presente de forma tácita siempre que se reconozcan, garanticen y respeten los derechos fundamentales. Según Hairabedián, esta postura es admitida, entre otros, por la Corte Suprema de los Estados Unidos y el Tribunal Constitucional español.

No obstante lo anterior, conviene precisar que tal y como señala Guamán para el proceso penal ecuatoriano, la ineficacia probatoria de la prueba ilícita constituye en nuestros países el equivalente a la regla de exclusión, la cual se encuentra consagrada de manera expresa en el artículo 181 del COPP, pero que también tiene asidero constitucional. Ello así, por cuanto es expresión necesaria del modelo de Estado democrático y social, de Derecho y de Justicia acogido en el artículo 2 del texto constitucional, motivo por el cual, el numeral 1 de su artículo 49 también dispone la nulidad de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso.

Como se expresó, dicha ineficacia se encuentra formulada en el artículo 181 del COPP, el cual dispone la inutilizabilidad de todo elemento de convicción o información obtenida en desacato a los postulados del principio de legalidad probatoria. Tal y como afirma Bello (2.015, P.449), en este artículo se presenta una verdadera exclusión probatoria con motivo a la ilicitud de medios y fuentes ilícitas, regla que interdicará la formación de convicción judicial a través de estos.

Es de notar, que en su redacción se emplearon las frases “sólo tendrán valor”, “no podrá utilizarse” y “tampoco podrá apreciarse”, las cuales consideramos como expresiones equivalentes y su diferencia deviene en la necesidad de no caer en repeticiones. También, es preciso destacar que esas frases comprenden no sólo los momentos de admisibilidad y valoración de la prueba, tarea asignada al

¹⁶¹ Espinoza, R. (2.009). *Las reglas de exclusión probatoria al hilo del desarrollo de la infiltración policial*. Recuperado de https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/10994/reglas_zafra_TSJ_2009.pdf.

juez, sino en general, a todas las actuaciones que pretendan realizar los ciudadanos y funcionarios públicos como integrantes del sistema de justicia.

III. LA PRUEBA ILÍCITA

3.1) DEFINICIÓN

Los términos empleados para referirse a la prueba ilícita son variados y con frecuencia dan lugar a confusiones por cuanto se pretende usar como sinónimas expresiones que no lo son. Entre otros, así se pronuncia Miranda quien señala que frecuentemente se observan expresiones como prueba prohibida, prohibiciones probatorias, prueba ilegal, prueba ilegalmente obtenida, prueba ilícita o ilícitamente obtenida, prueba ilegítima o ilegítimamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba irregular, viciada, nula, clandestina, entre otras; las cuales implican en ocasiones verdaderas divergencias conceptuales. No obstante y tal y como precisa este autor, el término prueba ilícita es el de mayor aceptación en la actualidad y el que mejor sirve para delimitar su concepto.

Según Bello, la prueba ilícita es aquella que se obtiene o produce vulnerando los derechos fundamentales de las personas; sin embargo, en su concepción amplia, ésta alude a toda prueba obtenida en violación a la Constitución, la Ley, la moral, las disposiciones generales y principios. Según este mismo autor, la prueba ilegal se refiere a aquellas que están prohibidas por la Ley para ser producidas o propuestas como medios de prueba.¹⁶²

Para Miranda, la prueba se torna ilícita cuando para su obtención u ofrecimiento se viola algún derecho constitucional o legal del imputado. En cuanto a la noción de prueba prohibida por la Ley, explica que sobre ellas existe un mandato expreso que impide su ofrecimiento en el proceso penal.

Según Lockhart, la noción de prueba ilícita es estricta y rigurosa, pues su concurrencia se supedita a que la norma o principio vulnerado por la adquisición o puesta en práctica de la prueba, pertenezca a la Constitución o a los instrumentos internacionales.¹⁶³

¹⁶² Bello, H. (2015). *Tratado de derecho probatorio* (2da. ed.). Caracas: Autor. Pág. 446.

¹⁶³ Obra Cit. Lockhart, J. Pág. 4.

Para Delgado, la prueba ilícita puede definirse como aquella obtenida a través del menoscabo de los derechos fundamentales, en franca violación de la garantía constitucional del debido proceso.

Luego de un extenso estudio de la cuestión tratada, Hairabedián concluye que el campo de actuación de las exclusiones probatorias queda circunscrito a aquellas pruebas que han sido obtenidas violando garantías constitucionales o su reglamentación directa, pruebas estas que constituyen la noción de prueba ilícita.¹⁶⁴

Para nosotros, la prueba ilícita *stricto sensu* es aquella que atenta contra los derechos y garantías constitucionales reconocidas expresamente en el texto constitucional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como contra otros que sean inherentes a la persona humana y que no se encuentren consagradas expresamente en esos textos normativos (artículo 22 de la CRBV). Del mismo modo y siguiendo a Hairabedián, quedan comprendidas dentro de esta noción de la ilicitud aquellas que violan la reglamentación directa de estos.

En el entendido de que en nuestro país los particulares pueden aportar información, documentos y en general, cualquier tipo de elemento de convicción a la investigación del hecho; bien sea en calidad de víctima, testigo, investigado, imputado, entre otros; y del mismo modo, ya que según el numeral 7 del artículo 311 del COPP la víctima que haya interpuesto querrela o acusación particular propia y el imputado, pueden promover las pruebas que producirán en el juicio oral, es claro entonces que tanto los particulares como los funcionarios del Estado pueden incurrir en la obtención o producción de pruebas ilícitas o ilegales. Idéntica posición es la de Miranda, quien sostiene que carece de importancia el carácter de la persona que obtiene el elemento de convicción de manera ilícita, dado el carácter *erga omnes* de los derechos fundamentales.

No obstante, para Roxin quien se refiere al proceso penal alemán, las pruebas ilícitas obtenidas por particulares y puestas a disposición de las autoridades de investigación, son valorables *prima facie*, toda vez que las normas de la Ordenanza Procesal Penal (StPO), especialmente las relacionadas con las prohibiciones de métodos probatorios, están dirigidas a los órganos de la persecución penal. Si bien, en su mayoría nuestras normas sobre el régimen probatorio se encuentran destinadas a estos órganos, no puede decirse que sean sus destinatarios exclusivos, y prueba de ello lo constituye la generalidad

¹⁶⁴ Obra Cit. Hairabedián, M. Pág. 38.

que caracteriza la redacción de los artículos 181 y 182 del COPP. De modo que este argumento refuerza la tesis de la posibilidad de obtención o producción de pruebas ilícitas por particulares, generando así las consecuencias jurídicas correspondientes a toda prueba de esta índole.

3.2) CLASIFICACIÓN

Son varios los criterios que la doctrina y la jurisprudencia han empleado para clasificar la prueba ilícita, tomando en cuenta su concepción amplia, concepción ésta que será la empleada a lo largo del presente trabajo toda vez que la redacción del artículo 181 del COPP permite su utilización. En tal virtud y acogiendo los criterios de clasificación de Miranda, podemos decir que ellos son: A) momento de la ilicitud (criterio temporal o cronológico) y B) causa de la ilicitud (criterio causal o material). Además de ellos, emplearemos un tercer criterio determinado por C) la conexión con la ilicitud. Todos estos criterios pasamos a exponerlos de manera sucinta a continuación:

- **Según el momento de la ilicitud.**

Atendiendo al momento de la ilicitud, la doctrina entiende que ésta puede ser 1) Extraprocesal o 2) Intraprocesal:

1) *Extraprocesal.*

La ilicitud extraprocesal, es aquella producida fuera de un proceso determinado al momento de la obtención del elemento de convicción. Por tanto, sostiene Miranda que afecta la labor de investigación de los hechos, esto es, la búsqueda, recolección y obtención de dicho elemento de convicción. Como acertadamente explica este autor, esta clase de ilicitud atendiendo a su momento de producción, es la que más frecuentemente se comete. Ejemplo claro de ello podría ser un registro domiciliario sin orden de allanamiento, cuando en su práctica se logra incautar cierta cantidad de droga. Vemos entonces como este elemento de convicción se encuentra viciado de ilicitud, por cuanto en su obtención se violó el hogar doméstico sin el acatamiento de las formalidades esenciales previstas para ello.

2) *Intraprocesal.*

Por el contrario, la ilicitud intraprocesal tiene cabida dentro del proceso tal y como su nombre sugiere, y afecta a la prueba (*lato sensu*) cuando ésta es admitida, propuesta o practicada¹⁶⁵. De igual forma, también creemos que afecta la labor de investigación de los hechos antes comentada, en el entendido que los elementos de convicción también pueden ser buscados, recolectados y obtenidos dentro del proceso. Como ejemplo de esta modalidad, cabe mencionar el caso de declaración del imputado en calidad de testigo, obligándosele a responder preguntas que lo incriminen en los hechos que se investigan.

- **Según la causa de la ilicitud.**

Enfocándonos ahora en las causas de la ilicitud, esta clasificación se divide en 1) Pruebas ilícitas *stricto sensu* o también denominadas pruebas inconstitucionales, 2) Pruebas ilegales, irregulares o defectuosas y 3) Pruebas expresamente prohibidas por la Ley.

De lo que enseña Binder, se puede deducir que en la actividad probatoria destacan distintos niveles de limitación. El primero de ellos, relacionado con campos, temas y métodos absolutamente prohibidos (1. Pruebas expresamente prohibidas por la Ley). El segundo nivel, queda constituido por aquellos casos en los que la información sólo puede ser obtenida si media una orden judicial, como es el caso de los allanamientos, interceptación de comunicaciones, incautación de papeles, entre otros (2. Pruebas ilícitas *stricto sensu* o también denominadas pruebas inconstitucionales). Por último, señala que no puede ingresar al proceso la información si no es a través de ciertos y determinados canales preestablecidos (3. Pruebas ilegales, irregulares o defectuosas).

- 1) *Pruebas expresamente prohibidas por la Ley.*

En este supuesto, nos referimos a aquellas pruebas afectadas por una prohibición probatoria contenida de manera expresa en el COPP o cualquier otra disposición de carácter procesal penal; motivo por el cual, quedan excluidas de esta clasificación aquellas pruebas de las cuales valga decir que se encuentran tácitamente prohibidas por aplicación del principio de legalidad probatoria.

¹⁶⁵ Véase Miranda, Manuel. Obra Cit.

No obstante lo anterior, la norma que regula este principio dispone una prohibición probatoria expresa en relación al medio de obtención de la información, estableciendo que la tortura, el maltrato, la coacción, amenaza, engaño, la indebida intromisión en la intimidad del domicilio, correspondencia, comunicaciones, papeles y archivos privados, así como el menoscabo de la voluntad o la violación de derechos fundamentales, son formas vedadas para la utilizabilidad de la información obtenida.

2) *Pruebas ilícitas stricto sensu.*

Como ya expresamos, la entendemos como aquella que atenta contra los derechos y garantías constitucionales reconocidas expresamente en el texto constitucional y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, así como contra otros que sean inherentes a la persona humana y que no se encuentren consagradas en ellos (artículo 22 de la CRBV); quedando comprendidas, además, aquellas pruebas que violan la reglamentación directa de estos.

Como bien apuntó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Sentencia N° 256 del 14 de febrero de 2.002, entre las causas de nulidad de un acto procesal se encuentra la inconstitucionalidad de éste en caso de infringir derechos o garantías constitucionales. Para ejemplificar, la Sala trajo a colación que son nulas por mandato constitucional las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso, lo que la llevó a colegir que “...si existen formas procesales predeterminadas para la obtención de una prueba y éstas se violan, las pruebas, como medios obtenidos por el infractor, obviando las formas, son nulas (artículo 49.1 constitucional).”¹⁶⁶

Se deduce con claridad, que la Sala se refería a la noción de prueba ilícita, la cual acarrea como consecuencia necesaria su nulidad absoluta, sin posibilidad de que sea subsanada o convalidada.

3) *Pruebas ilegales.*

Siguiendo nuevamente a Miranda y como complemento de lo anterior, podemos decir que esta clase de pruebas queda circunscrita a las que violen la legalidad procesal ordinaria y a las que se

¹⁶⁶ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. (2.002). 256, febrero 14,

practiquen sin el debido acatamiento de las formalidades establecidas en la Ley, siempre que no infrinjan los derechos y garantías constitucionales anteriormente descritos.

En cuanto a estas pruebas, se discute fuertemente en la doctrina si quedan comprendidas en el radio de acción de la regla de exclusión, siendo mayoritaria la opinión contraria; esto es, que dicha regla sólo abarca las pruebas ilícitas en sentido estricto.

Según la conexión con la ilicitud.

Para finalizar con la clasificación de los criterios que consideramos de mayor relevancia, se distingue entre 1) Pruebas ilícitas en sí mismas y 2) Pruebas ilícitas derivadas, indirectas o por efecto reflejo:

1) Pruebas ilícitas en sí mismas.

Esta noción atiende en su sentido amplio, a aquella prueba que es producto directo e inmediato de una obtención o práctica en la que se hubiere violado el principio de legalidad probatoria, es decir, de las normas de rango legal o constitucional que resulten aplicables.

2) Pruebas ilícitas derivadas.

Las pruebas ilícitas derivadas, por el contrario, tienen una relación indirecta y mediata con las normas legales o constitucionales vulneradas, por cuanto se obtiene una prueba en sí misma lícita a través de una contaminada por ilicitud. En este punto se alude a la teoría del árbol de frutos venenosos, según la cual, la información que provenga directa o indirectamente de un medio o procedimiento ilícito (artículo 181 del COPP), también estará impregnada de ilicitud y por lo tanto, será inutilizable en el proceso.

3.3) ADMISIBILIDAD Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

Posturas Favorables a su Admisibilidad y Valoración.

Se deduce de Miranda, que la mayoría de la doctrina se pronunciaba a favor de la admisión, validez y eficacia de las pruebas ilícitas, las cuales, al no ser nulas por mandato expreso, podían ser empleadas por el órgano jurisdiccional en la formación de su convencimiento sobre los hechos. El argumento más sólido de esta postura, residía en la búsqueda de la verdad material como fin del proceso penal, de modo que todo lo que coadyuvara a establecerla debía ser valorado por el juzgador, sin importar el modo de obtención de la información correspondiente. Otro de los argumentos más destacados de esta posición, es el de la libre apreciación o valoración de la prueba por parte del juez. De modo que se encontraba plenamente justificada la admisibilidad y valoración de las pruebas ilícitas.

En relación con lo anterior, Lockhart describe esta posición afirmando que, para sus partidarios, el proceso se encuentra sujeto a la obligación y necesidad de investigar la verdad a ultranza y de manera absoluta, motivo por el cual, se niega cualquier tipo de posibilidad de prohibición probatoria y en consecuencia, se admite la eficacia del medio obtenido ilegalmente. Por ello, no hay tema que no pueda ser investigado, ni método de averiguación que no pueda ser empleado.¹⁶⁷

Conviene traer a colación las enseñanzas de Hairabedián sobre este punto, quien señala que la jurisprudencia de ciertos países en la actualidad, como Inglaterra, así como la de algunas épocas en otros países y diversas posturas doctrinarias, han rechazado la exclusión de la prueba inconstitucional, sin perjuicio de las sanciones correspondientes para el infractor de los derechos fundamentales.¹⁶⁸

Entre las críticas más comunes sobre las exclusiones probatorias destacan, según este autor: 1) la pérdida de prueba relevante, 2) el favorecimiento de los culpables del delito, 3) los costos administrativos derivados de los incidentes procesales impugnatorios de la prueba, 4) la dilación procesal y 5) el entorpecimiento de la justicia.

Para Lockhart, quien acoge las enseñanzas de varios autores, los argumentos que sustentan esta posición pueden sintetizarse de la siguiente manera: 1) La búsqueda de la verdad justifica el empleo de

¹⁶⁷ Obra Cit. Lockhart, J. Pág. 8.

¹⁶⁸ Obra Cit. Hairabedián, M. Pág. 33.

cualquier medio, pues ésta funge como fin del proceso penal y por lo tanto, debe ser alcanzada a cualquier costo; 2) La exclusión entorpece el accionar de la justicia, ya que dificulta la investigación y la represión del crimen; 3) El delito cometido por el investigador no convierte en lícito el delito investigado, toda vez que los abusos de la autoridad no dejan de un lado la realidad intangible, esto es, la existencia del material demostrativo de la responsabilidad criminal. 4) El alto costo social de la exclusión, el cual se ve determinado por la pérdida de la función preventiva de la pena y porque se le arrebató a la sociedad su derecho a defenderse del delito; 5) El falso efecto persuasivo, por cuanto el verdadero destinatario de la regla no es el agente que transgrede el orden jurídico; y 6) La regla de exclusión es una regla indiscriminada, pues no distingue entre casos como la buena fe del funcionario para salvar la prueba y los que deliberadamente son practicados en contravención del orden jurídico, por lo que peca de exceso.¹⁶⁹

Posturas Contrarias a su Admisibilidad y Valoración.

La postura anterior ha sido superada de forma general en la actualidad, con motivo a la consolidación de la teoría que propugna la inutilizabilidad de la prueba en cuya obtención o producción se han violado derechos o libertades fundamentales. Es pertinente destacar, que los partidarios de esta tesis que rechazan la admisión y valoración de la prueba ilícita se encuentran divididos, según Miranda, en dos sectores, a saber: 1) Aquel que partiendo de una concepción amplia de prueba ilícita sostiene la inutilizabilidad absoluta de ella, y 2) Aquel que restringe dicha inutilizabilidad al caso en que se hayan violado derechos o libertades fundamentales.

Entre los argumentos empleados para contrariar la posibilidad de admisibilidad y valoración de la prueba ilícita, se encuentran: 1) El fundamento ético, según el cual, al Estado le es exigible un comportamiento adecuado a múltiples principios éticos, lo cual supone que si éste se aprovecha de un medio de prueba ilegal, provoca entonces una actitud inmoral; 2) El inevitable precio del sistema, constituido por la impunidad de algún delito cuando al responsable le sean conculcados sus derechos fundamentales, pues la tutela de estos derechos son más importantes para la sociedad que la imposición del castigo contemplado en la Ley; 3) La necesidad de preservar los derechos individuales

¹⁶⁹ Obra Cit. Lockhart, J. Pág. 8-11.

y las garantías constitucionales, toda vez que en razón de su rango ninguna norma, acto o hecho pueden contradecirlos, y si esto sucede, la norma, acto o hecho se tornan en inconstitucionales y por tanto, inválidos como fuente de efectos jurídicos; 4) El derecho a la prueba no es absoluto, ya que si bien es cierto que cuenta con cobertura constitucional, no es menos cierto que tiene tanto limitaciones expresas del mismo nivel normativo, como de rango legal; y 5) El efecto persuasivo de la exclusión respecto de futuros procedimientos, según el cual, excluir de un proceso la prueba ilegalmente conseguida, ejerce un claro efecto disuasorio respecto de futuros procedimientos.¹⁷⁰

Para Hairabedián¹⁷¹, no existe consenso alguno ni en la doctrina ni en la jurisprudencia acerca de los fundamentos de la aplicación de sanciones probatorias. No obstante, explica brevemente los principales argumentos que han servido para explicarlas de la siguiente manera: 1) La promoción de resultados precisos, ya que la ilicitud puede afectar la aptitud de la evidencia para reflejar la verdad y puede permitir o provenir de una manipulación de la prueba; 2) La cuestión ética y la integridad judicial, ya que cuando se excluye una prueba ilícita se están disuadiendo conductas policiales negativas; 3) Función preventiva. En relación con esta función, enseña que el principal fundamento de las exclusiones probatorias en los Estados Unidos es el de la prevención de futuras violaciones a la Ley en la actividad probatoria, la cual funciona por medio de dos vías: disuadir a los funcionarios de emplear medios ilícitos y educar a la colectividad en relación con la necesidad de emplear medios legales en la lucha contra el crimen; 4) Remedio contra las actividades incorrectamente realizadas, pues la regla de exclusión permite garantizar los mecanismos de respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, excluyendo la prueba ilícita. 5) La regla de exclusión funge como una forma de reparación del daño causado al agraviado.

3.4) MECANISMOS DE IMPUGNACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

Recurso de apelación de autos

En el entendido de que el juez de control puede admitir o inadmitir una o varias de las pruebas ofrecidas para el juicio, es pertinente acotar que el artículo 314 *ibídem* señala lo siguiente:

¹⁷⁰ *Ibídem*. Pág. 8-11.

¹⁷¹ *Obra Cit. Hairabedián, M.* Pág. 50.

Artículo 314. La decisión por la cual el Juez o Jueza admite la acusación se dictará ante las partes.

El auto de apertura a juicio deberá contener:

3. Las pruebas admitidas...

Este auto será inapelable, salvo que la apelación se refiera sobre una prueba inadmitida o una prueba ilegal admitida.

De ésta, es claro entonces que como regla general se establece que el auto de apertura a juicio es inapelable, no obstante que también se contemplan dos excepciones, a saber: 1) Que la apelación verse sobre una prueba inadmitida y 2) Que sea sobre una prueba ilegal admitida.

En relación con el segundo supuesto que se refiere sólo a la prueba ilegal, debe traerse a colación nuevamente el ordinal 9 del artículo 313 del COPP, el cual, entre otras, distingue entre la legalidad y la licitud de la prueba. Al respecto, creemos que con el referido artículo 314 no se pretende excluir a la prueba ilícita de la interposición del recurso de apelación de autos, ya que argumentando *a fortiori* podemos afirmar que si se permite la apelación contra la decisión que admite una prueba ilegal, con mayor razón debe permitirse cuando se trate de una prueba ilícita. Lo contrario, implicaría una absurda distinción en franco detrimento de los derechos fundamentales violados por esta clase de pruebas. De modo que a nuestro criterio, en la redacción del artículo 314 del COPP queda comprendida la prueba ilícita en la noción de ilegalidad.

En sintonía con esto y antes de la entrada en vigencia del COPP actual, la Sala Constitucional del máximo tribunal en sentencia N° 1768, de fecha 23 de noviembre de 2011, señaló refiriéndose a la impugnabilidad del auto de apertura a juicio, que la admisibilidad o inadmisibilidad de una prueba puede comportar un gravamen irreparable para alguna de las partes, y por ende, que la decisión en cuestión es recurrible, toda vez que se podría obtener una sentencia condenatoria fundada en la valoración de pruebas obtenidas ilegalmente, o que sean impertinentes o innecesarias.¹⁷²

Por lo anterior, es dable concluir que no sólo son apelables las decisiones que admiten una prueba con fundamento en la ilicitud o ilegalidad de la misma, con arreglo a lo previsto en el artículo

¹⁷² Véase Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. (2.011). 1768, noviembre 23, 2.011.

314 ya comentado; sino que además, lo son todas aquellas decisiones que admitan una prueba, sin importar los fundamentos de la apelación. En otras palabras, vale decir de manera general que la admisión de una prueba por el juez de control al término de la audiencia preliminar, es apelable sin quedar limitados los fundamentos del recurso a la legalidad o licitud de la prueba admitida.

En resumen y atendiendo a las particularidades del presente estudio, puede decirse que la decisión que admite o inadmite una prueba ilícita *lato sensu*, es impugnabile a través del recurso de apelación de autos conforme al ordinal 7 del artículo 439 del texto penal adjetivo, concatenado con el artículo 314 *ibídem*.

- **Recurso de apelación de sentencia**

En caso de haberse admitido la prueba ilícita al término de la audiencia preliminar y de haber sido valorada por el juez de juicio en la sentencia, también existe la posibilidad de impugnar tal decisión a través del recurso de apelación de sentencia, el cual se encuentra previsto en el artículo 444 del COPP de la siguiente manera:

Artículo 444. El recurso sólo podrá fundarse en:

Omississ

4. Cuando ésta se funde en prueba obtenida ilegalmente o incorporada con violación a los principios del juicio oral...

De la redacción anterior, pareciera que la norma dejara por fuera a la obtención ilícita de la prueba. Vemos entonces, como se repite la omisión existente en el artículo 314 *ejusdem* relativo al auto de apertura a juicio, por lo que hacemos extensivos los argumentos correspondientes.

Del mismo modo, podría pensarse que también excluye de la posibilidad de interposición del recurso en relación a las denominadas pruebas expresamente prohibidas por la Ley, las cuales quedan comprendidas en el motivo siguiente que versa sobre la violación de la Ley por inobservancia.

- **Nulidad**

Otro mecanismo de impugnación de la prueba ilícita es la acción de nulidad, que será tratada en el siguiente capítulo como consecuencia jurídica.

3.5) CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA PRUEBA ILÍCITA

- **Los Efectos Reflejos de la Prueba Ilícita**

Los efectos reflejos de la prueba ilícita tienen su origen en la doctrina de los frutos del árbol venenoso, y ésta a su vez, parece tener algún tipo de connotación bíblica tal y como expresa Hairabedián¹⁷³, pues en dicho texto se señala “Planten ustedes un árbol bueno, y su fruto será bueno; planten un árbol dañado, y su fruto será malo. Porque el árbol se conoce por sus frutos”¹⁷⁴ (Mateo 12:33). Asimismo, Mateo 7:17-20 reza que “...un árbol sano: da frutos buenos... el árbol malo produce frutos malos. Un árbol bueno no puede dar frutos malos, como tampoco un árbol malo puede producir frutos buenos. Todo árbol que no da buenos frutos se corta y se echa al fuego.”¹⁷⁵

En el ámbito jurídico, la doctrina es pacífica en sostener que el surgimiento de la teoría de los frutos del árbol envenenado fue en los Estados Unidos de América, y se remonta a la decisión del caso *Silverthone Lumber Co. v. U.S.* (251 U.S. 385 1.920). No obstante y tal y como sostiene Prieto González (s.f., P.41), fue en el año 1.939 con el juzgamiento del caso *Nardone* que dicho Tribunal estadounidense empleó por vez primera esta expresión (*fruits of the poisonous tree doctrine*).

En el primero de los casos citados, se estableció, entre otras cosas, que la prohibición de adquirir la evidencia de cierta manera no significa simplemente su imposibilidad de uso ante la Corte en caso de violación, sino más bien, que la información no podrá ser usada en lo absoluto; de modo que no podría usarse para adquirir otras pruebas.

Con la metáfora empleada en la doctrina de la ilegalidad indirecta de la prueba, en relación a que si el árbol se encuentra envenenado, los frutos lógicamente también lo estarán, se pretende

¹⁷³ Obra Cit. Hairabedián, M. Pág. 25.

¹⁷⁴ Sociedad Bíblica Católica Internacional. (1.995) *La Biblia*. España: Editorial Verbo Divino.

¹⁷⁵ *Ibíd.*

significar que si una prueba es ilícita, la información que provenga directa o indirectamente de ella igualmente lo estará.

Al igual que sucede con la terminología empleada para referirse a la prueba ilícita, también suele hablarse de pruebas ilícitas derivadas o por derivación, pruebas ilícitas indirectas o por efecto reflejo, entre otras; lo cual, a diferencia con aquella, no produce una divergencia conceptual. Ciertamente se refieren a lo mismo.

Como es claro, las pruebas ilícitas derivadas son en sí mismas lícitas, pues de otra forma no lo serían por derivación sino de forma autónoma, tornando en inútil el criterio de clasificación de acuerdo a la conexión con la ilicitud. Entonces, como bien apunta Lockhart citando a Midón, de esta cuestión participan una prueba adquirida de modo regular y con todas las garantías de Ley, pero a la que se accede a través de conocimientos aprehendidos de forma ilegal.¹⁷⁶

En relación con la doctrina *in comento*, podríamos plantearnos la siguiente interrogante: ¿El alcance de la ilicitud que arropa a una prueba determinada llega hasta otras que sean obtenidas o practicadas como consecuencia directa o indirecta de ésta?

Para resolver la cuestión, la doctrina ha intentado argumentar en pro y en contra de la proyección de la regla de exclusión, pudiéndose observar, como explica Lockhart, tres posturas distintas, a saber: 1) La tesis restringida, según la cual, no existe problema alguno en cuanto a los efectos reflejos de la prueba ilícita, por cuanto todo aquello que pueda servir para el descubrimiento de la verdad debe ser empleado por el juez, motivo por el cual, resulta irrelevante el modo de obtención; 2) La tesis ecléctica, cuyos partidarios sostienen que la solución puede encontrarse atendiendo al fundamento de las normas violadas; y 3) La tesis amplia, que promulga la extensión de la regla de exclusión tanto a las pruebas que son consecuencia necesaria e inmediata de la prueba ilícita, como a aquellas que lo son por vía mediata o indirecta.¹⁷⁷

En relación con estas posturas, es claro entonces que Venezuela se inscribe en la tesis amplia, pues el artículo 181 del COPP dispone en su único aparte que: “Asimismo, tampoco podrá apreciarse la información que provenga directa o indirectamente de un medio o procedimiento ilícitos.” Esto

¹⁷⁶ Obra Cit. Lockhart, J. Pág. 5.

¹⁷⁷ *Ibidem*. Págs. 16-17.

implica para Vásquez¹⁷⁸, la imposibilidad de utilizar (inutilizabilidad conforme a la doctrina italiana) las pruebas derivadas o conocidas con ocasión de un acto de investigación ilícito.

Además, vale acotar que esa inutilizabilidad también se origina como efecto de la nulidad establecida en el artículo 180 del COPP, el cual dictamina, *mutatis mutandis*, que son también nulas las pruebas que dependieren o emanaren de forma directa o indirecta de otra prueba viciada de nulidad.

Por último, es preciso señalar que para aplicar el efecto contaminante de la prueba ilícita sobre otra que en principio no lo es, es necesario establecer un nexo causal entre ambas, de modo que la segunda no se hubiese podido obtener sin la primera. En otras palabras, podemos decir que si suprimiéramos mentalmente la primera de las pruebas involucradas, la segunda desaparecería pues el conocimiento que se tiene sobre ella es consecuencia directa o indirecta de la otra.

En relación con esto y para determinar si una prueba deriva o no de otra que se supone viciada, la Corte Constitucional de Colombia señaló en su sentencia C-591 del año 2.005, que el juez deberá tener en cuenta las reglas de la experiencia y de la sana crítica, en tanto en cuanto será necesario examinar el nexo causal entre una prueba y otra, al igual que ponderar diversos factores como los derechos fundamentales involucrados, así como el deber estatal de investigar y sancionar el delito.

- **Nulidad**

Como antes se expresó, el artículo 25 de la CRBV sanciona con nulidad a todo acto dictado por el Poder Público que viole o menoscabe los derechos y garantías tutelados tanto por ella como por la Ley. El citado artículo 25 dispone:

Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.

Como complemento de esta norma, el numeral 1 del artículo 49 *ejusdem* consagra una disposición de nulidad específica destinada a la actividad probatoria señalando que:

¹⁷⁸ Obra Cit. Vásquez, M. Pág. 23.

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

1...*omississ*...Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley...*omississ*...

Del vocablo “obtenidas”, debe entenderse, tal y como explica Armenta refiriéndose a la concepción amplia del término, que comprende “toda la actividad para que la prueba se incorpore al proceso y sirva de base a la decisión del tribunal sentenciador.”¹⁷⁹

En estrecha relación con esto, Vásquez sostiene que realizando una interpretación armónica del orden jurídico se puede concluir que la nulidad alcanza a las pruebas prohibidas, a las pruebas en relación a las cuales se ha violentado un derecho o garantía de rango constitucional distinta a la del debido proceso, y finalmente, a las pruebas irregulares –también denominadas ilegales-.¹⁸⁰

Con el objeto de desarrollar la norma constitucional citada, el Capítulo II del Título V inserto en el Libro Primero del COPP, consagra la regulación de las nulidades en el proceso penal, estableciendo como principio en su artículo 175 que:

Serán consideradas nulidades absolutas aquellas concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado o imputada, en los casos y formas que este Código establezca, o las que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías fundamentales previstos en este Código, la Constitución de la República, las leyes y los tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República Bolivariana de Venezuela.

Como puede apreciarse, esta norma restringe el ámbito de aplicación de la nulidad al supuesto de que se trate de una prueba ilícita por violación de derechos fundamentales. Sin embargo, quedan sancionadas también con nulidad la prueba ilegal y las pruebas expresamente prohibidas por la Ley como antes se señaló.

¹⁷⁹ Armenta, D. (2.007). *Lecciones de derecho procesal penal* (3da. ed.). España: Marcial Pons.

¹⁸⁰ Obra Cit. Vásquez, M. Pág. 14.

Sin lugar a dudas, la declaratoria de nulidad de la prueba ilícita puede producirse de oficio o a instancia de parte, tal como se lee en el artículo 179 del COPP: "...el Juez o Jueza deberá declarar su nulidad por auto razonado o señalará expresamente la nulidad en la resolución respectiva, de oficio o a petición de parte."

Por otra parte, al abordar los efectos de la nulidad de una prueba ilícita conviene citar parcialmente el contenido del artículo 180 *ibídem*, el cual es del siguiente tenor:

Efectos

Artículo 180. La nulidad de un acto, cuando fuere declarada, conlleva la de los actos consecutivos que del mismo emanaren o dependieren.

Sin embargo, la declaración de nulidad no podrá retrotraer el proceso a etapas anteriores, con grave perjuicio para el imputado o imputada, salvo cuando la nulidad se funde en la violación de una garantía establecida en su favor.

De este modo, si durante la audiencia preliminar se declarare la nulidad de actuaciones judiciales realizadas durante la fase de investigación, el tribunal no retrotraerá el procedimiento a esta fase.

Asimismo, las nulidades declaradas durante el desarrollo de la audiencia del juicio oral no retrotraerán el procedimiento a la etapa de investigación o a la de la audiencia preliminar.

...omississ...

Esta norma amerita la realización de varios comentarios. En primer lugar, la nulidad de los actos consecutivos por relación directa o indirecta con un acto inicial viciado con nulidad, lo asociamos con los efectos reflejos de la prueba ilícita, motivo por el cual, se tratará en el apartado correspondiente.

En cuanto a su segundo aparte, dispone que "...si durante la audiencia preliminar se declarare la nulidad de actuaciones judiciales realizadas durante la fase de investigación, el tribunal no retrotraerá el procedimiento a esta fase. De esta redacción, debe precisarse el término actuaciones judiciales para comprender el alcance de esta disposición, ya que podría pensarse que se refiere

únicamente a aquellas realizadas por el órgano jurisdiccional, o que comprende también las hechas por los órganos de investigación penal.

En nuestro criterio, la expresión “actuaciones judiciales” es equivalente a actuaciones procesales y por tanto, comprende no sólo los actos de esta naturaleza realizados por el juez en su condición de sujeto procesal, sino también, los actos de investigación (y eventualmente de prueba en los casos del artículo 289 del COPP) llevados a cabo por el Ministerio Público como director de la investigación.

En cuanto a este supuesto, el juez de control sólo podría admitir la acusación y acordar el pase a juicio “...si la prueba o pruebas declaradas nulas no fueren determinantes en orden a sustentar el fundamento serio del referido acto conclusivo.”¹⁸¹

En lo que respecta al tercer aparte, la norma es clara en señalar que las nulidades decretadas durante el desarrollo de la audiencia de juicio, no retrotraerán el procedimiento a fases anteriores.

Finalmente y tal como apuntó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fallo N° 256 de fecha 14 de febrero de 2.002, “...no existe en el Código Orgánico Procesal Penal un sistema procesal que señale cómo y en cuál momento se decide la nulidad, así ella se funde en motivos de inconstitucionalidad.”¹⁸²

Por tanto, continúa la Sala señalando que:

Es de advertir, que la denuncia de inconstitucionalidad como base de la nulidad interpuesta dentro del proceso, no imprime a tal petición ningún rango especial que conlleve a una sentencia inmediata, por lo que su decisión tendría lugar en los lapsos ordinarios, y si ellos no existieran, en los términos procesales que por analogía podrían aplicarse, quedando a la parte que va a ser perjudicada por la dilación en la decisión, y cuya situación jurídica va a sufrir un daño irreparable, acudir a la vía del amparo, tal como lo expresó esta Sala en sentencia del 28 de julio de 2000 (Caso: Luis Alberto Baca).

¹⁸¹ Ídem. Pág. 25.

¹⁸² Véase Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. (2.002). 256, febrero 14, 2.002.

Para el proceso penal, el juez de control durante la fase preparatoria e intermedia hará respetar las garantías procesales, pero el Código Orgánico Procesal Penal no señala una oportunidad procesal para que se pida y se resuelvan las infracciones a tales garantías, lo que incluye las transgresiones constitucionales, sin que exista para el proceso penal una disposición semejante al artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, ni remisión alguna a dicho Código por parte del Código Orgánico Procesal Penal.

Ante tal silencio de la ley, ¿cómo maneja el juez de control una petición de nulidad?. A juicio de esta Sala, depende de la etapa procesal en que se haga, y si ella se interpone en la fase intermedia, el juez puede resolverla bien antes de la audiencia preliminar o bien como resultado de dicha audiencia, variando de acuerdo a la lesión constitucional alegada, ya que hay lesiones cuya decisión no tienen la urgencia de otras, al no infringir en forma irreparable e inmediata la situación jurídica de una de las partes.

No señala el artículo 328 del Código Orgánico Procesal Penal entre las actuaciones que pueden realizar las partes en la fase intermedia, la petición de nulidades, pero ello lo considera la Sala posible como emanación del derecho de defensa.

De esta manera, insiste la Sala en afirmar que de plantearse la nulidad en un caso concreto, podrá entonces el Tribunal resolverla en cualquier momento antes de acordar el pase a juicio, siendo deseable que dicho momento sea en la misma audiencia preliminar con el objeto de garantizar el contradictorio. No obstante, si la nulidad coincide con el objeto de las cuestiones previas, debe ser resuelta en esa audiencia.

- **Inutilizabilidad**

La primera de las formas en que esta institución despliega sus efectos es como consecuencia de la nulidad. Así, para Espinoza¹⁸³, el efecto principal de la transgresión de los derechos fundamentales en la obtención del material probatorio, es la nulidad y por consiguiente, su inutilizabilidad en el proceso. En sintonía con esto, Hairabedián sostiene que la ineficacia de la prueba ilícita es a la vez el resultado de la nulidad y la sanción de las exclusiones probatorias. La segunda vía que adopta la

¹⁸³ Obra Cit. Espinoza, R. Pág. 85.

inutilizabilidad para desplegar sus efectos es como consecuencia autónoma, esto es, sin la necesidad de que exista una declaratoria de nulidad previa.

Para Miranda, es preferible hablar de la inutilizabilidad que de nulidad de la prueba ilícita, por cuanto con la primera se introduce una mayor claridad conceptual. Ello así, toda vez que como afirma Hairabedián¹⁸⁴, mientras la segunda recae sobre actos procesales, la primera de ellas (refiriéndose a las exclusiones probatorias) no sólo comprende estos actos del proceso, sino también los cumplidos fuera de él.

La inutilizabilidad de la prueba ilícita, tal como sostiene este autor citando a Picó Junoy, entendida como la prohibición de otorgarle validez, despliega sus efectos en dos momentos distintos, a saber: al momento de resolver sobre la admisibilidad del medio de prueba, y cuando el juez hace uso de ella valorándola en la sentencia.

En cuanto al primero de ellos y de acuerdo con el ordinal 9 del artículo 313 del COPP, el juez de control al término de la audiencia preliminar debe realizar el análisis de admisibilidad de las pruebas promovidas. Esta norma dispone que “Finalizada la audiencia el Juez o Jueza resolverá, en presencia de las partes, sobre las cuestiones siguientes, según corresponda: ... 9. Decidir sobre la legalidad, licitud, pertinencia y necesidad de la prueba ofrecida para el juicio oral.”

En virtud de tal análisis, es claro entonces que el juez de control puede admitir o inadmitir las pruebas promovidas por las partes de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 7 del artículo 311 del texto penal adjetivo, según el ordinal 9 del artículo 313 del COPP.

Como bien puede observarse del contenido de la norma citada, el Código distingue entre legalidad y licitud de la prueba como condiciones susceptibles de originar su inadmisibilidad. Aun cuando la concepción amplia de la prueba ilícita arropa también la de prueba ilegal, esta distinción la consideramos acertada en aras de una mayor claridad al momento de emplear la norma.

Para finalizar con el tema de la admisibilidad, vale acotar que las partes disponen de mecanismos efectivos para evitar que la prueba ilícita sea admitida en el proceso, por cuanto antes de

¹⁸⁴ Obra Cit. Hairabedián, M. Pág. 72.

la celebración de la audiencia preliminar disponen de la acción de nulidad y de las excepciones. En caso de resultar admitida, cuentan también con el recurso de apelación de autos, tal y como ya fue explicado.

Por otra parte, la inutilizabilidad como prohibición de valoración de la prueba ilícita supone que si ésta llegase a burlar el filtro de la admisibilidad en el momento en el que el juez de control analiza su legalidad y licitud (Art. 313.9 del COPP), o si por el contrario, su ilicitud proviene de su práctica ante el juez de juicio, no podrá éste último hacer uso de ella en el entendido de que el artículo 181 *ejusdem* se lo prohíbe. Por tanto, los resultados probatorios obtenidos no podrán servirle para destruir la presunción de inocencia, pues la prueba ilícita es una prueba de valoración prohibida (Miranda).

En el supuesto de que el juez de juicio hubiese hecho uso de la prueba ilícita contrariando las prohibiciones establecidas en la norma antes aludida, el ordinal 4 del artículo 444 del texto penal adjetivo le permite a la parte interesada recurrir de la sentencia.

Asimismo, la decisión que dicte la Corte de Apelaciones es susceptible de ser recurrida en casación por violación de la Ley (falta de aplicación, indebida aplicación o por errónea interpretación), como puede apreciarse del contenido del artículo 452 *ejusdem*, haciendo posible para la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia evaluar la apreciación de una prueba ilícita.¹⁸⁵

Por otra parte, es menester señalar como innecesaria la redacción de dos soluciones jurídicas distintas en nuestro orden jurídico, en lo que atañe a los efectos procesales de la prueba ilícita. No se trata de elegir entre el artículo 49.1 del texto fundamental (en su sección sobre la nulidad de las pruebas) y el 181 del COPP, a los fines de suprimir una de esas normas, pues es deseable la regulación de este tema en la Constitución y en la Ley.

En relación con ello, creemos que es preferible modificar una de esas redacciones para hacerlas converger en su solución jurídica. A tal fin, debería modificarse la contenida en el artículo 49.1 de la Carta Magna y establecerse, por ejemplo, que serán inutilizables las pruebas obtenidas o practicadas con violación de derechos o garantías fundamentales. Con ello, quedaría claro que la prueba ilícita no

¹⁸⁵ Véase Vásquez, M. Obra Cit. P. 25.

tiene valor y que no puede utilizarse o apreciarse, por lo que esa redacción estaría en armonía con la del referido artículo 181. Además, incluiría la práctica de la prueba y la totalidad de los derechos y garantías constitucionales, evitándose así toda discusión sobre el asunto.

IV. EXCEPCIONES A LAS EXCLUSIONES PROBATORIAS

En términos generales suele decirse que toda regla tiene su excepción, y tal y como se explicará, la regla de exclusión no escapa de ello, pues la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha ido introduciendo ciertas limitaciones a los alcances de dicha regla.

Es válido recordar en este punto, que la regla de exclusión tuvo su génesis en la jurisprudencia de ese país y que ésta constituye el equivalente de la ineficacia de la prueba ilícita en el nuestro, motivo por el cual, también se hace necesario el estudio de las excepciones a las exclusiones probatorias en el proceso penal estadounidense, con el objeto de analizar si son aplicables en Venezuela.

Para Hairabedián, una de las razones de más peso para la elaboración de las restricciones jurisprudenciales a la regla de exclusión, son las críticas que se han formulado en contra de las exclusiones probatorias, por lo que puede decirse que estas han tenido una incidencia directa en la aplicación de excepciones.

Por ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia han desarrollado teorías que persiguen blindar a la prueba ilícita y sus derivadas directas o indirectas de las sanciones procesales correspondientes, en casos puntuales que, por razones y circunstancias determinadas, constituyen verdaderas excepciones a las exclusiones probatorias.

Debido a que recientemente acabamos de explicar la doctrina de la ilegalidad indirecta de la prueba, creemos conveniente entonces comenzar por las excepciones a la regla de exclusión aplicable a la prueba ilícita derivada, las cuales son 1) La fuente independiente no contaminada, 2) El descubrimiento inevitable y 3) El vínculo atenuado que “purga” el vicio inicial.¹⁸⁶

¹⁸⁶ Obra Cit. González L. y Villarreal A. (s. f.).Pág. 342.

4.1) LA FUENTE INDEPENDIENTE

Como recientemente señalamos, la doctrina del árbol de frutos envenenados tuvo su nacimiento con el caso *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.* (251 U.S. 385 1.920), en el cual se expuso, además de lo ya expresado, que el hecho que la información obtenida ilícitamente no pueda ser empleada en lo absoluto, no quiere decir también que ésta se convierta en sagrada o inaccesible, pues si proviene de una fuente independiente el hecho podrá ser probado como cualquier otro.

Como puede colegirse de la lectura de aquel fallo, además de establecerse la imposibilidad de emplear la prueba ilícitamente obtenida, se estableció también que la información podrá ser empleada en el proceso si proviene de una fuente independiente (y legalmente obtenida). De modo tal que así nace una de las tres excepciones admisibles a la ilegalidad indirecta de la prueba.

Según sostuvo la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Murray v. United States* de 1.988, es aplicable la doctrina de la fuente independiente cuando algún hecho que se pretende probar es inicialmente descubierto con motivo a una pesquisa ilegal, pero que posteriormente es obtenido mediante otras acciones independientes no contaminadas por la ilegalidad inicial.¹⁸⁷

En este caso, el juez Marshall sostuvo según Hairabedián¹⁸⁸, que puede que en un determinado caso existan dificultades para determinar la existencia del nexo causal entre la ilicitud y la prueba no contaminada. En estas circunstancias, debe aplicarse el principio *in dubio pro reo* a los fines de la exclusión de ambas pruebas.

Para Espinoza¹⁸⁹, la fuente independiente se basa en la desconexión causal entre la lesión del derecho fundamental y la prueba posteriormente obtenida, por lo que no tienen relación alguna entre sí.

Para Hairabedián¹⁹⁰, esta excepción funciona cuando a la prueba ilegal o a sus derivadas, se pueda arribar por medios probatorios legales que no tengan conexión con la violación constitucional.

¹⁸⁷ Obra Cit. Prieto J. Pág. 56.

¹⁸⁸ Obra Cit. Hairabedián, M. Pág. 83.

¹⁸⁹ Obra Cit. Espinoza, R. Pág. 89-90.

¹⁹⁰ Obra Cit. Hairabedián, M. Pág. 81.

Así las cosas, si se suprimiera hipotéticamente el acto viciado, se podría igualmente llegar a sus consecuencias.

Para este mismo autor, la excepción *in comento* es empleada actualmente en la jurisprudencia de varios países entre los que destacan España, Costa Rica, Argentina y por supuesto, Estados Unidos de América. Asimismo, señala (citando dos fallos del Tribunal Supremo de Justicia de Córdoba) que sólo serán frutos del árbol venenoso, aquellas pruebas que tengan como única fuente el acto violatorio de derechos o garantías constitucionales y que sean consecuencia material necesaria de este acto.

La teoría de la fuente independiente (*independent source*) ha sido considerada como una excepción a la doctrina de los frutos del árbol envenenado, sin embargo, mal puede considerarse una excepción a esta doctrina por cuanto la posibilidad de probar hechos a través de un medio independiente no nace de la prueba ilícita que vendría a representar al árbol envenenado, sino de un medio totalmente ajeno a ésta como su mismo nombre sugiere.

Con fundamento en la doctrina y en la jurisprudencia citada, podemos colegir entonces que la teoría de la fuente independiente supone la existencia de una información viciada por ilicitud y otra a la que se llegó por medios lícitos, las cuales tienden a demostrar el mismo hecho y cuyas formas de obtención, se encuentran desvinculadas causalmente de forma absoluta. Por ello, si aplicáramos una supresión mental hipotética de la prueba ilícita, la prueba lícita no desaparecería, pues es producto de una fuente independiente. En tal virtud, la regla de exclusión no es procedente y por tanto, es admisible y valorable en cualquier decisión judicial. Bajo estos argumentos, podemos colegir entonces que esta excepción es perfectamente aplicable en Venezuela.

4.2) EL DESCUBRIMIENTO INEVITABLE

La doctrina parece ser pacífica en sostener que la teoría del descubrimiento inevitable (*inevitable discovery*) deriva del caso *Nix v. Williams*, el cual fue decidido en el año 1.984 por la Corte Suprema de los Estados Unidos. En él, se le dio valor probatorio al cadáver encontrado gracias a una confesión viciada del sujeto investigado, en el entendido de que 200 voluntarios para la búsqueda ya estaban muy próximos a encontrarlo, por lo que era cuestión de tiempo que lo hicieran.

En relación con ella, también suele denominársele fuente independiente hipotética para hacer una similitud con la teoría de la fuente independiente, la cual radica en el hecho de existir otro medio que aporte la información ya conseguida, sólo que en este caso la obtención de la información es sólo probable y no actual.

Para Guamán, la excepción conlleva a que el fruto proveniente de la prueba ilícita en sí misma, sea inexorablemente descubierto en un acontecimiento futuro a través de otro camino probatorio.

En cuanto a esta excepción, han sido diversas las críticas formuladas en su contra. Uno de los críticos es Miranda, quien expone que la teoría del descubrimiento inevitable no resulta aplicable en el orden jurídico español, puesto que se basa en juicios hipotéticos o suposiciones difícilmente conciliables con la presunción de inocencia.

En estrecha relación con lo anterior, Días Cantón (citado por Hairabedián) sostiene que viola el principio *in dubio pro reo*, toda vez que el descubrimiento es netamente factible y por tanto, nada seguro; por lo que existen serias dudas respecto a su eventual hallazgo.

Concatenado con esto, Maier (también citado por Hairabedián) tiene dicho que reduce en la practica la aplicación del principio señalado, pero además, que deja a un lado el hecho de que el Estado no puede aprovecharse de un acto ilícito, así como también el argumento preventivo.

No obstante las severas críticas contra esta excepción, ésta es empleada por la jurisprudencia de los Estados Unidos de América, Argentina, España, entre otros. Sin embargo, consideramos que su aplicación no estaría ajustada a Derecho en nuestro país, pues el descubrimiento “inevitable” e hipotético de un determinado elemento de convicción, se encuentra fuertemente reñido con la presunción de inocencia que ampara al imputado y con el principio *in dubio pro reo*, tal y como explica la doctrina más autorizada en la materia.

4.3) EL VÍNCULO ATENUADO

Aunque usualmente se señala al caso *Wong Sun v. United States* (1.963) como el que dio origen a la teoría del vínculo atenuado, de la conexión atenuada, de los vicios subsanados o del tinte

diluido; lo cierto es que mucho antes de este fallo había surgido esta excepción con el voto del juez Frakfurter en el famoso caso *Nardone* de 1.939.¹⁹¹

En cuanto al primero de ellos, se trató de un arresto inconstitucional gracias al cual se logra practicar otro de la misma índole, cuyo destinatario incrimina a Wong Sun. Este sujeto confiesa voluntariamente y admite su responsabilidad penal en el hecho investigado.

Guamán explica esta teoría como la mitigación de la causalidad entre la prueba ilícita principal y las pruebas ilícitas por derivación posteriormente obtenidas, gracias a la concurrencia de múltiples situaciones.

Por otra parte, Carbonell¹⁹² sostiene que la teoría en referencia es aplicable a aquellos casos en que "...la distancia entre la prueba viciada y un segundo elemento de prueba no permita considerar que la primera afecta al segundo, de forma que la mancha original ha sido borrada."

Aplicada a la metáfora de los frutos del árbol envenenado, pudiéramos decir que el veneno que afecta al tronco (a la prueba ilícita en sí misma) se ha diluido en las ramas principales y secundarias, por lo que la cantidad de veneno que llega al fruto (prueba ilícita derivada) es tan escaso que permite salvarlo.

En sintonía con ello, debe decirse que la doctrina y la jurisprudencia han elaborado diversas pautas o criterios que permiten establecer cierta objetividad para aplicar la excepción del *purged taint* a casos concretos. No obstante, sin importar el criterio concurrente con los hechos investigados, lo cierto es que el resultado será el mismo: una prueba ilícita derivada.

Al respecto, Hairabedián nos indica que el Tribunal Supremo español parece rechazar esta excepción, bajo el argumento de que si bien una información puede estar muy lejanamente afectada, el nexo causal aunque debilitado, continúa existiendo.

¹⁹¹ En este sentido, se pronuncia Hairabedián, M. Obra Cit. Pág. 106.

¹⁹² Citado por Prieto J. Obra Cit. Págs. 56-57.

En el entendido que nuestro ordenamiento jurídico establece sanciones procesales para la prueba ilícita derivada sin entrar a considerar casos de excepción¹⁹³, consideramos que esta teoría resulta inaplicable en nuestro país a los fines de garantizar la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

4.4) LA RENUNCIA DEL INTERESADO

Existe la posibilidad de que diversos elementos de convicción sean obtenidos como consecuencia de la renuncia del titular del derecho o garantía vulnerado. En otras palabras, vale decir que ha sido el propio “agraviado” quien ha permitido la obtención de la prueba ilícita en su perjuicio. En relación con esto, estudiaremos el caso más discutido en la doctrina y en la jurisprudencia, el cual se relaciona con la inviolabilidad del domicilio.

Así las cosas, se discute si los elementos de convicción obtenidos en un allanamiento practicado sin la orden judicial correspondiente se encuentran incursos en la noción de prueba ilícita, aun cuando el titular de la garantía relativa a la inviolabilidad del domicilio haya autorizado a los funcionarios policiales a entrar en el recinto privado.

En relación con esto, el artículo 196 del COPP dispone que:

Allanamiento

Artículo 196. Cuando el registro se deba practicar en una morada, oficinas públicas, establecimiento comercial, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado, se requerirá la orden escrita del Juez o Jueza.

...*omississ*...

Se exceptúan de lo dispuesto los casos siguientes:

1. Para impedir la perpetración o continuidad de un delito.
2. Cuando se trate de personas a quienes se persigue para su aprehensión.

¹⁹³ Antes bien, la redacción del artículo 181 del COPP es genérica al establecer “tampoco podrá apreciarse la información que provenga directa o indirectamente de un medio o procedimiento ilícitos”; motivo por el cual, la ilicitud del elemento de convicción o de la prueba se extienden hasta el infinito de la cadena, siempre que pueda demostrarse la conexión entre la prueba ilícita en sí misma y aquella sujeta a consideración.

Los motivos que determinaron el allanamiento sin orden constarán, detalladamente en el acta.

Como puede apreciarse, la regla es la necesidad de orden escrita que deberá ser emitida por el juez, regla que contempla dos casos de excepción: para impedirse la comisión de un delito y para la aprehensión de personas que estén siendo perseguidas en casos de flagrancia. A estas excepciones, debe añadirse la prevista en el artículo 47 de la Constitución relativa al cumplimiento de las órdenes judiciales.

De éstas, queda claro que el consentimiento prestado por el titular del derecho de propiedad –o cualquier otro derecho que permita autorizar a terceros a entrar en el inmueble– no se encuentra previsto como excepción a la regla de la orden judicial para la práctica de allanamientos.

No obstante, la jurisprudencia de nuestro país ha establecido el consentimiento como excepción a la regla comentada. Ejemplo de ello, es la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 717, de fecha 15 de mayo de 2.001, ratificada en sentencias Nros. 2539 y 1978 de la misma Sala, de fechas 08 de noviembre de 2.004 y 25 de julio de 2.005; en la cual se sostuvo que:

En tal sentido, debe advertirse que en el ámbito penal, el derecho a la inviolabilidad del hogar doméstico admite excepciones, que como tal, en principio, están contempladas en el Código Orgánico Procesal Penal, en el artículo 225, pues existe el supuesto, como en el caso de autos, no contemplado en dicha norma legal, en el cual tampoco resulta necesaria la orden judicial, que es cuando la persona que habita determinado domicilio o morada, autoriza o consiente voluntariamente su ingreso a ella, lo cual obedece al deber que tiene todo ciudadano de la República de colaborar con la justicia como expresión de los principios de solidaridad y corresponsabilidad social que orientan el nuevo orden institucional y social del Estado actual, y que se encuentran previstos en el artículo 135 constitucional.¹⁹⁴

En decisión más reciente que ésta, (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 268, de fecha 28 de febrero de 2.008) la Sala señaló:

...las actuaciones realizadas por funcionarios policiales en un domicilio determinado, previa autorización de su propietario, no acarrear vicios de ilegalidad, ni mucho menos

¹⁹⁴ Véase Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. (2.001). 717, mayo 15, 2.001.

contrarían lo dispuesto en el artículo 47 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.¹⁹⁵

Como es obvio entonces, esta excepción se encuentra expresamente permitida por la jurisprudencia de nuestro país a través de varios fallos que han sido reiterados en el tiempo, pero creemos que simplemente permitir esta situación no es suficiente. Debería regularse mediante Ley las formalidades esenciales que las autoridades deben observar en estos casos.

En relación con ello, Hairabedián¹⁹⁶ explica que existe un acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia tanto a nivel nacional (refiriéndose a Argentina) como internacional, de que el consentimiento prestado por el interesado debe ser expresado “...antes del ingreso, de manera expresa, libre, comprobada e indubitable.” Por ello, sería deseable contar con estas previsiones a los fines de evitar los abusos de las autoridades encargadas de la persecución penal, que en caso de ser cometidos, sus frutos puedan declararse ilícitos atendiendo a los particulares que debieron ser observados para la procedencia del consentimiento como excepción a la regla de la orden judicial.

4.5) LA TEORÍA DEL RIESGO

Con ayuda de lo que enseña Hairabedián¹⁹⁷, podemos decir que esta teoría nació como un remedio para utilizar en el proceso aquella información lograda por medio de cámaras o micrófonos ocultos, escuchas telefónicas y grabaciones de conversaciones sin la debida autorización judicial; en las cuales participan, generalmente, informantes, delatores, infiltrados, entre otros.

Por tanto, la información a la que se hace referencia comprende aquella que pueda ser percibida por la vista (visual), por el oído (auditiva) o por ambos sentidos de forma simultánea (audiovisual).

Esta información, se encuentra protegida por nuestro texto constitucional en su artículo 48, siempre que dicha información forme parte de una comunicación privada. Este artículo dispone: “Se

¹⁹⁵ Véase Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. (2.008). 268, febrero 28, 2.008.

¹⁹⁶ Obra. Cit. Hairabedián, M. Pág. 147.

¹⁹⁷ *Ibidem*, Pág. 125.

garantiza el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas. No podrán ser interferidas sino por orden de un tribunal competente...”

Este derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, también cuenta con regulación normativa de rango legal en la Ley Sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones, la cual tiene por objeto “proteger la privacidad, confidencialidad, inviolabilidad y secreto de las comunicaciones que se produzcan entre dos o más personas.” Sin embargo, es de notar que los tipos penales referidos a la grabación, imposición, revelación, e instalación de aparatos con fines de grabación, se refieren a “comunicaciones entre otras personas”

De ello, vale concluir que si la persona que graba, se impone, revela o instala aparatos con fines de grabación forma parte de la comunicación privada supuestamente vulnerada, entonces ésta no será “otra persona” toda vez que el que grabó, reveló, se impuso o instaló el aparato no es un tercero, sino un participante de dicha comunicación, y por ende, se confundirían las nociones de sujeto activo y sujeto pasivo. Ante esta situación, vale concluir que la grabación, imposición, revelación o instalación de aparatos con fines de grabación por una persona que funja como participante de la comunicación privada correspondiente, no son conductas sancionadas por nuestro ordenamiento jurídico, motivo por el cual, pueden realizarse lícitamente.

Ante tal escenario y en virtud de la teoría que nos ocupa, vale plantearse la siguiente interrogante: ¿puede realizarse también estas conductas en lugares públicos o abiertos al público sin autorización judicial y usarse la información obtenida en nuestro proceso penal?

La situación planteada en esta interrogante se encuentra cubierta por la teoría en estudio, según la cual, los participantes de una comunicación determinada corren el riesgo de que la información transmitida pueda ser captada por un tercero y empleada en un proceso penal.

Su fundamento, según explica Hairabedián¹⁹⁸, reside en el hecho de que la justicia no va a cuidar los derechos de los particulares más allá de lo que estos estén interesados en cuidarlos. Ello así, por cuanto el riesgo de ser escuchados o grabados en un lugar público o abierto al público es claro, riesgo éste que de alguna manera es asumido por los partícipes de la comunicación. De modo que

¹⁹⁸ *Ibíd.*, Pág. 125.

valdría la pena preguntarse ¿hasta qué punto es privada una comunicación realizada bajo estas circunstancias?

En nuestro criterio, estas comunicaciones no son privadas en sentido estricto, pues al ser realizadas en lugares públicos o abiertos al público pueden ser captadas o grabadas por cualquiera que se encuentre cercano, y en ese sentido más que de una comunicación privada se trataría más bien de una comunicación pública.

Por todo lo expuesto, consideramos que la información grabada, impuesta, revelada o en relación a la cual se haya instalado algún aparato a los fines de su grabación, bien sea en un lugar público, abierto al público, o que estas acciones hayan sido cometidas por un partícipe de la comunicación, son casos que escapan de la protección normativa que brinda nuestro orden jurídico y en tal virtud, la información así obtenida es plenamente utilizable en juicio. No se trata, pues, de un caso de excepción ante una prueba ilícita, sino de una prueba lícita ya que no se obtiene mediante violación de ningún derecho fundamental.

4.6) LA BUENA FE

Comúnmente se afirma en la doctrina que el antecedente de la excepción de la buena fe (*good faith exception*) se remonta a la decisión del caso *United States v. Leon*, la cual fue emitida por la Corte Suprema de los Estado Unidos en el año 1.984.

En ésta, se expresó que el Sr. León había cuestionado la validez de la orden de allanamiento por cuanto ésta carecía de los requisitos legales para su emisión, motivo por el cual, la droga encontrada con motivo al allanamiento debía ser excluida del proceso. De ese argumento, la Corte concluyó que los funcionarios policiales actuaron de buena fe al creer que la orden correspondiente los habilitaba para practicar tal actuación, por lo que la droga no fue excluida como prueba en el juicio.

Como se infiere de Hairabedián¹⁹⁹ citando a Strong, en este caso la Corte precisó que la creencia de la policía en la validez de su actuación debe ser objetivamente razonable. En otras palabras, no es suficiente una buena fe subjetiva para la procedencia de la excepción.

Como características principales de la buena fe como excepción a la regla de exclusión encontramos: 1) La obtención de un medio de prueba que *prima facie* es ilícito por violación de un presunto derecho o garantía constitucional, 2) Que esa obtención sea realizada sin intención dolosa, es decir, en la creencia de que han actuado conforme a Derecho; 3) Que esa creencia pueda ser comprobada a través de criterios objetivos, por cuanto no es suficiente la buena fe subjetiva; y 4) Inaplicabilidad del efecto disuasivo de la regla de exclusión a los funcionarios policiales, ya que no hay conductas ilícitas que se busque evitar.

De ello, podría formularse el siguiente ejemplo: unos funcionarios policiales se encuentran patrullando cuando escuchan fuertes gritos en el interior de una casa, por lo que se acercan para escuchar mejor y ante la creencia de que se le daría muerte a una persona, ingresan en la morada amparados en el numeral 1 del artículo 196 del COPP. Al entrar, se percatan de que no se le pretende dar muerte a nadie y que los gritos provenían de una película cuyo audio se intensificaba con un equipo de sonido, pero logran avistar grandes montañas de dinero y armas de guerra, los cuales son decomisados e incautados, respectivamente. En aplicación de la excepción de la buena fe, los elementos de convicción obtenidos son lícitos y por ende admisibles y valorables en el proceso.

Esta excepción no pareciera tener asidero normativo en nuestro orden jurídico, pero creemos que la sentencia N° 717 de fecha 15 de mayo de 2.001, ratificada en sentencia N° 268 de fecha 28 de febrero de 2.008, ambas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia; tiene cierta similitud con ella, por lo que la citamos parcialmente a continuación:

En efecto, si bien el artículo 47 constitucional, al prever la inviolabilidad del hogar doméstico, el domicilio y todo recinto privado, estableció de manera categórica que “[n]o podrán ser allanados, sino mediante orden judicial, para impedir la perpetración de un delito o para cumplir de acuerdo con la ley las decisiones que dicten los tribunales”. Interpretar, únicamente, que en virtud de tal disposición, siempre para la realización de un allanamiento a un determinado domicilio, será necesaria la existencia de una orden judicial que lo autorice, sería llegar a la exageración de suponer que, aun hasta para el caso de

¹⁹⁹ Ibídem, Pág. 99.

fuerza mayor o estado de necesidad, se requiera la referida orden. La norma no prevé nada al respecto, pero no por ello, en el caso de auxilio inmediato, solicitado o no, de riesgos para la vida o seguridad de las personas, o de otros supuestos análogos, la entrada al domicilio o recinto de que se trate, por parte de funcionarios policiales o cualquier otro agente de autoridad, e incluso de un particular, debe ser considerado como una vulneración a su inviolabilidad, pues se está ante uno de los supuestos en que es necesario preservar unos derechos sobre otros, igualmente constitucionalmente protegidos.²⁰⁰

De esta sentencia, vale rescatar lo siguiente: 1) Que existen otras excepciones a la orden judicial para los allanamientos distintos a los establecidos en la Constitución y en la Ley, tales como la fuerza mayor, el estado de necesidad, auxilio inmediato, riesgos para la vida o seguridad para las personas, entre otros supuestos similares; 2) Que bajo estos casos de excepción puede realizar el allanamiento en el recinto de que se trate cualquier persona, sea funcionario o particular; 3) Que actuándose conforme a ellos, la entrada en el domicilio o recinto no debe ser interpretada como una “vulneración a su inviolabilidad”

Como puede apreciarse, la Sala Constitucional de nuestro máximo tribunal no decidió la cuestión bajo la óptica de la buena fe como excepción a la regla de exclusión, pero sí estableció que el particular o la autoridad que actúe conforme a las excepciones permitidas no incurrirá en una violación del hogar doméstico o de un recinto privado; motivo por el cual, consideramos que si estos actúan en la creencia de que están amparados en una de las excepciones permitidas por la Constitución, el COPP o la jurisprudencia y esto es comprobado a través de criterios objetivos, entonces la entrada en el domicilio o recinto al no vulnerar derecho o garantía fundamental alguno, no comportará la ilicitud de los elementos de convicción obtenidos, por lo que podrán ser admisibles y valorables en nuestro proceso penal. Nuevamente, no se trata de una prueba ilícita que se tornó lícita, se trata de pruebas que son lícitas desde el momento mismo de su obtención.

4.7) LA INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL BENEFICIOSA PARA EL IMPUTADO

²⁰⁰ Véase Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. (2.001). 717, mayo 15, 2.001.

También denominada aprovechabilidad de la prueba ilícita in *bonam partem* o en beneficio del reo, esta teoría persigue crear una excepción a la regla de exclusión en el entendido de que el uso de la prueba ilícita redundará en beneficio del titular del derecho fundamental vulnerado (imputado), quien a través de ésta podrá probar su inocencia, la procedencia de circunstancias atenuantes, influir en el cambio de la calificación jurídica o del grado de su participación criminal y en general, demostrar cualquier situación de la cual pueda obtener provecho dentro del proceso al que se encuentra sometido.

Bajo ese escenario, parecería injusto entonces que al imputado se le sometiera a un doble castigo: en primer lugar, el sufrido con ocasión a la violación de sus derechos y garantías constitucionales; y en segundo lugar, la imposibilidad de beneficiarse de la prueba ilícita.

Como bien es sabido, los derechos y garantías constitucionales amparan a sus titulares, por lo que sería absurdo pensar que ellos puedan volverse en su contra. Como bien sostiene Maier (citado por Hairabedián²⁰¹), “ninguna garantía opera en perjuicio del propio portador”

Difícilmente, el imputado o su defensor soliciten la nulidad o inadmisibilidad de una prueba que beneficia al primero de estos. Considerando entonces que la petición sería realizada por otra de las partes (Ministerio Público o querellante), el juez competente para resolver tal petición debe ser cuidadoso ya que la solicitud no proviene del verdadero afectado, y no debe entonces declararla con lugar de forma automática por constatar la violación de un derecho o garantía constitucional; antes bien, deberá revisar minuciosamente el acto cuestionado. De resultar beneficioso para el imputado²⁰², no puede acordar la nulidad requerida puesto que la prueba ilícita coadyuvará en su defensa.

Por todo lo anterior, es dable concluir que la excepción de la infracción constitucional beneficiosa para el imputado es aplicable en nuestro país, aunque no de la forma como se aplica en el sistema anglosajón. Para nuestro ordenamiento jurídico, creemos que la forma correcta de aplicarlo es rechazando las solicitudes de nulidad o inadmisibilidad de la prueba, a razón de que no pueden

²⁰¹ Obra Cit. Hairabedián, M. P. 112.

²⁰² Nótese que la prueba ilícita debe resultar totalmente beneficiosa para el imputado y en ningún caso aplicarse la excepción en situaciones en que lo beneficie y lo perjudique al mismo tiempo, es decir, que sirva para establecer su responsabilidad penal. Ante este escenario, el juez correspondiente deberá aplicar las sanciones procesales correspondientes.

trastocarse los derechos y garantías constitucionales al punto de hacerlos operativos en contra de sus titulares. Lo contrario, sería un atentado flagrante contra el derecho a la defensa del imputado.

4.8) LAS PRUEBAS ILÍCITAS OBTENIDAS POR PARTICULARES

Como bien explica Guamán²⁰³, esta excepción se remonta al año 1.921, año en el cual, la Corte Suprema de los Estados Unidos sentenció el caso *Burdeau v. McDowell*. En esa oportunidad, este tribunal dispuso que el objetivo perseguido por la Cuarta Enmienda es restringir el ejercicio del poder y no de extraños a las agencias gubernamentales, de modo tal que no tendría sentido la exclusión de prueba ilícita obtenida por los particulares.

En sentido similar se pronuncia Lockhart, quien enseña que en la jurisprudencia de los Estados Unidos la regla de exclusión no funciona en contra de pruebas obtenidas por los particulares o funcionarios extranjeros, dado que su objetivo fundamental es el control de las actividades policiales (pertenecientes a ese país).

Sentada la cuestión en su país de origen, corresponde ahora evaluar la procedencia de la excepción en el nuestro, pero antes, debe rescatarse que efectivamente los particulares pueden incurrir en la obtención de una prueba ilícita tal y como explicamos en el apartado correspondiente a su definición, por lo que remitimos al lector a ese capítulo.

Partiendo de esa premisa, podemos afirmar entonces que no existe posibilidad alguna en nuestro ordenamiento jurídico de realizar casos de excepción con las pruebas ilícitas, en función de la cualidad de la persona que la obtenga. En otras palabras, es tan ilícita la prueba obtenida por funcionarios policiales que la obtenida por personas no investidas de autoridad (la víctima de un caso determinado, por sólo citar un ejemplo). Por tanto, acarrearán idénticas sanciones procesales.

4.9) EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

²⁰³ Obra Cit. Guamán, R. Pág.7.

Usualmente suele citarse el caso *US. V. Williams* de 1.980 para referirse a la jurisprudencia de los Estados Unidos. En éste, se valoró la heroína encontrada en el interior de un vehículo que fue detenido con motivo a una infracción de tránsito, sin que mediara la sospecha de que el sujeto portaba objetos ilícitos.

Para Espinoza²⁰⁴, el principio de proporcionalidad o también denominado *balancing test*, supone una ponderación de los intereses enfrentados, partiendo de una concepción casi absoluta del derecho a probar.

Opinión similar es la de Bello, quien sostiene que con esta teoría “se confrontan los derechos en conflicto en búsqueda del equilibrio, del interés público que prevalece sobre el privado vulnerado, donde la Justicia constituye un interés público por encima del interés particular afectado con la obtención de la prueba ilícita.”²⁰⁵

En sentido parecido se pronuncia Chacón²⁰⁶, quien dice que el principio de proporcionalidad se ha establecido para atenuar el rigor de la Ley en materia probatoria, y conforme al cual, se analizan los valores enfrentados y se protege el de mayor jerarquía. También dice que en este principio se encuentra siempre una relación de tensión entre el interés estatal en la realización del derecho material y los intereses de los ciudadanos afectados.

La justificación de este principio según señala Guamán, viene dada por la admisibilidad en el proceso de un medio de prueba inconstitucional, como camino inexorable a seguir para evitar desastres proporcionalmente mayores.

Uno de los casos más emblemáticos de la cuestión que nos ocupa es el caso “Schenk”, el cual tuvo lugar en Suiza y es objeto de referencia por la doctrina de múltiples países. En él, se juzgaba al Sr. Schenk por haber contratado a un tercero para que diera muerte a su esposa, hecho que fue probado, entre otras, con una grabación de conversación telefónica sin que mediara la correspondiente orden judicial.

²⁰⁴ Obra Cit. Espinoza, R. Pág. 87.

²⁰⁵ Obra Cit. Bello, H. Pág. 460.

²⁰⁶ Chacón, A. (2.005). *La Prueba Ilícita y la Defensa del Imputado*. (Trabajo de Grado no publicado). Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela.

Según relata Bustamante²⁰⁷, la postura asumida por el Tribunal Federal suizo es la siguiente:

...el interés público en que la verdad fuese establecida respecto de un delito en que está implicada la muerte violenta de una persona, prevalecía frente al interés del Sr. Schenk al secreto de una conversación telefónica que no conllevaba de ninguna manera un ataque a su esfera íntima.

También, explica el criterio asumido por el Tribunal de Casación Penal del Tribunal cantonal de Vaudois, según el cual:

...si se quería recurrir a la balanza de los intereses y derechos en presencia, la violación de la esfera privada no debía prevalecer sobre el interés general en el descubrimiento del culpable de un crimen grave y que el medio utilizado quedaba en el caso concreto en los límites de lo tolerable que impone la lucha contra el crimen...

Como acertadamente afirma Hairabedián²⁰⁸, de este caso se deriva una pauta objetiva para determinar cuándo una infracción constitucional puede ser tolerada. De acuerdo a ella, debe determinarse si el derecho fundamental infringido admite quebrantamientos mediante ciertos requisitos, como por ejemplo, a través de orden judicial, pues en estos casos, no se trata de derechos y garantías fundamentales absolutos.

En relación con ellos, Prieto²⁰⁹ enseña que el Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana sostuvo la existencia de dos zonas de protección constitucional: la primera, conformada por la esfera íntima del individuo y configurada como intocable y protegida de la influencia del poder público; y la segunda, dividida en dos, se refiere al ámbito de la vida privada, el cual está integrado por una zona que puede ser sometida a regulación (por ejemplo las comunicaciones privadas y la inviolabilidad del recinto privado) y otra que no puede regularse.

Por otra parte, la Suprema Corte de Japón también ha influido en el desarrollo de esta excepción, la cual ha argumentado que la aplicación del principio de exclusión de la prueba ilícita dependerá en todo caso de las circunstancias que la rodeen, tales como la situación en la que ocurrió la

²⁰⁷ Obra Cit. Bustamante, R. Págs. 147-148.

²⁰⁸ Obra Cit. Hairabedián, M. P. 115.

²⁰⁹ Obra Cit. Prieto J. Pág. 61.

ilegalidad, la gravedad de la violación constitucional, la intención de los funcionarios policiales y la necesidad de prevenir futuras infracciones al orden jurídico.

Como se deduce de todo lo anterior, la proporcionalidad ha sido empleada por la jurisprudencia de muchos países como criterio para admitir y valorar en el proceso penal una prueba ilícita, en virtud de la contraposición de derechos y garantías fundamentales con el interés del Estado de perseguir y castigar el delito. Atendiendo a este criterio, el interés privado cede frente al interés público, ya que se entra a valorar el derecho fundamental violado y la prueba obtenida por una parte, y por la otra, las consecuencias que se producirían en el proceso si a esta prueba se le aplicaran las sanciones procesales correspondientes. De la referida valoración, se concluye que de aplicarse estas sanciones se originaría un desastre de grandes proporciones.

En nuestro país, el principio de proporcionalidad es aplicado a diario para el cálculo de las penas establecidas en las sentencias condenatorias. Pero también, podemos observar su uso en diversos fallos de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, tal como el N° 1013 de fecha 12 de junio de 2.001, el cual se cita parcialmente a continuación:

El artículo 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela desarrolla otro concepto distinto al anterior, el del Derecho a la Información, el cual está íntimamente ligado al de la libertad de expresión, ya que las ideas, pensamientos y opiniones a emitirse se forman con base en la información. El derecho a la información es un derecho de las personas que se adelanta, entre otras formas de adquirirlo, por los medios de comunicación; de allí que, en el choque de este derecho con otros de raíz constitucional, **el juez debe ponderar el conflicto de intereses entre el derecho de las personas a estar informados y los otros derechos que pudieran transgredirse, utilizando para ello criterios de proporcionalidad y razonabilidad para determinar cuál debe prevalecer.** (Énfasis nuestro)²¹⁰

Asimismo, en la sentencia N° 379 de fecha 07 de marzo del año 2.007, se aplicó argumentándose que:

En consecuencia, se resalta que dicho principio no constituye un canon de constitucionalidad autónomo, sino un criterio de interpretación que permite enjuiciar

²¹⁰ Véase Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. (2.001). 1013, junio 12, 2.001.

posibles vulneraciones de normas constitucionales concretas y, en especial, de derechos fundamentales, por lo que, se ha venido reconociendo que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implique un sacrificio excesivo o innecesario de los derechos que la Constitución garantiza.

Tal principio no se circunscribe a un análisis subjetivo de la norma sino que responde a unos criterios de análisis (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) que obedecen de una manera tuitiva al resguardo de los derechos constitucionales en su justa medida y proporción al valor de justicia que debe conllevar toda norma de derecho, en este sentido interesa destacar lo expuesto (por) BERNAL PULIDO, quien reseñando la labor jurisprudencial llevada a cabo por el Tribunal Constitucional Español expresó:

‘En las alusiones jurisprudenciales más representativas, el principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir. Tales exigencias pueden ser enunciadas de la siguiente manera:

1. Según el principio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

2. De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

3. En fin, conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental debe compensar los sacrificios que esta implica para sus titulares y para la sociedad’. (Vid. BERNAL PULIDO, Carlos; ‘El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales’, CEPC, 2005, p. 37 y 38).²¹¹

Vemos entonces como en la jurisprudencia de nuestro país es aplicado el principio de proporcionalidad en caso de derechos constitucionales enfrentados, sin embargo, aún no se ha aplicado

²¹¹ Véase Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. (2.007). 379, marzo 7, 2.007.

para utilizar en el proceso la prueba ilícita. A pesar de ello, creemos que Venezuela se inscribe en la moderna corriente que pugna por la admisibilidad y valoración de esta prueba cuando resulte aplicable el principio *in comento*.

Como expresamos anteriormente con apoyo en la doctrina y jurisprudencia, consideramos que su aplicación queda supeditada a: 1) Que se trate de derechos fundamentales que admitan intervención, por ejemplo, a través de orden judicial; 2) Que admitir y valorar en el proceso la prueba ilícita sea la única forma de cumplir con los fines del proceso, 3) Que se trate de delitos graves²¹², y 4) Que el sacrificio del derecho o de la garantía lesionada redunde en beneficio de intereses de jerarquía constitucional, de los cuales sea titular una o más personas (para salvar la vida del secuestrado o de una población en un acto terrorista, por ejemplo).

Ciertamente, la aplicación del principio de proporcionalidad aplicado para blindar la prueba ilícita de la ineficacia probatoria, podría dar cabida a las arbitrariedades en franco detrimento del Estado de Derecho. Será tarea de los operadores de justicia su sana y correcta aplicación.

CONCLUSIONES

A lo largo del presente artículo se logró demostrar con apoyo en la jurisprudencia y doctrina nacional e internacional, que el principio de legalidad probatoria en el proceso penal, se encuentra inserto en el artículo 181 del COPP, según el cual, los elementos de convicción y su información derivada deben provenir de medios lícitos, e incorporados al proceso conforme a las reglas procesales aplicables. Del mismo modo, es menester destacar que se encuentra dirigido tanto a los particulares como a los funcionarios públicos, por lo que cualquiera de estos podría incurrir en una violación de dicho principio, el cual ordena toda la actividad probatoria desde el momento mismo de la obtención del elemento de convicción -generalmente durante la fase preparatoria, pero que pudiera ser fuera del proceso- hasta su evacuación como prueba en el juicio oral y público.

²¹² No nos referimos por delitos graves a aquellos cuya pena exceda de 8 años en su límite superior, atendiendo a la clasificación de delitos graves y delitos menos graves; sino a aquellos que según las reglas de la lógica y las máximas de experiencia, constituyan los delitos más atroces para la sociedad. Por ejemplo, el terrorismo y el secuestro.

Del mismo modo, se demostró que el principio de legalidad procesal y la libertad probatoria tienen como límite, entre otros, al principio de legalidad de la prueba y que su violación, acarrea la inutilizabilidad de la prueba ilícita, de la prueba expresamente prohibida por la Ley y de las pruebas ilegales; sanción procesal equivalente a la regla de exclusión.

Asimismo y en cuanto a la prueba ilícita, se definió como aquella que atenta contra los derechos y garantías constitucionales reconocidas expresamente en el texto constitucional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como contra otros que sean inherentes a la persona humana y que no se encuentren consagradas expresamente en esos textos normativos; comprendiendo además, aquellas que violan su reglamentación directa en la Ley y las que se obtengan como consecuencia directa o indirecta de estas violaciones primarias.

Además de la inutilizabilidad, entendida como la prohibición de admisión y valoración de las pruebas ya comentadas, la nulidad absoluta es otro de los efectos que rodea a la prueba ilícita por mandato de los artículos 25 y 49.1 constitucionales, así como del artículo 175 del COPP. Por tanto, se sostuvo que la inutilizabilidad de la prueba ilícita (en sentido amplio) tiene sendas formas de desplegar sus efectos, el primero, como consecuencia de la nulidad, y el segundo, como consecuencia autónoma, esto es, sin la necesidad de que exista una declaratoria de nulidad previa.

Los efectos procesales comentados no son los únicos, sino que además, las partes quedan habilitadas para la interposición de la excepción correspondiente como mecanismo para evitar que la prueba ilícita sea admitida en el proceso, y en caso de resultarlo, cuentan también con el recurso de apelación de autos. Por añadidura, la parte interesada puede interponer recurso de apelación de sentencia y hasta de casación por la apreciación de una prueba ilícita. Todo ello, hace plausible concluir que las partes cuentan con mecanismos procesales efectivos para hacer frente a la prueba ilícita y que son diversas las soluciones procesales consagradas en nuestro ordenamiento jurídico en orden a privarla de eficacia.²¹³

En relación con ellas, creemos oportuno recomendar la modificación del artículo 49.1 de la Carta Magna con el objeto de hacer coincidir su solución jurídica con la dispuesta en el artículo 181 del COPP. Como ejemplo de dicha modificación, se sugiere: serán inutilizables las pruebas obtenidas o

²¹³ Obra Cit. Vásquez, M.

practicadas con violación de derechos o garantías fundamentales. Con ello, quedaría claro que la prueba ilícita no tiene valor y que no puede utilizarse o apreciarse, por lo que esa redacción estaría en armonía con la del referido artículo 181. Además, incluiría la práctica de la prueba y la totalidad de los derechos y garantías fundamentales, evitándose así toda discusión sobre el asunto.

En cuanto a las excepciones a las exclusiones probatorias, se coligió que los postulados de la fuente independiente, la renuncia del interesado, la teoría del riesgo, la buena fe, la infracción constitucional beneficiosa para el imputado y el principio de proporcionalidad; son aplicables en nuestro proceso penal. Ello así, toda vez que en el caso de las primeras cuatro “excepciones” no existe realmente la violación de un derecho o garantía fundamental, y por ende, las pruebas obtenidas no pueden ser reputadas por ilícitas. De modo tal que son perfectamente admisibles y valorables a razón de que no hay excepción alguna que realice a las sanciones procesales correspondientes.

En el caso de las dos últimas (la infracción constitucional beneficiosa para el imputado y el principio de proporcionalidad) la situación es radicalmente distinta pues tienen un denominador común, el cual es la presencia de una prueba ilícita.

Para el primero de ellos, se dedujo que las peticiones de nulidad o inadmisibilidad de la prueba deben ser rechazadas, a razón de que no pueden trastocarse los derechos y garantías constitucionales al punto de hacerlos operativos en contra de sus titulares. Lo contrario, significaría un atentado flagrante contra el derecho a la defensa del imputado.

En lo que atañe al segundo, se demostró que la jurisprudencia de nuestro país hace uso de la proporcionalidad para resolver sobre la primacía de un derecho fundamental sobre otro en caso de estar enfrentados, motivo por el cual, se considera que aunque dicho principio no haya sido empleado en el ámbito probatorio, Venezuela se inscribe en la moderna corriente que pugna por la utilizabilidad de la prueba ilícita, siempre que estén satisfechos los requisitos que hacen procedente el principio de proporcionalidad.

Por esto, es menester destacar que en nuestro país son aplicables las excepciones a las exclusiones probatorias, por cuanto de las que fueron estudiadas, se concluyó que la infracción constitucional beneficiosa para el imputado y el principio de proporcionalidad funcionan como verdaderas

excepciones en las que aun cuando participan pruebas ilícitas, estas pueden ser admitidas y valoradas en el proceso penal.

Para finalizar, se considera necesario un mayor estudio y desarrollo de la cuestión a nivel nacional, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, en virtud de la escasa importancia que se le ha brindado. Ello puede redundar en una mejor comprensión y aplicación del tema en casos concretos.

BIBLIOGRAFÍA Y TEXTOS CONSULTADOS

Referencias Bibliográficas

- Armenta, D. (2.007). *Lecciones de derecho procesal penal* (3da. ed.). España: Marcial Pons.
- Bello, H. (2.015). *Tratado de derecho probatorio* (2da. ed.). Caracas: Autor.
- Borrego, C. (2.011). *Garantías constitucionales y las pruebas penales*. Caracas: Livrosca.
- Cafferata, J. (1998). *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Chacín, R. (2.017). *Las Excepciones a las Exclusiones Probatorias en el Proceso Penal Venezolano*. (Trabajo Especial de Grado). Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela.
- Chacón, A. (2.005). *La Prueba Ilícita y la Defensa del Imputado*. (Trabajo de Grado no publicado). Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela.
- Delgado, S. (2.004). *Las Pruebas en el Proceso Penal*. (Trabajo de Grado no publicado). Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela.
- Guamán, R. (2.006). Libro de Memorias del XVIII Congreso Latinoamericano X Iberoamericano I Nacional de Derecho Penal y Criminología, *La Ineficacia Probatoria de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal Ecuatoriano*. Leyer, Bogotá, Colombia.

Hairabedián, M. (2.010). *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.

Miranda, Manuel. (2.004). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal* (2da. ed.). Barcelona: J.M. Bosch Editor.

Pérez, E. (2.014) *Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal* (8va. ed.). Caracas: Vadell Hermanos Editores.

Roxin, C. (2.001). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Sociedad Bíblica Católica Internacional. (1.995) *La Biblia*. España: Editorial Verbo Divino.

Universidad Pedagógica Experimental Libertador. (2006). *Manual de trabajos de grado de especialización y maestría y tesis doctorales*. Caracas: Autor.

Valconi, T. (2.009). *La Prueba Ilícita en el Procesal Penal Venezolano*. (Trabajo de Grado no publicado). Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela.

Vásquez, M. (2.015). Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación, Tomo III, *La prueba ilícita y su eficacia en el proceso penal*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, Venezuela.

Gacetas Oficiales

Código Civil (1.982) Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 2.990 (Extraordinario), julio 26, 1982.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 5253 (Extraordinario), marzo 24, 2000.

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Código Orgánico Procesal Penal. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 6.078 (Extraordinario), junio 15, 2.012.

Ley Sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 34.863, diciembre 16, 1.991.

Sentencias

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. (2.001). 526, abril 9, 2.001.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. (2.001). 717, mayo 15, 2.001.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. (2.001). 1013, junio 12, 2.001.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. (2.002). 256, febrero 14, 2.002.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. (2.007). 379, marzo 7, 2.007.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. (2.008). 268, febrero 28, 2.008.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. (2.011). 1768, noviembre 23, 2.011.

Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia. (2.000). 1065, julio 26, 2.000.

Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia. (2.002). 279, junio 10, 2.002.

Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia. (2.007). 265, mayo 30, 2.007.

Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia. (2.009). 162, abril 26, 2.009.

Referencias Electrónicas

Bustamante, R. (2.015). *El problema de la “prueba ilícita”: un caso de conflicto de derechos. una perspectiva constitucional procesal.* Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/viewFile/11596/12126>

Cornell University Law School. (s. f.). *Nix v. Williams.* Recuperado de <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/467/431>

Cornell University Law School. (s. f.). *Silverthorne lumber co., inc., et al. v. united states*. Recuperado de <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/251/385> 385#writing-type-1-HOLMES

Cornell University Law School. (s. f.). *Wong Sun v. United States*. Recuperado de <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/371/471>

Espinoza, R. (2.009). *Las reglas de exclusión probatoria al hilo del desarrollo de la infiltración policial*. Recuperado de https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/10994/reglas_zafra_TSJ_2009.pdf

González L. y Villarreal A. (s. f.). *Legalidad y justicia en el marco de las pruebas ilícitas: Algunas reflexiones sobre su alcance y contenido en el sistema jurídico mexicano*. (pp. 339-353). Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/258/art/art15.pdf>

Lockhart, J. (2.014). La “prueba ilícita” en el proceso penal. *Revista Intercambio*, 16, 1-65. Recuperado de http://intercambios.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/nro_16/ap/AP_Lockhart_La_prueba_ilicita.pdf

Prieto J. (s. f.). *Los frutos del árbol envenenado: Las implicaciones del principio de exclusión de la prueba obtenida ilícitamente, contemplado en la fracción IX, apartado A del artículo 20 de la constitución política de los estados unidos mexicanos*. (pp. 41-65). Recuperado de http://web.archive.org/web/20150213210831/http://fldm.edu.mx/pdf/revista/no8/Los_Frutos_del_Arbol_Envenenado.pdf.

MARÍA FERNANDA INNECCO DURAN

Consideraciones sobre las sentencias N° 446, 693, 1070 de la Sala Constitucional y la N° 136 de la Sala de Casación Civil en el procedimiento de divorcio en materia de protección

María Fernanda Innecco Duran

Profesora de las cátedras Derecho Civil V y Clínica Jurídica de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB)

Resumen

El artículo tiene como finalidad analizar la influencia de las sentencia N° 446, 693, 1070 de Sala Constitucional y la N° 135 de Sala de Casación Civil, las cuales trajeron como consecuencia un cambio radical tanto en las causales de divorcio como en el procedimiento aplicable, ya sea de jurisdicción voluntaria o contenciosa, esta situación afecta especialmente lo regulado en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, ya que, esta Ley tiene desarrollado los procedimientos aplicables en los casos en donde se encuentren involucrados Niños, Niñas y Adolescentes, existiendo así una disparidad entre lo señalado en las sentencias y lo establecido en la Ley. Por último, es necesario señalar como ha sido la práctica forense a partir de la implementación de este nuevo marco normativo en materia de Divorcio.

Palabras claves: Procedimiento, Jurisdicción, Sentencia, Sala Constitucional, Jurisprudencia, Legislador Positivo, Control Difuso.

Abstract

The purpose of the article is to analyse the influence of judgments No. 446, 693, 1070 of the Constitutional Chamber and No. 135 of the Civil Chamber of Cassation, this judgments brings a radical change in the grounds for divorce and the applicable procedure, whether it's voluntary or contentious jurisdiction, this situation especially affects what is mandated in the Organic Law for the Protection of Children and Adolescents (LOPNNA), in this context the Law has developed the applicable procedures in cases where children or Adolescents are involved creating a disparity between the Law AND the judgments. Finally, it is necessary to point out how the forensic practice has operated with the implementation of this new regulations regarding to the grounds for Divorce.

Keywords: Procedure, Jurisdiction, Judgments, Constitutional Chamber, Case Law, Constitutionally Control Constitutional Chamber acting as a Law Maker.

INTRODUCCIÓN

El Divorcio es un tema importante de analizar desde el punto de vista legal, ya que, el representa el mecanismo legal establecido para finalizar el vínculo matrimonial por medio de la voluntad de los cónyuges, con lo cual es necesario que todos aquellos abogados que desenvuelvan su vida profesional en esta área del Derecho estén en conocimiento de los supuestos sustantivos y adjetivos aplicables actualmente en materia de Divorcio.

Actualmente se puede decir que dicha institución jurídica ha sufrido una serie de transformaciones, producto de las sentencias dictadas tanto por la Sala Constitucional como por la Sala de Casación Civil, cambiando radicalmente lo establecido por el Código Civil de Venezuela de 1982 (CC)

Se tiene entonces una primera sentencia de Sala Constitucional, la cual fue dictada por esta actuando como legislador positivo, es decir, por iniciativa propia, dicta leyes o reforma leyes, tal como sucedió con la sentencia N° 446, esta realiza una función que no le compete, pues se trata de una facultad dada expresamente a la Asamblea Nacional, dado que modifica normas de naturaleza procedimental, es decir, normas de orden público las cuales están sometidas al principio de reserva legal, es por ello que su reforma ha debido ser mediante ley y no a través de la sentencia antes señalada.

Sin duda que esta sentencia abre la puerta al cambio que ha sufrido todo el procedimiento de divorcio en Venezuela, las sentencias N° 693 y 1070 del 2 de junio del 2015 y la del 9 de diciembre del 2016 respectivamente ambas de Sala Constitucional, establecen que las causales de divorcio son enunciativa y no taxativas, con lo cual se adopta la teoría del divorcio remedio como fundamento para el cambio que impera hoy en día. Y finalmente la Sala de Casación Civil en sentencia N° 136 del 30 de marzo del 2017, amplía más las causales de divorcio al establecer la teoría del divorcio remedio como base legal para solicitar el divorcio, sin duda, todo esto hace que las normas establecidas en el CC de 1982, queden prácticamente en desuso tal como será explicado.

I. REFORMA DEL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 185-A DEL CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA DE 1982 MEDIANTE LA SENTENCIA N° 446 DE LA SALA CONSTITUCIONAL

El CC de 1982 tenía con relación al divorcio del artículo 185-A un procedimiento bastante claro y es este procedimiento lo que viene a cambiar la sentencia N° 446.

Esta sentencia básicamente reformó lo establecido en el artículo señalado, tal como cita la norma, en caso de que el otro cónyuge (el que no solicita el divorcio) no compareciere o negare el hecho de estar más de 5 años separados o si por el contrario el Fiscal del Ministerio Público lo objetare, se declara terminado el procedimiento y se ordena su archivo, esto es, que ese procedimiento termina, tomando en cuenta el hecho que este procedimiento había sido considerado por la doctrina y la jurisprudencia como de naturaleza voluntaria y por ende no se enmarcaba dentro del principio de contradicción aplicado a los procedimientos de naturaleza contenciosa.

La sentencia modifica el artículo 185-A y ordena que en caso de que el cónyuge negare el hecho o el Fiscal del Ministerio Público lo objetare, se deberá abrir una articulación probatoria de conformidad con el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil de 1990 (CPC), es decir, ya no se extinguirá la causa, sino que por el contrario se transforma en un asunto de verdadera naturaleza contenciosa, en donde cada una de las partes tendrá que probar sus correspondientes alegatos.

Si algo es importante al momento de analizar la sentencia N° 446 de Sala Constitucional, es que cuando hablamos de procedimientos, nos estamos refiriendo a un tema de orden público, lo cual no puede ser relajado por las partes, tal como lo señala una serie de sentencias entre las cuales se encuentra la dictada por la SCC en fecha 11 de diciembre de 2007, caso Addias Ramos Díaz y otros, que “no es potestativo de los tribunales subvertir las formas procesales dispuestas por el legislador para la tramitación de los juicios, pues su observancia es de orden público”

MARÍA FERNANDA INNECCO DURAN

Y la razón de que no sea potestativo de los tribunales subvertir normas procedimiento es bastante obvia, no se puede permitir que cada tribunal dependiendo del juez, establezca su propio procedimiento de divorcio, las normas procedimentales no se pueden dejar a la simple interpretación de los jueces, ya que, al final del día las normas procedimentales son de orden público.

El concepto de orden público no es algo etéreo y es definido en la STC 301/2000, del 10 de agosto, como “una noción que cristaliza todas aquellas normas de interés público que exigen observancia incondicional, y que no son derogables por disposición privada. La indicación de estos signos característicos del concepto de orden público, esto es, la necesidad de la observancia incondicional de sus normas...”

Siendo esto así, la importancia de esta Sentencia para el desarrollo de la sociedad es que no se trata de casos aislados o hipotéticos, se trata de problemas que pueden afectar a una generalidad de familias, se trata de unos procedimientos que constituyen modelos legales y teóricos ya establecidos, lo cual viene a ser modificado por una sentencia.

Con relación a lo anterior, el Profesor Brewer Carias, expuso en su Blog en fecha 20 de mayo de 2014 lo siguiente: “Una vez más, la Sala Constitucional, se excusa de interpretar conforme a la Constitución una norma legal, no sólo no la interpretó conforme al texto fundamental, sino que inconstitucional e ilegítimamente efectuó una “reforma” de la Ley, en este caso, del propio Código Civil”.

Sin mencionar que en la práctica aún se trata de un procedimiento en desarrollo y no existe una normativa general para todos los tribunales y cuando añadimos las sentencias posteriores, se complica más los supuestos de hechos, pues hemos experimentado como los mismos miembros de los tribunales desconocen de las sentencias antes señaladas.

En este orden de ideas, resulta importante analizar la STC 446/2014 de SCC con relación al divorcio 185-A, la mencionada en fecha 15 de mayo establece:

Si el otro cónyuge no compareciere o si al comparecer negare el hecho, o si el Fiscal del Ministerio Público lo objetare, el juez abrirá una articulación probatoria, de conformidad con lo establecido en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, y si de la misma no resultare negado el hecho de la separación se decretará el divorcio; en caso contrario, se declarará terminado el procedimiento y se ordenará el archivo del expediente. (párr. 4 de la parte de Decisión de la Sentencia)

Precisando de una vez que regula el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil

Artículo 607 Si por resistencia de una parte a alguna medida legal del Juez, por abuso de algún funcionario, o por alguna necesidad del procedimiento, una de las partes reclamare alguna providencia, el Juez ordenará en el mismo día que la otra parte conteste en el siguiente, y hágalo ésta o no, resolverá a más tardar dentro del tercer día, lo que considere justo; a menos que haya necesidad de esclarecer algún hecho, caso en el cual abrirá una articulación por ocho días sin término de distancia. Si la resolución de la incidencia debiere influir en la decisión de la causa, el Juez resolverá la articulación en la sentencia definitiva; en caso contrario decidirá al noveno día²¹⁴.

Como se aprecia, es un cambio radical a lo que establecía el CC de 1982, esta sentencia tiene su inicio en un Juzgado de Municipio, el cual realiza una interpretación del CC de 1982 de conformidad a lo establecido en la CRBV de 1999, en aplicación del famoso control difuso de la constitución, es claro que tenemos un CC de 1982 anticuado no cónsono a la Constitución, en cuanto al concepto de familia pero no por ello tiene la autoridad el Juez de reformar procesalmente el procedimiento de divorcio.

Sobre este particular expone Brewer Carías en el mismo blog en fecha 20 de mayo del 2014, lo siguiente:

Esto es lo que le impone la ley, no estando autorizado ni legal ni constitucionalmente un juez de municipio a proceder a “inventar” un “proceso de divorcio” donde no lo hay, y proceder a aplicar el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil y “permitir la promoción y evacuación de pruebas por vía de articulación, a fin de clarificar y resolver la situación que se presenta cuando el cónyuge citado niega la separación de hecho o la ruptura fáctica respecto al otro cónyuge por más de cinco (5) años.” Eso no es ejercicio de control difuso de constitucionalidad alguno por un juez ordinario, sino mera arbitrariedad judicial. (p.6)

²¹⁴ Código de Procedimiento Civil de Venezuela. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 4.209 (Extraordinaria), septiembre 18, 1990

MARÍA FERNANDA INNECCO DURAN

Tal como lo señala Brewer Carías, el control difuso no consiste en crear un procedimiento nuevo, el control difuso es adecuar una determinada norma a la Constitución, pero la misma no puede ser de procedimiento como lo fue en este caso, posterior a ello y tras un largo proceso que no se transcribirá en el presente artículo, se llega hasta la Sala Constitucional, la cual le da la razón al juez de instancia, por la ponderación de derechos entre la CRBV de 1999 y el CC de 1982, bajo los siguientes parámetros tal y como sigue Brewer Carías en el blog antes mencionada el 20 de mayo de 2014:

La Sala Constitucional, sin embargo, no lo estimó así, y procedió entonces ella misma no sólo a avalar la inconstitucional decisión del juzgado municipal, sino a realizar la misma Sala, “una interpretación “conforme a la Constitución” del mencionado artículo 185-A,” haciendo supuestamente una “ponderación de derechos y garantías constitucionales, como los contenidos en los artículos 75 y 77 constitucionales, los relacionados con las libertades del ser humano y el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva,” incluyendo además, en la “ponderación”, “el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 26); los derechos al debido proceso y a la prueba (artículo 49); así como el derecho a la protección de la familia (artículo 77).” (p.6)

Escovar León en el libro por el centenario de la Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas con relación a la interpretación de la sentencia expuso:

De tal forma que si el intérprete se encuentra ante un asunto complejo, como lo es ciertamente un divorcio y sobre manera si se alega separación de hecho por más de cinco años, tendremos que determinar si la interpretación literal resuelve el problema o, más bien, lo deja sin resolver y con ello agrava la situación fáctica²¹⁵.

Se puede pensar que la respuesta no puede ser el archivo del expediente como incluso se llegó a discutir en el proceso de elaboración del CC de 1982, porque como se ha dicho complicaría el trámite de divorcio y termina afectando el medio familiar, ya que es un problema que no se está resolviendo, en donde el juez se queda solo con una parte de la verdad, siendo entonces la respuesta de la jurisprudencia la aplicación de lo contemplado en el artículo 607 del CPC de 1990.

²¹⁵ Ramón Escovar «Reflexiones sobre la reinterpretación del Artículo 185-A del Código Civil » en *En el libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación, ed por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Caracas, 2015), 2259*

MARÍA FERNANDA INNECCO DURAN

Sin embargo, con relación a la aplicación del Artículo 607 del CPC de 1990, el sustento no es solo, que se trata de un situación jurídica incierta al dejar al aire esa solicitud de divorcio de mutuo acuerdo que fue negado por uno de los cónyuges o por el Fiscal del Ministerio Público, sino que también en el CPC de 1990 admite la aplicación de este cuando hay una contradicción en la conversión de separación de cuerpos a divorcio tal como lo señala el artículo 765 del CPC de 1990, de ahí que se considerara ajustado a derecho la aplicación supletoria de este procedimiento de incidencias que regula el CPC de 1990.

En este orden de ideas, es claro que no se está de acuerdo con el procedimiento mediante el cual fue modificado el artículo 185-A del CC de 1982, se trata de un procedimiento contrario a lo que se encuentra regulado, porque repetimos es irregular que se haya reformado normas procedimentales a través de una sentencia.

Con relación a la aplicación del artículo 607 del CPC de 1990, es importante señalar que este se encuentra actualmente en proceso de reforma, modificando en este caso lo establecido en el artículo 607 antes mencionado, quedando incluso en un estado más profundo de inseguridad jurídica, los ciudadanos al no tener claro cuál será el procedimiento que se usará para estos casos de divorcio, se tiene entonces la modificación del artículo 607 por el 576 del proyecto de reforma del Código de Procedimiento Civil a la fecha del 17 de marzo del 2016, el mismo establece:

Son cuestiones incidentales las que, siendo distintas de las que constituyan objeto principal del juicio, guarden alguna relación mediata o inmediata por su influencia sobre este. Salvo que exista otro medio de tramitación o por disposición expresa de la ley, toda cuestión incidental debe proponerse en forma concentrada y resolverse inmediatamente en las audiencias, una vez oída la parte contraria. Cuando surja alguna cuestión incidental fuera de las audiencias, el juez jueza la decidirá en estas, salvo que por alguna necesidad de procedimiento, razones de urgencia o de continuación del trámite ordinario justifiquen una decisión inmediata antes de la audiencia, en cuyo caso la interlocutoria que se produzca tendrá apelación diferida con la definitiva. Esta cuestión incidental se presentará por escrito acompañada de las pruebas documentales y de la proposición de cualquier otra prueba que quiera hacer valer el solicitante. Una vez admitida por el tribunal, la parte contraria deberá contestarla al tercer día de despacho siguiente, acompañándola igualmente de las pruebas documentales y de la proposición de cualquier otra prueba que quiera esta hacer valer en su defensa. Al día de despacho siguiente, el tribunal decidirá sobre la cuestión sin más dilación, salvo que estime necesaria la materialización de alguna otra

MARÍA FERNANDA INNECCO DURAN

prueba de las propuestas por las partes o de oficio por el tribunal, en cuyo caso fijará un lapso que no excederá de ocho días de despacho, luego del cual pronunciará por escrito su decisión de inmediato.

Sin duda alguna, sería entonces una vez aprobada la reforma necesaria analizar cuál será en definitiva el procedimiento a usarse en materia de divorcio 185-A cuando se presente la negativa del cónyuge o del Fiscal del Ministerio Público.

II. IMPLEMENTACIÓN DEL ARTÍCULO 607 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL EN EL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO CONTENCIOSO ESTABLECIDO EN LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

Ya como se ha podido analizar, el artículo 607 del CPC de 1990 parece diseñado a circunstancias particulares cuando dentro de un proceso judicial debe aclararse cierto punto, en materia de situaciones relacionadas con el estado civil de las personas el razonamiento que usa la Sala Constitucional al dictar la sentencia objeto de estudio, fue que el mismo se aplica en aquellos casos de negativa de la conversión de separación de cuerpos en divorcio.

El problema con este artículo es que se encuentra incurso en un Código cuya naturaleza escrita es la que priva, es decir, el principio de escritura, en donde existe una prevalencia por las actuaciones escritas, siendo totalmente distinto a lo regulado en la LOPNNA del 2007, ya que los juicios de protección constan de dos fases, en una de ella se realiza una audiencia de mediación y en la otra una audiencia oral, por ello la aplicación de la sentencia N° 446 en materia de protección altera considerablemente lo consagrado por el legislador, ya que, el fundamento de los procedimientos de protección es el principio de oralidad.

El principio de oralidad antes mencionado, se manifiesta en la audiencia preliminar, en la audiencia de sustanciación y en la audiencia de juicio, todas teniendo por norte la oralidad, además de que se puede apreciar también en el derecho a opinar que tienen los Niños, Niñas y Adolescentes (NNA), bajo el concepto de la Doctrina de la Protección Integral, esta opinión se da de forma oral no

MARÍA FERNANDA INNECCO DURAN

de forma escrita, siendo esto así tenemos un proceso integrado por la oralidad distinto a lo establecido en el CPC de 1990.

Con lo cual, es importante que exista una mixtura en los procedimientos porque es imposible realizar todo un proceso sin que esté presente la escritura, lo que parece complicado desde el punto de vista procesal es aplicar un artículo del CPC de 1990 al procedimiento contencioso ya regulado en la LOPNNA y más cuando se trata de un aspecto sustantivo tan delicado como lo es el divorcio.

Ahora bien, circunstancias como estas se intentaron cubrir por el legislador, esto es, que pasa si se está frente a un supuesto de hecho que no está regulado en la LOPNNA del 2007, es decir, estamos en presencia de lo que se denomina laguna legal, la misma ley señala que la aplicación preferente corresponderá a la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT, 2002), específicamente se encuentra señalado en el artículo 452 de la LOPNNA del 2007:

Artículo 452. Materias y normas supletorias aplicables

El procedimiento o ordinario al que se refiere este Capítulo se observará para tramitar todas las materias contempladas en el artículo 177 de esta Ley, salvo las excepciones prevista expresamente en esta Ley. Se aplicarán supletoriamente las disposiciones de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, del Código de Procedimiento Civil y del Código Civil en cuanto no se opongan a las aquí previstas²¹⁶.

La razón de ser de este artículo es que en materia Laboral y Protección existe un símil entre los procedimientos dado que en ambos priva el principio de oralidad en virtud de las audiencias que se realizan en estos, es decir, es un proceso de audiencias, en la primera tiene como finalidad como ya se ha explicado tratar de llegar a un acuerdo entre las partes dado que en ambos procedimientos se trata de una mediación por parte del juez, además que se cuenta en esta fase con una fase de fijación de hechos controvertidos y preparación de pruebas para finalmente llegar a la audiencia de juicio, en donde las partes verbalmente expondrán sus respectivos alegatos y evacuaran las pruebas pertinentes hasta finalmente tener un decisión, específicamente, la parte dispositiva de la sentencia, cuando se

²¹⁶ Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. (2007). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 5.859 (Extraordinario), diciembre 10, 2007

MARÍA FERNANDA INNECCO DURAN

aprecia la relación que existe entre ambos procedimientos se entiende entonces porque existe una preferencia en aplicar la LOPT del 2002 que el CPC de 1990.

En estos procedimientos por audiencias, los principios que rigen el proceso, tales como el de inmediación, el de concentración y el de oralidad, serán realmente importante porque forman parte del proceso decisorio del juez.

En el caso de Venezuela, las aplicaciones de estos principios se plasman en el éxito que ha tenido la aplicación del procedimiento oral en el proceso laboral y en el de protección, que queremos hacer énfasis son completamente distintos al procedimiento ordinario del CPC de 1990 que es de donde se origina el artículo 607, el cual es de obligatorio cumplimiento acorde a la sentencia de la Sala Constitucional.

Además de las diferencias de procedimientos planteadas anteriormente, un aspecto importante para imposibilitar la aplicación de este procedimiento creado jurisprudencialmente es que en materia de protección se discuten derechos de NNA, los cuales son considerados Derechos Humanos y es por ello que existe un procedimiento creado especialmente para solucionar las controversias que los envuelve.

En este orden de ideas, cabe preguntarse ¿Tendrán algún interés un niño, niña o adolescente, hijo o hija de una pareja obviamente casada, que pretendan divorciarse por la vía del artículo 185-A del Código Civil? La respuesta, es obviamente si, dado que se tienen que fijar las instituciones familiares y en virtud de la Doctrina de la Protección Integral que será explicada posteriormente, siempre será importante contar con la opinión del NNA, cuando esta pueda ser tomada en función a la edad y desarrollo del mismo.

Esto es así, porque en función de los NNA se ha venido desarrollando y aplicando la llamada Doctrina de la Protección Integral, la cual consiste en ver a los NNA como sujetos de derechos, esto es, como titular de derechos y no como objetos de derechos, es decir, que no tienen espacio para expresarse o realizar un efectivo ejercicio de sus derechos.

MARÍA FERNANDA INNECCO DURAN

Ahora bien, porque hacemos mención a la Doctrina de la Protección Integral, porque venimos de un paradigma llamado Situación Irregular la cual es la que se asocia con la figura de los NNA como objetos de derechos, esta ha creado esa noción de que los niños y adolescentes no tienen derechos, así como a limitarlos y no pensar en función del desarrollo de estos, dicha situación se ve plasmada en el momento en que un procedimiento de divorcio que involucre a NNA la opinión de estos no se tome en cuenta, es por ello que con la entrada en vigencia de la LOPNA del 2000 y luego LOPNNA de 2007 se establece el derecho a opinar y es en función de todo esto que se dictan unos lineamientos para escuchar o tomar la opinión de los NNA en los procedimientos judiciales.

Esta Doctrina de la Protección Integral cuenta con una serie de principios claros y ampliamente desarrollados para su correcta aplicación, estos son: el Principio de Igualdad y No Discriminación, el del Interés Superior del Niño, el de Efectividad, el de Prioridad Absoluta y el de Corresponsabilidad.

El primero es el pilar fundamental sobre el cual se edifica la filosofía de los Derechos Humanos y se hace referencia a los Derechos Humanos porque los Derechos de los Niños y Adolescentes son considerados como tales, esto es que son inherentes a ellos por ser niños y adolescentes, así como los derechos humanos son inherentes al hombre por simplemente tener esa condición de humano.

Podemos decir, que el mencionado principio tiene una especial relevancia, con relación a ciertas medidas que toman los órganos integrantes del Sistema de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, como por ejemplo si dictan una medida de protección por causa de pobreza, en vez de ayudar a través de algún programa que ayude a mejorar la situación socioeconómica de la familia, para así mejorar la calidad de vida.

El segundo principio es el Interés Superior del Niño, este sin duda es uno de los más importantes, es considerado el principio base de la Doctrina, pero este al ser un concepto jurídico indeterminado en muchas oportunidades puede ser aplicado arbitrariamente.

El principio del Interés Superior del Niño tiene que ver con todas las decisiones, es de aplicación individual, colectiva y difusa, es por ello que en casos de divorcio en donde estos se encuentren involucrados es claro que todas las decisiones deberán tener por norte el Interés Superior de los NNA.

MARÍA FERNANDA INNECCO DURAN

El tercero va orientado con la efectividad de los derechos de los NNA, este tiene relación con el correcto cumplimiento y ejecución de los derechos de los NNA, esto es, pensemos en el conjunto de derechos de los NNA como una diana, que está conformada por un conjunto de órganos encargados de proteger y aplicar las normas contenidas en la LOPNNA 2007 y en la Convención sobre los Derechos del Niño de (1989), pero si no apuntamos al medio y acertamos, no tiene sentido, significa que nada hacemos con las leyes y órganos si no logramos que esos derechos sean ejecutados, es decir, respetados y salvaguardados tanto por el Estado como por la sociedad.

Al final este principio busca que existan las garantías necesarias para el ejercicio y cumplimiento de los derechos de los NNA, porque nada se hace con marcos normativos muy bien desarrollados pero que lamentándolo mucho no son aplicados correctamente.

Luego tenemos el principio de prioridad absoluta, en el entendido que prioridad no es un concepto simple, dar prioridad a algo es tenerlo antes que cualquier otra cosa, es lo principal, es más que los demás, en términos jurídicos la prioridad significa asignación preferente, atención preferente y protección preferente.

Por último y no menos importante la Doctrina de la Protección Integral desarrolla el principio de corresponsabilidad, aquí se busca que exista una interrelación entre Estado, familia y sociedad con la finalidad de garantizar el cumplimiento y ejercicio de los derechos de los NNA.

Si se analizan todos estos principios se entiende la razón de los procedimientos especiales en materia de protección, como se ha explicado en estos casos no se está resolviendo cualquier derecho, sino que se trata de derechos humanos relacionados con NNA, mal pudiese entonces una sentencia omitir en su texto estos derechos y pretender su aplicación de manera preferente al procedimiento legalmente diseñado para estos casos particulares.

En el caso del divorcio 185-A que involucre a NNA, tendrá que en dicha solicitud, establecer la custodia como elemento de la responsabilidad de crianza, la obligación de manutención y el régimen de convivencia familiar, tal como fue explicado y cuyas ideas damos por reproducidas.

MARÍA FERNANDA INNECCO DURAN

Esto porque repetimos no se estaría debatiendo cualquier asunto, dado que, la fijación del régimen de convivencia familiar como el de obligación de manutención, forman parte del desarrollo de los NNA involucrados en supuestos de hechos de divorcios, separaciones de cuerpos y fin de uniones estables de hechos, por ello había que crear un procedimiento especial, en dónde las mencionadas instituciones fuesen salvaguardadas.

Esta es la base para que exista un fuero de atracción en materia de protección cuando se trate de casos de NNA, con lo cual si bien la sentencia N° 446 de Sala Constitucional establece un nuevo supuesto sustantivo y adjetivo en materia del divorcio 185-A, en caso de que existan NNA se deberá aplicar el procedimiento contencioso establecido en la LOPNNA (2007) por las razones ya explicadas.

Con relación al fuero atrayente en materia de protección la STC 994/2012 del 10 julio señala:

Ello así, esta Sala considera que para resolver cuál es el tribunal competente *ratione materiae* debe atenderse entonces al principio del interés superior del niño y a la circunstancia de que se trata de la alegación de infracciones impetradas en sujetos de derecho cuya protección interesa de manera primordial al Estado, toda vez que la protección integral de los niños, niñas y adolescentes se ha erigido en un desiderátum de éste, que se traduce, entre otras cosas, en la implementación de un fuero atrayente en esta materia, a los fines de procurar que tales asuntos sean conocidos y decididos por jueces formados en la doctrina de la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, para alcanzar la mayor efectividad en la tutela judicial de estos sujetos. Tal afirmación se fundamenta igualmente en la enumeración meramente enunciativa contenida en el artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que establece la competencia de los Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (párr. 18 del punto IV de la sentencia)

A su vez la STC 926/2001, de fecha 1 de junio, igual de Sala Constitucional señala:

Al respecto considera esta Sala que, dentro del litis consorcio activo a que se refiere el juicio intentado se encuentran comprendidos cuatro adolescentes, situación que justifica que su conocimiento se encuentre asignado, en virtud del fuero de atracción personal, a los órganos jurisdiccionales que tienen atribuida la competencia especialísima en materia de protección al niño y al adolescente, ello además, implica que, en principio, la normativa aplicable será la contenida en la Ley especial que rige la materia, tal razonamiento se desprende del espíritu, propósito y alcance de las disposiciones normativas contenidas en la Ley Orgánica Para la Protección del Niño y del Adolescente y en su exposición de motivos, muy especialmente en las normas insertas en los artículos 177 y 452 de dicho texto legal.

Ahora bien, esta última disposición citada previene:

Artículo 452.- Materias.

El procedimiento contencioso a que se refiere este capítulo se observará para tramitar todas las materias relativas a los asuntos de familia y los asuntos patrimoniales, señalados en los párrafos primero y segundo del artículo 177 de esta Ley, excepto adopción, guarda y obligación alimentaria.

Los procedimientos para los asuntos contenidos en el párrafo cuarto del artículo 177 de esta Ley serán los previstos en el Código de Procedimiento Civil para las correspondientes materias, excepto el régimen de visitas en el cual se aplicará lo dispuesto en esta Ley.

Por otra parte la norma contenida en el artículo 178 establece:

Artículo 178. - Atribuciones.

Los jueces conocerán de los distintos asuntos y de los recursos, conforme al procedimiento que, en cada caso, prevé esta Ley y, en su defecto, conforme a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

De acuerdo con lo dispuesto en las normas transcritas será menester determinar, en cada caso, si el asunto sometido al conocimiento del juez, es de carácter familiar, patrimonial o posee cualquier otra naturaleza; asimismo, será necesario establecer si se encuentra regulado por la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente o si debe sustanciarse de acuerdo con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil u otra ley especial, para determinar el procedimiento que le resulte aplicable para su tramitación. Tal precisión la realiza el juzgador cuando examina el asunto sometido a su consideración. (párr. 4 del punto Consideraciones para decidir)

A su vez la STC 2099/2003, del 5 de agosto igualmente de Sala Constitucional señala:

Ciertamente como señala la sentencia parcialmente transcrita existe un fuero atrayente en materia de niños y adolescentes, lo que esta Sala y la Sala de Casación Social de este Tribunal Supremo de Justicia han venido reconociendo pacífica y reiteradamente. Sin embargo, y aun cuando en principio siempre resulte preferentemente aplicable la Ley especial de la materia, que en este caso es la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, ello no excluye que, excepcionalmente, se aplique el Código de Procedimiento Civil por la remisión expresa que realiza la citada norma legal, cuando algún procedimiento o institución no se encuentre regulado en aquella Ley, siempre que no exista contradicción entre ambos instrumentos. (párr. 14 de Consideraciones para decidir)

Tal como se desprende de las sentencias antes mencionadas, existe un fuero atrayente en materia de protección, no solo para que sea el Juez de esta materia quien conozca de estos asuntos, sino que además debe existir una aplicación preferente también cuando se habla de los procedimientos, como lo explican las sentencia anteriores, si no está regulado en la LOPNNA del 2007, entonces en ese momento si se usa supletoriamente el resto de las normas, pero en el caso del divorcio, existen dos procedimientos creados para su tramitación, por ello resulta inviable la aplicación de un artículo del CPC de 1990, que no tiene relación ni con los principios desarrollados en la LOPNNA del 2007 ni con el procedimiento de audiencias diseñado para este. Añadiendo el hecho de que en caso de que no se aplique el procedimiento señalado en la LOPNNA del 2007 este no podrá contradecir los principios en ella contenidos.

III. SENTENCIAS N° 693, 1070 DE LA SALA CONSTITUCIONAL Y LA N° 136 DE SALA DE CASACIÓN CIVIL

La práctica forense con relación al procedimiento de divorcio hoy en día no se ve afectada únicamente por la sentencia N° 446, sino que se debe sumar las sentencias N° 693 y 1070 del 2 de junio del 2015 y del 9 de diciembre del 2016 respectivamente y la N° 136 del 30 de marzo del 2017, las dos primeras de Sala Constitucional y la última de la Sala de Casación Civil, la primera reforma nuevamente el CC de 1982, con relación a las causales de divorcio, pues antes de esta sentencia, se consideraban que eran de carácter taxativas, es decir, un número cerrado, no estando dentro de las posibilidades del justiciable presentar una demanda de divorcio por una causal distinta a la regulada en el CC de 1982, actualmente producto de las sentencias antes mencionadas, las causales de divorcio son enunciativas, pudiendo aquellos sujetos que no se encuentren dentro de los supuestos de hechos planteadas en el artículo 185 del CC de 1982, alegar cualquier otra causal, como por ejemplo diferencias irreconciliables. Lo que aún queda en duda es el procedimiento aplicable para esos supuestos no establecidos en el CC de 1982. La STC 693/2015, del 2 de junio emitida por la Sala Constitucional expone:

Esta Sala Constitucional realiza una interpretación constitucionalizante del artículo 185 del Código Civil, y declara, con carácter vinculante, que las causales de divorcio contenidas en el artículo 185 del Código Civil no son taxativas, por lo cual cualquiera de los cónyuges podrá demandar el divorcio por las causales previstas en dicho artículo o por cualquier otra situación que estime impida la continuación de la vida en común, en los términos señalados en la sentencia N° 446/2014, ampliamente citada en este fallo; incluyéndose el mutuo consentimiento (párr. 1 del punto V de Consideraciones para decidir).

Ese procedimiento al cual hace mención la sentencia del 2 de junio del 2015, es el aplicable de conformidad al artículo 607 del CPC de 1990, sobre este artículo, se ha dicho que debe ser usado únicamente para resolver alguna incidencia que se suscite durante el procedimiento ordinario, en otras palabras este no se encuentra orientado para resolver el fondo de un asunto, tal como se espera se aplique con la sentencia N° 446, pues será a través de este procedimiento que entonces se decidirá un tema tan delicado, complicado y extenso como lo es el Divorcio, ya no de mutuo acuerdo porque estaríamos hablando de un procedimiento cuya naturaleza es contenciosa, aunado a esto estaríamos haciendo caso omiso al procedimiento legalmente establecido para el caso de los divorcios de naturaleza contenciosa regulado en el CPC de 1990 e incluso el procedimiento contencioso regulado en la LOPNNA del 2007.

Siendo esto así cabe entonces preguntarse ¿Cuál es entonces el procedimiento aplicable a estos supuestos de hecho, esto es, aquellos divorcios en los cuales el demandante alegue diferencias irreconciliables pero dicha situación sea adversada por el otro y existan NNA involucrados?, es decir, los casos considerados contenciosos que se deban tramitar ante los Tribunales de Protección.

La decisión antes citada hace referencia, que se deberán observar los términos planteados en la sentencia objeto de estudio, esto es, que se aplique la articulación del 607 del CPC de 1990, preguntándose ¿cómo quedará el procedimiento contencioso establecido en la LOPNNA del 2007?, ¿Está derogado para este tipo de trámite en virtud de la sentencia del 2 de junio del 2015?, ¿No crearía esto inseguridad jurídica respecto al procedimiento de divorcio?

MARÍA FERNANDA INNECCO DURAN

En virtud de todo lo que se ha explicado, el trámite que ha de seguirse en aquellos casos en que el cónyuge niegue la separación o el Fiscal del Ministerio Público se oponga o se alegue una causal distinta a la estipulada en el 185 del CC de 1982, estando en un caso evidente de jurisdicción contenciosa, dado que son dos partes que no están de acuerdo en los términos del divorcio planteado, se debe aplicar el procedimiento contencioso establecido por la LOPNNA del 2007, lo regulado en los artículos 450 y siguientes de la LOPNNA del 2007 para tal supuesto, más no el artículo 607 del CPC de 1990.

Pues como se ha dicho en reiteradas oportunidades, el mencionado artículo forma parte de un código cuyo principio rector es el de escritura, además de que las normas contenidas en la LOPNNA del 2007, son de aplicación preferente por la naturaleza jurídica de los derechos involucrados, no pudiendo aplicar normas con principios procesales distintos que además vayan en contra a lo consagrado por el legislador con relación a las normas procesales aplicables.

Es importante señalar que en aquellos casos de divorcio de mutuo consentimiento, en donde las partes alegan diferencias irreconciliables y no tienen más de 5 años separados, los Tribunales de Protección han acatado la nueva doctrina, declarándolo con lugar y el procedimiento empleado es el de jurisdicción voluntaria, sobre este punto la STC 693/2015, del 2 de junio emitida por la Sala Constitucional señaló con carácter vinculante lo siguiente:

Ello así, en atención a lo dispuesto en el artículo 177 de la ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, los cónyuges cuyos hijos sean menores de edad que de mutuo acuerdo deseen divorciarse, acudirán ante el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en función de sustanciación y mediación del lugar donde hayan establecido su último domicilio conyugal y, previo acuerdo igualmente, expreso e inequívoco, de las instituciones familiares que les son inherentes, para solicitar y obtener, en jurisdicción voluntaria, una sentencia de divorcio. Así se declara. (párr. 3 del punto V de Consideraciones para decidir).

Destacando entonces que en la sentencia del 2 de junio del 2015 si se hizo referencia al procedimiento especial de jurisdicción voluntaria regulado en la LOPNNA del 2007, esto es, que efectivamente en aquellos casos en dónde las partes aleguen diferencias irreconciliables de mutuo

MARÍA FERNANDA INNECCO DURAN

acuerdo y hayan NNA involucrados, el procedimiento aplicable es el regulado en los artículos 511 y siguientes de la LOPNNA del 2007.

En este mismo orden de ideas, las sentencias de los Tribunales de Protección, al momento de dilucidar los divorcios bajo el supuesto de hecho de diferencias irreconciliables de mutuo acuerdo, hacen referencia a que una vez comprobada la voluntad de divorciarse y haber fijado las instituciones familiares de conformidad al artículo 512 de la LOPNNA del 2007 en la audiencia única, no hay razón para que no prospere la solicitud de divorcio, con lo cual podemos concluir que efectivamente se están realizando divorcios bajo esta nueva modalidad y que desde el punto de vista procedimental se aplican las normas establecidas en la LOPNNA del 2007, haciendo la salvedad que en las sentencias del 2 de junio del 2015 y del 9 de diciembre del 2016, hacen referencia a la aplicación del procedimiento de jurisdicción voluntaria establecido en la Ley, situación distinta en los casos contenciosos, ya que, recordemos que en este supuesto la sentencia N° 446 de Sala Constitucional no dijo nada al respecto.

Adicionalmente, es importantísimo hacer referencia a la STC 135/2017, del 30 de marzo emitida por la Sala de Casación Civil, pues esta introduce un término nuevo para solicitar el divorcio, como lo es la Teoría del Desafecto, en este sentido, la sentencia señala:

Al momento en el cual perece el afecto y cariño ocurre el nacimiento del desafecto, el cual es definido por la Real Academia Española como la falta de estima por algo o alguien a quien se muestra desvío o indiferencia. Dicho desafecto consiste en la pérdida gradual del apego sentimental, habiendo de una disminución del interés por el otro, que conlleva a una sensación creciente de apatía, indiferencia y de alejamiento emocional, lo que con el tiempo lleva a que los sentimientos positivos que existían hacia él o la cónyuge cambien a sentimientos negativos o neutrales.

En este orden de ideas, resulta conveniente citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, Reino de España, del 27 de Marzo de 2003, lo siguiente: (...) se ha venido desarrollando doctrinalmente la (teoría) del divorcio-separación remedio, con fundamento en la teoría de la 'DESAFECCTIO' y del principio que no pueden imponerse convivencia no deseadas, por ello, AÚN CUANDO UNO DE LOS CÓNYUGES SE OPONGA A LA SEPARACIÓN, los Tribunales la vienen sancionando bajo el manto de la reciprocidad en los deberes de convivencia, fidelidad, ayuda y cariño mutuo, entendiéndose que si por parte de uno ha desaparecido, es imposible que el otro los cumpla porque el matrimonio es cosa de dos, la pérdida (sic) de la felicidad conyugal de cualquiera de ellos convierte al matrimonio en un infierno. (Resaltado de esta Sala).

MARÍA FERNANDA INNECCO DURAN

A este respecto tenemos pues que al momento en el cual perece el afecto la relación matrimonial pasa a ser apática con un alejamiento sentimental que causa infelicidad entre los cónyuges, por ende, al existir una falta de afecto, entendida como desafecto, será muy difícil, prácticamente imposible, que los cónyuges cumplan con sus deberes maritales. (párr. 20 del Obiter Dictum, pág. 33)

Es decir, es una manera de establecer como causal de divorcio la incompatibilidad de caracteres, estableciendo claramente la figura del divorcio remedio en el derecho venezolano como la predominante aun y cuando no se haya legislado sobre ninguna de las causales reguladas jurisprudencialmente.

Con relación al procedimiento aplicable la misma STC 135/2017, del 30 de marzo emitida por la Sala de Casación Civil, señala:

En consecuencia, considera esta Sala que con la manifestación de incompatibilidad o desafecto para con el otro cónyuge apareja la posibilidad del divorcio en las demandas presentadas a tenor de lo dispuesto en el artículo 185 y 185 -A, que conforme al criterio vinculante de esta Sala no precisa de un contradictorio, ya que se alega y demuestra el profundo deseo de no seguir unido en matrimonio por parte del cónyuge - demandante, como manifestación de un sentimiento intrínseco de la persona, que difiere de las demandas de divorcio contenciosas . En efecto, la competencia de los Tribunales es producir como juez natural conforme lo dispone el artículo 49 constitucional, una decisión que fije la ruptura jurídica del vínculo con los efectos que dicho divorcio apareja, sin que pueda admitirse la posibilidad de que manifestada la existencia de dicha ruptura matrimonial de hecho, se obligue a uno de los cónyuges a mantener un vínculo matrimonial cuando éste ya no lo desea, pues de considerarse así se verían lesionados derechos constitucionales como el libre desenvolvimiento de la personalidad, la de adquirir un estado civil distinto, el de constituir legalmente una familia, y otros derechos sociales que son intrínsecos a la persona... (Negrillas de la sentencia citada, subrayado agregado) (párr. 29 del Obiter Dictum, pág. 35)

Esta motivación de la Sala deja claramente establecido que en los casos del llamado desafecto no privará el contradictorio entendido este como el principio fundamental de todo proceso judicial en donde haya desacuerdo entre las partes, Calamandrei dice que es la fuerza motriz, en el entendido que el proceso es una estructura dialéctica es este principio lo que diferencia un procedimiento contencioso de uno de jurisdicción voluntaria.

Incluso continúa la STC 135/2017 con:

Entonces, cuando la causal de divorcio verse sobre el desamor, el desafecto o la incompatibilidad de caracteres, el procedimiento a seguir será el de la jurisdicción voluntaria, establecido en los artículos del 895 al 902 del Código de Procedimiento Civil, ordenando la citación del otro cónyuge (quien deberá comparecer representado o debidamente asistido de abogado) y del Fiscal del Ministerio Público, pues una vez expresada en los términos descritos la voluntad de disolver la unión matrimonial "...debe tener como efecto la disolución del vínculo...". Así lo refleja la sentencia 1070/2016 supra transcrita de la Sala Constitucional, procedimiento en el cual fue suprimida la articulación probatoria, ya que tal manifestación no puede depender de la valoración subjetiva que haga el Juez de la entidad de la razón del solicitante.

Por último, ratifica esta Sala que el fin que deben perseguir los tribunales, es producir como jueces naturales conforme lo dispone el artículo 49 de la Carta Política, una decisión que entienda el divorcio como una solución al conflicto marital surgido entre los cónyuges, con el propósito de la protección familiar y de aligerar la carga emocional de la misma. Cabe destacar que no obstante el procedimiento apropiado para tramitar la solicitud de divorcio que en este punto se ha abordado, sin lugar a dudas que la correspondiente decisión proferida por el tribunal causará cosa juzgada material a tenor de lo previsto en el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil, sería un absurdo considerar que toda la interpretación progresiva de carácter constitucional (vinculante) dada a la institución del divorcio en aras –entre otros aspectos - de materializar en él un procedimiento célere, breve y expedito pudiera sacrificar la fuerza de cosa juzgada material.

Partiendo de lo anterior, si bien en el caso de divorcio puede existir una de las partes que no desea el divorcio independientemente de los motivos que tenga para ello, esto no implica un contradictorio, aun y cuando se trata de posturas adversas, esto en virtud del desenvolvimiento de la libre personalidad, dignidad del ser humano y de la manifestación de voluntad necesaria para querer seguir casado ambos son requisitos para contraer matrimonio, tal como sigue exponiendo la STC 135/2017:

Derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad: Considerado como un derecho fundamental y relativo a la libertad del ser humano, solo limitado por los derechos de los demás, así como el orden público y social, permitiendo al individuo una vida libre de coacciones, definido como un espacio de autonomía individual, de inmunidad, frente al poder estatal. De modo que, mantener un proceso judicial para la disolución del matrimonio que implique que una de las partes deba probar alguna de las causales taxativas, estaría limitando a quien demanda en su libre consentimiento de disolver el vínculo matrimonial.

Derecho a la dignidad del ser humano y el respeto de la autonomía de la personalidad, de su individualidad, de la potestad de cada individuo de la especie humana

MARÍA FERNANDA INNECCO DURAN

de decidir en libertad y conforme a sus propias creencias, gustos y valores. (párr. 15 y 16 del Obiter Dictum, pág. 31).

En la práctica hemos podido realizar trámites de divorcio con fundamento en la sentencia del 2 de junio de 2015 y la del 30 de marzo del 2017, específicamente casos de mutuo acuerdo, en donde el procedimiento aplicado por el tribunal que conocía de la causa fue el de jurisdicción voluntaria contemplado en la LOPNNA del 2007.

Analizado todo lo anterior, es posible decir que en materia de divorcio se ha dado recientemente un cambio tanto desde el punto de vista sustantivo y adjetivo, el primero se origina porque ya no existe una limitante en función a las causales que pueden ser alegadas, esto porque la sentencia del 2 de junio del 2015, 9 de diciembre del 2016 y la del 30 de marzo del 2017, establecen que las causales de divorcio ya no son taxativas sino enunciativas, este supuesto es aplicable tanto para los casos de protección como lo de civil ordinario.

Desde el segundo punto de vista, es decir, en la fase adjetiva en materia de divorcio, también hay una variedad de procedimientos aplicables, primero el artículo 185-A ya no termina con la negativa del cónyuge o con la oposición del Fiscal del Ministerio Público, sino que abrirá una articulación probatoria bajo el supuesto del artículo 607 del CPC de 1990, aquí repetimos que este sería el caso cuando se ventile el asunto ante los tribunales civiles ordinarios. Dicho procedimiento según la sentencia del 2 de junio del 2015, será aplicable también en el caso de que se alegue alguna otra causal que no esté contemplado en el artículo 185 del CC de 1982 y las partes no estén de acuerdo.

Por su parte en materia de protección, se podrán implementar los supuestos sustantivos establecidos jurisprudencialmente, pero es indispensable que el procedimiento aplicable sea el consagrado en la LOPNNA del 2007 aun y cuando las sentencias no digan nada con relación esto, en virtud de la explicación anterior por el fuero de atracción en materia de protección.

CONCLUSIONES

La sentencia N° 446 de Sala Constitucional y subsiguientes, produjeron una serie de cambios en aspectos procedimentales lo cual no ha debido suceder, pues estas normas son de eminentemente orden

MARÍA FERNANDA INNECCO DURAN

público siendo necesario para su modificación que el órgano legislativo actuara en función a lo dictado por la Sala, esto es, que en las dispositivas de las sentencias en vez de cambiar las normas del CC de 1982, ordenara a la Asamblea Nacional que se dictaran las leyes correspondientes para que existiera una armonía entre la Constitución y el CC de 1982.

Como sabemos lo anterior no sucedió, sino que fue la misma Sala quien creó tanto las causales como el procedimiento aplicable en materia de Divorcio, esto significa tal como se señaló que las causales hoy día son enunciativas, con lo cual las personas que se encuentran en estas circunstancias podrán alegar cualquier supuesto aunque no esté establecido en el artículo 185 del CC de 1982.

A esto hay que añadir que una de las causales más importantes establecidas jurisprudencialmente es la que tiene su fundamento en la teoría del desafecto y es extremadamente relevante porque esta consiste básicamente en que cualquiera de los cónyuges alegue que ya no tiene interés en seguir con ese vínculo matrimonial y por ende desea terminarlo, es una especie de alegato relacionado con diferencias irreconciliables.

Si es la vía anterior la que usa cualquier de los cónyuges, porque tal como señala la sentencia puede ser alegado por uno solo, el tribunal que conozca de la causa revisará que la solicitud cumple con todos los requisitos de ley, se notificará al Fiscal del Ministerio Público y sin necesidad de contradictorio procederá a romper ese vínculo matrimonial, con lo cual tenemos la creación de una nueva causal de jurisdicción voluntaria que impedirá entonces que aquellos cónyuges que no deseen dar su consentimiento mantengan casi que de manera impositiva la relación matrimonial.

Es importante destacar que la causal antes señalada, puede ser alegada tanto en los tribunales civiles ordinarios como en los de protección y se deberá tramitar por el procedimiento de jurisdicción voluntaria que señalan los cuerpos normativos aplicables a cada caso.

Ahora bien, la Sentencia N° 446, debe ser considerada como la pionera cuando se refiere a las reformas que ha sufrido la institución del divorcio actualmente, ya que, es a partir de esta que se originan el resto, esta primera sentencia cambia radicalmente el supuesto del artículo 185-A del CC de 1982, tal como hemos explicado y es por ello que colige con las normas procedimentales de la LOPNNA del 2007, dejando claro que si bien la sentencia ordena la apertura de una articulación probatoria transformando un caso de jurisdicción voluntaria en un evidente proceso contencioso, en

MARÍA FERNANDA INNECCO DURAN

materia de protección por el contrario se deberá aplicar las normas procedimentales establecidas para el procedimiento de jurisdicción contenciosa.

En conclusión, en los procedimientos de civil ordinario sí se aplicará el artículo 607 del CPC de 1990, cuando el Fiscal del Ministerio Público o el cónyuge se opongan a la solicitud de divorcio por separación de hecho prolongada, este es el aspecto innovador de la Sentencia N° 446 de Sala Constitucional.

Después de analizadas cada una de ellas, es evidente que se torna necesario la unificación de todos los criterios normativos, no es idóneo que a los fines de saber cuál es el procedimiento aplicable en cada caso tengamos que revisar la jurisprudencia, además que remitir a un artículo específico como lo es el 607 del CPC de 1990, la resolución de los casos contenciosos cuya causal no esté en los supuestos del artículo 185 y el 185-A cuando el Fiscal o el otro cónyuge se oponga, pudiera acarrear una inseguridad jurídica en caso de que se produzca la reforma del mencionado instrumento normativo pues estaría cambiando la regulación señalada por la Sala Constitucional.

Adicionalmente, tendremos el procedimiento contencioso para las causales del artículo 185 del CC de 1982, la aplicación del artículo 607 del CPC de 1990, para aquellos casos del artículo 185-A en donde el Fiscal del Ministerio Público se oponga o uno de los cónyuges lo niego y cuando se trate de una causal enunciativa en donde exista contradictorio, luego tendremos la aplicación del procedimiento de jurisdicción voluntaria cuando se trata de una causal enunciativa en donde las partes estén de acuerdo o se le alegue la teoría del desafecto, esto siempre con la salvedad de la aplicación preferente en materia de protección de los procedimientos establecidos en la LOPNNA del 2007.

Finalmente, aún está vigente la figura de la separación de cuerpos y bienes, la cual era usada en su mayoría para aquellos casos en donde la pareja deseaba divorciarse, pero no tenía los 5 años que requería el CC de 1982, ahora bien, si ya no es necesario tener los 5 años por haber mutuo acuerdo para solicitar el divorcio, queda preguntarse ¿se mantendrá vigente la figura de la separación de cuerpos y bienes? Pareciera ser que la respuesta es no, a menos que las partes deseen liquidar los bienes adquiridos durante esa comunidad conyugal si no celebraron matrimonio civil con capitulaciones matrimoniales, de lo contrario mal pudiese pensarse que la pareja tenga que esperar un

MARÍA FERNANDA INNECCO DURAN

año después del decreto de separación de cuerpos y bienes para solicitar la conversión en divorcio cuando es posible ahora solicitarlo mediante la causal del desafecto.

REFERENCIAS

Anteproyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil

Código Civil de Venezuela (1982). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 2.990 (Extraordinaria), julio 26, 1982

Código Civil de Venezuela (1985). *Antecedentes, comisiones codificadoras, debates parlamentarios, jurisprudencia, doctrina, concordancias*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Privado.

Código de Procedimiento Civil de Venezuela. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 4.209 (Extraordinaria), septiembre 18, 1990.

Escovar, R, «Reflexiones sobre la reinterpretación del Artículo 185-A del Código Civil », en *el libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación*, editado por Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2259. Caracas, 2015.

Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. (2007). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 5.859 (Extraordinario), diciembre 10, 2007.

Sentencia N° 446 de Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mayo 15, 2014.

Sentencia N° 693 de Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, junio 2, 2015.

Sentencia N° 1070 de Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, diciembre 9, 2016.

Sentencia N° 135 de Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, marzo 30, 2017.

JONÁS E. APONTE A.

LA VALIDEZ DE UNA NOTIFICACIÓN DEFECTUOSA EN EL CONTENCIOSO TRIBUTARIO. UN ESTUDIO A PARTIR DE LAS FORMAS PROCEDIMENTALES

Jonás E. Aponte A.

Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Licenciado en Ciencias Fiscales Mención Rentas de la Escuela Nacional de Administración y Hacienda Pública (ENAHPI IUT). Postgrado en Derecho Tributario UCV (En espera de acto de grado). Profesor de la cátedra Armonización Tributaria en la ENAHPI-IUT

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto analizar la sentencia N° 00787 del 3 de julio de 2013, caso: Pepsi-Cola Venezuela, C.A. dictada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en la cual fueron relajadas las condiciones que debe contener toda notificación. En ese sentido, se precisará si las argumentaciones proferidas en el fallo, tienen asidero desde el plano del derecho a la defensa y las formas procedimentales.

Palabras claves: notificación, formas procesales, derecho a la defensa.

Abstract

This paper aims to analyze the decision No. 00787 of July 3, 2013, case: Pepsi-Cola Venezuela, C.A. of the Supreme Tribunal Political Administrative Chamber, that relaxes the applicable conditions for the notification of the administrative act. In that vein, this decision should be analyzed from the perspective of the right to defense and procedural.

Keywords: notification, procedural forms, right to defense.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El valor de la caducidad como ordenadora del proceso gira en la antípoda de un interés, es decir, una necesidad, ánimo o, inclusive, un sentimiento para reclamar un derecho de cara a una situación fáctica o jurídica que le es adversa. Lo primero que advertimos al hablar de caducidad es el hecho que la misma es una institución procesal que opera como un “límite” temporal o estacional del derecho de acción, que transcurre fatalmente, y su vencimiento genera la extinción del derecho que se pretende oponer. En materia administrativa y tributaria, será el interés ese motor que moverá las acciones de los administrados tendientes a enervar una actuación que vulnera algún derecho que se considera lesionado pero que, de plano, tropieza, va erosionando, como el agua y el metal, con lapsos capaces de extinguirlos.

La caducidad es una institución compleja por los efectos que produce en el marco de un proceso judicial, como parte del trinomio sistemático fundamental al que se refería Calamandrei. La eliminación del derecho de acción supone grandes retos y un elevado espíritu de diligencia de parte de los administrados y un ingente compromiso, responsabilidad y buena y fe de la Administración.

Así las cosas, siendo que la caducidad puede afectar y corroer el derecho de acción, para que opere es necesario que la persona que la sufre, *ex profeso* o bien, por un descuido que única y exclusivamente le es atribuible a ella, haya dejado transcurrir los lapsos que la norma le autoriza para incoar la demanda o recurso; en caso contrario, esto es, que el tiempo haya fenecido por una causa imputable a la Administración, haciendo abstracción de la culpabilidad, debe entenderse que ese lapso no es computable para que opere la caducidad; el tiempo no está exánime, inclusive, ocurrió la inverso, queda vivo hasta tanto se corrija la situación.

Ahora bien, el presente el estudio girará alrededor de la siguiente hipótesis de investigación: ¿es posible aludir a la “caducidad por justicia material” en el contencioso tributario? Esta expresión, *mutatis mutandi*, es extraída de una sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (SPA), N° 00787 del 3 de julio de 2013, caso: *Pepsi-Cola Venezuela, C.A.* (desde ahora El Fallo), en la cual la caducidad fue decretada por dicho órgano jurisdiccional dando al traste con uno de los requisitos necesarios para que la notificación fuera válida, siendo la justificación del

juzgador un supuesto análisis de los hechos y circunstancias particulares que rodearon el caso, acusando al contribuyente de tener pleno conocimiento del acto y los lapsos que tenía para impugnarlo.

Para poner en autos al lector, y explicar qué es eso a lo que llamamos “caducidad por justicia material”, se citaran, brevemente, fragmentos del acto de notificación que afectó, a consideración del contribuyente, su derecho a intentar tempestivamente su demanda; de los fallos de primera y segunda instancia y, en función de ello, se realizaran las apreciaciones teórico-prácticas que correspondan. Por tal motivo, se hará abstracción de los efectos de la caducidad en el contencioso tributario, así como de la supuesta existencia de dicha institución en sede Administrativo²¹⁷.

II. DE LA CONTROVERSIA

Para fines metodológicos del presente ensayo, no se hará ninguna valoración sobre el fondo del tema debatido; por tal motivo, cuando en este acápite se alude a *la controversia* se refiere, exclusivamente, al intrínquis en la cual se cierce la notificación y la ulterior declaratoria de caducidad.

a. DEL ACTO DE NOTIFICACIÓN

Señalado lo anterior, se lee de la notificación practicada por el Municipio Zamora del Estado Aragua (sujeto activo de la relación jurídico-tributaria) dirigida a la sociedad de comercio Pepsi-Cola Venezuela, C.A., y que constituye el epicentro del presente caso, lo siguiente:

Artículo Segundo: Se advierte al contribuyente que contra el presente acto administrativo podrá interponer Recurso Contencioso Tributario dentro de los veinticinco (25) días hábiles siguientes a la notificación del mismo, de conformidad con el artículo 261 del Código Orgánico Tributario en concordancia con el artículo 250 parte *in fine eiusdem*.

b. DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR CONTENCIOSO TRIBUTARIO

²¹⁷ Para una revisión de la supuesta caducidad en sede administrativa, léase: Valmy Díaz I., «Apostillas sobre el mito de la caducidad en el lapso (oportunidad) para descargar y probar contra las actas fiscales», *Revista de Derecho Tributario*, n° 108 (2005).

JONÁS E. APONTE A.

El Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Central, N° 2772 de fecha 30 de octubre de 2012, declaró inadmisibile el recurso contencioso tributario interpuesto por la sociedad de comercio Pepsi-Cola Venezuela, C.A. al haber sido intentado extemporáneamente, en los términos siguientes:

(...) en efecto el día 03 de mayo de 2012 o del diferimiento de la misma según lo establecido en el artículo 164 del Código Orgánico Tributario, en el presente caso comienza el día cuatro (04) y vence el día diez (10) de mayo de 2012 a correr el lapso a que se refiere el artículo, por consiguiente el lapso para interponer el recurso contencioso tributario se inició el once (11) del mismo mes y año, y tomando en consideración los días que despachó el tribunal, el lapso venció el veintidós (22) de junio de 2012, por cuanto el recurso se interpuso el 10 de octubre de 2012, es evidente que la recurrente lo consignó fuera del lapso de los veinticinco (25) días a que se refiere el artículo 261 del Código Orgánico Tributario vigente, por lo cual el juez forzosamente declara que es extemporáneo el recurso y como quiera que el amparo constitucional con medida cautelar de suspensión de efectos se declaró *in limine litis*, improcedente, es criterio de este tribunal declarar inadmisibile el recurso contencioso tributario. Así se decide.

c. FUNDAMENTACIÓN DE LA APELACIÓN PROPUESTA POR LA REPRESENTACIÓN DE PEPSI-COLA VENEZUELA, C.A.

La representación judicial de la sociedad mercantil Pepsi-Cola Venezuela, C.A. alegó en su escrito de fundamentación de la apelación, que el Tribunal de mérito obvió considerar el argumento expuesto en el recurso, relativo a que no existía un lapso de caducidad para recurrir en este caso, toda vez que, la notificación del acto administrativo impugnado era ineficaz por no cumplir con los requisitos del artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA) al omitir toda clase de señalamiento en torno a los órganos o Tribunales ante los cuales debía presentarse la demanda.

d. FALLO DE LA SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Conocida la apelación la Sala Político Administrativa confirmó el fallo, sobre a base de los siguientes argumentos:

Establecido lo anterior, previo al examen del presente caso, corresponde precisar que la falta de notificación no se materializa exclusivamente por su omisión o inexistencia, sino incluso, por un defecto de los requisitos dispuestos en el artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que supongan la eliminación o significativa reducción de las oportunidades de defensa.

Además, **los efectos de la notificación no pueden analizarse aisladamente o de forma autónoma, de espaldas a su interés o finalidad, por cuanto concebirlo de esa manera supondría reducir los criterios de justicia material a ser un predicado de las formas.** Es por ello que, cada caso en particular nos indicará si la forma, como garantía que tiende a la realización de un fin, es efectivamente cumplido, pretendiendo primariamente arbitrar un conjunto de condiciones para procurar que ciertos derechos de los Administrados sean consecuentemente respetados.

«...*Omissis*...»

Conforme a lo anterior, esta Máxima Instancia advierte que, si bien la notificación omitió indicar el Tribunal ante el cual debía interponerse la demanda, la Administración cumplió con la obligación de participarle correctamente el lapso que tenía para interponerla, que sería de veinticinco (25) días “*hábiles*”, aunado a que le señaló el cuerpo normativo que regula dicho medio de impugnación. Adicionalmente, la Resolución N° 090-2012 antes citada, indicó el recurso jurisdiccional que podría intentar la contribuyente (recurso contencioso tributario), el cual solo es ejercible ante los Tribunales de la República con competencia tributaria, que por demás constituye la naturaleza del acto que aquí se impugna. Es decir, en el presente caso, mal podría afirmarse que la causa que motivó el ejercicio extemporáneo de la acción es atribuible al Fisco Municipal.

«...*Omissis*...»

En efecto, constata esta Sala que la sociedad mercantil Pepsi-Cola Venezuela, C.A. ejerció el recurso contencioso tributario ante la jurisdicción tributaria competente, vale decir, el Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Central, no siendo la ausencia de este requisito la razón que justifica su interposición extemporánea, y en todo caso, de haberlo hecho ante cualquier otro Tribunal hubiera contado con la regulación de competencia o se hubiese declinado al Órgano Jurisdiccional competente.

«...*Omissis*...»

Considera esta Sala que no se puede aplicar el artículo 74 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos **sin atender a las circunstancias particulares de cada caso.** Dicha norma aplica cuando se omite o suministra errónea información con relación a los términos y condiciones en que el ciudadano puede ejercer los recursos contra los actos que los afectan. Sin embargo, en el presente asunto, no es posible considerar defectuosa la notificación realizada por el Municipio Zamora del estado Aragua, al menos en lo concerniente al lapso que tenía la contribuyente para ejercer el recurso contencioso tributario. (Negrillas nuestras).

Fijados los límites de la controversia, y en el entendido que es la notificación y la ausencia de sus elementos la piedra angular del presente ensayo, se realizarán algunas precisiones sobre la misma, sus defectos, remedios y, una vez enlazados los eslabones de la cadena, determinar si es posible, por mor de un supuesto anquilosamiento del derecho, poder aplicar la caducidad por justicia material.

III. CONCEPTO DE NOTIFICACIÓN

e. PREVISIONES NORMATIVAS

Disponen los artículos 161 y 167 del Código Orgánico Tributario de 2001²¹⁸, vigente *ratione temporis*, que disciplinan el concepto de notificación y las consecuencias de su omisión, lo siguiente:

Artículo 161. La notificación es requisito necesario para la eficacia de los actos emanados de la Administración Tributaria, cuando éstos produzcan efectos individuales.

Artículo 167. El incumplimiento de los trámites legales en la realización de las notificaciones tendrá como consecuencia el que las mismas no surtan efectos sino a partir del momento en que se hubiesen realizado debidamente, o en su caso, desde la oportunidad en que el interesado se deba tener por notificado personalmente en forma tácita, según lo previsto en el numeral 1 del artículo 162 de este Código.

Asimismo, en concatenación con las anteriores previsiones legales, es imprescindible citar los artículos 73 y 74 de la LOPA, que establecen los requisitos y exigencias necesarias para que toda notificación sea susceptible de producir plenos efectos legales de aquel acto que la produce; estas normas aplican tanto en el Derecho Administrativo como en el Tributario, por cuanto, son las únicas que no sólo regulan tal actuación con la minuciosidad, rigor y el detalle debido, sino que ofrecen una aleccionadora consecuencia jurídica en el supuesto de no realizarse de la forma como fue establecida. La importancia de las mismas radica esencialmente, se insiste, en los efectos que trae consigo su omisión para la eficacia del Acto. Así las cosas, establecen los artículos en referencia, lo siguiente:

²¹⁸ Con la reforma del Código Orgánico Tributario de 2014, los artículos relativos a la notificación no sufrieron modificaciones, salvo su articulado que ahora quedó recogido en los artículos 171 y 177.

Artículo 73. Se notificará a los interesados todo acto administrativo de carácter particular que afecte sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos, personales y directos, debiendo contener la notificación el texto íntegro del acto, e indicar si fuere el caso, los recursos que proceden con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deban interponerse.

Artículo 74. Las notificaciones que no llenen todas las menciones señaladas en el artículo anterior se considerarán defectuosas y no producirán ningún efecto.

El enunciado de la norma será desmenuzado con más detalle, por lo pronto, es oportuno identificar de su contenido de cuál requisito carecía el acto de notificación, de cara con el cuadro que a continuación se transcribe:

REQUISITOS DE LA NOTIFICACIÓN	ELEMENTOS CONTENIDOS EN EL ACTO
TEXTO INTEGRO DEL ACTO	SÍ
LOS RECURSOS	SÍ
EXPRESIÓN DE LOS TÉRMINOS PARA EJERCERLOS	SÍ
ÓRGANOS O TRIBUNALES ANTE LOS CUALES DEBAN INTERPONERSE	NO

f. DEFINICIÓN TEÓRICO FORMAL

La notificación es un presupuesto formal y a su vez indispensable para dotar y revestir de eficacia los actos administrativos, al converger como una de sus principales finalidades el de darles publicidad, aviso y comunicación de su contenido al o los interesados, condición imprescindible para que puedan ejercerse todos los mecanismos de defensa que el ordenamiento jurídico pone a favor de aquéllos para controlar y fiscalizar las actuaciones de la Administración Pública.

La notificación²¹⁹ representa un adminículo entre la actividad administrativa y en especial la que se pone de relieve con la emisión del acto con aquellos mecanismos de impugnación que se dispongan contra éste. En función de ello, es admisible señalar que el acto de notificación guarda una estrecha relación con el derecho a la defensa y el principio *pro actione*, en el sentido que, carece de operatividad si no se comunica el acto, por cuanto, el interesado desconoce su contenido, así como de los dispositivos para enervar sus efectos. Por tal motivo, la Ley ha establecido, ciertamente, como una directriz ordenadora del proceso, que dicha actuación se halle acorazada por ciertos presupuestos para su validez.

A tal efecto, debemos entender a la notificación como un acto de comunicación que interactúa como un trasmisor entre el ente u órgano de la Administración, sirve principalmente para hacer eficaz aquello que se pretende informar, sea que signifique situaciones favorables o ventajosas para el administrado o que genere perjuicios o gravámenes en sus derechos. Por lo tanto, en el supuesto que se produzcan actuaciones en detrimento de los derechos de los particulares, la notificación cobra una relevancia superior, por cuanto, está en vilo el control y fiscalización de la actuación administrativa.

Dicho acto se traduce entonces en un instrumento para potenciar el control de la legalidad de los actos administrativos y deberá contener una serie de condiciones que justificarían –formalmente– su validez, conforme al artículo 73 de la LOPA.

²¹⁹ Para Agustín Gordillo, la notificación es la forma de publicidad de los actos administrativos, que importa un conocimiento *cierto* del acto por el destinatario, debiendo transcribir íntegramente el acto, incluyendo parte resolutive y motivación y la enunciación completa y fiel de los medios de impugnación. *Tratado de Derecho Administrativo* y obras selectas (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017), acceso el 1° de abril de 2016, http://www.gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo5.pdf. Ramón Parada destaca que la notificación es la técnica más solemne de la comunicación –en el plano administrativo– en virtud de la cual los interlocutores de la administración atestiguan haber entregado a una persona la copia escrita de un acto. Cfr. *Derecho Administrativo* Parte general, Tomo I, (Madrid: Editorial Marcial Pons, 2004), 112. Véase igualmente Nelson Rodríguez, para quien la Notificación es una obligación de la Administración Pública para que tenga validez el acto administrativo e individualizar a los interesados. Cfr. «La Eficacia de los Actos Administrativos», *Revista de Derecho Público*, n° 38 (1989), 38. En miméticos términos, Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del Procedimiento Administrativo* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2002), 174 y ss. De conformidad con el artículo 57.2 y 58.1 de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en España, se define a la notificación como un acto de comunicación con los interesados en el procedimiento de un acto administrativo anterior que pudiera afectar sus derechos. La notificación a los interesados es un requisito de la eficacia de los actos que afecten a sus derechos o intereses. Es criterio de Grau que la notificación se convierte en el elemento esencial que permite fijar con certeza el momento a partir del cual se inician los lapsos establecidos para ejercer válidamente la impugnación de un acto administrativo de efectos particulares, siendo éste el instrumento que en definitiva lo revista de certeza. Cfr. María Amparo Grau, «Eficacia de los Actos administrativos: Obligación de la Administración de Comunicarlos. Publicación y Notificación», *III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Funeda (1997), 100.

IV. DEFECTOS DE LA NOTIFICACIÓN

Es criterio de la doctrina y de casi la mayoría de los ordenamientos jurídicos, exigir que se cumplan con aquellos requisitos consagrados en el artículo 73 de la LOPA; en otras latitudes, aduce Gordillo, que bajo los principios de buena fe y de lealtad, a los efectos de adquirir validez el acto, se debe informar clara y lealmente al interesado si agotan la vía administrativa, acerca de la vía judicial y la posibilidad de su pérdida si no interpone el recurso administrativo en término y, debe también aclarar que los plazos se cuentan incluso en la feria judicial, que en el caso de Venezuela sería el receso judicial²²⁰.

A reglón seguido, señala el referido autor, en muestra de desagrado hacia los lapsos de caducidad frente a la posibilidad de fiscalizar la legalidad de la actuación administrativa que:

Es ya grosera la desigualdad conforme a la cual el particular tiene un breve plazo pasado el cual ya no puede impugnar el acto, en tanto la administración carecería de límite temporal. Asombra que existan normas así y nadie las declare inconstitucionales. Máxime cuando el fundamento fáctico es exactamente el opuesto: los días del particular se le escapan de las manos, la administración no tiene problemas con el tiempo. Darle la eternidad a quien tiene gusto por ella y por la inacción y el silencio, es como proporcionarle droga a un adicto²²¹.

Araujo Juárez da cuenta a partir de un conjunto de sentencias, la manera cómo puede producirse un defecto en la notificación y sus efectos en el acto, entre las cuales tenemos: *i*) cuando no cumplen los requisitos ordenados en la Ley (CPCA: 2-5-85, caso: Víctor D. Ramírez, CPCA: 4-6-92); *ii*) un defecto en la notificación demora el comienzo en la eficacia del acto (CPCA: 24-10-85 caso: Sociedad Atrium, C.A.); y *iii*) la notificación defectuosa no afecta la validez intrínseca del acto sino la eficacia (CSJ/SPA: 20-5-85, caso: Inploca)²²².

²²⁰ Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo...*, 20.

²²¹ Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo...*, 20.

²²² José Araujo J., *Tratado de Derecho Administrativo Formal* (Caracas: Vadell Hermanos Editores, 2007), 599 y ss.

Seguidamente, indicaría el autor en referencia, que las notificaciones administrativas que «no llenen todas las menciones señaladas en el artículo 73, LOPA, se considerarán defectuosas y no producirán ningún efecto», pudiendo generarse diferentes situaciones, las cuales son: *i*) falta absoluta, «el acto no ha sido objeto de publicidad»; *ii*) notificación que induce en error «el interesado hace caso de la indicación administrativa e instaura el recurso administrativo o jurisdiccional que en la ocurrencia era improcedente»; *iii*) notificación con otro tipo de defectos, que a su vez, se subdividen en: a) «no ha ofrecido la notificación ningún recurso», b) «[e]n el caso de que se ofrezcan los recursos no son los procedentes», c) «que ofrezca los recursos que, no obstante son los correctos, se incide en error u omisión de los plazos o respecto del órgano ante el que deben interponerse»²²³.

Ha sido criterio de la Sala Constitucional en sentencia N° 1867 del 20 de octubre de 2006, caso: Marianela Cristina Medina Añez, ratificada en el fallo N° 772, del 27 de abril de 2007, caso: Nora Antonio Lartiguez Hernández, que en materia de caducidad de los actos administrativos podrá computarse válidamente si han sido correctamente notificados sus derechos o intereses pues, de lo contrario, no comienza a transcurrir ningún lapso²²⁴. El referido criterio fue sentado en un supuesto en el cual la notificación careció de la indicación de todos los requisitos del artículo 73 de la LOPA, por ende, a criterio de la Sala Constitucional, habría operado una violación al debido proceso, así como del principio «favorable a la acción» que produjo cierto grado de indefensión²²⁵.

²²³ Araujo J., *Tratado...*, 599.

²²⁴ En el caso que particularmente analizaba la referida Sala, constató que el acto que la solicitante de la revisión impugnó en primera instancia «no hizo mención expresa al recurso que procedía en su contra, así como tampoco del lapso para su interposición y el tribunal con competencia para el conocimiento de la demanda», por lo que declaró que «la notificación es defectuosa y no produce ningún efecto».

²²⁵ Véase en ese particular las sentencias de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, N° 2012-009 de fecha 6 de febrero de 2012, caso: Miguel Ángel Romero Pérez Vs. Gobernación Del Estado Monagas, en la misma se estableció que «De esta manera, atendiendo al especial carácter concedido a la notificación del acto administrativo, con la cual se pretende garantizar el derecho a la defensa del administrado, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos regula de manera precisa el contenido que debe poseer dicha notificación, de forma que se constituya en base de información completa para el administrado sobre: (i) la literalidad del acto administrativo en cuestión; (ii) los medios de impugnación que –en caso de ser procedentes– puede intentar contra el mismo; (iii) el término dentro del cual debe ejercerlos y; (iv) los órganos o tribunales ante los cuales debe interponerlos»; en otra sentencia de la propia Corte, se estableció –explícitamente– que los requisitos consagrados en el artículo 73 de la LOPA son concurrentes, al establecer que «debe entenderse que al no cumplirse con los requisitos concurrentes señalados en la aludida norma, la misma no produce ningún efecto, entendiéndose con ello que los lapsos legales establecidos para impugnar los efectos jurídicos de un acto administrativo, no puede comenzar a computarse en detrimento de los derechos del administrado, pues, la falta de indicación de toda la información exigida por el artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, afecta o debilita su posibilidad de impugnar oportunamente la legalidad de la actuación de la Administración». Cfr. Corte Segundo de lo

En efecto, el administrado que actúe según lo indicado en la notificación respecto a los recursos, sus plazos y sus decisiones, no se verá afectado por la información errónea, según Linares, pues «el tiempo empleado en ella no se computará para el trámite del recurso que efectivamente corresponda», y añade, que los señalamientos de todo acto deben ser específicos «sin que sean aceptables fórmulas genéricas como ‘recursos correspondientes’ o ‘los recursos previstos en la ley’»²²⁶.

V. SUBSANACIÓN DE LOS DEFECTOS DE LA NOTIFICACIÓN

No es objeto del presente estudio analizar la pletórica cantidad de sentencias que en lo relativo a la notificación defectuosa han resuelto los Tribunales de la República, de esa forma se haría excesivamente extenso el presente estudio, no obstante, huelga señalar que ha sido una tradición jurisprudencial, y así reconocido por el foro, reconocer con cierta unicidad que la carencia de cada uno de las condicionantes del artículo 73 de la LOPA produce que la misma no pueda surtir plenos efectos legales.

Sin embargo, las notificaciones que tengan algún vicio que inficione su inteligencia quedarán subsanadas, como regla general, si de las actuaciones se constata que el interesado interpuso los medios de impugnación pertinentes con el propósito de revertir los efectos del acto administrativo que posiblemente lesionen sus derechos e intereses, toda vez que, el fin que era informar se realizó, así haya sido por otros medios. La inobservancia de las formas no puede traducirse como la negación al acceso a la justicia y menos aún, siendo este el propósito realmente pretendido²²⁷.

Contencioso Administrativo, N°2013-0752 de fecha 8 de mayo de 2013, caso: La Lucha, C.A. contra La Alcaldía del Municipio Francisco de Miranda del estado Guárico.

²²⁶ Gustavo Linares B, «Notas sobre los Actos Administrativos», *El derecho público a los 100 números de la Revista de Derecho Público* (2006), 780-781.

²²⁷ En el mismo sentido, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 00059, de fecha 21 de enero de 2003, caso: Inversiones Villalba, ha señalado reiteradamente que «una notificación aun siendo defectuosa ha cumplido con el objetivo a que está destinada, es decir, ha puesto al notificado en conocimiento del contenido del acto y cuando el recurso ha sido interpuesto oportunamente e incluso le permitió acceder a la vía judicial, los defectos que pudiera contener, han quedado convalidados».

De allí que, en sentencia N° 529 del 9 de junio de 2010, caso: Sílice Boquerón, C.A., la Sala Político-Administrativa haya establecido que el defecto en la notificación de los actos de contenido tributario en modo alguno los vicia de nulidad sino que afecta su eficacia, la cual se pospone al momento de su debida realización o a la oportunidad que el interesado realice alguna actuación en el procedimiento indicativa del conocimiento que tuvo del mismo. Indirectamente, la Sala hizo una diferenciación entre los actos administrativos propiamente dichos y los actos de ejecución, posición ésta que es sostenida por Linares, para quien la clave para entender el sistema de notificaciones según la LOPA es apreciar a la notificación como otro acto, distinto del que se comunica, el cual debe llenar los requisitos establecidos en la Ley para su eficacia²²⁸.

VI. NOTIFICACIÓN: ¿FORMA O MATERIA?

g. LA NOTIFICACIÓN Y LAS FORMAS PROCEDIMENTALES

En estricta relación con lo anterior, la notificación representa un instrumento para la realización de la justicia, y por lo tanto, revestida de unas condiciones de modo, tiempo y lugar (forma), cuyo diseño pragmático permite unir o enlazar de manera sistémica, la actuación de la Administración con los medios de impugnación.

La forma es un término que incluso en filosofía no logra desligarse de la materia. Mientras el uno comporta aquello con lo cual se hace algo (materia), lo otro, es aquello que determina la materia para ser algo, vale decir, por lo cual algo es lo que es (forma). De igual manera, la forma guarda una relación con lo que constituye la potencia y el acto. Así las cosas, siendo la forma lo que es aquello que es, la forma será la actualidad de lo que era potencialmente²²⁹. La relación potencia-acto nos hace comprender cómo cambiar ontológicamente las cosas, mientras que la relación materia-forma nos permite comprender cómo están compuestas las cosas.

²²⁸ Linares B, «Notas sobre los Actos Administrativos», 774.

²²⁹ José Ferrater M., *Diccionario de Filosofía de Bolsillo* (Madrid: Alianza Editorial, 2006), 367-372.

En la fenomenología, señala Husserl, que la llamada "región formal" no es, pues, algo coordinado a las regiones materiales (las regiones, pura y simplemente); no es propiamente una región, sino la forma vacía de región en general, que en lugar de tener junto a sí, tiene más bien bajo sí a todas las regiones con todos sus casos esenciales especiales o dotados de un contenido material. A dicha afirmación añade que esta subordinación de lo material a lo formal se denuncia en que la ontología formal alberga en su seno a la vez las formas de todas las ontologías posibles todas las "verdaderas" ontologías, las "materiales", en que prescribe una constitución formal común a todas²³⁰.

En derecho, las formas procesales tienen una unión indisoluble con los actos del mismo que, bajo su comprensión tradicional, representan una manifestación de voluntad que persiguen constituir, modificar, desarrollar o poner fin a una relación jurídica procesal concreta e, *ipso facto*, producir los efectos que la Ley previó; ello así, las formas no son más que las condiciones pragmáticas para la realización de aquéllos.

Tanto en el proceso judicial, como en el procedimiento administrativo, los fines de las formas se resuelven en: *i*) garantizar el derecho a la defensa al ser provistos de ambientes que promueven el libre contradictorio en condiciones de igualdad; *ii*) como un efecto natural, dotarlos de una publicidad regida bajo su propia lógica, que al ser informado de un elemento cognitivo, permite conocer a las partes anticipadamente la manera cómo deben comportarse, manifestar sus voluntades y pretensiones en la tramitación del asunto; y *iii*) ordenadora del proceso, al establecer lapsos perentorios para la realización de ciertos actos.

Dentro del concepto de forma, giran sobre su órbita las formalidades esenciales, las no esenciales y los formulismos, cada uno con condiciones y significados diversos. Las formalidades esenciales están asociadas con el derecho a la defensa y el debido proceso en todas sus dimensiones; las no esenciales, constituyen revestimientos procesales, que permiten, en algunos casos, garantizar que el proceso se desarrolle de una determinada imagen o manera, y los formulismos, son todas aquellos ritos y ceremonias celebrados en el juicio con el propósito de garantizar su solemnidad, *v.g.* los modelos de

²³⁰ Edmund Husserl, *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica*, Trad. José Gaos (México: Fondo de Cultura Económica, 1962), 33.

algunas demandas, los números de líneas que deben tener los escritos, cómo se deben preguntar a los testigos, cómo se invocan los vicios en casación, entre muchos otros.

Estos formulismos, en ocasiones, acorazan a la forma en razón de una tradición sacramental del proceso, que no se compadece con la seguridad jurídica, pero que, incluso, tiene más preponderancia que la misma forma. Mucha de esta incoherencia es propiciada por la presencia de interlocutores de la Administración y jueces que con total desparpajo no vacilan en hacer pública su ignorancia. Es habitual escuchar de los funcionarios tribunalicios la siguiente locución: “ese procedimiento se sigue de esa *forma* porque es criterio del Juez”. Impropiamente se ha convertido en la regla la imposición de cargas adicionales no consagradas en la Ley, en razón de una incoherente comprensión de las reglas del proceso. Frente a tropelías de ese tipo, los abogados se encuentran rodeados; sus argumentos se diluyen como sal en el agua, los interesados no hayan en el derecho la solución a sus problemas, la anarquía se apropia del estrado y la arbitrariedad disfraza su paladina ignorancia.

h. ¿ES LA NOTIFICACIÓN FORMA O FORMULISMO?

Al preguntarnos si la notificación es forma o cualquier otra catadura dispuesta para torcer el espíritu de la Ley y tabicar su inteligibilidad, debemos responder sin ambages: *es forma*; en efecto, es un requisito formal, y como tal, revestido de unas garantías procesales, que conforme dispone el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, representa una exigencia basilar para la Administración Pública cuando dicta actos susceptibles de afectar derechos subjetivos e incluso, intereses colectivos y difusos. La vinculación de la notificación con el derecho a la defensa es inextinguible e inexpugnable al ser consustanciales una de la otra.

En materia tributaria no cumplir con el trámite de la notificación supone que la eficacia de los actos quede en *in pectore* y que, aquellas que aún habiéndose practicado resulten defectuosas, vale decir, que no contengan el texto íntegro del acto, la indicación de los recursos que proceden con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deban interponerse, no producirán ningún efecto.

Brewer Carías, siguiendo la orientación de la jurisprudencia francesa, ha señalado que existen formalidades esenciales establecidas para garantizar los derechos de los administrados, «como por ejemplo, las que prescriben la audiencia de los interesados, como información previa a una decisión, o para asegurar el derecho a la defensa (*audi altera parte*)», o aquellas cuya omisión causa indefensión²³¹.

Todo ese conjunto de reglas que orbitan alrededor de la notificación fueron dispuestas precisamente para evitar que los detentadores de un poder jurídico lo transmute en fáctico e intenten hacer ejecutivos sus actos arbitrariamente, con poca o ninguna intención para que los mismos sean recurridos o impugnados.

i. LA CADUCIDAD POR JUSTICIA MATERIAL

En orden a lo anterior, corresponde preguntarnos si cada uno de los elementos que debe contener la notificación son concurrentes, de pronto para revestirlos en conjunto de esencialidad o validez propia o, si por el contrario, sus fines son aislados y giran en torno a su eje los efectos que la Ley distribuye.

Del Fallo se observan dos (2) elementos que merecen la pena ser considerados: **el primero**, la genuflexión de los requisitos dispuestos en el artículo 73 de la LOPA con respecto al derecho a la defensa y a nuestro criterio el de la seguridad jurídica; y **el segundo**, el valor de las formas, como medio y no fin para la obtención de la justicia, y su subordinación a los criterios de justicia material.

Para El Fallo la notificación y sus efectos no pueden analizarse aisladamente o de forma autónoma, de espaldas al interés o finalidad que subyace a la misma, lo contrario sería dotarla de sustantividad propia y reducir los criterios de justicia material a ser un predicado de las formas²³². El

²³¹ Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Procedimiento Administrativo* (Madrid: Editorial Civitas, 1990), 104.

²³² Así las cosas, en sentencia del Tribunal Constitucional de España N° STC/29/1985, se estableció que: «los requisitos formales no son, por lo demás, valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino, que sólo sirven en la medida que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima». Cfr. Margarita Beladiez R., *Validez y Eficacia de los Actos Administrativos* (Madrid: Editorial Marcial Pons, 1994), 112.

Fallo cuestiona que la falta de alguno de los requisitos de la notificación no enervaría *per se* sus efectos, toda vez que, “*las circunstancias fácticas*” en los cuales se desenvuelve la misma pudieran sugerir las razones que tuvo la Administración para dictar determinado acto y el administrado conocerlas²³³.

De su texto se lee que existe una diferencia palpable entre aquella notificación que carece de todos los requisitos establecidos en el artículo 73 y otra que no posee alguno de ellos y que, en el marco de las reglas de contenido procesal, no es posible tratar de manera idéntica ambas situaciones, por cuanto, mientras en un caso pudiera darse hipotéticamente cierta indefensión, en el otro supuesto, el error que tendría el acto de comunicación es susceptible de ser salvado si se evalúa integralmente las circunstancias fácticas de cada caso.

Ahora bien, la posición que sostuvo El fallo echó por tierra toda la construcción lógico-formal que se había erigido con relación a la notificación y las consecuencias de sus defectos sobre la base – de lo que he denominado– la aplicación de la caducidad por justicia material que, en el fondo, fue la justificación con la cual se casó para entender que la ausencia de uno de los requisitos no invalida el acto, máxime si se realiza una valoración integral de todas las circunstancias que rodean el caso.

j. CONCEPTO DE JUSTICIA MATERIAL

La caducidad en términos forenses, como ya se precisó, es una institución que impide conocer de una demanda por el transcurso del tiempo; pero para que las agujas del reloj puedan correr en detrimento de los interesados, es imprescindible que el acto que se comunica lo haya dotado de todas las herramientas, mecanismos y condiciones para garantizar que el ejercicio de sus derechos a reclamar, petitionar o demandar, cualquiera sea la pretensión, se cumplió correctamente.

La caducidad en el presente caso se declaró sin que el acto tuviera el revestimiento debido para proteger el debido proceso del administrado, y fueron argumentos pasados por la criba de la justicia

²³³ No obstante, es criterio de González Pérez y casi toda la doctrina, que si la notificación no ha sido hecha bajo ciertos revestimientos formales, vale decir, sin una transcripción íntegra del acto y sus fundamentos, no corren los términos de impugnación. Cfr. Jesús González P., *Manual de Procedimiento*, 2ª edición (Madrid: Civitas, 2002), 314.

material los que salvaron a la notificación de la suerte que se le había trazado: *su irremediable invalidez*. Así las cosas, es oportuno referirnos a lo que se ha entendido por justicia material, en la que el juez pasa a tener una posición preponderante al momento de construir el derecho y en el que las formas dejaron de servir para proteger la institucionalidad del derecho en modelos democráticos.

k. JUSTICIA MATERIAL. JUEZ CREADOR DEL DERECHO

Carlos Escarrá en una férrea arremetida contra el formalismo, indicó que a partir de los postulados del artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debe prevalecer la verdad y la justicia por sobre los formalismos no esenciales, criterio éste que venía a sustituir el principio según el cual había un «valor superior que era el de la seguridad jurídica y en virtud de la seguridad jurídica, los formalismos esenciales o no esenciales son necesarios y el juez debe revisarlos a los efectos de poder tomar una decisión»²³⁴.

La exposición de Escarrá revive la polémica que se ha trazado sobre la actividad jurisdiccional y que se desenvuelve en una encrucijada según ciertos criterios políticos e ideológicos. Por un lado, la actividad silogística frente a la argumentativa²³⁵ y por el otro lado, el Juez como aplicador del derecho o como creador del derecho.

El connotado abogado Ángel Latorre, indica que el cientificismo del siglo XIX hacía de los juristas unos autómatas que operaban a merced de la Ley y de espalda a la justicia; bajo ese razonamiento, señala el autor, era posible «llegar a una certeza racional respecto a la verdad» la

²³⁴ Carlos Escarra M., «La Justicia y los poderes del Juez en la nueva Constitución», *Anuario de Derecho*, SABER-ULA, n° 23 (2001), 384-396.

²³⁵ Señala Alejandro Nieto, que: “la sentencia, en definitiva, no se legitima *ex auctoritate*, por la posición institucional del juez, sino *ex ratione*, por el peso y solidez de sus argumentos... hoy sólo tiene el juez que rendir cuentas al derecho y a la lógica, no a la justicia. una sentencia injusta pero correctamente elaborada ha de aceptarse y el eventual reproche no ha de dirigirse al Juez sino a la ley, que es la que ha impuesto tal decisión injusta”. Cfr. *El Arbitrio Judicial* (Barcelona: Editorial Ariel, 2000).

manera como eran resueltos los problemas matemáticos, habría supuestos un «progreso científico» y ante tal situación los saberes no naturales «se veían en una situación difícil»²³⁶.

Ociel Castaño, haciendo eco de la polémica *supra* identificada, hizo un breve estudio del rol del Juez Constitucional en el llamado nuevo derecho e indicó que éste a diferencia de lo que se creía en el sistema anterior, no es solo su intérprete o simple aplicador «ante todo, ha devenido en un creador del mismo» e incluso, es una diferencia que lo distingue de los otros poderes constituidos, su «facultad de crear normas jurídicas especialísimas»²³⁷.

En el mismo orden de ideas, Castaño citaría a un ex Magistrado de la Corte Constitucional colombiana, Gaviria Díaz, quien sostenía que: “con muy contadas excepciones, en nuestras Escuelas de Derecho tradicionalmente se había enseñado que el Legislador creaba el derecho que al Juez sólo le cabía aplicarlo. Todo ello dentro de un largo y rígido esquema positivista”²³⁸. Esta polémica se encontrará producto de la lenta forma como el derecho recoge los cambios y que, para algunos, lo separan de la realidad circundante²³⁹.

I. JUSTICIA MATERIAL. NEGACIÓN DE FORMAS Y PROCEDIMIENTOS

²³⁶ Ángel Latorre, *Introducción al Derecho* (Barcelona: Editorial Ariel, 2000), 98-112. Indicaría el autor *in comento*, exponiendo el ataque de H. J. Kirchman hacia la ciencia del derecho, que la misma estudia el derecho positivo y vigente en un momento y en un país dado, y que a su vez es efímero y cambiante; su objeción fue planteada en una conferencia publicada en 1848 bajo el título «La falta de valor de la jurisprudencia como ciencia», su argumento básico es el siguiente: «Los juristas (...) se ocupan, sobre todo, de las lagunas, los equívocos, las contradicciones de las leyes positivas; de lo que en ellas hay de falso, de anticuado, de arbitrario. Su objeto es la ignorancia, la desidia, la pasión del legislador... Por obra de la ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida; desviándose de la sana establecen su nido en la enferma. En cuanto la ciencia hace de lo contingente sus objeto, ella misma se hace contingencia; tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura».

²³⁷ Luis Ociel C., «El Juez Constitucional y el Llamado Nuevo Derecho», *Criterio Jurídico*, Cali, Revista Jurídica del Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana, n° 7 (2007), 188-189.

²³⁸ Ociel..., 189-201.

²³⁹ En palabras de Novoa Monreal, existe una brecha creciente entre la realidad social y el derecho, debido a la rigidez de éste, incluso, «[p]odría pensarse que un legislador atento a estas transformaciones y ágil en su elaboración preceptiva, podría evitar el desequilibrio, dictando nuevas normas que tuvieran por finalidad poner al día las reglas caducas, para mantener siempre un derecho fresco y actualizado. Pero en realidad práctica no existe ese legislador atento y ágil». Eduardo Novoa M., *El Derecho Como Obstáculo al Cambio Social* (México D.F.: Siglo Veintiuno Editores, 1981), 37.

Esta diatriba ha originado que por justicia material se entienda la posibilidad de validar y legitimar determinadas actuaciones (ilegales), en las que en virtud de la ausencia de un procedimiento administrativo se haya dictado un acto pasible de generar violaciones al debido proceso y el derecho a la defensa. Para la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, órgano jurisdiccional que vehemente sostiene dicho criterio, en un singular caso se estableció lo siguiente: “difícilmente la sustanciación de un procedimiento administrativo permite la aportación de nuevos elementos de juicio que fundamenten las posturas de las partes en cuanto al tema de fondo que se debate. *En estos supuestos, el procedimiento administrativo carecería de objeto*”²⁴⁰. (Cursivas nuestras).

Añade la Corte que, no obstante haberse constatado la inexistencia de un procedimiento administrativo en el caso de marras, consideró, tal como se había establecido en la sentencia del 3 de julio de 2007, *caso: María Isidora Benítez Elizondo Vs. Instituto Nacional del Menor (INAM)*, que el derecho a obtener una sentencia de fondo cuando se encuadra dentro del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, impone además la existencia de garantías que van más allá de la necesidad de obtener una sentencia.

Ello así, en una cuestionable actividad de ponderación entre los derechos a la tutela judicial efectiva y el debido proceso, la Corte Segunda se inclinó por el primero y estableció que lo más importante, pese a no haberse sustanciado el procedimiento para “destituir” a un funcionario público, como correspondía, era resguardar de manera efectiva el derecho a obtener una decisión pronta y oportuna, la cual se sustente en un ajustado criterio de juzgamiento por parte del sentenciador.

A juicio de la Corte, si bien la Administración no sustanció un procedimiento con miras a destituir al recurrente, el hecho de haberse incoado la demanda (querrela funcional) en la que se fundó su pretensión, hizo desaparecer la situación de indefensión originaria.

El problema de esta decisión es la injustificada aceptación de la no realización de un procedimiento administrativo cuando su cauce formal era necesario, aduciendo que bastaría exclusivamente para legitimar el acto, que el interesado haya intentado los recursos en la vía

²⁴⁰ Sentencia N° 2012-1415, de fecha 16 de julio de 2012, caso: Denny Rafael Cazorla Rodríguez contra el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT).

jurisdiccional y expuestos los argumentos para procurar su revisión; adicionalmente, puso en contraposición dos derechos que no se enfrentaban, por cuanto, tutela judicial efectiva no significa, desconocer las formas procedimentales bajo el amparo de una decisión “rápida” pero injusta. Este es un claro ejemplo de cómo la fórmula de la justicia material inficionan aquellas formas procedimentales que tienen como finalidad resguardar el debido proceso.

m. FORMALISMO VS ANTIFORMALISMO

Francisco Delgado en su obra *Chavismo y Derecho*²⁴¹, realizó un prolijo análisis de los formalismos que el chavismo rechaza y en qué consiste el formalismo que aplica. En esta obra puso de manifiesto que la contraposición entre lo formal y lo material en la vida jurídica comienza, incluso, con los debates de la Asamblea Constituyente de Venezuela, en la que su propia existencia derivaba de haber puesto a un lado argumentos que negaban su convocatoria, minimizándose el peso de lo formal²⁴².

La Constitución, señala, dispuso dos (2) previsiones normativas que parecen desdecir a los formalismos, los cuales son: i) el artículo 26 que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, y en el que se establece que “el Estado garantizará una justicia «sin formalismos o reposiciones inútiles»; y ii) el artículo 257 el cual consagra que: «No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales».

Ahora bien, los principales elementos del antiformalismo que auspicia el chavismo, a consideración de Delgado, son:

En primer lugar, los contenidos de las normas tienen que ser elaborados y dados a conocer bajo determinadas estructuras lógico-lingüísticas, creando límites que van estructurando el derecho, por lo tanto, si de este modo de configuración del derecho es lo que el antiformalismo quiere abolir, se trata

²⁴¹ Francisco J. Delgado, *Chavismo y derecho* (Caracas: Editorial Galipán, 2017).

²⁴² Delgado, *Chavismo...*, 56.

de una aspiración vana e inútil, que se basa en el desconocimiento de la naturaleza de la vida jurídica”²⁴³.

En segundo lugar, señala que se le critica al formalismo el modo como funciona el orden jurídico-institucional, en el cual buena parte del mismo “tiene como finalidad establecer las condiciones para que un determinado acto sea tenido como válido”, pero deben calificarse de formalidades al conjunto de tales condiciones, “entendiendo que la esencia material del acto es el contenido de la voluntad expresa”. Para el filósofo, “es difícil que un ordenamiento haya logrado un grado tal de racionalidad que todas las condiciones, requisitos y procedimientos que en él se establecen tengan un sentido pertinente con respecto a la naturaleza del acto o con los objetivos relevantes del derecho”²⁴⁴.

En tercer lugar, el empleo de fórmulas tradicionales en los escritos, plazos innecesarios, lapsos muy largos o muy cortos, el uso de papeles con determinadas características, pueden ser verdaderos obstáculos para la justicia, más aún si lo que está en juego es la libertad, la propiedad o el trabajo de las personas; por lo tanto, señala el autor que si la crítica del formalismo conduce a una corrección del sistema legislativo a partir de la experiencia concreta de cómo específicas exigencias regulatorias obstruyen a la consecución del fin que perseguimos, no es nada reprochable²⁴⁵.

En cuarto lugar, a menudo se entiende por formalismo un término que se emplea como contra punto al “respeto estricto de la ley” y lo que refleja es una simple insatisfacción con la solución que la norma le da a un caso particular y que si la solución es sustituirlo por una máxima que elaboramos para el caso concreto que hay que decidir “entonces debemos considerarlo un método incompatible con el Estado de derecho y con el principio de legalidad”²⁴⁶.

En quinto lugar, en la actividad jurisdiccional, el antiformalismo significa una concepción definida por su oposición a los conceptos o instituciones que dan fundamento a los Estados de derecho desde una filosofía liberal. A su consideración, es una mera crítica marxista, en la que:

²⁴³ Delgado, *Chavismo...*, 57.

²⁴⁴ Delgado, *Chavismo...*, 58.

²⁴⁵ Delgado, *Chavismo...*, 59.

²⁴⁶ Delgado, *Chavismo...*, 60.

frente al concepto clásico de la neutralidad del juez, se postula la idea de un juez consciente e ideologizado; frente a la idea de la libertad del hombre como ausencia de coacción, se subraya la necesidad de que dicha libertad sea «social»; frente al principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, se define un Estado que se plantea la meta de la igualación material de todos; y frente a las Constituciones rígidas, se promueven textos susceptibles de la interpretación político-ideológica de los tribunales, «en aras de la justicia social»²⁴⁷

Concluye Delgado, que todo esto armoniza con la necesidad que el chavismo tiene de una normatividad lo suficientemente flexible como para no obstruir la realización de sus objetivos y coherente “con la tesis esencial de subordinar la actividad de los jueces a la voluntad política”²⁴⁸.

A propósito de la polémica entre formalismo y antiformalismo, Abache rescata la innegable importancia que tienen las *formalidades* –correctamente entendidas– en la concepción y validez del *fenómeno jurídico*, a propósito de su abierta desatención en el producto normativo que se concretó con la sentencia N° 301, dictada el 27 de febrero de 2007, sus respectivas aclaratorias y tantas otras²⁴⁹.

En la referida sentencia, aduce el autor que la ausencia de las facultades o poderes por parte de la Sala Constitucional para: *i) revisar* de oficio una norma *no* impugnada o recurrida; y *ii) modificar* el contenido normativo de un enunciado *legal*, pone en clara perspectiva la situación del Derecho venezolano, en lo general, y de nuestro Derecho tributario, en lo particular, en la que, según señala,

hemos pasado, sin más, *del gobierno de las leyes al gobierno de los hombres*; no es el Estado de Derecho el que nos gobierna, sino una «aristocracia judicial», «neolingüística», «activista» y «justiciera», que conforme a «su moral», ajusta el ordenamiento jurídico en apego a *sus intereses* y, con ello, peligrosamente delimita –por no decir que quebranta– nuestras vidas y libertad²⁵⁰.

²⁴⁷ Delgado, *Chavismo...*, 65.

²⁴⁸ Delgado, *Chavismo...*, 65.

²⁴⁹ Serviliano Abache C., «Las formas del Derecho como Límite al Poder» (Palabras de presentación de su obra: *Sobre falacias, justicia constitucional y Derecho tributario. Del gobierno de las leyes al gobierno de los hombres: más allá de «la pesadilla y el noble sueño»*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 18 de octubre de 2016).

²⁵⁰ Abache, «Las formas del Derecho».

Por último, Abache, asiéndose a las sabias palabras de Rudolph von Ihering, precisó que éste llegó a referirse a la *forma* –o al formalismo- del Derecho, como: *enemiga jurada de la arbitrariedad y hermana gemela de la libertad*²⁵¹.

En total consonancia con lo anterior, manifiesta Beladiez que el valor de las formas en el derecho administrativo «constituye una garantía de legalidad de la actuación administrativa. (...) resulta necesario arbitrar un sistema para evitar que una actuación ilegal de la administración pueda vulnerar derechos o intereses legítimos de los administrados». A renglón seguido, precisa que la forma resulta necesaria cuando la garantía que ella proporciona constituye «el único medio de asegurar que el fin que pretendía conseguir se ha cumplido»²⁵².

VII. LAS FORMAS CONSTITUYEN UN LÍMITE A LA ARBITRARIEDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

La garantía de la notificación como forma esencial, no es un valor *per se* que gobierne las reglas procedimentales y los criterios de justicia, tal y como lo indicó El Fallo, empero, si el objetivo principal de la misma era poner en conocimiento al Administrado de un acto de contenido tributario, fundado en un procedimiento administrativo previo como cause formal para proporcionar la legitimidad a la actuación administrativa, por qué entonces no señaló cuál era el Órgano Jurisdiccional ante el cual debía ejercerlo. La sola duda a tal interrogante debe favorecer al reo o al contribuyente.

La notificación es un acto de comunicación esencial en todo procedimiento administrativo y judicial. El resguardo al derecho a la defensa y al debido proceso depende en muchos casos que la información de determinadas actuaciones se haya realizado efectivamente. Por ende, que se garanticen las condiciones formales consagradas en el artículo 73 de la LOPA no es baladí, por cuanto, un error en su emisión puede llevar consigo interferencias en la comunicación perjudicando el libre desenvolvimiento del procedimiento.

²⁵¹ Abache, «Las formas del Derecho».

²⁵² Beladiez R., *Validez...*, 112 y ss.

Por mucho que se pretenda estirar la norma e intentar desdorar los requisitos de orden procesal que operan en materia de notificaciones, sus garantías colocan un coto a la Administración para evitar que a través de triquiñuelas y subterfugios se impida controlar sus actos y se procure lograr que todo acto del Estado esté revestido de ciertas condiciones que justifiquen su validez.

Toda forma es una entidad que representa una imagen de lo que se pretende proyectar. La ingeniería procesal ha diseñado un conjunto de patrones útiles para brindarle operatividad a la acción, y por ende, a la jurisdicción. El fallo examinado reinterpreto o de alguna forma desaplicó los artículos 73 y 74 de la LOPA, en función de la conjunción de criterios erigidos sobre una relación de hechos, que permitieron soslayar indebidamente las exigencias de las referidas previsiones legales.

Pero estos hechos a los que alude El fallo no son tales. Para que algo pueda catalogarse como hecho ha debido existir en el expediente, con vocación suficiente para evocar una situación específica. Los hechos en un proceso no son el producto de un imaginario, de una mera invención onírica de la persona a quien le corresponde aplicar o ejecutar el derecho; los hechos forman parte del *mundo circundante* al que se refería Heidegger²⁵³, de algo que ocurrió y puede ser atestiguado en el juicio. *Quo no es in actis no est in mundo* conjuga correctamente esta aserción.

Para Nieto, los hechos no son jurídicamente inertes sino que tienen una fuerza normativa como se sabe desde hace más de cien años tal como lo formuló Laband, primero y sobre todo Georg Jellinek²⁵⁴. Pero pese a la categoría de los hechos en toda clase de controversias, entender que los mismos pueden no solamente inferir una consecuencia jurídica de espalda a las condiciones de modo, tiempo y lugar que gobierna las formas procesales, suponen un resquebrajamiento del derecho de acción y por ende, la tutela judicial efectiva, y llevan esa volátil sustancia denominada justicia material a un lugar sinuoso capaz de extinguir su propia denominación: *la justicia*.

El perverso maniqueísmo que enfrenta forma contra materia, justicia formal contra justicia material, en nada ayuda cuando lo que está en juego es el derecho a la defensa de los ciudadanos. En sistemas democráticos la seguridad jurídica es fundamental, por lo que alterar las norma sin hacer uso

²⁵³ Martin Heidegger, *Ser y Tiempo*, Trad., Pról. y Notas Jorge Eduardo Rivera, <http://www.philosophia.cl>, 83.

²⁵⁴ Alejandro Nieto, «El Arte de Hacer Sentencias o Teoría de la Resolución Judicial», (Lecciones impartidas por el Dr. Alejandro Nieto García, curso de 1998) [disco compacto] /recopiladas y apostilladas por Sergio Valverde Alpizar. 1a ed. San José Costa Rica: S. Valverde A, 2003, 28.

de los mecanismos constitucionales que están establecidos es, cuando menos, una operación totalmente arbitraria.

Un claro ejemplo de cómo el poder judicial puede intervenir dejando de un lado criterios legales, es propuesto por Ávila Santamaría²⁵⁵ –con una cuota de analogía a propósito de la situación aquí descrita– haciendo referencia que la aplicación de un principio mediante la argumentación jurídica requiere normas de lógica, coherencia, consistencia y razonamiento, por lo que, es totalmente arbitrario aplicar un principio si no se construye una regla de forma adecuada.

Así las cosas, Ávila puso sobre el tapete un famoso caso en Argentina, al cual se le conoce como «Massera». Tal y como sugiera la explicación del autor el tema controvertido se patentiza producto de un problema entre una norma jurídica y las supuestas dificultades que su aplicación estricta pudiera tener en la sociedad. El enunciado de la regla establecía que: «toda persona que no haya sido juzgada por el lapso de diez años, no podrá ser perseguida penalmente en aplicación de la regla que establece la prescripción», a lo que a renglón seguido indicó,

Esta norma es una regla que efectivamente da seguridad jurídica y garantiza que una persona no sea perseguida por el estado eternamente. Pero ¿Qué pasó en Argentina, cuando sucedieron violaciones masivas a los derechos humanos y ningún juez se atrevió a dictar sentencia y declarar culpable a algún miembro de la dictadura? Pasa veinte años y hay una Corte que se atreve a decir lo siguiente: ‘esa regla de la prescripción le da seguridad jurídica al señor Massera, pero es una regla que da inseguridad a los argentinos, tengo veinte mil casos de desapariciones, treinta mil casos de tortura, treinta mil casos de niños que han sido secuestrados por los militares, y si se aplica la regla, se consagra la injusticia’ ¿qué es lo que hace el juzgador? Con argumentaciones persuasivas, recurriendo a múltiples fuentes del derecho y a instrumentos internacionales de derechos humanos, aplica el principio de la tutela judicial efectiva y de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad.

En el caso particular, haber aplicado una caducidad cuando la notificación era defectuosa, además de afectar la tutela judicial efectiva en su dimensión más genuina, es también una manera de dilatar los poderes de los jueces; quienes sobre la base de invocaciones genéricas de fórmulas como la de justicia material, podrían eliminar derechos y peor aún, suprimir las posibilidades para exigirlos.

²⁵⁵ Ramiro Ávila S., «En Defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos», acceso el 3 de abril de 2017, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2922/1/%C3%81vila,%20R-CON-004-En%20defensa.pdf>

JONÁS E. APONTE A.

La forma nunca deba sucumbir frente a la materia, ni siquiera por mor del enunciado constitucional establecido en el artículo 257 el cual dispone que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales, cuando en su calaña de garante del debido proceso procure establecer un orden en la tramitación del derecho de acción y garantice el derecho a la defensa del reo o del contribuyente. Significa esto que cuando la forma resulte ínsita al debido proceso, no podrá justificarse bajo ningún concepto su inobservancia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abache C. Serviliano, «Las formas del Derecho como Límite al Poder» (Palabras de presentación de su obra: *Sobre falacias, justicia constitucional y Derecho tributario. Del gobierno de las leyes al gobierno de los hombres: más allá de «la pesadilla y el noble sueño»*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 18 de octubre de 2016)

Araujo J. José, *Tratado de Derecho Administrativo Formal* (Caracas: Vadell Hermanos Editores, 2007)

Ávila S. Ramiro, «En Defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos», acceso el 3 de abril de 2017, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2922/1/%C3%81vila,%20R-CON-004-En%20defensa.pdf>

Beladiez R. Margarita, *Validez y Eficacia de los Actos Administrativos* (Madrid: Editorial Marcial Pons, 1994)

Brewer-Carías, Allan *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del Procedimiento Administrativo* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2002)

Brewer-Carías. Allan R, *Principios del Procedimiento Administrativo* (Madrid: Editorial Civitas, 1990)

Delgado. Francisco J., *Chavismo y derecho* (Caracas: Editorial Galipán, 2017)

Escarra M. Carlos, «La Justicia y los poderes del Juez en la nueva Constitución», *Anuario de Derecho*, SABER-ULA, n° 23 (2001)

- Ferrater M. José, *Diccionario de Filosofía de Bolsillo* (Madrid: Alianza Editorial, 2006)
- González P. Jesús, *Manual de Procedimiento*, 2ª edición (Madrid: Civitas, 2002)
- Gordillo, Agustín *Tratado de Derecho Administrativo* y obras selectas (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017) http://www.gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo5.pdf.
- Grau, María Amparo «Eficacia de los Actos administrativos: Obligación de la Administración de Comunicarlos. Publicación y Notificación», *III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Funeda (1997)
- Heidegger, Martin, *Ser y Tiempo*, Trad., Pról. y Notas Jorge Eduardo Rivera, <http://www.philosophia.cl>
- Husserl. Edmund, *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica*, Trad. José Gaos (México: Fondo de Cultura Económica, 1962)
- Latorre. Ángel, *Introducción al Derecho* (Barcelona: Editorial Ariel, 2000)
- Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos
- Linares B. Gustavo, «Notas sobre los Actos Administrativos», *El derecho público a los 100 números de la Revista de Derecho Público* (2006)
- Nieto, Alejandro *El Arbitrio Judicial* (Barcelona: Editorial Ariel, 2000)
- Nieto, Alejandro, «El Arte de Hacer Sentencias o Teoría de la Resolución Judicial», (Lecciones impartidas por el Dr. Alejandro Nieto García, curso de 1998) [disco compacto] /recopiladas y apostilladas por Sergio Valverde Alpízar. 1a ed. San José Costa Rica: S. Valverde A, 2003
- Novoa M. Eduardo, *El Derecho Como Obstáculo al Cambio Social* (México D.F.: Siglo Veintiuno Editores, 1981)
- Parada, Ramón *Derecho Administrativo Parte general*, Tomo I, (Madrid: Editorial Marcial Pons, 2004)
- Rodríguez, Nelson «La Eficacia de los Actos Administrativos», *Revista de Derecho Público*, n° 38 (1989)
- Sentencia N° 2012-1415, de fecha 16 de julio de 2012, caso: Denny Rafael Cazorla Rodríguez contra el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT)
- Valmy Díaz I., «Apostillas sobre el mito de la caducidad en el lapso (oportunidad) para descargar y probar contra las actas fiscales», *Revista de Derecho Tributario*, n° 108 (2005)

VALIDEZ Y EXCEPCIONES DE LA CLÁUSULA ARBITRAL EN CONTRATOS CON EMPRESAS PÚBLICAS EN EL DERECHO VENEZOLANO Y COMPARADO

Urimare Ascanio

Abogada egresada de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Urbanista egresada de la Universidad Simón Bolívar. Cursante de la Especialización en Derecho Procesal Civil del Centro de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA).

Resumen

La validez de la cláusula arbitral es un tema angular para someter una controversia al conocimiento de un tercero árbitro, y excluir a la jurisdicción ordinaria del conocimiento de ese conflicto. Entendiendo la cláusula arbitral como la manifestación de voluntades de las partes a someterse a esta jurisdicción, podemos afirmar que tiene naturaleza contractual, por lo cual el examen de su validez correrá el mismo curso que un contrato. Sin embargo, esos requisitos de validez se complejizan cuando estamos contratando con el Estado, entrando a evaluar incluso conceptos como el orden público, que permiten una amplia interpretación, así como las materias arbitrables, la inmunidad de jurisdicción y los convenios internacionales suscritos, tanto en Venezuela como en otras jurisdicciones, siendo la tendencia internacional hacia la apertura del arbitraje.

Palabras clave: Cláusula arbitral, validez.

Abstract

The validity of the arbitration clause is an angular issue to submit a dispute to the knowledge of a third arbitrator and exclude the ordinary jurisdiction from knowledge of that conflict. Understanding the arbitration clause as the manifestation of wills of the parties to submit to this jurisdiction, we can affirm that it has contractual nature, therefore the examination of its validity will run the same course as a contract. However, these validity requirements become more complex when we are contracting with the State, entering to even evaluate concepts such as public order, that allows a broad interpretation, as well as the arbitrable matters, the immunity of jurisdiction and the international subscribed agreements, as well as in Venezuela and in other jurisdictions, being the international trend towards the opening of arbitration.

Keywords: Arbitration clause, validity.

I. INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE ARBITRAJE.

La “jurisdicción” (hablando en su sentido etimológico) que proviene del latín *iuris dictio*, “decir o declarar el derecho a su propio gobierno”, teniendo la misma noción el concepto clásico, al entender como principal función de la jurisdicción la solución jurídica a un conflicto, ello aplicando el derecho.

Ahora bien, mucho se ha discutido sobre si el arbitraje constituye o no jurisdicción, si revisamos la doctrina, encontraremos que buena parte entiende la jurisdicción como la potestad que tiene el Estado de administrar justicia. Si nos apegamos a este concepto, tenemos que esta potestad es exclusiva y excluyente del Estado, por lo cual no podríamos afirmar que el arbitraje es una jurisdicción, o que efectivamente los árbitros ejercen jurisdicción al conocer una controversia y decidir sobre ella mediante un laudo arbitral.

Pero retomando nuestro concepto inicial, y siguiendo la posición del autor Hernán Casco Pagano citado por Alberto Ayala, la jurisdicción es la “*función de dirimir conflictos de intereses*”²⁵⁶. Esta misma definición cabe en el concepto de arbitraje, siendo para el autor José Bonnemaïson :

“Un medio alternativo de solución de conflictos convenido por las partes, que les permite dirimir sus diferencias o disputas sin acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado”²⁵⁷

Así también Navarrine y Asorey citados por Ayala:

“una función de tipo jurisdiccional, a cargo de jueces, que las partes eligen en forma privada y a cuya decisión se someten y aceptan como obligatoria y la ley le confiere la autoridad de cosa juzgada y ejecutoriedad propia de las decisiones de los órganos jurisdiccionales”²⁵⁸

A pesar de estas definiciones técnicas del concepto de arbitraje, la doctrina más autorizada en el tema ha abordado la problemática de la naturaleza jurídica del arbitraje, dividiéndose en dos principales tesis a saber, la tesis contractualista y la tesis jurisdiccional. Por una parte, la tesis

²⁵⁶ AYALA, Alberto F. *El arbitraje, ¿Es realmente una jurisdicción?*. En Sitio web de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay disponible en: <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/arbitraje/Fabian-Ayala-El-Arbitraje.pdf>, 29 de agosto de 2017

²⁵⁷ BONNEMAISON, José L. *Aspectos fundamentales del arbitraje comercial*. Caracas: Colección Estudios Jurídicos, N. 16 TSJ, 2006, págs. 13 y ss.

²⁵⁸ NAVARRINE, Susana Camila y ASOREY, Rubén. *Arbitraje*. Buenos Aires: La Ley, 1992. p.4.

contractualista justifica la existencia del proceso arbitral en la obligación contractual que las partes asumen al suscribir un acuerdo arbitral. En cuanto a la tesis jurisdiccional, Caivano expresa:

“el acuerdo arbitral opera así, como el elemento a través del cual se actúa la disposición legal que permite en forma general desplazar esa potestad –la jurisdicción–, asignándola en forma específica a determinadas personas”²⁵⁹

Esa delegación de la potestad jurisdiccional, consiste en otorgar a los jueces privados la jurisdicción para conocer una controversia en la fase cognoscitiva y luego en conferir fuerza de cosa juzgada al laudo arbitral, contando eventualmente con el auxilio de la jurisdicción del Estado donde se deba ejecutar en caso de que esta ejecución deba ser forzosa, teniendo el Estado la jurisdicción en fase ejecutoria, no requiriendo de exequátur a pesar de que no haya sido dictado en el mismo país, esto en las legislaciones avanzadas como la nuestra (al menos en ese punto), donde la norma especial establece el reconocimiento inmediato del laudo arbitral.

El manejo de ambas tesis sobre la naturaleza del arbitraje, lo resume Ayala de la siguiente manera: “*Tiene así una raíz contractual y una finalidad jurisdiccional.*” Esto porque:

El arbitraje es en su génesis contractual, nace de una cláusula arbitral por medio del cual las partes se obligan a resolver ciertas controversias a través de un procedimiento arbitral. En su desarrollo es jurisdiccional, una vez surgida la controversia se constituye el tribunal arbitral que dictará lo que corresponda en equidad o en derecho.²⁶⁰

1.1 ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL Y ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Brevemente pasaremos por las nociones básicas del arbitraje comercial internacional y el arbitraje de inversión, sin intención de generar un concepto técnico-legal, sólo revisando brevemente sus diferencias y su marco legal en Venezuela.

²⁵⁹ CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. 2da Edición, Buenos Aires: AD HOC, 2000.

²⁶⁰ AYALA, Alberto F., *Op. Cit.* p. 7.

En el caso del arbitraje comercial internacional la CCI expone que el arbitraje es: “procedimiento formal en el que un árbitro independiente o un panel de árbitros resuelven una controversia a través de un laudo vinculante y legalmente exigible”²⁶¹

En Venezuela tiene su marco legal en la Ley de Arbitraje Comercial publicada en Gaceta Oficial N° 36.430 de fecha 7 de abril de 1998.

Por otra parte tenemos el arbitraje de inversión, que a diferencia del arbitraje comercial es, en palabras de Omar E. García-Bolívar:

“un mecanismo para solucionar disputas entre un Estado contratante a una Convención y un inversionista de otro Estado contratante, mediante conciliación o arbitraje”.²⁶²

Es decir que el arbitraje de inversión, busca proteger las inversiones extranjeras, a través del sometimiento de un Estado y un inversor extranjero a una jurisdicción arbitral, todo en el marco de un Tratado Bilateral de Protección de Inversiones TBIs por sus siglas, donde los Estados, tanto del inversionista extranjero como el Estado receptor de la inversión son parte de ese tratado, tal es el caso de la Convención de Washington que dio origen al Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversiones (CIADI), auspiciado por el Banco Mundial, donde todas las controversias que surgen entre inversionistas extranjeros y Estados patrocinantes firmantes de la convención o de un TBI, deben ventilar el conflicto ante el CIADI.

Así también el marco legal es otro, se encuentra establecido el arbitraje de inversión en la Ley de Promoción y Protección de Inversiones publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5390 Extraordinario de fecha 22 de Octubre de 1999, donde se establece que las controversias que surjan entre un inversionista internacional cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI - MIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

²⁶¹ CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (CCI). *La CCI y la solución de controversias. Una amplia experiencia, un acervo de conocimientos*. Port Royal, 2012.

²⁶² GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E. *Nociones básicas del arbitraje internacional de inversiones*. Disponible en sitio web: <http://www.bg-consulting.com/basic.pdf> , 27 de agosto de 2017

entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI) serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente. El arbitraje de inversión tiene un límite, y es que para que sea procedente, la controversia debe versar sobre inversión y no sobre comercio, cuestión que no ocurre en el caso contrario, ya que esto no limita el hecho de que pueda someterse a arbitraje ante la CCI o cualquier otro centro de arbitraje un conflicto surgido entre un Estado y un inversionista extranjero.

II. VALIDEZ DE LA CLÁUSULA ARBITRAL²⁶³

2.1. VALIDEZ FORMAL

Las formas del acuerdo arbitral están reguladas por distintas normas que rigen la materia, no habiendo una serie de requisitos absolutos, sino que dependen de la ley aplicable elegida por las partes, la jurisdicción o si es institucional a las reglas de esa institución. Así por ejemplo la ley Modelo en su artículo 7.2 expone que el acuerdo arbitral deberá constar por escrito; que se entenderá que el acuerdo es escrito siempre que esté consignado en un documento firmado por las partes, o exista un intercambio de cartas telex, telegramas u otro medio de comunicación que deje constancia del acuerdo; también se tendrá por escrito cuando resulte de un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que su existencia sea afirmada por una de las partes sin ser negada por la otra.

Así también la Ley de Arbitraje Comercial de nuestro país, establece en su artículo 6:

El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula arbitral, constituirá un acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

²⁶³A mayor abundamiento en el tema de la validez de la cláusula arbitral ver doctrina nacional representada por: HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio; BONNEMAISON, José L.; SANQUIZ PALENCIA, Shirley; ESCOVAR ALVARADO, Ramón; GUERRA HERNÁNDEZ, Victor H.; BAUMEISTER TOLEDO, Alberto; DUQUE CORREDOR, Román, entre otros.

En la misma línea de ideas, Alfredo De Jesús O., al respecto del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial comenta:

Consideramos que carece de importancia si en dicho documento o conjunto de documentos, aparece estampada o no la firma de las partes, con tal de que se demuestre que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje puede establecerse del escrito, a través de los medios de prueba que permite el ordenamiento jurídico venezolano.²⁶⁴

Continúa Alfredo De Jesús O., sobre el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial afirmando que, el hecho de que la cláusula arbitral debe constar por escrito, más allá de un tema formal es un tema probatorio, por lo tanto se trata de una formalidad *ad probationem* y no *ad substantiam* o *ad solemnitatem*:

“En vista de los términos de esta disposición nos atrevemos a decir que la LAC no requiere la formalidad del escrito como una condición de validez del acuerdo de arbitraje, sino como un requisito de prueba del mismo.”²⁶⁵

Puede concluirse que la validez formal del acuerdo arbitral está sujeta a la constatación de la manifestación de voluntad de las partes. En cuanto a la interpretación de esa manifestación de voluntad, la analizaremos de seguidas.

Adicionalmente, esta validez la decidirá el propio tribunal arbitral, tal como expresa Caivano:

de conformidad con el principio de la «competencia de la competencia» —conocido en el derecho comparado como *kompetenz-kompetenz* o *compétence-compétence*— el tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia, la validez o el alcance (objetivo o subjetivo) del acuerdo arbitral.²⁶⁶

2.2. VALIDEZ MATERIAL O DE FONDO

²⁶⁴ DE JESÚS O., Alfredo. *Validez y Eficacia del Acuerdo de Arbitraje en el Derecho Venezolano*. En: Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas. Serie Evento 18. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 55-131.

²⁶⁵ DE JESÚS O., Alfredo. *Validez y Eficacia del Acuerdo de Arbitraje en el Derecho Venezolano*. En: Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas. Serie Evento 18. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 55-131.

²⁶⁶ CAIVANO, Roque. *Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario*. Lima: Lima Arbitration No. 1, 2009, pp. 121-162.

Siendo que el compromiso arbitral nace de un contrato, de la manifestación de voluntad de las partes, debe exigirse para su validez los mismos presupuestos que un contrato, a saber, la manifestación del consentimiento de las partes, que dichas partes tengan capacidad para contratar, que el objeto pueda ser materia del contrato y que la causa sea lícita.

En lo que respecta al consentimiento, Alfredo De Jesús O. citando a los profesores Fouchard, Gaillard y Goldman proponen la adopción de tres principios de interpretación y el rechazo de otros dos, a saber:

El principio de interpretación de buena fe, el principio del efecto útil y el principio de interpretación contra proferentem. El principio de interpretación de buena fe permitiría buscar la verdadera intención de las partes por encima de la intención declarada en el caso de una redacción poco clara del acuerdo de arbitraje. (...omissis) Este principio se complementa con el principio del efecto útil, según el cual sin una cláusula puede ser objeto de dos o más sentidos, debe ser tomada en cuenta en el sentido que permita surtir sus efectos, por encima de aquel que no lo permita. El principio de interpretación contra proferentem se refiere al caso en que el acuerdo de arbitraje es redactado por una sola de las partes. Si bien, señalan que este principio es pocas veces invocado, le prohibiría a la persona que ha redactado el acuerdo, prevalerse de alguna ambigüedad o imprecisión para escaparse del arbitraje.²⁶⁷

Contrario a esto, expone el autor que en diversas sentencias de la Sala Político Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia ha establecido una interpretación estricta del acuerdo de arbitraje, esto contrario al principio pro arbitraje establecido en nuestra Constitución. Esta interpretación restrictiva está basada en la idea obsoleta de que el arbitraje es un régimen de excepción, cuando la realidad es que el arbitraje es parte del sistema de justicia. Citando la sentencia del Caso Hoteles Doral, C.A. contra Corporación L'Hoteles, C.A., el autor expone:

La referida Sala establece que 'el arbitraje constituye una excepción y eclipse a la competencia constitucional que tienen los tribunales ordinarios del país de resolver por imperio de la ley, todas las querellas que les sean sometidas por los ciudadanos a su conocimiento, en uso del derecho constitucional de la tutela judicial efectiva de los

²⁶⁷ DE JESÚS O., Alfredo. *Validez y Eficacia del Acuerdo de Arbitraje en el Derecho Venezolano*. En: Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas. Serie Evento 18. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 55-131.

derechos e intereses previstos en los artículos 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. De allí que, tal régimen de excepción, exige el cumplimiento y la verificación de una voluntad inequívoca y expresa de las partes involucradas, pues de lo contrario, el relajamiento de tales extremos comportaría de manera inexorable, la propugnación de un estado de inseguridad jurídica perenne, en donde de acuerdo a las circunstancias, cada parte opondría según su conveniencia, la sustracción o no de sus causas del conocimiento del poder judicial.²⁶⁸

En cuanto a la capacidad, aunque la Ley de Arbitraje comercial no exige requisito particular sobre la capacidad de las partes, si pena con anulabilidad del laudo. En nuestro derecho civil, la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción, encontrándose enunciado en el artículo 1.143 del Código Civil, el cual es aplicable para el caso del arbitraje.

Sin embargo, el tema de la capacidad de las personas de derecho público es más delicado por disposición del artículo 4 de la Ley de Arbitraje Comercial, cuestión que desarrollaremos más adelante en un título dedicado a ello.

En lo que respecta a la arbitrabilidad del litigio, tenemos que nuestra Ley de Arbitraje comercial establece que son arbitrables todas las controversias que versen sobre derechos disponibles para las partes, salvo las excepciones enumeradas en la Ley. También pudiera interpretarse como todas aquellas de contenido patrimonial, limitadas por el artículo 53 de la Ley de Derecho Internacional Privado y el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial, donde se exceptúan aquellas materias de orden público o que versen sobre delitos o faltas, aquellas relacionadas con las funciones de imperio del Estado o de personas de derecho público, aquellas que versan sobre el estado y capacidad de las personas, bienes o derechos de incapaces y sentencias definitivamente firmes. Sin embargo, nos encontramos ante la dificultad del concepto de orden público que en nuestro derecho parece ganar terreno. Este concepto lo define Alfredo De Jesús O. como:

Debemos recordar que las normas de orden público buscan la protección del orden social, lo que hace necesario preguntarse por qué una determinada norma es de orden

²⁶⁸ DE JESÚS O., Alfredo. *Validez y Eficacia del Acuerdo de Arbitraje en el Derecho Venezolano*. En: Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas. Serie Evento 18. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 55-131.

público y una vez resuelta esa inquietud, preguntarse si la protección que busca la norma la hace incompatible con el arbitraje.²⁶⁹

Retomaremos el tema con mayor profundidad más adelante, haciendo especial referencia al artículo 151 de la Constitución.

2.3. SEPARABILIDAD DE LA CLÁUSULA ARBITRAL.

La autonomía de la cláusula arbitral con respecto al contrato, es indiscutible por el principio de separabilidad de la cláusula arbitral, la cual es independiente del contrato en sí mismo y puede o no estar en el acto que contenga el contrato, esto a los fines de salvaguardar su validez. Este principio está recogido en el famoso laudo arbitral en el asunto N° 1.526 de 1968 de la CCI, donde se afirmó lo siguiente:

También es una regla admitida actualmente en materia de arbitraje internacional, o en vis de serlo de un modo uniforme, que, según la fórmula del Tribunal Supremo de Francia, el acuerdo compromisorio ya se haya concluido por separado de este o esté incluido en el acto jurídico al que se refiere, tiene siempre, salvo circunstancias excepcionales una completa autonomía jurídica, excluyéndose que pueda verse afectado por una posible validez de este acto.

Esto permite generar una mayor seguridad jurídica y confianza en el arbitraje, y en caso de que una de las partes desconozca o denuncie el contrato, la cláusula arbitral se encuentra asegurada.

2.4. EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DE UN ACUERDO ARBITRAL A QUIEN NO HA SIDO SIGNATARIO

Anteriormente desarrollamos brevemente los requisitos de validez de la cláusula arbitral, pudiendo concluir como más relevante el hecho de que la renuncia a la jurisdicción del Estado debe ser expresa por parte de quien desea someterse a la jurisdicción arbitral, suscribiendo un acuerdo arbitral. Sin embargo, encontramos en la doctrina y en la jurisprudencia casos en los cuales se ha extendido la validez de la cláusula arbitral a quienes no han sido signatarios del acuerdo. Suena contradictorio

²⁶⁹ DE JESÚS O., Alfredo. *Validez y Eficacia del Acuerdo de Arbitraje en el Derecho Venezolano*. En: Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas. Serie Evento 18. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 55-131.

realizar ambas reflexiones, sin embargo no lo es, y es que la jurisdicción arbitral es voluntaria, y la voluntad de la partes tiene distintas maneras de manifestarse, tal como ocurre en el derecho contractual general. La jurisprudencia ha flexibilizado de manera excepcional la “forma” en que se manifiesta esa voluntad, privilegiando el fondo, la realidad sobre la formas, al concluir que la firma en un instrumento no es la única forma de mostrar el consentimiento para someterse a un acuerdo arbitral.

El Dr. Caivano precisa:

“Estas doctrinas, en definitiva, permiten concluir que ha existido conformidad respecto del arbitraje, que se ha consentido en él, dadas ciertas conductas o situaciones de hecho, aun en ausencia de una expresa y formal aceptación”²⁷⁰

Caivano llega a esta conclusión luego de haber analizado la jurisprudencia norteamericana, francesa, argentina y por su puesto jurisprudencia arbitral, donde se desarrollan los supuestos en los cuales es posible extender el acuerdo arbitral. Cita Caivano:

en los laudos dictado en los casos CCI No 7604 y 7610,¹³ se resolvió que corresponde la extensión de los efectos jurídicos de un acuerdo arbitral a un tercero no-signatario, cuando las circunstancias del negocio en cuestión demuestren la existencia de una voluntad común de las partes en el proceso, de considerar a ese tercero como involucrado en forma considerable o como una verdadera parte en el contrato que contiene la cláusula arbitral, o cuando las circunstancias permiten presumir que ese tercero aceptó el sometimiento a ese contrato, especialmente si lo reconoció expresamente.²⁷¹

Para sistematizar la anterior referencia, Caivano cita el famoso caso Thomson, fallado por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, estableciendo:

Los efectos de un acuerdo arbitral pueden alcanzar a un no-firmante: (a) Si esa parte es firmante de un contrato que hace referencia expresa y directa a la cláusula arbitral contenida en el otro contrato. (b) Si su conducta indica que está aceptando someterse a arbitraje, por ejemplo, si participa en el proceso arbitral sin plantear objeciones a la jurisdicción de los árbitros (Asentimiento tácito); (c) Si existe, entre el firmante y el no-firmante, una relación de representación o agencia (Agencia); (d) Si la relación entre la matriz y su subsidiaria es suficientemente cercana como para justificar

²⁷⁰ CAIVANO, Roque. *Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario*. Lima: Lima Arbitration No. 1, 2009, pp. 121-162.

²⁷¹ CAIVANO, ROQUE. Op Cit.

que se corra el velo societario (Penetración del velo societario); y (e) Si puede quien alega no estar alcanzado por la cláusula arbitral tuvo previamente una conducta contradictoria con esa alegación (Estoppel).²⁷²

En síntesis, la doctrina y la jurisprudencia, han ampliado la forma en que se manifiesta la voluntad de las partes no-firmantes del acuerdo arbitral, pero que con su conducta han demostrado su consentimiento, extendido así los efectos del acuerdo arbitral.

2.5. CONVENCIÓN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS (NUEVA YORK, 1958) ("CONVENCIÓN DE NUEVA YORK")

La convención de New York es un tratado internacional en la que los juzgados y tribunales de los Estados que lo hubiesen ratificado han de hacer cumplir los laudos arbitrales extranjeros atendiendo a lo preceptuado en su articulado. Para el profesor Jorge Isaac González:

“Existe un deber de cada Estado parte de dar cabida a una excepción procesal excluyente de la jurisdicción oficial del Estado en caso de arbitraje internacional.”²⁷³

Este deber, en el marco de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, continuando González al respecto de la convención:

1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

I. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

²⁷² CAIVANO, ROQUE. Op Cit.

²⁷³ GONZÁLEZ, Jorge I. *Reflexiones sobre las tendencias jurisprudenciales sobre conflicto de “jurisdicción” cuando existe acuerdo de sometimiento arbitral*. Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. p. 5

II. El tribunal de todo Estado Contratante, al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, deberá, a instancia de una de ellas, remitirlas a arbitraje, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.²⁷⁴

De lo anterior, debemos denotar dos aspectos esenciales, el primero es que la convención de New York fijó un hito en el tema de reconocimiento no sólo de sentencias arbitrales extranjeras, sino también del sometimiento a la jurisdicción arbitral en general; lo segundo, es que tanto la Convención de New York como la mayoría de las leyes modelos como la ley modelo CNUDMI dejan ver como requisito de validez del acuerdo arbitral, su suscripción por escrito mediante una cláusula donde expresamente se renuncia a la jurisdicción de un país y voluntariamente se someten a la jurisdicción arbitral. Allí radica la importancia de la convención, ya que además es parte del marco legal internacional del arbitraje al ser un acuerdo internacional, así también sirviendo de base para analizar los temas que desarrollaremos de seguidas.

III. PARTICIPACIÓN DE EMPRESAS DEL ESTADO COMO PARTE EN ARBITRAJE

La creciente globalización, el rápido aumento de las transacciones comerciales entre países y en general el intercambio comercial mundial han incorporado como necesidad que el Estado se incluya en esa dinámica, demandando nuevas formas legales que regulen esas relaciones internacionales, como es el caso del arbitraje, por lo que revisaremos las regulaciones especiales que en la materia tienen las empresas del Estado o el mismo Estado como contratante y eventual parte de un conflicto sometido a jurisdicción arbitral.

3.1 INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 151 DE LA CONSTITUCIÓN Y PROCEDENCIA DE LAS CLÁUSULAS ARBITRALES EN LOS CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO NACIONAL.

²⁷⁴ GONZÁLEZ, Jorge I. Op. Cit. p. 6

Antes de entrar a evaluar e interpretar el artículo 151 de la Constitución, se hace esencial definir, o al menos esbozar algún concepto sobre los Contratos de Interés Público Nacional, valiéndonos de la jurisprudencia para precisar ello, tanto en sentencia N° 2.241 del 24 de septiembre de 2002, criterio reiterado en reciente sentencia N°618 de la Sala Constitucional de fecha 20 de Julio de 2016, que señala las características definitorias de los contratos de interés público nacional, a saber:

1.- Que sean celebrados por la República, a través de los órganos que componen al Ejecutivo Nacional competentes en esta materia.

2.- Que su objeto sea determinante o esencial para la realización de los fines y cometidos del Estado Venezolano.

3.- Que satisfagan los intereses individuales y coincidentes de la comunidad nacional y no tan sólo de un sector particular de la misma, como ocurre en los casos de contratos de interés público estatal o municipal, en donde el objeto de tales actos jurídicos sería determinante o esencial para los habitantes de la entidad estatal o municipal contratante.

4.- Que impliquen la asunción de obligaciones cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de varios ejercicios fiscales posteriores a aquel en que se haya causado el objeto del contrato, en vista de las implicaciones que la adopción de tales compromisos puede generar en la vida económica y social de la Nación.

El artículo 151 de la Constitución es capital para analizar el arbitraje donde una de las partes pueda ser el Estado o una empresa del Estado. Para ello es esencial analizar la inmunidad de jurisdicción. Ésta encuentra su fuente en el principio “*par in parem non habet jurisdictionem*”, y en palabras de Claudia Madrid:

“Ha sido entendida como una imposibilidad de juzgar controversias en las cuales sean parte ciertos y determinados sujetos de Derecho internacional público, a los cuales se les confiere el privilegio de no ser sometidos, sin su consentimiento, a la jurisdicción de un Estado”²⁷⁵

De la redacción del artículo 151 de la Constitución, se desprende la tesis predominante de la inmunidad relativa, que Claudia Madrid explica al respecto a la teoría de la inmunidad relativa:

²⁷⁵MADRID, Claudia. *El artículo 151 de la Constitución de la República ¿Inmunidad? ¿Exclusividad? O ¿Las dos cosas?* Disponible en la página de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales: http://aciropol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/2005/BolACPS_2005_143_423-422.pdf, 29 de agosto 2017. p. 1 y ss.

Sostiene que el Estado extranjero puede aducir su inmunidad como excepción, cuando haya actuado como soberano (acta iure imperii). Mientras que la inmunidad no podrá ser invocada cuando el Estado extranjero actúe dentro de la esfera del Derecho privado, cuando se trate de actos mercantiles o empresariales (acta iure gestionis), en cuyo caso se verían sujetos a la jurisdicción correspondiente.²⁷⁶

Ahora bien, de la reflexión anterior surge una nueva duda y es determinar cuáles son los actos que realiza el Estado con imperio y cuáles se entienden como de gestión.

Para dar respuesta a esta interrogante se han planteado dos tesis para resolver el asunto, el criterio de la naturaleza del acto y el de la finalidad del mismo. Esta última no muy acogida por la jurisprudencia de varios Estados, la segunda en cambio más aceptada, aunque considera Madrid que aún no resuelve el asunto:

“un acto tendrá naturaleza pública cuando el Estado actúa en la esfera del Derecho público, ejerciendo, o pudiendo ejercer, prerrogativas de poder público; por el contrario, será privado, cuando el Estado actúa en el marco de una relación privada”²⁷⁷

Pero aun, hila mucho más fino la Prof. Madrid al tratar de dilucidar si el artículo 151 se refiere a un tema de exclusividad o inderogabilidad de la jurisdicción venezolana, diferenciándola inequívocamente:

Inderogabilidad busca proteger el ejercicio de la jurisdicción venezolana sin excluir la posibilidad de activar una jurisdicción extranjera; mientras que la exclusividad no tolera el ejercicio de una jurisdicción extranjera cuando se atribuya jurisdicción a los tribunales nacionales. (Omissis...)... inderogabilidad, como su nombre lo indica, sólo prohíbe que las partes, por su propia voluntad, eliminen la oportunidad de acudir a la jurisdicción de los tribunales venezolanos, la exclusividad anula toda posibilidad de reconocimiento de una sentencia dictada en el extranjero.²⁷⁸

Ahora bien, continuando con la interpretación de la norma, surge otra problemática que indiscutiblemente podría atentar contra la inseguridad jurídica por su amplia discrecionalidad, que es determinar qué es un contrato de interés público. La doctrina y la jurisprudencia se han paseado por

²⁷⁶ MADRID, Claudia. Op. Cit. p. 5.

²⁷⁷ MADRID, Claudia. Op. Cit. p. 6 y ss.

²⁷⁸ Ídem. p. 11.

varias ideas cambiando su mismo criterio, tal como reseña la Profesora Madrid en su revisión jurisprudencial, donde se evidencia un claro cambio de criterio al considerar el caso de los empréstitos y en materia de apertura petrolera, donde en ocasiones se consideró que podían haber aspectos mercantiles mientras que en otros no, convirtiendo los contratos en contratos de interés público.

Considerando nuevamente la tesis de la Prof. Madrid, lo importante es determinar si nos encontramos ante un supuesto de inderogabilidad de la jurisdicción o exclusividad de la jurisdicción, para lo cual hace una interpretación integrada del artículo 1 y el artículo 151 de la Constitución, concluyendo:

Debemos considerar, al respecto el contenido del aparte único del artículo 1 del texto constitucional, según el cual “Son derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía, **la inmunidad**, la integridad territorial y la autodeterminación nacional”. Así, en los casos en que se determine que el Estado venezolano goza de inmunidad de jurisdicción, por imperativo constitucional, no podrá renunciarla.

Así las cosas, podemos afirmar que, de conformidad con esta norma, en concordancia con el artículo 151 de la Constitución, cuando estemos frente a un contrato de interés público cuya naturaleza así lo exija, el Estado venezolano gozará, de manera irrenunciable, de inmunidad de jurisdicción, lo cual traerá como consecuencia que sólo los tribunales venezolanos puedan conocer de los litigios generados por este tipo de contratos y tal jurisdicción será exclusiva, por lo que, en virtud del artículo 53(3) de la Ley de Derecho Internacional Privado, toda sentencia que sobre la materia fuere dictada en el extranjero, no podrá ser reconocida en Venezuela.²⁷⁹

Podemos concluir que el artículo 151 de la Constitución permite la posibilidad de una empresa del Estado se someta a jurisdicción arbitral con las excepciones establecidas en el mismo artículo y con las consideraciones que ya desarrollamos, adicionalmente tenemos que en la Ley de Arbitraje comercial, en su artículo 4 se abre la posibilidad de que una empresa pública suscriba un acuerdo arbitral, poniendo como requisito para su validez a aprobación del órgano estatutario competente y la autorización por escrito del Ministro de tutela, esto si la empresa tiene en un 50% o más de su capital como propietario al Estado.

²⁷⁹ Ídem. p. 25 y ss.

La Ley de concesiones también abre la posibilidad de someter a arbitraje cualquier controversia que se pueda suscitar en los contratos de servicios públicos u obras públicas.

3.2 UNA BREVE REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE.

La jurisprudencia venezolana, se ha reservado la jurisdicción en los casos que ha considerado de interés público, tal como es el caso de PDVSA, donde la Sala Política Administrativa se ha acogido al criterio de que por su naturaleza jurídica y por la actividad que realiza, se considera una empresa que presta un servicio de interés público y no comercial, por lo tanto no es objeto de la excepción del artículo 151.

Otro emblemático caso es Venezolana de Televisión (VTV) sentencia N° 00855 de la sala Político Administrativa del Tribunal supremo de Justicia, del 5 de abril del 2006. *Caso Elettronica Industriale vs VTV.*, en el cual se afirmó que es una empresa que realiza ciertas actividades regidas por el Derecho Privado, pero por su naturaleza es una empresa que presta un servicio de interés público y por tanto toda controversia que incluya a VTV debe ser resuelta por los tribunales venezolanos.

Sin embargo, una ampliación de ese criterio se dio con la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 17 de octubre de 2008. Expediente No. 08-0763, en la cual se estableció:

No es posible desconocer que los Estados que pretenden atraer inversiones deben soberanamente decidir otorgarles ciertas garantías a los inversionistas, para que pueda materializarse tal relación y, dentro de las variables que se manejan para lograr estas inversiones, es común la inclusión de un pacto arbitral, que a juicio de los inversionistas les brinda seguridad en lo relativo al –ya mencionado- temor de una posible parcialidad de los tribunales estatales a favor de sus propios nacionales.

(Omissis)... esta Sala reitera su criterio en cuanto a considerar que la República Bolivariana de Venezuela es capaz y hábil como Estado libre y soberano, -en el marco de las relaciones internacionales inspiradas en el respeto, reciprocidad y libre determinación- de suscribir: aprobar y ratificar tratados, acuerdos o convenios en donde se someta a medios alternativos para la resolución de conflictos y, entre estos el arbitraje, para dirimir

disputas, en la forma, modo, y condiciones que de forma expresa e inequívoca así hayan sido estipuladas, por no ser contrarias al texto constitucional vigente. Así declara

Esta sentencia parece una reapertura al arbitraje de inversión, incluso si existe interés general, todo en el marco de acuerdos o tratados, ello en concordancia con el artículo 258 de la Constitución.

Es importante traer a colación lo expresado en la sentencia de la Sala Constitucional de 17 de octubre de 2008, antes ya mencionada en la cual la Sala ratificó el planteamiento ya efectuado en su sentencia de 15 de julio de 2003 (caso Rafael Chavero Gazdík, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 1.942, Expediente N° 01-0415, www.tsj.gov.ve/decisiones/sconJulio/1942-150703-01-0415.htm), según el cual los laudos extranjeros (incluyendo los laudos CIADI y de otra naturaleza) no serían ejecutables en Venezuela si violentan el orden público constitucional doméstico.

El caso de la jurisprudencia venezolana en relación con el arbitraje internacional con entes del Estado, viene haciendo análisis armónico de los artículos 1, 151 y 258 de la Constitución, sentencias que con gran precisión comenta el Dr. Eugenio Hernández-Bretón:

La aparente contradicción entre estas dos disposiciones y, por tanto, el aparente obstáculo al arbitraje internacional para los entes del Estado fue desestimada en sentencia de 11 de febrero de 2009 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Sentencia N° 97, Expediente N° 08-0306, caso F. Toro y otros, www.tsj.gov.ve/decisiones/seon/Febrero/97-11209-2009-08-0306.htmI). En esta sentencia se dispuso que "de tales normas (artículos 1 y 151 de la Constitución) deriva una relación armónica que en ningún caso niega la soberanía o contradice el principio de autodeterminación de la República Bolivariana de Venezuela". Esta sentencia de 11 de febrero de 2009, a su vez, ratificó los criterios expuestos en la sentencia de la propia Sala Constitucional en fecha 17 de octubre de 2008 (Sentencia N° 1541, Expediente N° 08-0763, caso Recurso de Interpretación del artículo 258 de la Constitución y del artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones, www.tsj.gov.ve/decisiones/seon/Octubre/1541-171008-08-0763.htmI), la cual, por su parte, ratificó y amplió los criterios de la sentencia de la entonces Corte Suprema de Justicia en Sala Plena-Accidental de 17 de agosto de 1999 (Jurisprudencia Venezolana Ramírez & Garay, Tomo CLVII 1999 Agosto, Sentencia 2096-99, pp. 606-622, caso Apertura Petrolera). Vamos ahora a los detalles de estas dos decisiones.

Desde la sentencia de 17 de agosto de 1999 el máximo tribunal venezolano admite que Venezuela en el artículo 151 de la Constitución (equivalente al artículo 127 de la

Constitución de 1961) adopta el criterio de la inmunidad relativa de la jurisdicción. A pesar de ello, los entes del Estado venezolano muy comúnmente invocan el artículo 151 constitucional para rechazar la posibilidad de arbitraje internacional. Cierta jurisprudencia también rechazaba la arbitrabilidad de disputas con entes del Estado por el simple hecho de tratarse de controversias relativas a contratos de interés público nacional (por ej., caso Venezolana de Televisión, C A. v, Elettronica Industriale SpA, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-administrativa, Sentencia N° 855 de 5 de abril de 2006, Expediente N° 2001-100, www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Abril/OO855-050406-2001-0100.htm, al respecto Alfredo de Jesús O., Crónica de Arbitraje Comercial:Cuarta Entrega, en Revista de Derecho, Tribunal Supremo de Justicia, N° '29, 2008,Caracas, pp. 141-162; también caso Minera Las Cristinas v. Corporación Venezolana de Guayana, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-administrativa, Sentencia N° 832 de 15 de julio de . 2004, Expediente N" 2002-0464, www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/00832-140704-2002-0464.htm, al respecto Alfredo de Jesús O., Crónica de Arbitraje Comercial -N. 3, en Revista de Derecho, Tribunal Supremo de Justicia, N° 23,2006, Caracas, pp. 125-155, esp. pp. 140-155; Y Victorino J.Tejera Pérez, La norma electa una vía, non datur recursus ad alteram en el marco jurídico venezolano de protección y promoción de inversiones, en la misma Revista, pp. 359-395, esp. pp. 384-395). Incluso el rechazo al arbitraje internacional se propugnaba como bandera nacionalista en discursos oficiales y en vallas publicitarias como parte de la política de plena soberanía petrolera desarrollada desde 2005.²⁸⁰

Continúa Hernández-Bretón con el análisis de la sentencia de 17 de octubre de 2008:

Basado en lo anterior, la Sala Constitucional concluyó que en el marco de la Constitución de 1999 “y desde una perspectiva relativa a la determinación de la jurisdicción, resulta imposible sostener una teoría de la inmunidad absoluta o afirmar en términos generales la inconstitucionalidad de las cláusulas arbitrales en contratos de interés general. por el contrario, para determinar la validez y extensión de la respectivas cláusulas arbitrales se deberá atender al régimen jurídico particular correspondiente²⁸¹

Respecto al orden público, concepto que parece angular desde el punto de vista de validez material e incluso de reconocimiento y ejecución, siendo importante distinguir entre materias de orden público y laudos contrarios al orden público, que es en realidad la restricción que expone nuestro marco legal, ANDRÉS A. MEZGRAVIS explica:

²⁸⁰HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio. *El arbitraje internacional con entes del Estado venezolano*. Caracas: Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales / Academia de Ciencias Políticas y Sociales. No. 147 (2009). pp. 141-168.

²⁸¹HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio. *El arbitraje internacional con entes del Estado venezolano*. Caracas: Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales / Academia de Ciencias Políticas y Sociales. No. 147 (2009). pp. 141-168.

Ante todo, es importante resaltar que una cosa es la denegación del reconocimiento o ejecución de aquellos laudos que afecten o sean contrarios al orden público, y otra, es la posibilidad de someter a arbitraje materias, en las que si bien pudiera estar interesado el orden público, pueden ser objeto de transacción y por ende de arbitraje. En este sentido, “la jurisprudencia francesa ha ido liberalizando la intocable cuestión del orden público, y en L’Arret de la Cour de Cassation de 17 de abril de 1974, y otros posteriores de 22 de marzo de 1983 y 31 de junio de 1986, han declarado que no es nulo el acuerdo arbitral o laudo que tenga por objeto una controversia que se refiera al orden público, sino cuando el orden público haya sido directamente violado.”²⁸²

Sin embargo en Venezuela, tenemos jurisprudencia de la última década que establece una serie de criterios en cuanto a la arbitrabilidad de ciertas materias, por ejemplo el Caso La Media Manzana, Sent., del 11-2-01, que declaró improcedente el arbitraje en materia de arrendamiento inmobiliario, o la sentencia del caso VTV de 2008 antes revisada, entre otras, que han hecho del concepto de orden público un “comodín” para anular laudos, y hacer a Venezuela como un foro no amigable al arbitraje.

3.3 CASOS LATINOAMERICANOS.

Revisaremos el interesante caso de Perú, donde la apertura al arbitraje es total, y el Estado puede perfectamente someterse a jurisdicción arbitral, renunciando completamente a su inmunidad Santiestevan²⁸³ plantea que el marco legal del arbitraje en Perú está conformado en primer lugar por la Constitución peruana, y en segundo lugar por la ley de arbitraje o conocido como decreto DL1071 donde considera el autor hubo grandes avances como la eliminación de la apelación del laudo arbitral y la ejecución del laudo incluso si este fue impugnado, salvo que se ofrezca caución, entre otras mejores de la ley.

El artículo 63 de la constitución peruana establece:

²⁸²MEZGRAVIS, Andrés. *El orden público sustantivo, el orden público procesal y la arbitrabilidad como causales de denegación del laudo: especial referencia a Venezuela y otros países de América Latina*. Madrid: Club Español del Arbitraje, III Congreso Internacional de Arbitraje, La Convención de NY 50 años después. Madrid 29 al 1 julio de 2008.

²⁸³Santiestevan, Jorge. *El Arbitraje con el Estado*. Disponible en: http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/A/arbitraje_con_el_estado/arbitraje_con_el_estado.asp, 10 de agosto de 2017.

“El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual (...) a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.”

En cuanto al DL 1071, Santiestevan nos comenta:

“El DL 1071 establece:

Artículo 2.1o Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.(...)” La regla señala tres elementos: (i) las materias de libre disposición conforme a derecho; (ii) aquellas que señale la ley, entendida a mi juicio como las normas con rango legal que autorizan al arbitraje y (iii) los acuerdos internacionales que se hayan suscrito y que contengan una autorización para someter controversias a arbitraje.

Lo primero que debe definirse es ¿qué se interpreta como materia de libre disposición en el marco de la actuación estatal que se define por el principio de legalidad? No puede ser cualquier decisión del Estado pues en rigor ninguna es de libre disposición y la mayoría de ellas constituyen la expresión del *ius imperium* que por definición se aplica por mandato de la ley y sin permitir discrecionalidades propias del tráfico comercial y de las relaciones disponibles de los particulares. Ni siquiera los actos de gestión en la vida comercial (en que el Estado ejerce el *ius gestionis*) la disponibilidad de los funcionarios está plenamente presente pues también van a estar sujetos al principio de legalidad que es lo contrario de la libre disposición.²⁸⁴

Es claro que a pesar de la apertura del arbitraje en Perú, rige como principio máximo el principio de legalidad administrativa, siendo la única limitación de la materia arbitral.

En el caso Chileno, ocurre lo mismo que en Perú, donde existe un pacto de sumisión en el DL N. 2.349, siendo su única limitante el principio de legalidad administrativa, otorgando libre potestad para pactar acuerdos arbitrales siempre que la ley lo permita:

Sumisión a tribunales (arbitrales) extranjeros: El artículo 1 inciso 2 del DL N° 2.349 establece la validez a esta sumisión al declarar que “son igualmente válidas las estipulaciones por las cuales se haya sometido o se sometan diferendos derivados de tales

²⁸⁴ SATIESTEVAN, Jorge. Op. Cit.

contratos a la jurisdicción de tribunales extranjeros, incluyendo tribunales arbitrales previstos en mecanismos de arbitraje preestablecidos o en el respectivo contrato...”.

3.4. OTROS CASOS DE INTERÉS.

Llama la atención el caso de los países árabes, donde a pesar del creciente tráfico comercial y la apertura al arbitraje, existe un fuerte control para parte del gobierno, no teniendo el laudo una ejecutoriedad inmediata, sino que se encuentra siempre supeditado a la revisión de la jurisdicción del país, en este caso bajo análisis, la jurisdicción Saudí, ello con el límite de este laudo no vaya en contra del orden público que establece el Shari'a. Elsaman nos comenta:

*“...Furthermore, it is argued that Saudi's accession to the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award (“the New York Convention”) as well as the International Convention for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) shall not affect the fact that Saudi courts will continue to review arbitral decisions to ensure that they are in consistent with Saudi's public order influenced by Shari'a”*²⁸⁵

Traducción libre:

... Además, se argumenta que la adhesión de Arabia Saudita a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (" Convención de Nueva York "), así como el Convenio Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) no afectará el hecho de que los tribunales saudíes seguirán revisando las decisiones arbitrales para asegurar que sean consistentes con el orden público saudí influenciado por la Shari'a.

El segundo caso es un caso Ucraniano Caso 1380: CNY III; [IV]; V5 Ucrania: Tribunal Supremo de Ucrania RosUkrEnergó AG c. National Joint Stock Company Naftogaz Ukrainy 24 de noviembre de 2010, que traemos a colación porque en reciente sentencia la jurisdicción de ese país negó la nulidad de laudo arbitral a un recurrente que alegaba que el laudo infringía el orden público ucraniano dado que la cantidad de gas natural que había de transferirse al comprador en virtud de los

²⁸⁵ELSAMAN, Radwa S. *Factors to be considered before arbitrating in the arab middle east: examples of religious and legislative constraints*. Washington: Revista International Commercial Arbitration Brief, Washington College of Law of American University. Vol. 1, Issue 2.

laudos, superaba el 50% del volumen anual de extracción de gas natural en Ucrania y el 50% de las necesidades anuales del país. Brevemente reseñamos lo dispuesto en la sentencia:

El Tribunal de Apelaciones desestimó también el argumento del proveedor según el cual la ejecución de los laudos infringiría el orden público ucraniano, basándose en que los laudos se dictaron en una controversia entre las partes y no repercutían en la “independencia, la integridad territorial, la inmunidad del Estado, así como los derechos, libertades y garantías constitucionales básicos” que sostienen el sistema jurídico ucraniano.

Ulteriormente, el Tribunal Supremo argumentó que el artículo V de la Convención de Nueva York establecía una lista exhaustiva de los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución; no había que interpretar esos motivos en sentido amplio y la parte que se oponía a la ejecución debía demostrarlos. En el artículo 396 del Código de Procedimiento Civil de Ucrania se enumeraban también los mismos motivos.

El proveedor se opuso a la ejecución por dos motivos: 1) los laudos no eran definitivos ni vinculantes; y 2) la ejecución infringiría el orden público ucraniano. En opinión del Tribunal Supremo, los tribunales inferiores no cometieron ningún error al sostener que ambos argumentos carecían de fundamento.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo estimó que las objeciones del proveedor por motivos de orden público carecían de fundamento y no estaban demostradas. El proveedor alegó que la ejecución infringiría el orden público ucraniano, dado que la cantidad de gas natural que había de transferirse al comprador en virtud de los laudos superaba el 50% del volumen anual de extracción de gas natural en Ucrania y el 50% de las necesidades anuales del país.

Y concluyó el Tribunal:

“el Tribunal Supremo observó que la excepción de orden público a la ejecución solo se refería a los principios básicos y los elementos fundamentales del orden jurídico ucraniano, pero el proveedor no adujo que esos principios se veían afectados, y las partes eran actores independientes en el mercado.”

Este caso llama poderosamente la atención ya que no se derogó la jurisdicción arbitral a pesar de que el gas natural pudiera ser considerado un tema de interés nacional para Ucrania, e incluso estratégico. Sin embargo la jurisdicción nacional declaró sin lugar el recurso de nulidad interpuesto en contra del laudo y se declaró incompetente para conocer del asunto, ratificando la validez del acuerdo arbitral y la eficacia del laudo.

CONCLUSIÓN

La sintética revisión de este trabajo de investigación no pretende dar un veredicto final sobre el tema de la validez y eficacia del acuerdo arbitral cuando una de las partes una empresa pública, ya que si bien en la mayor parte de las legislaciones el arbitraje es reconocido, no es menos cierto que nuestra constitución se encuentra fuertemente impregnada de inmunidad de jurisdicción, cuestión que la jurisprudencia no ha dejado claro con el cambio de criterio y el forcejeo incluso político que se le quiere dar al asunto, con un discurso pro soberanía, como si de eso se tratara el asunto, y no de seguridad jurídica que es el tema realmente importante. Adicionalmente podemos concluir que la poca claridad, y el amplio margen de discrecionalidad para fijar cierto término, sigue generando dudas al no poder definir claramente los asuntos que efectivamente serán sometidos a arbitraje y cuáles, esto a pesar de haber descompuesto temas capitales como la inmunidad, la naturaleza del contrato, el interés público, la actuación del Estado como imperio o en gestiones, entre otros conceptos revisados.

Dejamos muchas interrogantes en el desarrollo de este artículo, con la finalidad de reflexionar e investigar con mayor profundidad un tema que cada día demanda mayor estudio y actualización, como lo es el arbitraje internacional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

-AYALA, Alberto F., *El arbitraje, ¿Es realmente una jurisdicción?*. En Sitio web de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay disponible en: <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/arbitraje/Fabian-Ayala-El-Arbitraje.pdf>, 29 de agosto de 2017.

-BADELL MADRID, Rafael. *La Inmunidad de Jurisdicción y el Arbitraje en los Contratos del Estado*. Conferencia dictada en las VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Brewer- Carías, Caracas 11 de Noviembre de 2005.

-BONNEMAISON, José L.; *Aspectos fundamentales del arbitraje comercial*. Caracas: Colección Estudios Jurídicos N. 16 TSJ, 2006, págs. 13 y ss.

- CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: 2da Edición, AD HOC, 2000.

- CAIVANO, Roque. *Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario*. Lima: Lima Arbitration No. 1, 2009, pp. 121-162.

-CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (CCI). *La CCI y la solución de controversias. Una amplia experiencia, un acervo de conocimientos*. Port Royal: 2012.

-DE JESÚS O., Alfredo. *Validez y Eficacia del Acuerdo de Arbitraje en el Derecho Venezolano*. En: *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*. Serie Evento 18. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 55-131.

-ELSAMAN, Radwa S. *Factors to be considered before arbitrating in the arab middle east: examples of religious and legislative constraints*. Washington: Revista International Commercial Arbitration Brief, Washington College of Law of American University. Vol. 1, Issue 2.

- GARCÍA-BOLIVAR, Omar E. *Nociones básicas del arbitraje internacional de inversiones*. Disponible en sitio web: <http://www.bg-consulting.com/basic.pdf> , 27 de agosto de 2017

-GARCÍA LEAL, Laura. *El arbitraje y los contratos de interés general*. *Frónesis* [online]. 2010, vol.17, n.2 [citado 2017-08-14], pp. 173-176 . Disponible en: <http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-62682010000200001&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1315-6268.

-GONZÁLEZ, Jorge I. *Reflexiones sobre las tendencias jurisprudenciales sobre conflicto de "jurisdicción" cuando existe acuerdo de sometimiento arbitral*. Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia.

-HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio. *El arbitraje internacional con entes del Estado venezolano*. Caracas: Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales / Academia de Ciencias Políticas y Sociales, No. 147, 2009. pp. 141-168.

-MADRID, Claudia. *El artículo 151 de la Constitución de la República ¿Inmunidad? ¿Exclusividad? O ¿Las dos cosas?.* Disponible en la página de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales:

http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/2005/BolACPS_2005_143_423-422.pdf, 29 de agosto 2017.

-MEZGRAVIS, Andrés. *El orden público sustantivo, el orden público procesal y la arbitrabilidad como causales de denegación del laudo: especial referencia a Venezuela y otros países de América Latina*. Madrid: Club Español del Arbitraje, III Congreso Internacional de Arbitraje, La Convención de NY 50 años después, 29 al 1 julio de 2008.

-NAVARRINE, Susana Camila y ASOREY, Rubén. *Arbitraje*. Buenos Aires: La Ley, 1992.

-SANTIESTEVAN, Jorge. *El Arbitraje con el Estado*. Disponible en: http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/A/arbitraje_con_el_estado/arbitraje_con_el_estado.asp, 10 de agosto de 2017.

Normas Jurídicas consultadas

-Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta oficial N° 5.908 del 19 de febrero de 2009.

-Ley Orgánica de Hidrocarburos. Gaceta oficial 38.493 del 4 de agosto de 2006.

-Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta oficial N° 36.430 del 7 de abril de 1998.

-Ley de Inversiones Extranjeras. Gaceta oficial N° 6.152 del 18 noviembre de 2014.

- Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional. 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006.

- Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. New York, 1958.

Sentencias y Laudos

-Sentencia N° 00855 de la sala Político Administrativa del Tribunal supremo de Justicia, del 5 de abril del 2006. *Caso Elettronica Industriale vs VTV*.

-Sentencia N° 2.241 de la sala Constitucional del Tribunal supremo de Justicia del 24 de septiembre 2002.

-Sentencia de la sala Constitucional del Tribunal supremo de Justicia de fecha 17 de octubre de 2008. Expediente No. 08-0763.

-Sentencia de la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 2.241 del 24 de septiembre de 2002.

-Sentencia de la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 618 de la Sala Constitucional de fecha 20 de Julio de 2016.

-Sentencias de la sala Constitucional del Tribunal supremo de Justicia, caso Rafael Chavero Gazdík, Sentencia N° 1.942, Expediente N° 01-0415, www.tsj.gob.ve/decisiones/sconlJulio/1942-150703-01-0415.htm

-Laudo arbitral del asunto N° 1.526 de 1968 de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)

-Caso 1380: CNY III; [IV]; V5 Ucrania: Tribunal Supremo de Ucrania RosUkrEnergó AG c. National Joint Stock Company Naftogaz Ukrainy 24 de noviembre de 2010.

EL DOCUMENTO EMANADO DEL MÉDICO

Fidel Castillo Gómez

Resumen

El Código de Procedimiento Civil valora al documento privado emanado del tercero como una prueba compleja. Dicho criterio ha sido mantenido, con algunos cambios, por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia. No obstante, hay ciertos documentos emanados de terceros, como el caso de los médicos, que presentan características especiales. La Ley de Ejercicio de la Medicina otorga autenticidad a los documentos producidos por los médicos en el ejercicio de su profesión. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil ha tratado al documento emanado del médico dentro del comentado régimen general. No obstante, a partir de 2009 la jurisprudencia de esa Sala distinguió a los documentos emanados del médico en razón a la naturaleza pública o privada del establecimiento de salud en donde fueron producidos. Se critica dicho criterio y se sugieren posibles soluciones. Por último, se describen otras opciones para llevar certeza al juez sobre los hechos documentados por el médico.

Palabras claves: médico, certificado, autentico, ratificación, derecho probatorio.

Abstract

The Code of Civil Procedure assesses the private document emanating from the third party as a complex test. This criterion has been maintained, with some changes, by the Civil Cassation Chamber of the Supreme Court of Justice. However, there are certain documents issued by third parties, such as doctors, who have special characteristics. The Law on the Exercise of Medicine grants authenticity to documents produced by doctors in the exercise of their profession. However, the jurisprudence of the Civil Chamber of Cassation has dealt with the document issued by the doctor within the aforementioned general regime. However, as of 2009 the jurisprudence of that Court distinguished the documents emanating from the doctor because of the public or private nature of the health establishment where they were produced. This criterion is criticized and possible solutions are suggested. Finally, other options are described to bring certainty to the judge about the facts documented by the doctor.

Keywords: doctor, certificate, authentic, ratification, probatory law.

INTRODUCCIÓN

Un problema práctico que se presenta con frecuencia para los justiciables, es tratar de demostrar mediante certificaciones expedidas por los médicos alguna circunstancia que les impidió realizar o acudir a una actividad fijada por el Tribunal, lo que en algunos casos pueden causar severos daños al incumplidor de la carga. La doctrina jurisprudencial ha venido otorgándole a dichos certificados, el tratamiento de documentos privados, por lo que el autor del certificado (médico) debe proceder a ratificarlo como lo indica la disposición procesal, lo que en la mayoría de los casos no ocurre con las consecuencias negativas que de ello se deriva. En el presente trabajo se trata de precisar la naturaleza que debe otorgársele a dichos certificados médicos, a fin de determinar, de acuerdo a su categorización, si corresponde a un documento privado o no, y en el primer supuesto determinar la necesidad de la comparecencia del médico para su ratificación.

En el interesante estudio de los diversos tipos de documentos como medios de prueba, y su eficacia probatoria en la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, cobra especial importancia el informe, certificado o, en sentido genérico, el documento²⁸⁶ emanado del médico, en el ejercicio de su profesión, como una especie de documento privado emanando de tercero. En efecto, el comentado documento presenta características especiales tanto desde el punto de vista de su emisor – conocimiento técnico y aparente naturaleza de funcionario público – como con su regulación por medio de leyes especiales.

De manera que, en el curso de la presente investigación, se abordará el tratamiento dado a todo documento privado emanado de tercero; las notas distintivas del documento emanado del médico; el tratamiento dado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de nuestro Supremo Tribunal; algunas consideraciones del autor; y, por último, las formas de hacerlo valer en juicio.

I. LOS DOCUMENTOS PRIVADOS EMANADOS DE TERCEROS

²⁸⁶ En esta investigación se hará referencia al “*documento*” emanado del médico por ser la connotación genérica del concepto que se desea abarcar. No obstante, diversas leyes, autores y sentencias del Tribunal Supremo de Justicia se refieren a las connotaciones específicas: Informe, récipe, certificación, entre otras.

2.1. CONSAGRACIÓN LEGAL

Antes de la entrada en vigencia del actual Código de Procedimiento Civil²⁸⁷ no existía regulación alguna sobre los documentos privados emanados de terceros y su valor probatorio en juicio. De hecho, fue la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil quien normó el valor probatorio de ese tipo de documentos estableciendo la necesidad de su ratificación, por medio de la prueba testimonial, por parte de aquel de quien había emanado²⁸⁸.

Luego, el Código de Procedimiento Civil vigente positivizó el mencionado criterio jurisprudencial y estableció una norma expresa para este supuesto de hecho que está consagrada en su artículo 431 de la forma siguiente:

“Los documentos privados emanados de terceros que no son parte en el juicio ni causantes de las mismas, *deberán ser ratificados por el tercero mediante la prueba testimonial*”. (Cursivas nuestras)

De acuerdo al artículo transcrito se concibe al documento privado emanado de tercero como una prueba *compuesta o compleja* debido a que no basta un solo medio de prueba para llevarle al juez la convicción sobre el hecho que se pretende demostrar, sino que, por el contrario, esa convicción se obtiene de varios medios²⁸⁹. En efecto, para que el documento privado emanado del tercero tenga valor probatorio se debe (i) promover el documento emanado del tercero y, (ii) promover y evacuar la testimonial de este.

2.2. TRATO DADO POR LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.

²⁸⁷ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 3.970 (*Extraordinaria*) del 13 de Marzo de 1987.

²⁸⁸ Una de las decisiones que mejor se pronunció en cuanto al régimen de los documentos privados emanados de terceros fue la dictada en fecha 11 de marzo de 1975 por la Sala de Casación Civil de la antigua Corte Suprema de Justicia que señaló: “...*El reconocimiento de un instrumento privado por tercero carece de eficacia como prueba válida. A menos que esos mismos testigos instrumentales, en los casos en que la ley lo admite, hubieran sido llamados a declarar en juicio, mediante la promoción de los correspondientes interrogatorios y bajo el control de las repreguntas de la contraparte, sobre los hechos de que hubieran tenido conocimiento por su intervención presencial en la operación cuya existencia se trata de demostrar...*”. (Sentencia citada por la misma Sala de Casación Civil en STC 88/2004, del 25 de febrero.

²⁸⁹ DEVIS ECHANDIA, H. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. (Buenos Aires: Victor P. de Zavalia Editor, 1972). 538.

No obstante, a pesar de encontrar la fundamentación del comentado artículo en el citado antecedente jurisprudencial, esa misma Sala de Casación Civil ha manejado *dos criterios* para su interpretación, y, en consecuencia, ha mostrado dos formas, muy distintas, de valorar ese medio de prueba. Es así como el quid de la divergencia de esos criterios ha estado en cómo valorar la testimonial del tercero que acude a ratificar el documento.

Por una parte, se tiene un *primer criterio* en donde *la declaración del tercero solo es útil en cuanto a la ratificación del documento, por lo cual, cumplida la ratificación le otorga automáticamente eficacia probatoria al documento*. Es decir, bajo este criterio, se concibe a la ratificación como un requisito formal cuya única finalidad es dar validez al documento suscrito por el tercero. Por ello, el análisis del juez sobre la declaración del testigo se limita a verificar su confirmación de la autoría del documento, sin que sea relevante o necesario extenderse sobre otros particulares. Por tanto, una vez ratificado el documento, el juez le da pleno valor probatorio y tiene como cierto su contenido. Vale decir, le da trato de prueba documental.

Este ha sido el criterio establecido por la mencionada Sala en la STC 367/2000 de 15 de noviembre (*Caso: American Sur C.A. contra Pedro Añez Sánchez*) quien en una denuncia por silencio de pruebas fundada en la omisión de valoración del juez de la deposición del testigo que acudió a ratificar el documento emanado de Él, estableció lo siguiente:

Ahora bien, esta Sala, cónsona con el criterio reiterado que dispone: “...Esta falta de examen de la prueba, para que, no obstante haber sido señalada por el Juez de instancia, constituya el vicio de silencio de prueba, debe ser absoluta...”, considera que en el caso de autos, si bien es cierto que el juzgador de alzada efectuó un somero análisis de la prueba denunciada, en modo alguno, incurrió en el silencio de prueba como falta de motivación de la sentencia, pues como se señaló, la falta de análisis que configura dicho vicio debe ser absoluta, más aún en el presente caso, donde *la prueba testimonial promovida y evacuada tenía por único fin, la ratificación de documentos privados emanados de terceros que no eran parte en el juicio ni causantes de las mismas, y como tal fueron analizados por la recurrida*, al especificar los hechos tenidos como ciertos en atención a la prueba en cuestión. (Cursivas nuestras)

Por esa razón, de acuerdo al criterio jurisprudencial parcialmente transcrito, la Sala no censuró al juez que dejó de valorar el contenido de la deposición del testigo sino que, por el contrario,

afirmó que no existió vicio de silencio de pruebas por cuanto el juez de alzada se limitó a ver la deposición como una ratificación, sin ir más allá a analizar su contenido, ya que no era necesario.

Por otra parte, el *segundo criterio*, y que se mantiene a la fecha, ha sido que *la declaración del tercero que comparece a ratificar el documento ha de ser valorada de acuerdo con la regla de valoración del testigo establecido en el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil*. Es decir, lo determinante en este medio de prueba es la declaración del tercero que comparece al juicio por encima del contenido del documento cuya autenticidad declara.

Este ha sido el criterio declarado por la Sala de Casación Civil en STC 88/2004, de 25 de febrero (*caso: EUSEBIO JACINTO CHAPARRO vs SEGUROS LA SEGURIDAD C.A.*) en la forma siguiente:

Por esa razón, la Sala expresamente abandona los expresados criterios y retoma el anterior, de conformidad con el cual el documento emanado de tercero, formado fuera del juicio y sin participación del juez ni de las partes procesales, no es capaz de producir efectos probatorios. Estas declaraciones hechas por el tercero que constan en dicho documento, sólo pueden ser trasladadas al expediente mediante la promoción y evacuación de la prueba testimonial, que es la única formada en el proceso, con inmediatez del juez y con la posibilidad efectiva de control y contradicción, en cuyo caso, por referirse el testimonio a su contenido, de ser ratificado, las declaraciones pasan a formar parte de la prueba testimonial, las cuales deben ser apreciadas por el juez de conformidad con la regla de valoración prevista en el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil. (Negrillas de la Sala).

Por lo tanto, del criterio transcrito se desprende: (i) Que todo documento privado emanado de tercero, formado fuera del juicio y sin participación de las partes, no es capaz, *per se*, de producir efectos probatorios; y, (ii) que las declaraciones hechas por el tercero que constan en ese documento solo pueden ser trasladadas en el expediente mediante la promoción y evacuación de la prueba testimonial. Esas declaraciones serán apreciadas por el juez de conformidad con las reglas de valoración de la prueba testimonial prevista en el artículo 508 *eiusdem*. En otras palabras, no tiene eficacia probatoria el documento ratificado sino la valoración del testimonio rendido por el tercero en la ratificación. Valoración que, por lógica, debe tener en cuenta el contenido del documento.

En consecuencia, tras un breve cambio de criterio jurisprudencial, la Sala de Casación Civil mantiene su doctrina sobre la valoración del documento privado emanado de tercero. Este criterio fue creado por vía jurisprudencial antes de la entrada en vigencia del actual Código adjetivo y establece a la regla de valoración del testigo establecido en el artículo 508 *eiusdem* como el método adecuado de valoración de este medio de prueba en donde priva la deposición del testigo por encima del contenido del documento.

II. EL DOCUMENTO EMANADO DEL MÉDICO

3.1. ESPECIALIDAD

A pesar de lo clara de la norma establecida en el artículo 431, hay ciertos documentos privados emanados de terceros que revisten de especialidad en razón de que una norma específica les dota de autenticidad. En este sentido, se señala entre esos casos a algunos de los documentos emanados de particulares que ejercen profesiones liberales – abogados, contadores, ingenieros, médicos, entre otros – que, por disposición expresa de la ley, gozan de autenticidad. Por tal razón a estos documentos no se les puede aplicar el régimen establecido en la citada norma.

En esta misma línea, siguiendo el pensamiento de Mattiolo, se dice que la “*autenticidad*” otorga a un documento certeza legal sobre su contenido y se “...*sabe que emana de la persona a quien se le atribuye*”²⁹⁰. Es decir, esta concepción de la autenticidad del documento comprende una presunción de certeza de dos aspectos: por una parte, con relación al contenido del documento; y, por otra parte, con relación al autor del mismo. Por lo tanto, al hacer referencia a la autenticidad del documento se hace mención a la presunción de certeza del hecho que contiene y de quien se presenta como su autor. Presunción *iuris tantum* que puede ser desvirtuada por prueba en contrario.

Además, como señala Luis Hernández Merlanti²⁹¹, la autenticidad del documento tiene su fuente en la ley. En efecto, es una disposición expresa de la ley quien otorga autenticidad a

²⁹⁰ MATTILOLO, L. *Tratado de Derecho Judicial Civil*. Tomo III (Madrid: Editorial Reus, 1934). 17.

²⁹¹ HERNÁNDEZ MERLANTI, L. «La autenticidad proveniente de los particulares sin intervención de funcionario público». *Revista de Derecho Probatorio*, n° 5 (1995): 251-252.

determinados documentos emanados de algún particular o, incluso, de un funcionario público. Siendo así, se deben aclarar dos aspectos: (i) El funcionario público, por el solo hecho de serlo, no tiene la facultad de producir documentos dotados de autenticidad. Para ello, necesariamente, debe haber una norma que, de forma expresa, le otorgue tal facultad. Como señala el citado autor: “...no existe un poder auto-autenticante del Estado, sino que se sujeta obligatoriamente a las normas del ordenamiento jurídico²⁹²”. Y, (ii) la ley debe determinar qué actos emanados de estos van a gozar de autenticidad. Por argumento a contrario, no todos los documentos emanados del particular o funcionario público autorizado van a gozar de autenticidad sino aquellos que de forma expresa la ley les otorgue tal carácter.

En este sentido, en el caso del documento emanado del médico, existen normas específicas que dotan de autenticidad a algunos de los documentos que produzca en el ejercicio de su profesión y, además, se añade la particularidad de que sus documentos tienen ciertos elementos que destacan su autoría. De hecho, en cualquier documento emanado del médico, aunque no existe norma específica que lo exija como requisito, se aprecia su firma y sello; sello que contiene su nombre, número de cédula de identidad y número de inscripción en el Colegio de Médicos. Asimismo, en algunos casos, suelen colocar en el sello el número de inscripción en el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de salud. Dichos rasgos permiten identificar al autor en su condición de profesional hábil para el ejercicio de la medicina.

3.2. REGULACIÓN LEGAL

Ahora bien, de acuerdo al principio del legislador racional, debe entenderse que tras todo el ordenamiento jurídico existe una lógica impulsada para lograr los fines del Estado. Esto abarca una transversalidad procesal y, por no decir menos, una transversalidad probatoria en los diversos cuerpos normativos. Siendo así, y conociendo que la autenticidad del documento encuentra su fuente en la ley, se hace interesante estudiar las normas que regulan el régimen de los documentos emitidos por los médicos en el ejercicio de sus funciones.

²⁹² HERNÁNDEZ MERLANTI, L. «La autenticidad proveniente de los particulares sin intervención de funcionario público», 252.

(i) Ante todo se hace referencia al artículo 35 de la Ley de Ejercicio de la Medicina²⁹³ que establece amplias facultades a los médicos en ejercicio de su profesión. En efecto, el comentado artículo establece:

Los Doctores o Doctoras en Ciencias Médicas, los Médicos Cirujanos, Médicas Cirujanas, Médicos Integrales Comunitarios o Médicas Integrales Comunitarias, están *autorizados o autorizadas para certificar aquellos hechos que comprueben en el ejercicio de su profesión*. En el Reglamento de la presente Ley se determinarán la forma y condiciones de dichas certificaciones. (Cursivas nuestras)

Este artículo faculta a los médicos a “*certificar*” aquellos hechos que comprueben en el ejercicio de su profesión. La clave de esa frase está, a criterio del autor, en determinar ¿qué debe entenderse por certificar? En tal sentido, el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia define certificar como:

1. tr. Asegurar, afirmar, dar por cierto algo. U. t. c. prnl.
2. tr. Obtener, mediante pago, un certificado o resguardo por el cual el servicio decoros se obliga a hacer llegar a su destino una carta o un paquete que se ha deremitir p or esa vía.
3. tr. Der. *Dicho de una autoridad competente: Hacer constar por escrito una realidad de hecho.*
4. intr. desus. Fijar, señalar con certeza.²⁹⁴ (Cursivas nuestras)

Por lo tanto, de acuerdo a la acepción en Derecho, la palabra certificar va relacionada con la autoridad competente, vale decir: Presupone la competencia establecida en la ley que otorga a una persona la facultad de hacer constar por escrito la realidad de un hecho. En este sentido, la palabra “*certificar*” debe ser entendida como sinónimo de “*autenticidad*” en los términos en que ha sido mencionada, y, por esa razón, los documentos emanados del médico en el ejercicio de sus funciones gozan de autenticidad. En otras palabras, gozan de una presunción de certeza *iuris tantum* sobre su contenido y autoría.

²⁹³ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.823 del 19 de abril de 2011.

²⁹⁴ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia. «Certificar» Versión online: <http://dle.rae.es/?id=8OVdkYW>
Revista de la Facultad de Derecho N° 72.
2017-2018
ISSN: 0255-5328

Ahora bien, el supuesto de hecho de la comentada norma establece que dicho documento debe ser elaborado por el médico en el ejercicio de su profesión. Por eso, habría que identificar *qué actividades abarcan el ejercicio de la medicina y cuándo un médico ejerce legalmente su profesión*.

Por una parte, la Ley de Ejercicio de la Medicina²⁹⁵ establece, en su artículo 2, aquello que debe entenderse por “*ejercicio de la medicina*”, a saber:

A los efectos de esta Ley, *se entiende por ejercicio de la medicina* la prestación de atención médica preventivo-curativa a la población, por parte de los profesionales médicos y médicas, mediante acciones encaminadas a la promoción de la salud, prevención de enfermedades, reducción de los factores de riesgo, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno, restitución de la salud y rehabilitación física o psico-social de las personas y de la colectividad en los ámbitos familiar, comunitario, laboral y escolar; la determinación de las causas de muerte; *el peritaje* y asesoramiento médico-forense, así como la investigación y docencia en las ciencias médicas. (Cursivas nuestras)

Nótese que parte del ejercicio de la medicina consiste en el peritaje el cual, según su connotación vulgar, es un informe técnico realizado por una persona con conocimiento sobre la materia. En este sentido, de acuerdo al artículo citado, se tiene que los médicos, en ejercicio de su profesión, están autorizados para realizar informes técnicos amparados por la normativa especial establecida en la comentada Ley. Es decir, al realizar informes técnicos están ejerciendo su profesión.

Por otra parte, para ejercer *legalmente* la profesión de médico se requiere cumplir con una serie de requisitos establecidos en los artículos 4, 8 y 22 *eiusdem*, que son:

1. Poseer el Título de Doctor o Doctora en Ciencias Médicas, Médico Cirujano, Médica Cirujana, Médico Integral Comunitario o Médica Integral, Comunitaria, expedido por una universidad venezolana de acuerdo con las leyes que rigen la materia.
2. Inscribir el Título correspondiente en un Registro Principal, de conformidad con la ley.
3. Estar inscrito en el Colegio de Médicos u otra Organización Médico Gremial.
4. Inscribir sus títulos en el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de salud.

²⁹⁵ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.823 del 19 de abril de 2011.

5. Haber desempeñado por lo menos durante un año, el cargo de médico rural o haber efectuado internado rotatorio de postgrado durante dos años, que incluya pasantía no menor de seis meses en el medio rural, de preferencia al final del internado.

En consecuencia, es criterio del autor, que a tenor de lo establecido en el citado artículo 35, los documentos emanados de los médicos que ejerzan legalmente y que sean elaborados en el ejercicio de su profesión gozan de autenticidad.

No obstante, esta posición no es compartida por la doctrina patria que ha escrito sobre el tema debido a que sostienen que hasta tanto sea dictado el Reglamento de la Ley de Ejercicio de la Medicina que establezca la forma y condiciones de dichas certificaciones no existen actos auténticos de esos profesionales²⁹⁶.

Sin embargo, quien comenta refuta dicho argumento sobre la base de la preconstitucionalidad de la norma comentada. En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela²⁹⁷ se consagra un nuevo paradigma del proceso mediante la constitucionaliza del derecho a la prueba (*ex* artículo 49, numeral 1°) y la reserva legal de las normas procedimentales (*ex* artículo 253), entre las cuales se encuentra la contenida en el citado artículo 35. Por lo tanto, mal puede dejar de aplicarse una norma probatoria establecida en la ley por estar supeditada a su regulación en una norma sublegal.

Por otra parte, esa norma ya se encontraba, de forma casi idéntica, en el artículo 35 la derogada Ley de Ejercicio de la Medicina que data del año 1.982²⁹⁸ sin que hasta la fecha, incluso con una nueva Ley de Ejercicio de la Medicina, se haya dictado el mencionado Reglamento. Es decir, es una norma que lleva cerca de 35 años sin aplicarse en espera de un Reglamento que no se ha dictado ni parece dictarse en un futuro cercano.

Considera el autor que esa norma no puede tener un carácter programático. En este sentido, bajo el prisma de la Constitución y en una interpretación sistemática de las demás normas que sí se

²⁹⁶ HERNÁNDEZ MERLANTI, L. «La autenticidad proveniente de los particulares sin intervención de funcionario público», 262.

²⁹⁷ Gaceta Oficial (Extraordinario) de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.908 del 19 de febrero de 2009.

²⁹⁸ Gaceta Oficial (Extraordinario) de la República de Venezuela N° 3.002 del 23 de agosto de 1982.

aplican y que otorgan autenticidad a los documentos emanados del médico, puede y debe la jurisprudencia aplicar la norma comentada.

Además, se consiguen más argumentos en favor de esta afirmación al concatenar la comentada norma con otras disposiciones establecidas en la Ley de Ejercicio de la Medicina. Por ejemplo, el numeral 5° de su artículo 102 tipifica el uso incorrecto de la comentada facultad, en los siguientes términos:

Artículo 102. Infringen la presente Ley: (...)

5. Los médicos o médicas que *firmen recetas en blanco, o expidan certificaciones falsas con el propósito de burlar las leyes* o para favorecer el incumplimiento de las obligaciones laborales... (Cursivas nuestras)

Asimismo, en el artículo 121, numeral 5° se establece la sanción aplicable

Artículo 121. Incurren en hechos punibles y serán sancionados o sancionadas conforme a la Ley: (...)

5. Los médicos o médicas que firmen recetas en blanco; o expidan certificaciones falsas con el propósito de burlar las leyes o para favorecer el incumplimiento de las obligaciones laborales, *serán castigados o castigadas con prisión de seis meses a dos años*. (Cursivas nuestras).

En consecuencia, los documentos emanados del médico en el ejercicio de su profesión gozan de autenticidad por disposición expresa de la Ley, y, por lo trascendental de esta facultad, el legislador sanciona su ejercicio incorrecto y hace responsable civil, penal y disciplinariamente al médico. Dichos documentos, como ya fue mencionado, gozan de una presunción de veracidad *iuris tantum* en cuanto a su contenido y a su autor, que puede ser desvirtuada por prueba en contrario.

(ii) Igualmente el numeral 6° del artículo 25 *eiusdem* consagra la obligación de los médicos en ejercicio de:

Otorgar certificados de las defunciones de los pacientes que hayan estado bajo su cuidado y las de aquellos que por impedimento del médico o médica tratante, o: por no

haber recibido el paciente atención médica, les sean requeridos por la autoridad competente. (Cursivas nuestras)

Este es un caso específico, consagrado expresamente en la ley, que dota de autenticidad al documento realizado por el médico en ejercicio de su profesión. En lo particular, este documento tiene como contenido la declaración del médico sobre la defunción de pacientes – donde indica las condiciones de tiempo, modo y lugar – y que, a todas luces, debe tener un tratamiento distinto al del documento emanado del tercero establecido en el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil.

(iii) Por su parte, el Código de Deontología Médica²⁹⁹ también autoriza al médico a emitir diagnósticos. Es así como en su artículo 14 establece:

Artículo 14.- *El médico se halla autorizado para emitir diagnóstico e indicar tratamientos; pero un médico no debe, salvo en circunstancias excepcionales, formular diagnósticos o aplicar procedimientos terapéuticos que excedan su competencia o sus posibilidades. (Cursivas nuestras)*

Vale hacer mención que el espíritu de las normas en cuanto a la facultad del médico de realizar certificaciones, informes o diagnósticos siempre estará amparado dentro de los límites de su competencia. Entendiendo esta como los límites de su especialidad o parte de la medicina para el cual está autorizado ejercer por cumplir con los requisitos de ley.

(iv) Además, en el mismo Código, en su Título IV, se dedica todo el capítulo Segundo a tratar el tema de la certificación que puede realizar el médico en el ejercicio de sus funciones. En efecto, en su artículo 137 define el certificado médico de la siguiente manera:

El certificado médico es un documento destinado a *acreditar el nacimiento, la realización de un acto médico, el estado de salud o enfermedad o el fallecimiento de una persona*. Su emisión implica responsabilidad moral y legal para el médico que lo expide.

El texto del certificado debe ser claro y preciso ceñido exactamente a la verdad y debe indicar los fines a que está destinado. (Cursivas nuestras)

²⁹⁹ Aprobado durante la LXXVI Reunión Extraordinaria de la Asamblea de la Federación Médica Venezolana, realizada en Caracas el 20 de marzo de 1985.

Esta definición mantiene el mismo criterio de la ya mencionada norma establecida en la Ley del Ejercicio de la Medicina. Asimismo, en ese capítulo del Código se regula quienes pueden pedir el certificado médico, se establecen ilícitos, se declara la responsabilidad civil y penal del mal uso de su facultad de certificar y se establece el deber del galeno de mantener secreto profesional sobre aquellos hechos que conozca en el ejercicio de su profesión.

(v) Por último, el Código en su Título V dedica el Capítulo II a desarrollar las normas aplicables a las Historias Médicas que deben llevar las instituciones de salud, tanto públicas como privadas, y que son llenas por los médicos con la información clínica de sus pacientes.

Hay que aclarar que estas Historias Médicas están protegidas con el secreto profesional del médico por lo que mal pueden considerarse como una institución análoga a los registros, en donde los particulares pueden acudir a investigar los hechos que yacen documentados en estos.

No obstante, a pesar del secreto profesional que revisten las Historias Médicas, se consagran excepciones a esta regla. En efecto, el paciente puede tener acceso a su propio expediente médico, al igual que los familiares de aquel paciente que ha fallecido o no puede valerse por sí mismo. De hecho, el artículo 178 *eiusdem* establece una norma con suma importancia probatoria, a saber:

Artículo 178.- Cuando en un Instituto Público se presenta un Tribunal competente con el fin de practicar una inspección ocular o una averiguación en los archivos de las historias médicas en relación con un paciente determinado o con la existencia de prácticas irregulares, *las autoridades hospitalarias se hallan obligadas a cooperar aportando toda la información exigida por el juez designado al efecto.* (Cursivas nuestras)

Esta norma consagra la posibilidad de practicar inspecciones oculares en los archivos de las historias médicas de un paciente determinado y, más importante aún, la obligación de los funcionarios del Establecimiento de Salud, ya sea público o privado, de aportar toda la información exigida por el juez. Como será tratado más adelante, esta norma abre otra posibilidad, además de la prueba documental, para llevar al juez la convicción de los hechos que se pretenden demostrar.

De igual forma existen en el ordenamiento jurídico venezolano otras normas que dotan de autenticidad a determinados documentos producidos por el médico en el ejercicio de su profesión. En este sentido, por solo traer un ejemplo, se señala el artículo 57 del Código Civil³⁰⁰ donde otorga autenticidad al documento producido por el médico que indique el estado de gravidez o no de la mujer que pretende contraer matrimonio antes de haber transcurrido diez (10) meses contados a partir de la anulación o disolución del anterior.

En consecuencia, quien ejerce legalmente la profesión de médico está facultado, por disposición expresa de la ley, para producir documentos revestidos de autenticidad. Por lo tanto, dichos documentos deberían tener una eficacia probatoria especial, como se ha mencionado. Asimismo, por lo relevante de esta facultad, su mal uso acarrea responsabilidad civil, penal y administrativa.

Ahora bien, no obstante esta regulación, se pasa a analizar el trato que da la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia a los documentos emanados de terceros (médicos) que los hacen en el ejercicio de su profesión.

3.3. TRATO DADO POR LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Históricamente la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia le ha dado al documento emanado de médico en el ejercicio de su profesión el mismo tratamiento que le da al documento privado emanado del tercero. De hecho, identifica ambos documentos y les da el mismo trato. A tal efecto, variando de acuerdo al criterio dominante para la fecha, como ya fue comentado al inicio de este artículo, se le ha aplicado el régimen del artículo 431 del Código de Procedimiento Civil, sin distinciones de ningún tipo.

No obstante, a este régimen general ha de añadirse la particularidad del criterio establecido por la Sala de Casación Civil en STC 22/2009, de 03 de febrero (*caso: HELGO REVITH LATUFF DÍAZ y otro*) en donde afirma, entre otras cosas, la naturaleza de documento administrativo de los

³⁰⁰ Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 2.990. (*Extraordinaria*) del 26 de julio de 1982.

documentos emanados de médicos *que laboran en establecimientos públicos*, mientras que aquellos documentos emanados de médicos que laboran en establecimientos privados tendrán el mencionado régimen establecido en el artículo 431.

En esa sentencia, que deja más dudas que certezas, la Sala de Casación Civil usa el argumento de autoridad al acoger el mismo criterio que, a su decir, tiene la Sala Político Administrativa y la Sala de Casación Social sobre el tema, cuando señala:

De los anteriores criterios jurisprudenciales se desprende que los informes emanados por médicos que laboran en hospitales y entidades públicas, tienen naturaleza de documentos administrativos, toda vez que los mismos emanan de una institución cuya función es la prestación de un servicio público, característica esta que le da el carácter en cuestión.

Y concluye fijando su criterio en los siguientes términos:

Por consiguiente, esta Sala de Casación Civil **establece** que los informes emanados por médicos que laboran para hospitales y entidades públicas, constituyen documentos administrativos, por cuanto dichos profesionales de la medicina actúan como funcionarios públicos en ejercicio de sus competencias específicas y en nombre de una institución que tiene por función la prestación de un servicio público. Al mismo tiempo, esta Sala deja sentado que tales documentos gozan de una presunción de veracidad *iuris tantum*, es decir, que puede ser desvirtuada por prueba en contrario. (Subrayado y negrillas de la Sala)

Por lo tanto, de acuerdo al criterio jurisprudencial transcrito, los documentos emanados de médicos que laboran en hospitales y entidades públicas constituyen documentos administrativos y gozan de una presunción de veracidad *iuris tantum*.

Ahora bien, sobre ese criterio, que aún se mantiene vigente, el autor hará algunos comentarios:

(i) La autenticidad del documento no encuentra su origen en la naturaleza de funcionario público de su autor sino, como ya fue explicado en este artículo, tiene su fuente en una disposición expresa de la ley. En el caso particular del médico, las normas que dotan de autenticidad a algunos de

los documentos que pueda producir en el ejercicio de su profesión no distinguen la naturaleza pública o privada del lugar en donde lo elabora. Por el contrario, solo toma en cuenta su condición de profesional que produce el documento en el ejercicio de su profesión.

(ii) La Sala de Casación Civil utiliza muy mal el argumento de autoridad al citar los criterios de las Salas Político Administrativa y Casación Social debido a que ambas están en el mismo nivel jerárquico de la Sala Civil y atienden materias distintas. No puede soportar el cambio de criterio en función de aquello que las demás Salas hacen o dejan de hacer. Además, la Sala Civil es, por excelencia, quien posee mayor tradición jurisprudencial y bien pudo mantener un criterio distinto al de las otras Salas.

(iii) Es falso que la nota diferenciadora entre los hospitales y entidades públicas y las clínicas y entidades privadas es que unos prestan un servicio público y los otros no. El artículo 15 de la Ley del Ejercicio de la Medicina establece que los centros de salud de ambos ámbitos, público y privado, prestan un servicio público, forman parte del sistema de salud y actúan bajo la autorización y supervisión del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de salud.

(iv) Es una práctica generalizada que un mismo médico labore en entidades de salud públicas y privadas. Incluso, es común que un mismo médico examine y haga informes a los mismos pacientes en ambas entidades. A tal efecto, según el criterio de la Sala, posible que un documento (informe) tenga eficacia probatoria distinta a otro que fue realizado por el mismo médico y con contenido idéntico. No es lógico.

(v) Por último, si la Sala Civil deseaba otorgar eficacia probatoria distinta al documento emanado del médico en el ejercicio de sus funciones, bien hubiese podido aplicar el artículo 35 *eiusdem* y el artículo 14 del Código de Deontología Médica que otorgan autenticidad al documento emanado del médico en el ejercicio de su profesión.

3.4. POSIBLES SOLUCIONES

En la práctica forense el principal problema del régimen establecido para el documento emanado del médico está en la negativa constante de los mencionados profesionales para asistir al juicio a

ratificar sus documentos mediante la prueba testimonial. De hecho, es poco común que los médicos ratifiquen sus pruebas; por el contrario, prefieren negarse en solidaridad ya sea con otro médico o entidades de salud, públicas o privadas, que estén siendo demandadas o denunciadas. Por tanto, a los efectos de resolver esa “negativa permanente” de los profesionales de la salud, quien comenta sugiere algunas soluciones:

(i) Partiendo de la premisa de que la ley es la fuente de la autenticidad de los documentos emanado de los particulares, se sugiere aplicar el artículo 35 de la Ley del Ejercicio de la Medicina que dota de autenticidad a los documentos emanados del médico en el ejercicio de su profesión, ya sean que laboren en entidades de salud públicas o privadas, y, en consecuencia, estos documentos gocen de presunción de certeza en cuanto a su contenido y a su autoría.

(ii) Por otra parte, *bajo el régimen actual*, ante la negativa del médico de acudir al Tribunal a ratificar mediante la prueba testimonial aquellos documentos que emitió en el ejercicio de su profesión, la parte podría solicitar la prueba de informes establecida en el artículo 433 del Código de Procedimiento Civil a los efectos de que el Tribunal oficie a Historias Médicas de la institución respectiva y este informe sobre los particulares señalados por el Tribunal. Claro está, esta posibilidad tiene como presupuesto la existencia de Historias Médicas donde el médico en cuestión almacene los documentos. Por lo general son las clínicas, hospitales o entidades de salud, más o menos grandes, quienes poseen estos archivos.

(iii) Y, por último, de acuerdo al artículo 178 del Código de Deontología Médica la parte puede solicitar al Tribunal que practique una inspección ocular, ya sea judicial o extrajudicial, en las Historias Médicas de la institución respectiva a los fines de dejar constancia del contenido de un expediente determinado. Además, es criterio de quien comenta, que esta disposición también se aplica a un eventual retardo perjudicial.

3.5. EFICACIA PROBATORIA BAJO EL RÉGIMEN ACTUAL

Bajo el régimen actual establecido por el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil y los mencionados criterios de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, la eficacia

probatoria del documento emanado del médico en el ejercicio de su profesión varía de acuerdo a la naturaleza pública o privada de la institución en donde labore y la forma en que dicha información ha sido traída al juicio. En este sentido, existen varios supuestos a saber:

(i) El documento emanado del médico que trabaja en una institución de salud pública y que lo ha dictado en el ejercicio de su profesión tiene carácter de documento administrativo y está revestidos de una presunción *iuris tantum*, vale decir: se presume cierto salvo prueba en contrario. Su oportunidad y forma de promoción, contradicción, control y valoración es la misma del documento administrativo.

(ii) El documento emanado del médico que trabaja en una institución de salud privada, y que ha sido dictado en el ejercicio de su profesión, debe ser promovido como prueba documental y ratificado mediante la prueba testimonial. El juez debe valorar la prueba testimonial de acuerdo al artículo 508 *eiusdem* y, con base a ello, establecer su valor probatorio. Asimismo, el control de la prueba se ejerce en la deposición del testigo, por los medios establecido en la ley.

(iii) Ante la negativa del médico que trabaja en una institución de salud privada de acudir al Tribunal a ratificar el contenido del documento que ha emitido por medio de la prueba testimonial, como ya fue indicado, de conformidad con el artículo 433 *eiusdem*, la parte puede solicitar al Tribunal oficie a Historia Médicas o el Archivo Central de la institución de salud y solicitar copias o información específica de los hechos litigiosos que estén en esos archivos. En este caso, el juez debe valorar los informes o copias recibidas de acuerdo a la sana crítica.

(iv) Por último, en el mismo supuesto anterior, de conformidad con el artículo 178 del Código de Deontología Médica, la parte puede solicitar una inspección ocular sobre la información de un paciente en específico ubicado en Historias Médicas. En este caso, el juez debe valorar la inspección ocular – sea judicial, extrajudicial o practicada en un procedimiento de retardo perjudicial – de acuerdo a la sana crítica.

CONCLUSIONES

El documento privado emanado de terceros es una prueba compleja que requiere de dos momentos para surtir efectos en el proceso. Siendo así, de acuerdo a lo establecido en el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil, requiere la promoción del documento y la posterior ratificación por medio de la prueba testimonial. Además, es criterio de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia que la ratificación del documento privado por parte del tercero debe ser valorada de acuerdo a la regla de valoración de la prueba testimonial establecida en el artículo 508 *eiusdem*.

Por otra parte, el documento emanado del médico en el ejercicio de sus funciones goza de autenticidad por disposición expresa de la ley. En efecto, el artículo 35 de la Ley del Ejercicio de la Medicina otorga autenticidad a los documentos que produzca el médico en el ejercicio de su profesión. Sin embargo, dicho artículo carece de eficacia jurídica debido a que la jurisprudencia y la doctrina han sido contestes en la opinión de que no sea aplicado hasta tanto sea dictado el Reglamento de la mencionada ley.

A criterio del autor, dicho artículo ha de ser aplicado bajo el prisma de la Constitución de 1999 y ante el retardo, por décadas, en dictar el Reglamento de la ley. Su aplicación ordenaría, tanto lógica como jurídicamente, el tratamiento dado por la jurisprudencia a la valoración del documento emanado del médico en ejercicio de su profesión.

En este sentido, el vacío dejado por la comentada norma ha llevado a la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia a aplicar criterios que desnaturalizan la esencia de esa documental. Inicialmente, ubicó al documento emanado del médico dentro de la categoría genérica del documento privado emanado de tercero y concibió su régimen en los artículos 431 y 508 del Código de Procedimiento Civil.

Luego, a partir del año 2009, la Sala trató como documento administrativo al documento emanado del médico que laboran en instituciones públicas de salud. Sin embargo, en ese último criterio se critican las falacias en que incurre la Sala al motivar esa decisión, así como el criterio de distinción y la dualidad de roles, tanto público como privado, que tienen los médicos.

Quien comenta sostiene que la solución más feliz y lógica es hacer valer el contenido del artículo 35 de la Ley del Ejercicio de la Medicina y dotar de autenticidad a todo documento emanado

del médico en el ejercicio de su profesión, sin distinción de que lo haga en una institución de salud de naturaleza pública o privada.

Asimismo, *bajo el régimen actual*, se puede hacer valer el contenido del documento privado emanado del médico por medio de la prueba de informes dirigida a Historias Médicas del centro de salud que trate (*ex artículo 431*) o realizar una inspección ocular en Historias Médicas, de acuerdo al contenido del artículo 178 del Código de Deontología Médica.

Por último, se concluye en la necesidad de que la jurisprudencia y futuras leyes o reformas legislativas, tomen en cuenta la especialidad de las documentales emanadas de médicos en el ejercicio de su profesión. De hecho, dichas documentales no pueden tener un trato similar a cualquier documental emanada de terceros. Por el contrario, tiene características propias – por el conocimiento que tiene su autor – que hace necesario un tratamiento especial que reconozca su autenticidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Devis Echandia, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalia Editor, 1972.

Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia. «Certificar». Acceso el 02 de abril de 2018. <http://dle.rae.es/?id=8OVdkYW>.

Hernández Merlanti, Luis Alfredo. «La autenticidad proveniente de los particulares sin intervención de funcionario público». *Revista de Derecho Probatorio*, n° 5 (1995): 215-316.

Mattirolo, Luis. *Tratado de Derecho Judicial Civil*. Tomo III. Madrid: Editorial Reius, S.A., 1934.

Rengel Romberg, Arístides. *Tratado de derecho procesal civil venezolano: según el nuevo código de 1987. Tomo III, Del Procedimiento Ordinario*. Caracas: Organización Gráfica Capriles, 2001.

DERECHO DEL TRABAJO

DON QUIJOTE, SANCHO PANZA Y EL TEST DE LABORALIDAD

Carlos Reverón Boulton

Resumen

A partir de la relación entre derecho y literatura, nos proponemos revelar la naturaleza de la relación que vinculó a don Quijote con su escudero, mediante la utilización del test de laboralidad que implementó la Sala de Casación Social desde el 2002, con el objeto proponer una aplicación alternativa de ese test al modo en que ha venido siendo empleado por parte de la jurisdicción laboral.

Palabras clave: Derecho y literatura, don Quijote, indicadores, presupuestos, relación de trabajo.

Abstract

Based on the interaction between law and literature, we set out to reveal the true nature of the relationship between don Quixote and his squire by virtue of the labor law standard developed and implemented by the Social Cassation Chamber of the Venezuelan Supreme Court since 2002, in an attempt to come up with an alternative approach to the traditional application of such standard as applied by labor law courts.

Keywords: law and literature, don Quixote, indicators, assumptions, working relationship.

INTRODUCCIÓN.

El objeto del presente estudio es revelar la verdadera naturaleza de la relación que unió a don Quijote con Sancho Panza, atendiendo al derecho venezolano. Concretamente, según lo establecido en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras (en adelante “LOTTT”) y el test de laboralidad que introdujo la Sala de Casación Social a partir de la decisión N° 489 del 13 de agosto de 2002 (caso: *Mireya Beatriz Orta de Silva*).

Ese test de dependencia tiene por objeto revisar si los presupuestos propios de la relación de trabajo, a saber: prestación de servicio personal, dependencia o subordinación y remuneración³⁰¹ se encuentran presentes en aquellos casos dudosos (zonas grises), esto es, en los que no se puede determinar fácilmente si la relación existente puede ser considerada como una protegida por el Derecho Laboral.

Ese examen contiene una serie de indicios para determinar en cada caso concreto si la prestación de servicio personal cumple de manera concurrente con los tres presupuestos arriba indicados. Debe tenerse presente que en la Recomendación 198 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) de 2006 se sugiere la utilización de indicadores para determinar la existencia de una relación de trabajo, pues expresamente se indicó en esa Recomendación que “Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo”.

Particularmente, el referido test fue desarrollado por Arturo S. Bronstein en una ponencia relativa al proyecto de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación, la cual fue estudiada por la Conferencia de la OIT entre los años de 1997 y 1998. La Sala de Casación Social comenzó a utilizarlo para determinar cuándo una persona realiza un trabajo en favor de otra. Los indicios ahí establecidos fueron ampliados o complementados por esa Sala en la referida decisión³⁰².

³⁰¹ Artículos 53, 54 y 55 de la LOTTT.

³⁰² *Vid.*: Ekmeiro (2013).

Téngase en cuenta que, aunque la intención inicial era aplicar esa técnica en los casos difíciles, la realidad es que se utiliza en toda controversia donde se discuta si existió una relación de trabajo.

Como se expresó anteriormente, el test de laboralidad consiste en evaluar -a través de esos indicios- si los presupuestos de la relación de trabajo están presentes en determinada prestación de servicio. Concretamente, se trata de los siguientes indicadores:

- a) Forma de determinar el trabajo;
- b) Tiempo de trabajo y otras condiciones de trabajo;
- c) Forma de efectuarse el pago;
- d) Trabajo personal, supervisión y control disciplinario;
- e) Inversiones, suministro de herramientas, materiales y maquinaria;
- f) Asunción de ganancias o pérdidas por la persona que ejecuta el trabajo o presta el servicio, la regularidad del trabajo, la exclusividad o no para la usuaria;
- g) La naturaleza jurídica del pretendido patrono;
- h) De tratarse de una persona jurídica, examinar su constitución, objeto social, si es funcionalmente operativa, si cumple con cargas impositivas, realiza retenciones legales, lleva libros de contabilidad, etc.;
- i) Propiedad de los bienes e insumos con los cuales se verifica la prestación de servicio;
- j) La naturaleza y *quantum* de la contraprestación recibida por el servicio, máxime si el monto percibido es manifiestamente superior a quienes realizan una labor idéntica o similar; y
- k) Aquellos propios de la prestación de un servicio por cuenta ajena³⁰³.

Tales indicios no sólo sirven para revelar la existencia de los tres presupuestos de la relación de trabajo arriba apuntados, pues también se introdujo un nuevo elemento indicativo de la presencia de

³⁰³ Los presupuestos indicados en los literales g y h no se analizarán, dado que se trata de una persona natural y porque estimamos que éstos sólo tienen sentido para determinar el encubrimiento de una relación de trabajo o si existió fraude.

una relación laboral, como lo es la ajenidad, que de manera particular ayuda a evidenciar si la subordinación o dependencia estuvo presente en la prestación de servicio que se examina³⁰⁴.

Desde que comenzó a examinarse a las relaciones de trabajo de ese modo, la Sala de Casación Social ha debido ponderar y determinar la importancia de cada uno de los indicios, así como, señalar cuál presupuesto evidencia cada indicador, para que la utilización del test cobrara más sentido y de seguridad a todos los operadores jurídicos. De ese modo, la implementación que aquí se propone es alternativa al modo tradicional que de manera reiterada estila los tribunales que conforman la jurisdicción laboral.

Ese haz de indicadores se aplicará a la prestación de servicio personal de Sancho Panza, de manera que el análisis servirá para que estudiantes de derecho y abogados aprendan cómo determinar si una relación dudosa tiene naturaleza laboral, gracias a la utilización de ese test y de la especial relación que existe entre el derecho y la literatura, a la que brevemente nos referiremos de seguidas:

I. DERECHO Y LITERATURA

Tal y como indica Pellegrino (2011, p. 32 y 33), la relación entre literatura y derecho ha sido estudiada desde tres perspectivas, a saber: el derecho como literatura, el derecho de la literatura y el derecho en la literatura. El derecho *como* literatura, establece la posibilidad de interpretar literariamente la ciencia jurídica, tal y como ha venido desarrollándose académicamente en el derecho norteamericano, en donde se compara el derecho a la literatura en lo que se refiere al papel de la retórica, la función de la narrativa y la noción de interpretación, a través de un alcance narrativo de lo jurídico debido a la importancia que tienen en el derecho los principios establecidos en la Constitución y la jurisprudencia creadora de derecho. El derecho *de* la literatura, se encarga de los temas relacionados a la libertad de expresión, la historia de la censura desde la óptica jurídica y el derecho de propiedad sobre creaciones intelectuales y su sistema punitivo. El derecho *en* la literatura, ha sido impulsada desde Europa y sugiere el empleo de este arte de la expresión verbal en el que se evidencien

³⁰⁴ Para un mejor y profundo entendimiento del tema recomendamos la lectura de Carballo (2016).

elementos jurídicos para coadyuvar en el entendimiento del derecho a través de la imaginación. Es esta última relación la que sirve de base a este estudio.

Interdisciplinar el derecho con el arte es relevante por las siguientes razones indicadas por Salazar (2015, p. 8): “...los métodos tradicionales tienden a la mera transmisión teórica de conocimientos y al análisis de los problemas jurídicos desde las categorías formales del Derecho, dejando poco espacio para la reflexión crítica, las propuestas alternativas y creadoras, así como para la indagación no tanto sobre la letra de la ley sino sobre su espíritu”.

Aunque existan quienes sostengan que literatura y derecho son mundos opuestos, la verdad es lo contrario: son esferas íntimamente relacionadas en tanto y en cuanto ambas dependen de los hechos para desarrollarse. El derecho depende de los hechos para ser aplicado a través de su interpretación. La literatura a través de los hechos desarrolla una historia -que a estos efectos- interesa que sean historias que toquen temas jurídicos que ayuden a comprender mejor el mundo de las instituciones jurídicas.

Para lograr lo anterior, surge la necesidad de saber insertar el derecho en el contexto social en el que se desarrolla para poder enseñar a comprender el sentido y función que le atribuimos, lo cual ayudará a lograr una interpretación más cercana a los estudiantes, al conocimiento de esta ciencia, no sólo como derecho positivo, sino también como un acercamiento a la teoría de la argumentación tan fundamental en la formación de los abogados.

La profesora Pellegrino (2014) sostiene que el derecho no sólo se trata de normas jurídicas, sino que además es una realidad compleja que se relaciona con otros fenómenos y que por tanto no se trata de algo aislado. Afirma que la literatura es una herramienta que puede servir para la comprensión del derecho, lo que logrará que los juristas tengan una formación integral de la realidad, cuestión que plantea como una necesidad.

Existen muchos ejemplos de cómo obras literarias ayudan a comprender esta ciencia jurídica gracias a la expresión literaria, tal y como sucede con *El Mercader de Venecia*, de William Shakespeare (1600); *El proceso*, de Franz Kafka (1925); *Doña Bárbara*, de Rómulo Gallegos (1929);

Sostiene Pereira, de Antonio Tabucchi (1995); y El cuento de la isla desconocida, de José Saramago (2006), entre muchas otras.

En definitiva, las historias que transmitan aspectos relativos al derecho ayudan a lograr evidenciar la relatividad de la verdad que encierra el derecho, son un vehículo que puede mostrar todos los problemas jurídicos como: la noción de justicia, el papel de los jueces y tribunales, los derechos de los ciudadanos, la discriminación, la libertad de expresión, entre otros.

II. DON QUIJOTE DE LA MANCHA Y DERECHO

La obra Don Quijote de la Mancha es quizás uno de los clásicos universales más importantes de la humanidad, fue escrito por Miguel de Cervantes Saavedra y publicado en dos partes: la primera en 1605 y la segunda en 1615.

El atractivo de la novela, para nosotros los abogados, va más allá de que sea amena y divertida, pues en ella se tocan temas relacionados con el derecho -no solo el Derecho Laboral- ya que se observan referencias a la administración de justicia, Derecho Penal, Derecho Privado y Derecho de Familia y Sucesiones, pero principalmente recalca la noción de justicia, lo que para don Quijote constituía un fin en la vida y para lo cual se sentía útil, para ello ofrecía su brazo y su persona.

Muestra de lo anterior se puede observar en los consejos que le dio a su escudero cuando tomó posesión del gobierno de la ínsula Barataria, momento en el que se encargó de expresarle todos sus ideales, como, por ejemplo: una sana administración de justicia, la dignidad humana, la equidad como pilar fundamental de la justicia, igualdad ante la ley y la proporcionalidad de las penas que se impongan³⁰⁵.

³⁰⁵ Los consejos contenidos en las páginas 564 y 565 reflejan lo descrito.

En relación con lo hasta aquí expuesto, Barreiro (2007, p. 2), afirma que “La omnipresencia de lo jurídico en la obra literaria de Cervantes ha llevado siempre a los estudiosos a preguntarse si Cervantes fue o no jurisperito”.

Precisamente, don Quijote es un gran ejemplo de una obra que sirve para explicar cómo había sido concebido el derecho en una época determinada. Con ello se puede aplicar el modelo metodológico³⁰⁶ propuesto por Botero (2007) y que consiste en convocar los discursos jurídicos que estudian la obra literaria como una alternativa metodológica. Ejemplo de ello, sería la utilización de las obras literarias de un momento determinado para indagar acerca de lo jurídico en una época determinada a partir de la narración, es decir, es una reconstrucción de la memoria forense. En este caso la literatura es utilizada como un método de acceso al objeto de investigación y no solamente como una forma de exposición, de manera tal que las reflexiones surgen directa y necesariamente de la obra y del estudio que sobre ella se hizo.

Concretamente, el verdadero valor de la obra -desde el punto de vista jurídico- es el de exponer al abogado una visión de la realidad relacionada con los temas jurídicos expuestos, sus antinomias, contradicciones y una abundante casuística relacionada con el derecho y la justicia que en todo momento pueden considerarse actuales.

La novela de Cervantes refleja un mundo jurídico que va más allá del derecho positivo y que pueden ser traspoladas a cualquier época, sirven para entender el derecho medieval y para que el abogado aumente sus conocimientos jurídicos por tratarse de situaciones imperecederas, en donde la rectitud y el acatamiento a la ley se erigen como un valor fundamental junto a la justicia. Sobre ello, Botero (2009, p. 52) expresa que esa obra “Es una expresa analogía entre las leyes de caballería³⁰⁷ y las normas de conducta, entre el caballero y el justiperito, uno y otro obligados, a instancias de lo primero, en fungir como modelos sociales manteniendo incólume las disposiciones de sus respectivos oficios que, ante todo, constituyen verdaderos códigos de conducta...”.

³⁰⁶ En la obra que nos referimos de Botero, el autor indaga sobre una relación más amplia a la tradicionalmente expuesta del derecho *en, de y como* literatura.

³⁰⁷ Escovar (2016, p. 84) nos recuerda que “...Alonso Quijano se pasaba las noches leyendo y pasa a literalizar sus lecturas y por eso, cree que lo que ha leído en los libros de caballería corresponde a la verdad histórica. A partir de allí, Cervantes desarrolla una parodia de los libros de caballería para, por medio de esta parodia, enaltecer el código moral caballeresco”.

En definitiva, abogados y estudiantes profundizarán sus conocimientos del derecho a través del mundo imaginario descrito por el autor, para que de ese modo puedan alcanzar nuevas interpretaciones alejados de la tradicional enseñanza.

III. APLICACIÓN DEL TEST DE LABORALIDAD

A continuación, se aplicará el test de laboralidad con el objeto de estudiar y determinar la verdadera naturaleza del servicio prestado por Sancho Panza en favor de don Quijote, siempre y cuando concurren los presupuestos propios de la relación de trabajo. A tal efecto, se observa lo siguiente:

1. Prestación de servicio personal

Sancho Panza antes de embarcarse en las aventuras de su señor don Quijote era simplemente su vecino, un campesino que desconocía la locura de Alonso Quijano y en qué consistía la loable función que en favor de la justicia prestaba ese caballero andante, toda vez que ese servicio que llevaba a cabo su amo tiene como fuente de inspiración las novelas de caballería a las que no tenía acceso su escudero y que, por ende, no había leído por ser analfabeta y por ignorar su existencia, de modo que no sabía a qué atenerse.

Ahora bien, de manera concreta don Quijote y Sancho Panza comenzaron a relacionarse del modo que sigue:

“En este tiempo solicitó don Quijote a un labrador vecino suyo, hombre de bien, si es que este título se puede dar al que es pobre, pero de muy poca sal en la mollera. En resolución, tanto le dijo, tanto le persuadió y prometió, que el pobre villano se determinó de salirse con él y servirle de escudero.

Decíale, entre otras cosas, don Quijote, que se dispusiese a ir con él de buena gana, porque tal vez le podía suceder aventura que ganase, en quítame allá esas pajas, alguna ínsula, y le dejase a él por gobernador de ella. Con estas promesas y otras tales, Sancho

Panza, que así se llamaba el labrador, dejó su mujer e hijos y asentó por escudero de su vecino. Dio luego don Quijote orden en buscar dineros, y, vendiendo una cosa y empeñando otra y malbaratándolas todas, llegó una razonable cantidad. Acomodose asimismo de una rodela que pidió prestada a un su amigo, y, pertrechando su rota celada lo mejor que pudo, avisó a su escudero Sancho del día y la hora que pensaba ponerse en camino, para que él se acomodase de lo que viese que más le era menester. Sobre todo le encargó que llevase alforjas; él dijo que sí llevaría, y que asimismo pensaba llevar un asno que tenía muy bueno, porque él no estaba duecho a andar mucho a pie. En lo del asno reparó un poco don Quijote, imaginando si se le acordaba si algún caballero andante había traído escudero caballero asnalmente, pero nunca le vino alguno a la memoria; mas con todo esto determinó que le llevase, con presupuesto de acomodarle de más honrada caballería en habiendo ocasión para ello, quitándole el caballo al primer descortés caballero que topase” (p. 74 y 75).

Producto de la prestación de servicio personal de Sancho Panza hacia don Quijote se desprende la presunción de laboralidad de la misma, ello a tenor de lo establecido en el artículo 53 de la LOTTT³⁰⁸ y es por ese motivo que se justifica la utilización del test de laboralidad a esta relación *sui generis*.

Como consecuencia de lo anterior, el primer presupuesto para afirmar la naturaleza del vínculo laboral se cumple de manera concreta, lo que a su vez hace de suyo que sea necesario revisar el resto de los indicios, de modo que se pueda concluir si la presunción de la norma antes indicada queda confirmada a partir de la *realidad*.

2. Subordinación

La subordinación es la dependencia de un trabajador respecto a su patrono, por lo que queda sometido a éste. En concreto, el trabajador dependiente es aquél que no puede organizar su actividad libremente y que, por tanto, no puede determinar su horario y su jornada, de allí que esa noción sea el núcleo esencial de la definición de trabajador, debido a que éste se somete a un poder de dirección que fija desde su horario hasta el lugar donde presta el servicio y la función que debe realizar (Velasco,

³⁰⁸ Artículo 53: “Se presumirá la existencia de una relación de trabajo entre quien preste un servicio personal y quien lo reciba. Se exceptuarán aquellos casos en los cuales, por razones de orden ético o de interés social, se presten servicios a la sociedad o a instituciones sin fines de lucro, con propósitos distintos a los planteados en la relación laboral”.

2011, p. 126). De la subordinación se desprende el poder de organización que detenta el patrono o beneficiario, así como, la facultad de supervisión y disciplina.

Veamos cuáles indicadores del test de laboralidad conllevan a descubrir si este presupuesto se manifestó en el vínculo jurídico objeto de análisis.

a. Forma de determinar el trabajo

Bien es sabido que el oficio de escudero supone la necesidad de un caballero a quién servir, quien en este caso en particular indicaba las tareas por hacer y las obligaciones de Sancho Panza conforme así lo entendía de acuerdo con su imaginación, necesidades del momento y lo leído en sus novelas de caballería.

La principal labor consistía en siempre tener preparado a Rocinante³⁰⁹, así como, las armas de su señor en aquellos casos en que se determinaba a entrar a batalla. Sin embargo, las funciones no estaban claramente determinadas de antemano.

Es sólo antes de la tercera salida de don Quijote (segunda con Sancho Panza), mientras acordaba con su escudero la forma de pago por sus servicios y aprovechando que su vecino Sansón Carrasco se ofreció a realizar esa actividad, que don Quijote afirmó qué debía hacer un escudero. En esa oportunidad señaló que su ayudante tenía que estar sano, ser ágil, callado, dispuesto a sufrir los embates del ambiente, el hambre y la sed³¹⁰, de manera que las obligaciones eran absolutamente indeterminadas y sujetas a la voluntad del caballero.

Por ejemplo, luego de ese episodio y, sin haber quedado establecido, un buen escudero tenía que socorrer a su señor cuando cayera en el campo de batalla³¹¹, pero esto último se observó debido a una puntual necesidad.

³⁰⁹ Pp. 137 y 325.

³¹⁰ P. 400.

También cuando salieron de la casa de don Diego se puede observar, de los lamentos de Sancho Panza, que pasar hambre es parte del servicio (p. 454).

³¹¹ P. 417.

Respecto al silencio del escudero, Sancho Panza tenía prohibido hablarle a su señor, cuestión que siempre incumplió³¹² y que incluso el Caballero de los Espejos se vio en la necesidad de recordárselo³¹³. No obstante ello, Sancho pensaba que era obligación suya advertir cuándo debía don Quijote evitar los peligros de las empresas que estaba determinado cometer³¹⁴, de manera que, ante esas y otras circunstancias, el silencio afortunadamente no era una obligación que asumiera, pues se nos hubiese privado de las divertidas conversaciones entre el caballero y su ayudante.

Precisamente, durante el enfrentamiento entre don Quijote y ese caballero, Sancho Panza se enteró -sobrevenidamente- que en esos casos los escuderos debían luchar entre sí³¹⁵.

La historia muestra que lo dicho por don Quijote respecto a las funciones del escudero no eran las únicas obligaciones que se derivaban de ese oficio, ya que en una oportunidad en la que varios amigos del pueblo de don Quijote lo habían engañado haciéndole creer que iba a socorrer a la inexistente princesa Micomicona, lo apresaron en una carreta para llevarlo a su casa y así intentar que se curara de su locura, razón por lo cual el criado se ofreció a liberarlo a cambio de que si el supuesto encantamiento que lo apresó no terminaba, él sufriría la pena con su amo³¹⁶.

Muestra de lo anterior también se observa en la oportunidad en la que determinó que Sancho lo acompañara a luchar en contra de Malambruno³¹⁷, para así poder deshacer el supuesto hechizo que

³¹² Debido a esa prohibición, ocurrió la siguiente conversación entre caballero y escudero: “—Si vuestra merced tuviera buena memoria —replicó Sancho—, debiérase acordar de los capítulos de nuestro concierto antes que esta última vez saliésemos de casa; uno dellos fue que me había de dejar hablar todo aquello que quisiese, con que no fuese contra el prójimo, ni contra la autoridad de vuesa merced, y hasta agora me parece que no he contravenido contra el tal capítulo. —Yo no me acuerdo, Sancho —respondió don Quijote—, del tal capítulo, y puesto que sea así, quiero que calles y vengas; que ya los instrumentos que anoche oímos vuelven a alegrar los valles, y sin duda los desposorios se celebrarán en el frescor de la mañana y no en el calor de la tarde” (p. 460-461).

³¹³ “—Nunca he visto yo escudero —replicó el del Bosque— que se atreva a hablar donde habla su señor; a lo menos, ahí está ese mío, que es tan grande como su padre, y no se probará que haya desplegado el labio donde yo hablo” (p. 423).

³¹⁴ “—Si vuestra merced se enoja —respondió Sancho—, yo callaré y dejaré de decir lo que soy obligado como buen escudero, y como debe un buen criado decir a su señor” (p. 324).

³¹⁵ P. 429.

³¹⁶ P. 339.

³¹⁷ P. 556.

recayó sobre la Condesa Trifaldi. Así entonces, el poder de dirección del caballero hacia su criado se observa en que éste podía ordenarle a hacer lo que las circunstancias obligaran³¹⁸.

b. Tiempo de trabajo y otras condiciones

Desafortunadamente, la historia no da cuenta del tiempo durante el cual Sancho Panza sirvió a don Quijote. Sin embargo, al final de la primera salida de ambos, Sancho afirmó que llevaban ocho meses juntos³¹⁹. Es preciso indicar que en ese momento expresó el dolor que para él supone creer a su señor muerto, pues por un golpe que recibió el caballero se pensaba que su vida no continuaría³²⁰.

Ya se mencionó en el aparte anterior que dentro de las condiciones de trabajo, el escudero, al igual que el hidalgo, se veía sometido a pasar hambre³²¹ mientras deambulaban por España buscando aventuras y desafortunados a quienes socorrer, pero no sólo debían sufrir hambre, pues tal y como comenta Sancho “—Esta parte de queso y pan que os doy —respondió Sancho—; que Dios sabe si me ha de hacer falta o no, porque os hago saber, amigo, que los escuderos de los caballeros andantes estamos sujetos a mucha hambre y a mala ventura, y aun a otras cosas que se sienten mejor que se dicen”³²², de manera tal que la vida del escudero y su labor quedaba atada casi de manera indisoluble a los designios del Caballero de la Triste Figura.

La prestación de servicio debía desarrollarse necesariamente en el lugar en el que don Quijote se encontrara, por lo que se trataba de una suerte de centro de trabajo en constante movimiento

³¹⁸ Más ejemplos de esto se observarán a lo largo del presente estudio.

³¹⁹ Se presume que la indicación de ese tiempo es un descuido de Cervantes, pues tal y como indica De los Ríos (1863) la segunda salida inició el 17 de agosto y culminó el 2 de septiembre, es decir, tuvo una duración de diecisiete días; por su parte, la tercera salida tuvo una duración de ochenta y siete días, ya que salió el 3 de octubre y volvió el 29 de diciembre. Téngase en cuenta que entre ambas salidas transcurrió un total de treinta y un días.

³²⁰ P. 354.

³²¹ A propósito del hambre, en una oportunidad el escudero dijo lo siguiente: “—Saco la mía —dijo Sancho— que yo a aquel arroyo me voy con esta empanada, donde pienso hartarme por tres días; porque he oído decir a mi señor don Quijote, que el escudero de caballero andante ha de comer cuando e le ofreciere, hasta no poder más, a causa que se les suele ofrecer entrar acaso por una selva tan intrincada, que no aciertan a salir della en seis días, y si el hombre no va hartado, o bien proveídas las alforjas, allí se podrá quedar, como muchas veces se queda, hecho carne momia” (p. 347).

³²² P. 226.

“...atravesando montes, escudriñando selvas, pisando peñas, visitando castillos, alojando en ventas a toda discreción...”³²³.

c. Trabajo personal, supervisión y control disciplinario

El servicio del escudero era sin lugar a dudas personalísimo, nadie distinto a Sancho Panza realizó esa labor en favor de don Quijote, así como tampoco, éste último contaba con un ayudante que le asistiera para desarrollar las tareas que le eran propias.

Si bien es cierto que no se observa una supervisión sobre cómo se efectuaba la actividad, la historia sí relata diversos episodios de control disciplinario. En tal sentido, por burlarse del caballero le pegaron dos golpes³²⁴, castigo que se repitió idéntico cuando el escudero irrespetó a la venerada Dulcinea³²⁵. También la disciplina consistió en obligarle a que se retirara de la presencia de su amo³²⁶ y amonestaciones verbales por imprudencia³²⁷ o por no guardar silencio³²⁸.

d. Regularidad del trabajo y exclusividad

El oficio de caballero que realizó don Quijote, de acuerdo con la novela, se desarrolló en tres salidas; la primera de ellas sólo, mientras que las dos últimas fueron con Sancho Panza. Durante esas dos salidas, el escudero sirvió ininterrumpida y, exclusivamente, al Caballero de la Triste Figura³²⁹.

³²³ Sancho Panza, p. 356.

³²⁴ P. 142.

³²⁵ P. 218.

³²⁶ “—¡Oh bellaco villano, mal mirado, descompuesto, ignorante, infacundo, deslenguado, atrevido, murmurador y maldiciente!; ¿tales palabras has osado decir en mi presencia y en la destas ínclitas señoras? Y ¿tales deshonestidades y atrevimientos osaste poner en tu confusa imaginación? ¡Vete de mi presencia, monstruo de naturaleza, depositario de mentiras, almario de embustes, silo de bellaquerías, inventor de maldades, publicador de sandeces, enemigo del decoro que se debe a las reales personas! ¡Vete: no parezcas delante de mí, so pena de mi ira!” (p. 325).

³²⁷ Pp. 270 y 502.

³²⁸ Pp. 143 y 641.

³²⁹ Entre ambas salidas juntos transcurrieron treinta y un días, tal y como se explicó en la nota 19.

Vale la pena señalar que el escudero no se debía entrometer en la lucha entre caballeros andantes sin ser nombrado primero como tal. Sólo podía probar su valor con gente corriente como él si fuesen ofendidos³³⁰, por lo que era potestativo actuar *motu proprio* en ciertas ocasiones³³¹.

3. Ajenidad

La ajenidad como elemento característico de las relaciones de trabajo ayuda a delimitar cuáles interesan al Derecho Laboral, protegiendo al trabajador cuando es ajeno a los medios, riesgos y frutos obtenidos por su servicio.

La Sala de Casación Social ha señalado que las características de este presupuesto son “1. Que el costo del trabajo corra a cargo del empresario. 2. Que el resultado del trabajo se incorpore al patrimonio del empresario y 3. Que sobre el empresario recaiga el resultado económico favorable o adverso, sin que el trabajador se vea afectado por el mismo”³³².

Téngase en cuenta que el artículo 35 de la LOTT³³³, al referirse al trabajador dependiente, no contempla la ajenidad, de manera que su inclusión como elemento que lo diferencia del independiente ha sido fijado jurisprudencialmente.

En concreto, la ajenidad supone la inserción del trabajador a un sistema productivo organizado por el beneficiario, por lo que la subordinación emana de ésta y por ello se explica el deber de obediencia hacia el patrono, ya que él es quien asume los riesgos (Carballo, citado por Ekmeiro, 2013).

³³⁰ “—Aquí —dijo en viéndole don Quijote— podemos, hermano Sancho Panza, meter las manos hasta los codos en esto que llaman aventuras. Mas advierte que, aunque me veas en los mayores peligros del mundo, no has de poner mano a tu espada para defenderme, si ya no vieres que los que me ofenden es canalla y gente baja, que en tal caso bien puedes ayudarme; pero, si fueren caballeros, en ninguna manera te es lícito ni concedido por las leyes de caballería que me ayudes hasta que seas armado caballero” (p. 78). Ello también se puede observar en la página 109.

³³¹ “—Ahora sí —dijo don Quijote—, has dado, Sancho, en el punto que puede y debe mudarme de mi ya determinado intento. Yo no puedo ni debo sacar la espada, como otras veces muchas te he dicho, contra quien no fuere armado caballero. A ti, Sancho, toca, si quieres tomar la venganza del agravio que a tu rucio se le ha hecho; que yo desde aquí te ayudaré con voces y advertimientos saludables” (p. 418).

³³² Sentencia N° 788 del 26 de septiembre de 2013 (caso: *Herbert Cerqueira de Souza*).

³³³ Artículo 35: “Se entiende por trabajador o trabajadora dependiente, toda persona natural que preste servicios personales en el proceso social de trabajo bajo dependencia de otra persona natural o jurídica. La prestación de su servicio debe ser remunerado”.

Señalado lo anterior, toca ahora analizar si los indicadores que desvelan este presupuesto se observan de manera particular en el servicio bajo estudio.

a. Inversiones, suministro de herramientas, materiales y maquinaria

Relata la novela que antes de la segunda salida don Quijote vendiendo y empeñando algunos de sus bienes consiguió dinero para emprender su viaje de aventuras³³⁴. También previo a la tercera salida, el caballero dio a su escudero dinero para los gastos en que podrían incurrir³³⁵.

En el pasaje de la obra en que ambos estaban internados en Sierra Morena huyendo de la Santa Hermandad, nuestro hidalgo tuvo la intención de vender tres pollinos³³⁶ a través de Sancho para conseguir más dinero. El escudero llevaba una nota a casa de don Quijote con el fin señalado, aprovechando que iba a entregar una carta de amor a Dulcinea. Sin embargo, no cumplió con esas tareas, toda vez que al verlo los amigos de su señor (el barbero y el cura) lo convencieron para que ayudase a que -mediante engaño- Alonso Quijano retornara a su casa para intentar que se curara de la locura que padecía³³⁷.

Por otra parte, es importante señalar que el jumento en el que se trasladaba Sancho Panza era de su propiedad, aunque el Caballero de la Triste Figura tenía la intención de darle un caballo que ganase en alguna justa³³⁸.

b. Asunción de ganancias o pérdidas por la persona que ejecuta el trabajo o presta el servicio

La actividad de un caballero andante -como don Quijote- no tenía carácter productivo y, por ende, no estaba sujeto a ganancias o pérdidas calculadas en dinero, su principal labor consistía en

³³⁴ P. 74.

³³⁵ P. 401.

³³⁶ P. 180.

³³⁷ Más arriba se explicó que la treta que utilizaron para llevarlo a su casa, apresado en una carreta, fue indicándole que debía defender a la princesa Micomicona, a la que él incluso le prometió que no actuaría hasta lograr lo que ella pedía.

³³⁸ Pp. 74 y 75.

impartir justicia, favorecer a los desamparados y vengar los infortunios de las personas que podían acudir ante él para contar con su brazo, su espada y su valentía. Sin embargo, en ciertas ocasiones de la obra sí se observa que caballero y escudero se vieron afectados económicamente producto de sus aventuras.

El primer ejemplo de ello se observa cuando don Quijote liberó a los galeotes, por esa hazaña ambos perdieron toda la ropa que traían³³⁹. Téngase en cuenta que por ese valeroso acto fue que tuvieron que huir a Sierra Morena para evitar ser capturados por la Santa Hermandad, tal y como se refirió precedentemente.

El hidalgo y su escudero eran confundidos como un mismo ente. Así, por ejemplo, en la ocasión en la que se fueron sin pagar el servicio de hospedaje que disfrutaron, quien recibió el castigo físico por ello fue Sancho Panza, toda vez que fue *manteado*³⁴⁰ como medida para infringirle un castigo por el incumplimiento de la obligación.

También Sancho Panza tuvo que sufrir pérdidas de lo que él consideraba que le correspondía por la labor de su señor, ya que las albardas del jumento que le habían quitado al barbero propietario del supuesto yelmo de Mambrino tuvieron que ser devueltas³⁴¹.

³³⁹ “Pasamonte, que no era nada bien sufrido, estando ya enterado que don Quijote no era muy cuerdo, pues tal disparate había acometido como el de querer darles libertad, viéndose tratar de aquella manera, hizo del ojo a los compañeros y, apartándose aparte, comenzaron a llover tantas piedras sobre don Quijote, que no se daba manos a cubrirse con la rodela, y el pobre de Rocinante no hacía más caso de la espuela que si fuera hecho de bronce.

Sancho se puso tras su asno, y con él se defendía de la nube y pedrisco que sobre entrambos llovía. No se pudo escurar tan bien don Quijote que no le acertasen no se cuantos guijarros en el cuerpo, con tanta fuerza, que dieron con él en el suelo; y, apenas hubo caído, cuando fue sobre él el estudiante y le quitó la bacía de la cabeza, y dióle con ella tres o cuatro golpes en las espaldas y otros tantos en la tierra, con que la hizo pedazos. Quitáronle una ropilla que traía sobre las armas, y las medias calzas le querían quitar si las grebas no lo estorbaran. A Sancho le quitaron el gabán y, dejándole en pelota, repartiendo entre sí los demás despojos de la batalla, se fueron cada uno por su parte, con más cuidado de escaparse de la Hermandad que temían que de cargarse de la cadena e ir a presentarse ante la señora Dulcinea del Toboso.

Solos quedaron jumento y Rocinante, Sancho y don Quijote; el jumento, cabizbajo y pensativo, sacudiendo de cuando en cuando las orejas, pensando que aún no había cesado la borrasca de las piedras que le perseguían los oídos; Rocinante, tendido junto a su amo, que también vino al suelo de otra pedrada; Sancho en pelota y temeroso de la Santa Hermandad; don Quijote, mohinísimo de verse tan malparado por los mismos a quien tanto bien había hecho” (pp. 157 y 158).

³⁴⁰ Pp. 122 y 123.

³⁴¹ P. 323.

Afortunadamente, no todo fueron pérdidas, ya que -por ejemplo- al salir del castillo de los Duques, en el que ocurrieron las más divertidas situaciones, recibieron doscientos escudos de oro para afrontar los gastos del camino que iban a recorrer³⁴².

c. Aquellos propios de la prestación de un servicio por cuenta ajena

Este indicador se refiere a la inserción del trabajador al sistema productivo o de trabajo, ya que las otras características de este presupuesto han sido tratadas previamente y son las relativas a los riesgos en que incurre el patrono por el ejercicio de su actividad económica.

Ya hemos dicho anteriormente que caballero y escudero a los ojos del mundo eran vistos como un todo, claro está que se trataban de señor y criado, pero de igual forma eran una unidad.

Téngase en cuenta que varias veces Sancho Panza efectuaba labores en nombre del Caballero de la Triste Figura, como por ejemplo: (i) el referido intento fallido de llevar una carta a Dulcinea y una nota a casa de don Quijote; (ii) buscar en el lugar donde se hospedaban los ingredientes necesarios para que el caballero preparara un bálsamo que le aliviara unos golpes que recibió³⁴³; y (iii) azotarse con el objeto de desencantar a Dulcinea y así evitar que siguiera pareciendo una vulgar campesina³⁴⁴.

Creemos que la mejor forma de expresar la existencia de este indicador es a través de las propias palabras de don Quijote, quien al referirse al episodio del *manteamiento* dijo lo siguiente:

“—Quiero decir —dijo don Quijote— que cuando la cabeza duele, todos los miembros duelen, y, así, siendo yo tu amo y señor, soy tu cabeza y tú mi parte, pues eres mi criado, y por esta razón el mal que a mí me toca o tocare, a ti te ha de doler y a mí el tuyo.

—Así había de ser —dijo Sancho—; pero cuando a mi me manteaban como a miembro, se estaba mi cabeza detrás de las bardas, mirándome volar por los aires, sin sentir dolor alguno, y pues los miembros están obligados a dolerse del mal de la cabeza, había de estar obligada ella a dolerse dellos.

³⁴² P. 633.

³⁴³ P. 120.

³⁴⁴ P. 537 y 696-699.

—¿Querrás tú decir agora, Sancho —respondió don Quijote— que no me dolía yo cuando a ti te manteaban? Y si lo dices, no lo digas, ni lo pienses, pues más dolor sentía yo entonces en mi espíritu que tú en tu cuerpo; pero dejemos esto aparte por agora, que tiempo habrá donde lo ponderemos y pongamos en su punto...” (Pp. 379 y 380).

4. Remuneración

La remuneración es el ánimo productivo que motiva al trabajador a prestar el servicio bajo la dirección de otro. Sin embargo, se ha sostenido que es una consecuencia que se desprende de los presupuestos ya estudiados (Caldera, 1972, p. 269).

Según Alfonso-Guzmán (1995, p. 153), la remuneración es la suma de dinero convenida con el patrono y el valor estimado de los bienes que éste haya consentido en transferir la propiedad o el uso en provecho del trabajador y su familia, cuestión que contempla -en esos términos- el artículo 104 de la LOTTT³⁴⁵ al definir lo que debe entenderse por salario.

El test de laboralidad contempla dos indicios dirigidos a evidenciar si ese presupuesto estuvo presente en la relación cuya naturaleza se estudia.

a. Forma de efectuarse el pago

La remuneración por el servicio de escudero había sido desde un principio pactada con la promesa de nombrar a Sancho Panza Gobernador de una isla, ello sería parte de todas las cosas que el

³⁴⁵ Artículo 104: “Artículo. 104. Se entiende por salario la remuneración, provecho o ventaja, cualquiera fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en moneda de curso legal, que corresponda al trabajador o trabajadora por la prestación de su servicio y, entre otros, comprende las comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, sobresueldos, bono vacacional, así como recargos por días feriados, horas extraordinarias o trabajo nocturno, alimentación y vivienda. Los subsidios o facilidades que el patrono o patrona otorgue al trabajador o trabajadora, con el propósito de que éste o ésta obtenga bienes y servicios que le permitan mejorar su calidad de vida y la de su familia tienen carácter salarial.

A los fines de esta Ley se entiende por salario normal, la remuneración devengada por el trabajador o trabajadora en forma regular y permanente por la prestación de su servicio. Quedan por tanto excluidos del mismo las percepciones de carácter accidental, las derivadas de las prestaciones sociales y las que esta Ley considere que no tienen carácter salarial. Para la estimación del salario normal ninguno de los conceptos que lo conforman producirá efectos sobre sí mismo”.

caballero ganaría por su valeroso ímpetu³⁴⁶. Aunque en una oportunidad le dijo que bien podía entregarle el reino de Dinamarca o el de Soliadisa, que sólo bastaba que tuviera un poco de paciencia³⁴⁷.

Antes de la segunda salida juntos, Sancho Panza quería que se le pagase un salario fijo³⁴⁸, lo cual fue rechazado por el Hidalgo, pues por los servicios prestados sólo iba a pagar la ínsula prometida y es por ello que se planteó cambiar de escudero y continuar en adelante con Sansón Carrasco³⁴⁹.

Sin embargo, esa promesa no satisfacía en algunos momentos al escudero, ya que en múltiples ocasiones le manifestó al caballero que prefería que se fijase un salario predeterminado por los servicios prestados, por lo cual don Quijote siempre le dijo que en las historias que había leído no conocía que al ayudante del caballero se le pagara un salario, sino que siempre estaba sujeto a recibir una parte de lo ganado en batalla (mercedes)³⁵⁰. En concreto, se llevó a cabo el siguiente diálogo:

“—Está bien cuanto vuestra merced dice —dijo Sancho—, pero querría yo saber, por si acaso no llegase el tiempo de las mercedes y fuese necesario acudir al de los salarios,

³⁴⁶ Así se convino desde un principio previo a la primera salida juntos (pp. 74 y 75).

De hecho, cuando asaltaron a los frailes, Sancho les quitó lo que él consideraba que le correspondía de acuerdo a lo ganado en batalla. En efecto, pasó lo siguiente: “Sancho Panza, que vio en el suelo al fraile, apeándose ligeramente de su asno, arremetió a él y le comenzó a quitar los hábitos. Llegaron en esto dos mozos de los frailes y preguntáronle que por qué le desnudaba; respondióle Sancho que aquello le tocaba a él legítimamente como despojos de la batalla que su señor don Quijote había ganado. Los mozos, que no sabían de burlas, ni entendían aquello de despojos ni batallas, viendo que ya don Quijote estaba desviado de allí hablando con las que en el coche venían, arremetieron con Sancho y dieron con él en el suelo, y, sin dejarle pelo en las barbas, le molieron a coces y le dejaron tendido en el suelo, sin aliento ni sentido; y, sin detenerse un punto, tornó a subir el fraile, todo temeroso y acobardado y sin color en el rostro, y, cuando se vio a caballo, picó tras su compañero, que un buen espacio de allí le estaba aguardando y esperando en qué paraba aquel sobresalto; y, sin querer aguardar el fin de todo aquel comenzado suceso, siguieron su camino, haciéndose más cruces que si llevaran al diablo a las espaldas” (p. 79).

La constante oferta de hacerlo Gobernador de una isla, con lo cual contaba Sancho, se puede leer en muchos pasajes de la obra, por ejemplo, en las páginas 85, 128, 218, 327, 345, 354, 355, 379, 384 y 424.

³⁴⁷ “—Ya te he dicho, Sancho, que no te dé eso cuidado alguno; que, cuando faltare ínsula, ahí está el reino de Dinamarca o el de Soliadisa, que te vendrán como anillo al dedo, y más que, por ser en tierra firme, te debes más alegrar. Pero dejemos esto para su tiempo y mira si traes algo en esas alforjas que comamos, porque vamos luego en busca de algún castillo donde alojemos esta noche y hagamos el bálsamo que te he dicho, porque yo te voto a Dios que me va doliendo mucho la oreja” (p. 87).

³⁴⁸ Esa no es la única referencia de la obra a la figura del salario, ya que en los episodios de Andrés y en el del leonero se hace alusión a éste (pp. 61 y 444).

³⁴⁹ Pp. 392-400.

³⁵⁰ Ello también se puede observar en la página 412 cuando don Quijote afirmó que: “—Vamos, Sancho hijo —respondió don Quijote—, y en albricias destas no esperadas como buenas nuevas te mando el mejor despojo que ganare en la primera aventura que tuviere, y si esto no te contenta, te mando las crías que este año me dieren las tres yeguas mías, que tú sabes que quedan para parir en el prado concejil de nuestro pueblo”.

cuánto ganaba un escudero de un caballero andante en aquellos tiempos, y si se concertaban por meses, o por días, como peones de albañil.

—No creo yo —respondió don Quijote— que jamás los tales escuderos estuvieron a salario, sino a merced. Y, si yo ahora te le he señalado a ti en el testamento cerrado que dejé en mi casa, fue por lo que podía suceder; que aún no sé cómo prueba en estos tan calamitosos tiempos nuestros la caballería, y no querría que por pocas cosas pensase mi ánima en el otro mundo. Porque quiero que sepas, Sancho, que en él no hay estado más peligroso que el de los aventureros” (p. 143).

En ocasiones, el caballero accedió a la petición de Sancho de que se pagase un salario y no la muchas veces prometida isla³⁵¹ y es por ello que le manifestó que a cualquier evento estaba previsto que le pagaría el salario por el tiempo servido³⁵², lo que en definitiva hizo al incluirlo en su testamento inmediatamente antes de morir -afortunadamente- sin locura³⁵³.

Lamentablemente, aun cuando los Duques le otorgaron la ínsula Barataria³⁵⁴ para que la gobernara, sólo pudo estar al mando de ésta por diez días³⁵⁵, por lo que cuando don Quijote perdió su

³⁵¹ Pp. 143 y 399.

³⁵² P. 141.

En una oportunidad don Quijote, abrumado por su escudero, le ordenó a que calculara el salario que le debía y se pagara del dinero que traía (pp. 503-505).

³⁵³ P. 707.

³⁵⁴ P. 519.

Vale la pena leer la carta que le escribió Sancho a su mujer Teresa anunciándole que sería Gobernador, la cual es del siguiente tenor:

“Si buenos azotes me daban, bien caballero me iba; si buen gobierno me tengo, buenos azotes me cuesta. Esto no lo entenderás tú, Teresa mía, por ahora; otra vez lo sabrás. Has de saber, Teresa, que tengo determinado que andes en coche, que es lo que hace al caso, porque todo otro andar es andar a gatas. Mujer de un gobernador eres, ¡mira si te roerá nadie los zancajos! Ahí te envío un vestido verde de cazador que me dio mi señora la duquesa; acomódale en modo que sirva de saya y cuerpos a nuestra hija. Don Quijote, mi amo, según he oído decir en esta tierra, es un loco cuerdo y un mentecato gracioso, y que yo no le voy en zaga. Hemos estado en la cueva de Montesinos, y el sabio Merlín ha echado mano de mí para el desencanto de Dulcinea del Toboso, que por allá se llama Aldonza Lorenzo; con tres mil y treientos azotes menos cinco, que me he de dar, quedará desencantada como la madre que la parió. No dirás de esto nada a nadie, porque pon lo tuyo en concejo, y unos dirán que es blanco y otros que es negro. De aquí a pocos días me partiré al gobierno, adonde voy con grandísimo deseo de hacer dineros, porque me han dicho que todos los gobernadores nuevos van con este mismo deseo; tomarele el pulso y avisarete si has de venir a estar conmigo o no. El rucio está bueno, y se te encomienda mucho, y no lo pienso dejar aunque me llevaran a ser Gran Turco. La duquesa, mi señora, te besa mil veces las manos; vuélvele el retorno con dos mil, que no hay cosa que menos cueste ni valga más barata, según dice mi amo, que los buenos comedimientos. No ha sido Dios servido de depararme otra maleta con otros cien escudos como la de marras; pero no te dé pena, Teresa mía, que en salvo está el que repica, y todo saldrá en la colada del gobierno; sino que me ha dado gran pena que me dicen que si una vez le pruebo, que me tengo de comer las manos tras él, y, si así fuese, no me costaría muy barato, aunque los estropeados y mancos ya tienen su calonjía en la limosna que piden; así que, por una vía o por otra, tú has de ser rica, de buena ventura. Dios te la dé como puede, y a mí me guarde para servirte. Deste castillo, a veinte de julio.

Tu marido el gobernador,
SANCHO PANZA” (p. 542).

batalla con el caballero de la Blanca Luna, que lo dejó devastado, Sancho lo animaba a que guardase el tiempo sin usar las armas como lo convino con ese caballero, pero que volviese a su oficio para que don Quijote se volviera rey y así él poder ser un conde³⁵⁶.

Aunado a lo anterior, la novela evidencia que a Sancho no sólo se le dio -aunque en broma- la ínsula prometida y los salarios pagados al final de la vida de su amo, toda vez que existieron otros ingresos que a lo largo de la historia percibió el escudero³⁵⁷. Concretamente, nos referimos a los más de cien escudos de oro encontrados en la maleta abandonada de Cardenio³⁵⁸ y el dinero que llevó a su casa al final de la segunda salida que estimó merecido por su trabajo³⁵⁹.

b. La naturaleza y *quantum* de la contraprestación recibida por el servicio, máxime si el monto percibido es manifiestamente superior a quienes realizan una labor idéntica o similar

³⁵⁵ Pp. 619 y 658.

³⁵⁶ “Seis días estuvo don Quijote en el lecho, marrido, triste, pensativo y mal acondicionado, yendo y viniendo con la imaginación en el desdichado suceso de su vencimiento. Consolábase Sancho, y, entre otras razones, le dijo:

—Señor mío, alce vuesa merced la cabeza y alégrese si puede, y dé gracias al cielo que, ya que le derribó en la tierra, no salió con alguna costilla quebrada, y pues sabe que donde las dan las toman y que no siempre hay tocinos donde hay estacas, dé una higa al medico, pues no le ha menester para que le cure en esta enfermedad; volvámonos a nuestra casa y dejémonos de andar buscando aventuras por tierras y lugares que no sabemos; y, si bien se considera, yo soy aquí el más perdidoso, aunque es vuesa merced el más mal parado. Yo, que dejé con el gobierno los deseos de ser más gobernador, no dejé la gana de ser conde, que jamás tendrá efecto si vuesa merced deja de ser rey, dejando el ejercicio de su caballería, y así, vienen a volverse en humo mis esperanzas.

—Calla, Sancho, pues ves que mi reclusión y retirada no ha de pasar de un año; que luego volveré a mis honrados ejercicios y no me ha de faltar reino que gane y algún condado que darte” (p. 675).

³⁵⁷ Téngase en cuenta también que accedió a azotarse debido a que se le prometió dinero a cambio de ello, pero nunca llegó a pagársele (p. 696).

³⁵⁸ Pp. 159-161 y 387. En efecto, Sancho encontró esas monedas del modo que sigue: “En tanto que don Quijote pasaba el libro, pasaba Sancho la maleta, sin dejar rincón en toda ella ni en el cojín, que no buscarse, escudriñarse e inquiriense, ni costura que no deshiciere, ni vedija de lana que no escarmenase, porque no se quedase nada por diligencia ni mal recado: tal golosina había despertado en él los hallados escudos, que pasaban de ciento. Y, aunque no halló más de lo hallado, dio por bien empleados los vuelos de la manta, el vomitar del brebaje, las bendiciones de las estacas, las puñadas del arriero, la falta de las alforjas, el robo del gabán, y toda la hambre, sed y cansancio que había pasado en servicio de su buen señor, pareciéndole que estaba más que rebién pagado con la merced recibida de la entrega del hallazgo” (p. 161).

³⁵⁹ Ese dinero sería lo no gastado de la suma dispuesta por don Quijote antes de partir con Sancho por segunda vez y lo entregado por los duques. Sobre ello, el escudero dijo: “—Calla, Teresa —respondió Sancho—, que muchas veces donde hay estacas no hay tocinos, y vámonos a nuestra casa, que allá oirás maravillas. Dineros traigo, que es lo que importa, ganados por mi industria y sin daño de nadie” (p. 703).

Al finalizar la primera salida Sancho no expresa que llevara dinero a su casa, pero sí manifiesta que pronto será Gobernador de una isla (p. 355).

Todo lo que hacía el Caballero de la Triste figura estaba inspirado en las novelas de caballería que había leído, es por ese motivo que señaló al discutir con su criado la remuneración debida que no le correspondía un salario sino las mercedes que considerara derivadas de lo que el valeroso caballero ganase³⁶⁰.

En virtud de ello, es plausible concluir que la intención siempre fue la de pagarle a Sancho Panza lo que sus modelos de vida habrían pagado a sus escuderos. Particularmente, en medio de una de sus primeras conversaciones con su compañero, el hidalgo dijo que:

“—Has de saber, amigo Sancho Panza, que fue costumbre muy usada de los caballeros andantes antiguos hacer gobernadores a sus escuderos de las ínsulas o reinos que ganaban, y yo tengo determinado de que por mí no falte tan agradecida usanza, antes pienso aventajarme en ella; porque ellos algunas veces, y quizá las más, esperaban a que sus escuderos fuesen viejos, y ya, después de hartos de seguir y de llevar malos días y peores noches, les daban algún título de conde, o, por lo mucho, de marqués, de algún valle o provincia de poco más a menos; pero si tú vives y yo vivo, bien podría ser que antes de seis días ganase yo tal reino que tuviese otros, a él adherentes, que viniesen de molde para coronarte por rey de uno de ellos. Y no lo tengas a mucho, que cosas y casos acontecen a los tales caballeros por modos tan nunca vistos ni pensados, que con facilidad te podría dar aún más de lo que te prometo” (p. 75).

En concreto, el ánimo de don Quijote siempre fue el de retribuir a su escudero según las usanzas propias del oficio, acorde con lo mostrado en las historias ficticias, de modo de que no hay forma de determinar si lo pagado al final de la vida del hidalgo a Sancho Panza era lo que correspondía según la naturaleza del servicio. Lo que sí es cierto es que hubo una remuneración como contraprestación del trabajo efectuado.

IV. RECAPITULACIÓN

³⁶⁰ P. 143.

La importancia universal del clásico *Don Quijote de la Mancha* es tan trascendental que motiva a que aún hoy en día nos planteáramos valernos de ella para evidenciar cómo debe hacerse uso del test de laboralidad, a partir de la relación del derecho y la literatura.

Gracias al modo en que los literatos explican o perciben los fenómenos jurídicos es perfectamente posible explicar aristas propias de la ciencia jurídica, sin que sea necesario y excluyente la utilización de textos jurídicos. Ejemplo de ello es el presente estudio.

El uso de la literatura como herramienta pedagógica permite al operador jurídico plantearse situaciones que la cotidianidad no le permite y a sensibilizarse con fenómenos a través de la *experiencia de otro*.

La obra utilizada en esta oportunidad contiene abundantes ejemplos jurídicos, no sólo de Derecho Laboral, lo que ha llevado a sugerir que Cervantes tenía conocimiento de esta ciencia. En tal sentido, no es posible reducir a esa novela a efectos de realzar el verdadero sentido y significado de la justicia, toda vez que incluso permite saber de qué manera era entendido y aplicado el derecho en esa época.

Concretamente, el estudio realizado tiene valor por cuanto el test de laboralidad -que sólo debería utilizarse para resolver casos difíciles- es aplicado sin que se pondere la importancia de cada uno de los indicios que contiene y sin que se haga el ejercicio intelectual de argumentar que cada uno de ellos deben revelar los presupuestos de la relación de trabajo, de modo que luego de evaluar cómo se prestó el servicio se concluya su naturaleza en atención a que la subordinación, ajenidad y retribución a través del salario se observen concurrentemente.

Luego de un estudio completo de la obra a la luz del haz de indicios podemos afirmar que la naturaleza de la relación que vinculó al hidalgo con su escudero es indudablemente laboral, por las razones que de seguidas se expondrán.

Estimamos que todos los presupuestos de la relación de trabajo se presentaron concurrentemente, es decir, se trató de un servicio personal, subordinado, bajo ajenidad y remunerado.

La subordinación existió, desde que las funciones fueron absolutamente indeterminadas y tuvieron que irse ajustado según las necesidades se impusieran. El servicio fue prestado de manera exclusiva durante dos salidas en un total de ciento cuatro días, entre las cuales transcurrieron treinta y un días³⁶¹. Además, Sancho no contaba con ayuda para desarrollar su actividad (fue personalísimo) y en diversas ocasiones sufrió del control disciplinario de su patrono.

La ajenidad se observó, por cuanto el dinero que contaron para los gastos de su aventura lo dispuso el hidalgo. Aunque el jumento era propiedad de Sancho y que ambos sufrieron pérdidas durante su lucha en favor de la justicia, no hace de suyo que éste presupuesto no se presentara. Téngase en cuenta que el oficio de caballero no tiene carácter económico y que, además, el hecho de que ambos se vieron afectados en ocasiones lo que denota es la indefectible inserción del escudero en la actividad de caballería.

Finalmente, la retribución por el servicio siempre fue un elemento presente, bien porque se prometió una isla o porque se acordó un salario, que en definitiva se contempló en el testamento de Alonso Quijano. A parte de ese salario, el trabajador percibió otros ingresos por su labor. Debe tenerse presente que el ánimo del caballero siempre fue retribuir a Sancho acorde con lo que había leído en las novelas que inspiraron a desafiar a quien ocasionasen un daño a los desprotegidos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alfonzo-Guzmán, R. (1995). *Nueva didáctica del derecho del trabajo*. Caracas. Alfonzo Sotillo Editores.

³⁶¹ Ver nota 19.

Barreiro, G. (2007). El valor jurídico de un libro: Don Quijote de la Mancha (con Epílogo sobre su precio originario y las economías de una Cátedra universitaria hace trescientos años). *Pecunia. Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*, 5, 1-15.

Botero, A. (2007). Derecho y Literatura: un nuevo modelo para armar. Instrucciones de uso. *Revista Peruana de Derecho y Literatura*, 2, 46-54.

_____. (2009). El Quijote y el derecho: las relaciones entre la disciplina jurídica y la obra literaria. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 20, 37-65.

Caldera, R. (1972). *Derecho del trabajo*. Buenos Aires. El Ateneo.

Carballo, C. (2016). *Relación de trabajo: la técnica del test de laboralidad*. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello.

Cervantes, M. (2005). *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha*. Madrid. Empresa Pública Don Quijote.

De los Ríos, V. (1863). Plan cronológico del Quijote. En *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha*. España. Imprenta Nacional. [Versión electrónica utilizada]. Recuperada de:

https://books.google.co.ve/books?id=OOINAAAQAAJ&pg=PA105&lpg=PA10&dq=de+los+rios+plan+cronologico&source=bl&ots=gaVolM5X0j&sig=p0t92nSzv95_dcO_efkOPI0UZss&hl=en&sa=X&ved=0ahUKEwi7ucLZtPbXAhWDT98KHU6-C7MQ6AEITjAK#v=onepage&q=de%20los%20rios%20plan%20cronologico&f=false

Ekmeiro, S. (2013). El test de laboralidad como infracción de ley bajo los criterios jurisprudenciales en Venezuela. *Lex Laboro, volumen 5*. [Versión electrónica utilizada]. Recuperada de:

<http://publicaciones.urbe.edu/index.php/lexlaboro/article/viewArticle/2704/3748>.

Escovar, R. (2016). La verdad y la justicia en Don Quijote. *Cuadernos Unimetanos. Derecho y Literatura*, 79-101.

Pellegrino, C. (2011). Breves reflexiones sobre el aporte de la literatura para la mejor enseñanza y aprendizaje del Derecho. *Revista Tachirense de Derecho*, 22, 23-43.

_____. (2014). El Derecho Comparado y la Literatura. *Estudios de Derecho Internacional Privado: Homenaje a Tatiana Maekelt*. 285-305.

Salazar, O. (2015). La enseñanza del Derecho Constitucional a través del cine. *Revista Internacional de Investigación e Innovación Educativa*, 4, 41-60.

Velasco, M. (2011). El trabajador económicamente dependiente en el derecho alemán: el cuasitrabajador. *Temas laborales*, 111, 121-134.

HISTORIA

LA POLÍTICA EN LA TRANSICIÓN VENEZOLANA DE 1958

Ramón Guillermo Aveledo

Presidente del Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro. Profesor en las maestrías de Política y Gobierno (UNIMET) y Derecho Constitucional (UCAB).

Resumen

El colapso del régimen dictatorial venezolano, en 1958, resultaba poco predecible, tanto por razones políticas como por razones económicas. Sin embargo, debido a la “conjunción de factores humanos, sociales, económicos y políticos”, la transición a la democracia comenzó ese año. El artículo analiza esa transición, tomando en cuenta las consecuencias derivadas de la elección ordenada por la Constitución de 1953; la unión de los debilitados partidos políticos; la conformación de la Junta Patriótica, la decisión del régimen de Pérez Jiménez de convocar a un plebiscito, en lugar de las elecciones ordenadas en la Constitución, el rol de la Iglesia y finalmente, las fracturas y conspiraciones militares.

Palabras clave: transición democrática, Marcos Pérez Jiménez, Constitución de 1953, Junta Patriótica, 23 de enero de 1958

Abstract

The collapse of the dictatorial regime in Venezuela, in 1958, was not very predictable, due to economic and political reasons. However, due to the convergence of “human, social, economic and political factors”, the democratic transition began that year. The article analyzes that transition considering the consequences of the presidential elections according to the 1953 Constitution; the unity of the weak political parties; the creation of the Patriotic Council; Pérez Jiménez’s call for a plebiscite instead of the presidential elections established in the Constitution, the role of the Church and, finally, the military fractures and conspiracies.

Keywords: democratic transition, Marcos Pérez Jiménez, 1953 Constitution, Patriotic Council.

INTRODUCCIÓN

Resultaba poco predecible el colapso del régimen dictatorial que parecía tener controlados todos los hilos del poder y neutralizados sus adversarios actuales y potenciales. Además, la crisis del canal de Suez a finales de octubre y comienzos de noviembre de 1956 ayudó al éxito de las concesiones petroleras otorgadas por el gobierno venezolano en 1956 y 1957, las cuales producirían al fisco nacional un ingreso de más de dos millardos de bolívares³⁶² que al cambio de 3.35 por cada dólar superaba los seiscientos millones de la divisa americana con su poder adquisitivo de entonces.³⁶³ La inyección real de recursos financieros disponibles era, no obstante, era relativamente menor a otro aumento no cuantificable que era el del optimismo social por la riqueza venezolana, propio del rentismo, y la correspondiente hinchazón de las expectativas de mejoría. Sin embargo, ocurrió aquella “conjunción de factores humanos, sociales, económicos y políticos” a la cual se referiría posteriormente un político venezolano que tras seis años de exilio, ansioso pero incentivada su creencia en el carácter decisivo de 1958 por las “poderosas antenas de percepción futura” que trae la esperanza.³⁶⁴

También hubo acontecimientos internacionales cuya importancia no puede ignorarse. Ya era distante la caída de Perón, exiliado en Caracas desde 1955, pero en 1956 se produce la salida pactada de Manuel Odría del poder en Perú. Pérez Jiménez había hecho su curso de Estado Mayor en ese país y consideraba al líder militar y político peruano como un maestro. Y en Colombia, la dictadura de Rojas Pinilla entró en crisis tras la convocatoria a una Asamblea Constituyente de la cual se retiraron en protesta los miembros opositores, y en mayo de 1957, un amplio movimiento social que incluye a partidos, empresarios, Iglesia, sindicatos, organiza un paro nacional que desemboca en la renuncia del Presidente que intentaba reelegirse.

³⁶² Vallenilla, Luis: *Auge, Declinación y Porvenir del Petróleo Venezolano*. Tiempo Nuevo. Caracas, 1973.

³⁶³ 821.091 hectáreas de nuevas concesiones que representarían ellas solas la séptima parte del área total concedida para la exploración, la explotación o para ambas a varias empresas extranjeras.

³⁶⁴ Herrera Campíns, Luis: *Transición Política* en J.L. Salcedo-Bastardo, Luis Herrera Campíns y Benito Raúl Losada: *1958 Tránsito de la dictadura a la democracia en Venezuela*. Ariel. Barcelona-Caracas-México, 1978

Repasaremos sus datos más relevantes en los años de 1957, último completo de la dictadura, y 1958, primero de la apertura, desde el derrumbe dictatorial hasta la elección del nuevo Presidente, el nuevo Congreso y las legislaturas estatales y los concejos municipales.

I. 1957 “EL CIELO ANCAPOTADO”

“El cielo encapotado anuncia tempestad” canta el himno de la Federación. En su interesante investigación acerca de la década militar, Rodríguez Iturbe cita a Gregorio Marañón en su ensayo sobre un hombre dominado por “la pasión de mandar”, “A veces éste no comete errores considerables; pero es igual; nada contiene la marea que sube. Si sobreviene un fracaso, no hay que decir que el lento flujo ascendente se convierte en tempestad”³⁶⁵

El descontento va ganando espacio, de abajo hacia arriba. Líquido, se mete por los intersticios hasta llegar en forma de desconfianza en el futuro, el colectivo y el propio, a los círculos de poder.

a. *Fuerza y debilidad de la constitución. El artículo 104.*

La constitución de 1953 tuvo muchos defectos. Su vicio de origen fue un fraude electoral, del cual surgió la Asamblea Constituyente que la dictó, cuyo quórum se logró con base en la coacción, al negarse a reconocer los resultados electorales oficiales los partidos de oposición URD y COPEI. Además, en su Disposición Transitoria Segunda, promulgada el 11 de abril de aquel año, el mismo cuerpo espurio se atribuyó el poder de “organizar el Poder Público para el período constitucional que comienza el 19 de abril de 1953”, mediante la designación “dentro de los cinco días siguientes” a su promulgación al Presidente de la República, todos los diputados y senadores, los miembros principales y suplentes de la Corte Federal y la Corte de Casación, el Contralor y el Procurador y sus respectivos suplentes, los diputados principales y suplentes de todas las legislaturas estatales y los concejales principales y suplentes de todas las municipalidades.

³⁶⁵ Gregorio Marañón *El conde-duque de Olivares*, la pasión de mandar (1936), citado en Rodríguez Iturbe, José: *Crónica de la Dictadura Militar*. Nueva Política. Caracas, 1984.

Aunque dicha constitución omitió la disposición anti reeleccionista del artículo 193 de su antecesora de 1947, Art. 95 de la de 1936 y Art. 98 de la de 1945, no fue capaz sin embargo de revertir el logro más significativo de la carta de 1947, la elección directa del Presidente de la República. El pueblo es titular de la soberanía y “la ejerce por medio del sufragio” (Art.38) y “Los períodos constitucionales del Poder Público Nacional durarán cinco años” (Art. 42), y al respecto reza:

Artículo 104.- El Presidente de la República será elegido por votación universal, directa y secreta, con tres meses de anticipación, por lo menos, al 19 de abril del año en que comience el período constitucional, en la fecha que determine el Congreso Nacional en sus sesiones ordinarias del año inmediatamente anterior al del comienzo del respectivo período.

Se proclamará electo Presidente de la República al ciudadano que haya obtenido el mayor número de sufragios.³⁶⁶

Con ese obstáculo se encontraría la dictadura a lo largo del año de 1957, tras haber burlado los límites jurídicos formales a su poder. Y aquella sería una prueba que le resultaría insuperable.

Ante la fuerza avasallante, el Derecho puede ser letra muerta, hasta que se dan las circunstancias políticas y sociales que hacen insostenible la preeminencia del mero hecho, y la sociedad reclama legitimidad para ordenar su vida. Quienes lograron imponer su voluntad en 1948 y, también más tarde, en 1952, habiendo convocado la soberanía popular y perdido, ya no pudieron hacerlo cuando se vencía el período constitucional de cinco años y, según el 104 constitucional, debían someterse de nuevo al veredicto de la “votación universal, directa y secreta”.

b. Partidos debilitados superan su desunión.

Golpeados por nueve años de persecución policial, diezmados por la cárcel y el exilio, silenciados por la censura estricta en los medios de comunicación, ilegalizados Acción Democrática y el Partido Comunista así como acosados y prohibida toda actividad pública en los casos de Unión Republicana Democrática y el Partido Socialcristiano COPEI, los partidos políticos venezolanos se veían en 1957 debilitados por la desorganización y la dispersión. Recientemente, el aparato adeco

³⁶⁶ Ver Brewer-Carías, Allan R.: *Las Constituciones de Venezuela*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2008

había sido diezmado por una ola de detenciones debido a una delación que había permitido a la SN apoderarse de los archivos del CEN clandestino.

Cierto que en ensañamiento era mayor con AD y el PCV, pero la dirigencia principal de URD estaba fuera del país. A COPEI el destierro lo impactaba fundamentalmente en jóvenes líderes cuya importancia se reconocería más adelante, pero hacia el final ya la represión alcanzaba a sus figuras más relevantes y representativas, al punto que el 23 de enero, de los miembros del Comité Nacional, Edecio La Riva Araujo es el único que en libertad y en el país y eso porque lo habían dado por muerto después de darle una paliza y dejarlo a la orilla de una carretera.

Una “situación de desmantelamiento casi absoluto” es el diagnóstico de Rodríguez Iturbe³⁶⁷ para 1957, quien cita a García Ponce y Camacho Barrios, actores y cronistas, “un profundo reflujo en el ánimo de las masas y una parálisis –obligada por el terror- en las débiles fuerzas de la resistencia”.

i. *La Junta Patriótica.*

Así como en 1951 adecos, comunistas, copeyanos y urredistas se reunieron en torno a la huelga universitaria, en 1957 lo hacen en la Junta Patriótica que se reúne por iniciativa del PCV, representado por Guillermo García Ponce, el dirigente de mayor jerarquía involucrado en la iniciativa y URD por Amílcar Gómez, Fabricio Ojeda y José Vicente Rangel. No tardan en sumarse AD, venciendo una distancia expresamente decidida como línea política, y COPEI. La primera a través de Moisés Gamero y Silvestre Ortiz Bucarán y el segundo con Pedro Pablo Aguilar quien desde comienzos de año había tenido contactos con José Francisco Sucre Figarella (AD) y José Herrera Oropeza (URD). Tras la prisión de Aguilar³⁶⁸ en julio, ingresaría Enrique Aristeguieta Gramcko. La “relativa anonimidad” de los involucrados, estima Caballero, podría haberles permitió cierta libertad de movimiento útil en las horas cruciales. El ministro del Interior Vallenilla se refería a ella como “la misteriosa Junta Patriótica”.

³⁶⁷ Rodríguez Iturbe: *Obra citada*

³⁶⁸ La misma suerte corre Amílcar Gómez de URD

La propuesta original en junio de 1957 de los comunistas a URD es “la constitución de un frente para luchar por estas simples consignas: 1º Amplia amnistía para todos los presos políticos, desterrados y perseguidos; 2º Elecciones mediante el voto directo, secreto y universal; 3º Formación de un gobierno respetuoso de las libertades democráticas”³⁶⁹

La Junta se constituye “con el propósito de luchar por el respeto a la Constitución Nacional, contra la reelección de Marcos Pérez Jiménez, por la celebración de elecciones libres y por el establecimiento de un gobierno democrático, respetuoso de las libertades ciudadanas”³⁷⁰ y enseguida empieza a organizarse en distintas ciudades del país y a activarse en la distribución de volantes, manifiestos y boletines informativos, cuyo centro de motivación es la aplicación del artículo 104 de la Constitución. En los muros, amanecen graffiti con el número 104 que se convierte en una consigna subversiva. Y es que invocar la Constitución, puede ser subversivo ante la fuerza.

ii. *El encuentro de Nueva York.*

Rómulo Betancourt estaba en el exilio desde 1948 y Jóvito Villalba a partir de 1952. Rafael Caldera había permanecido en el país, pero desde que su nombre empezó a sonar fuertemente como eventual candidato presidencial de la oposición unida en las elecciones constitucionalmente previstas para 1957, la vigilancia y el acoso policial en torno a su persona aumentaron. En agosto fue detenido en agosto por la Seguridad Nacional y mantenido incomunicado hasta su liberación después del plebiscito en diciembre, pero al llegarle la información de una próxima detención, ingresó en la Nunciatura Apostólica y solicitó asilo. Transcurrido un tiempo el salvoconducto le fue concedido, pudo viajar el 13 de enero y se encontró con Betancourt y Villalba en Nueva York.

El encuentro entre los viejos antagonistas políticos trascendía por sí mismo. Significaba dejar atrás una historia de enfrentamientos y desconfianzas mutuas, para abrirse a una deseable reconciliación nacional. Compañeros en la rebelión estudiantil de 1928, Betancourt y Villalba estuvieron juntos en la fundación del Partido Democrático Nacional en 1936, del cual serían

³⁶⁹ Caballero, Manuel: *Historia de los venezolanos en el siglo XX*. Alfa. Caracas, 2010

³⁷⁰ Velásquez, Ramón J: *Evolución Política en VVAA Venezuela Moderna 1926-1976*. Fundación Eugenio Mendoza. Caracas, 1976.

respectivamente secretario de organización y secretario general. Luego se distanciaron. Mientras Betancourt y AD fueron abiertos opositores al medinismo, Villalba fue senador independiente con apoyo de ese sector y se opuso a la Revolución de Octubre de 1945, a raíz de la cual Betancourt asumiría la Presidencia de la Junta Revolucionaria de Gobierno. Al frente de URD será opositor durante el Trienio 1945-48.

Más joven que ambos, Caldera había liderado en la Federación de Estudiantes de Venezuela encabezada por Villalba la separación de los estudiantes católicos y la formación de la Unión Nacional Estudiantil. Una vez graduado, intenta la formación de dos partidos nuevos (Acción Electoral y Movimiento de Acción Nacional) y es elegido Diputado al Congreso por Yaracuy con apoyo de López Contreras, de cuya política eran opositores los otros dos. Aliado de AD contra el PDV de Medina y la UPV que es el rostro legal del PCV, luego de una breve pasantía revolucionaria como Procurador General de la Nación, será el más caracterizado opositor del gobierno de AD y los militares.

La trayectoria de los tres había sido más de enfrentamientos que de coincidencias. Eran los líderes de las tendencias más importantes de la política venezolana. Por eso, su reunión en Nueva York resultaba una señal auspiciosa mirando hacia el futuro. En términos de estabilidad para el país y de capacidad de un eventual nuevo experimento democrático para perdurar.

c. La vía electoral.

El valor estratégico de la disposición constitucional que prescribía la elección directa del Presidente de la República se fue convirtiendo en un consenso del liderazgo político. Desde el exilio, dirigentes muy importantes plantean que las elecciones constitucionalmente previstas para 1957 pueden ser la puerta de salida para la situación nacional.

El líder de URD Jóvito Villalba escoge fechas históricas para sus declaraciones. El 5 de julio de ese año, declara en Nueva York, donde reside. Anuncia el acuerdo en el que vienen avanzando AD, URD y COPEI y llama a la lucha cívica a las grandes mayorías nacionales, y el 24 de julio remite un telegrama a Pérez Jiménez, el dictador que lo ha echado del país luego de su impresionante triunfo

electoral de 1952. “sin violencia en el gesto ni ambición ni rencor en la intención” y le plantea una amplia amnistía “que a todos nos reconcilie” y “una prueba electoral limpia y democrática” que sustituya la usurpación por un gobierno legítimo.³⁷¹

Dos días más tarde, Rómulo Gallegos, el Presidente constitucional derrocado por el golpe militar de 1948, declara al diario mexicano *Excelsior* que la oposición democrática venezolana (AD, URD y COPEI) está “prácticamente unificada” en una estrategia “que excluye la violencia y propugna la solución del problema político venezolano mediante el cumplimiento de la disposición constitucional que establece la celebración de elecciones...”³⁷²

Rómulo Betancourt, líder de AD que en 1952 había defendido la abstención en la elección de la Constituyente que acabó en fraude, ha declarado desde Puerto Rico defendiendo la postura del partido “no es eliminando físicamente hombres sino sustituyendo sistemas” como se logran los cambios democráticos, “allí donde (las instituciones) han sido abolidas por la fuerza”. Y en agosto, entrega en Washington una declaración:

*El anuncio de elecciones es en sí un hecho positivo. Los tres partidos políticos importantes del país han venido reclamando ese anuncio, porque propician todos ellos una salida evolutiva y pacífica a la grave situación venezolana, similar a la que hubo en el Perú.*³⁷³

Y para último, no sólo por la cortesía que me aconseja la cercanía con él, sino en reconocimiento objetivo de que era entonces el político de menor jerarquía entre los citados, dejo el primer análisis *in extenso* de la realidad venezolana y el alegato más prolijo a favor de la ruta electoral. Me refiero al ensayo de Luis Herrera Campíns *Frente a 1958*, escrito en Munich y publicado en Roma en abril de 1957.

Allí se reafirma la validez de la vía cívica. La violencia conspirativa “Perpetúa métodos de fuerza y replantea los problemas antes de resolverlos”. Revisa la Constitución y plantea poner al

³⁷¹ Rodríguez Iturbe: *Obra citada*

³⁷² Rodríguez Iturbe: *Obra citada*

³⁷³ Rodríguez Iturbe: *Obra citada*

régimen ante ella, de modo que la reforme, de un nuevo golpe o convoque a elecciones como corresponde, lo cual sería “la vía lógica”. Para ir a ellas hay que pedir las máximas garantías “aunque solo se le den las mínimas”. Ver la cita electoral como una rendija, un intersticio “que deberá ser utilizado”, venciendo la tendencia criolla al salto, animado por la ansiedad y la impaciencia. Analiza las Fuerzas Armadas, la intención continuista de Pérez Jiménez “podría originar en poco tiempo un alzamiento castrense sin ninguna intervención civil”.

Para no agregar mucho más, que lo hay y muy interesante, dejo constancia de una línea que me sigue pareciendo sabia:

Es necesario no temer al tiempo. Al tiempo sólo le temen los inconstantes, los apresurados y los cobardes ante la vida.³⁷⁴

d. La candidatura unitaria.

Para esa elección, los partidos van coincidiendo en una candidatura unitaria de la oposición, y todo apunta hacia el único de los grandes líderes civiles que permanece en el país, Rafael Caldera.

Lo ha propuesto Luis Herrera Campíns como colofón de su argumento participacionista en *Frente a 1958*. La Junta Patriótica insiste en su nombre como “candidato de unidad nacional”³⁷⁵. El PCV, su adversario ideológico más caracterizado, lo plantea. A su posible candidatura presidencial se refiere a raíz de su detención Luis Piñerúa Ordaz al intervenir como orador en la Cena ofrecida a Frances Grant, Secretaria General de la Asociación Interamericana Pro Democracia y Libertad y gran amiga norteamericana de la causa venezolana, el 29 de agosto en México³⁷⁶. Y *Venezuela Democrática*, órgano de expresión del exilio acciondemocratista lo dice en primera página de su N° 14:

³⁷⁴ Herrera Campíns, Luis: *Frente a 1958 (Material de Discusión Política Electoral Venezolana)* Munich, 1957. Publicado entero en Aveledo R.G.. *El Llanero Solidario*. LibrosXMarcados. Caracas, 2012.

³⁷⁵ Velásquez, R.J.: *Obra citada*

³⁷⁶ Frances R. Grant (1896-1993) distinguida latinoamericanista estadounidense, sus papeles son una colección especial en los archivos de la Biblioteca de la Universidad de Rutgers.

*El Dr. Caldera había sido señalado como posible candidato de la oposición a la Presidencia de la República que aspiraría a capitalizar el voto de las mayorías democráticas del país en las próximas elecciones.*³⁷⁷

Clara la disposición de la oposición de presentarse en las elecciones, el régimen toma la decisión de evitar todo riesgo. Detiene a Caldera, tanto para impedir su acción política, como para emitir clara señal que amedrente a cualquier otro y orienta hacia el plebiscito su maniobra para “resolver” el problema que se atraviesa en el camino de sus designios.

Como se sabe la elección no se dio y en su lugar se celebró la farsa plebiscitaria. Pero el objetivo político se cumplió al quedar el régimen deslegitimado en su propia legalidad, y se avanzó en el difícil proceso unitario de la oposición.

e. *El plebiscito ¿Solución o error fatal?*

El 4 de noviembre de 1957, se dirige el General Pérez Jiménez al Congreso Nacional. Entre otros conceptos, asevera:

*La presencia en el poder de partidos como los que actuaron últimamente es perjudicial porque ellos no conocen a fondo los problemas nacionales ni sus soluciones, no constituyen fuerza política y son factores de desunión.*³⁷⁸

Y presenta un proyecto llamado de Ley de Elecciones, de acuerdo al cual “se expresará la opinión que se tenga del actual régimen”. El 6 de noviembre la prensa capitalina publica desplegado el proyecto con su exposición de motivos y, a juicio del Ministro del Interior Vallenilla, gracias a él “Será el voto popular, universal, directo y secreto el que decida acerca de la designación de los ciudadanos que han de desempeñar la Presidencia de la República e integrar la Cámara de Diputados”. Una semana después, el 13 de noviembre, el Congreso sanciona la ley mencionada, Pérez Jiménez la promulga y el día 14 aparece publicada en Gaceta Oficial. Aparte de ese proceso atropellado, la norma contiene otras disposiciones ventajistas y discriminatorias. Transcurridos un mes y un día, el 15 de

³⁷⁷ Citados por Rodríguez Iturbe en *Crónica...*

³⁷⁸ Herrera Campíns: *Transición...*

diciembre, se realiza el Plebiscito. Esa noche, el Ministro del Interior declara a la prensa extranjera que el Presidente ha obtenido el 87.4% de los votos, lo cual ratifica con toda exactitud el Consejo Supremo Electoral el 20 de diciembre. De un total de votantes de 2.924.985, los votos azules (afirmativos) totalizaban 2.374.790, los rojos (negativos) 364.182 y los nulos 186.013.

“El plebiscito es una farsa” es la consigna que propaga la Junta Patriótica en sus “papelitos” que había subestimado el gobierno dictatorial, que repiten tanto los estudiantes en sus asambleas y protestas como los profesores en sus manifiestos.

De acuerdo al Profesor Eladio Hernández, para el cambio en la actitud política de las élites en ante el régimen,

*...,muchos pueden ser los motivos, pero el que se debe considerar el más importante, desde la perspectiva política que se analiza en el presente estudio, es el plebiscito convocado por la dictadura para el 15 de diciembre de 1957.*³⁷⁹

Al hacer trampa a la Constitución y dejar “con los crespos hechos” a los voceros de la oposición democrática cada vez más unida que abogaban abiertamente por la salida electoral ¿Se había puesto el régimen una trampa a sí mismo? Estimo que sí. Y a juzgar por los acontecimientos, así fue.

f. *Iglesia: Evolución de su papel.*

“Con la iglesia hemos dado, Sancho” dice Don Quijote en el Toboso y la frase se volvió lugar común en nuestro idioma, acaso con significado distinto a la intención cervantina. Es muy posible que el Ministro Vallenilla, polemista con quienes tenían la lengua y las manos atadas, lo haya recordado en 1957, a raíz de la Pastoral del 1º de Mayo escrita por Monseñor Rafael Arias Blanco y leída en los templos caraqueños.

³⁷⁹ Hernández Muñoz, Eladio: *Transición en Democracia (Venezuela, 1935-1999)* facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. UCV. Caracas, 2008.

Hasta entonces, la actitud de la Iglesia Católica había sido muy prudente, incluso un poco más, sobre todo en los primeros años de la década militar³⁸⁰, atrás habían quedado ejemplos como el de Monseñor Montes de Oca y falta todavía para la libertad que vino con la democracia y el *modus vivendi* de 1964. La realidad autoritaria, cerrada y vengativa ante toda opinión crítica aconsejaba cautela y, además, regía la Ley de Patronato de 1824. Ya en 1956, con motivo del Congreso Eucarístico, el enviado del Papa, Cardenal Caggiano, había advertido ante el Concejo Municipal del Distrito Federal en una perspectiva de justicia social. La riqueza de Venezuela no debería permitir que haya miseria y pobreza.³⁸¹ Y, dígame en su homenaje, están los editoriales de Manuel Aguirre Elorriaga en *SIC*.³⁸² Desde el Pontificado, correspondencia privada insistía en los temas episcopales de legítimo interés eclesiástico y, como los editoriales referidos en la cuestión social. La actitud de la jerarquía venezolana fue evolucionando, hasta el pronunciamiento del Arzobispo de Caracas, más impactante aún por el forzado silencio imperante en la sociedad.

El papel de la Iglesia Católica tuvo gran importancia en aquel cuadro de desmoronamiento gubernamental, vencimiento del miedo en la sociedad y conformación de una potente alternativa socio-política al poder que se apreciaba invencible.

La Carta Pastoral del Arzobispo era un análisis descarnado de la grave situación de injusticia social luego de haber recibido el Estado venezolano ingresos fiscales sin precedentes. Formula su reclamo desde una perspectiva distinta a las del socialismo y el capitalismo. No se refiere a los derechos humanos ni a los derechos políticos. Pero

El Ministro del Interior cita al prelado a su despacho y tras hacerlo esperar con intención de humillarlo, le reclama el contenido del mensaje y las interpretaciones para las cuales se prestaba. La respuesta de éste se enmarca en sus funciones pastorales y se sustenta en la Doctrina Social de la Iglesia.

³⁸⁰ Ver Aveledo Coll, Guillermo Tell: *La Iglesia y la opinión católica en VVAA Cuando las bayonetas hablan. Nuevas miradas sobre la dictadura militar 1948-1958*. UNIMET-UCAB. Caracas, 2015.

³⁸¹ *SIC* de enero de 2010 reproduce "El clero en lucha", artículo de Gabriel García Márquez de Marzo de 1958 que lo refiere.

³⁸² Ver Aveledo Coll, *Obra citada*

No sería el último choque. El diario de la Iglesia *La Religión* editorializaba sobre la cuestión social y acerca de otros temas incómodos para el poder. Desde julio, los editoriales del rotativo oficialista *El Herald*, cuyo redactor es el ministro Vallenilla disparan críticas a los partidos políticos silenciados por la censura o la persecución, en consonancia con la línea oficial de desprestigio de la política y los políticos, “no tienen ni masas, ni mística, ni tradición”, escribe; son, por lo tanto “muertos sin doliente”. Días más tarde, el Padre Jesús Hernández Chapellín, Director de *La Religión* contestaría desde su editorial

Creer que una idea se mata con una simple acción policial, que se extingue con un “decreto”, es colocar esas ideas en el plano de las cosas materiales. Lo que acontece es que esos partidos no encuentran clima propicio para trabajar a la luz pública. Que tengan campo libre de acción y veremos si es cierta la falta de vitalidad.”³⁸³

Antes del 23 de enero de 1958, el Padre Hernández Chapellín y otros cuatro sacerdotes acabarían presos en los calabozos de la Seguridad Nacional.

Lo que probablemente ignoraba el gobierno es que los obispos y sacerdotes venezolanos, al igual que otros religiosos y religiosas, principalmente educadores, se sentían animados por el Sumo Pontífice, cuya preocupación por Venezuela se hizo sentir en varias oportunidades³⁸⁴, en consonancia con su pensamiento jurídico-social, sobre todo en *Summi Maemoris* de julio de 1950, al lado de la justicia y la verdad. Repudia el odio, la mentira, el desorden no promueve la fuerza ni la agitación sino las leyes justas, como medio para ascender al pueblo necesitado “a un estado digno del hombre”³⁸⁵

g. Fracturas y conspiraciones militares.

Las Fuerzas Armadas Nacionales habían sido la principal base de apoyo del régimen desde el 24 de noviembre de 1948. De un acto de las FFAANN había nacido y estas se habían mantenido leales, con escasas excepciones aisladas, a lo largo de los años y de las vicisitudes, como el secuestro y muerte de Delgado Chalbaud, la Constituyente espuria de 1952, sosteniendo sus políticas, asumiendo sus éxitos y compartiendo sus responsabilidades. En 1957, esa solidaridad también entró en crisis.

³⁸³ Rodríguez Iturbe: *Obra citada*

³⁸⁴ Ver Arenas, Macky en <https://es.aleteia.org/2017/04/19>

³⁸⁵ De Marco, Alberto: *Pensiero Giuridico, Economico e Sociale del Pontefice Pio XII*. Giagemi Editore. Roma, 2010.

Revista de la Facultad de Derecho N° 72.

2017-2018

ISSN: 0255-5328

Para mediados de 1957 habría tres núcleos conspirativos, uno en los cuarteles de la Guarnición de Caracas con ramificaciones en Maracay, uno en la Fuerza Aérea en la capital aragüeña y el tercero en la Escuela Militar. En formación estaba otro más dentro de las Fuerzas Armadas de Cooperación (Guardia Nacional).

Entre los varios factores incidentes en el descontento militar estaba la creciente importancia de dos civiles en el entorno presidencial, cuyo peso e influencia se proyectaba sobre las Fuerzas Armadas porque dirigían el aparato político-represivo. Eran el Ministro del Interior Vallenilla Lanz, arquitecto del fraude de 1952 y el plebiscito de 1957, y el jefe de la Seguridad Nacional Pedro Estrada, principal responsable del espionaje sobre la oficialidad.

En su libro *Escrito de memoria*, aquel dejará, acaso en su defensa, un testimonio que atribuye a un Mayor del Ejército en Maracay a comienzos de 1957:

*El Presidente está bajo la influencia del Alto Mando Militar integrado por cortesanos y tímidos sin prestigio en el seno de las Fuerzas Armadas. En contraste con esa situación, crece el ascendiente del grupo joven que profesa en la Escuela Superior y formula críticas contra el régimen imperante, estimulado quizás por personas pertenecientes a la burguesía y al clero.*³⁸⁶

Los movimientos en el seno de la institución militar crecen y se ramifican, no obstante la vigilancia atenta, mientras la calle se intranquiliza, los actores sociales van tomando posición y el régimen, temeroso de la gente, viola su propia legalidad.

h. Estudiantes.

Los estudiantes tuvieron un papel en la revuelta social que signó la etapa final de la dictadura, aquella caracterizada por una ola creciente de pérdida del miedo. La huelga universitaria de 1952 en la UCV tuvo el sello de la represión con prisión, suspensiones de la matrícula universitaria y expulsiones del país. Entre los desterrados más destacados, los principales líderes de la protesta estudiantil Luis Herrera Campíns y Manuel Alfredo Rodríguez de la Facultad de Derecho. Con ellos, dirigentes

³⁸⁶ Velásquez: *Obra citada*

estudiantiles de varias facultades, afiliados a las juventudes comunista, accióndemocratista, socialcristiana y urredista. Parecía que la calma sería permanente. En febrero de 1956 despertó el Liceo Fermín Toro de Caracas y volvió a manifestarse en abril y en mayo.

Gracias a las protestas por el Plebiscito, el 21 de noviembre de 1957, celebrado a raíz de aquellos sucesos como Día del Estudiante, varios liceos caraqueños³⁸⁷ acompañaron la irrupción de los universitarios de la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello³⁸⁸ en huelga. Los universitarios rebeldes irrumpen en el Congreso Mundial de Cardiología y en la comisión preparatoria del Congreso de la Organización Internacional de Aviación Civil, ambos reunidos en la nueva Ciudad Universitaria, garantizando así repercusión exterior a la acción. Ya existen el Frente Universitario y el Frente Estudiantil de Resistencia.

En enero de 1958, los estudiantes serán vanguardia en las protestas de calle.

i. *Empresarios, profesionales...*

El 15 de enero de 1957, Armando Vegas³⁸⁹ preside una asamblea del Colegio de Ingenieros que aprueba por unanimidad un documento suscrito por mil profesionales reclamando respeto a las garantías ciudadanas y retorno a la institucionalidad democrática.³⁹⁰ Y realizan planteamientos profesionales con obvias implicaciones políticas: Los planes de obras públicas deben ser sometidos al análisis libre y objetivo para determinar su urgencia, necesidad y medios; uso realista de los recursos efímeros y abandono de las obras suntuarias; probidad en la concesión de contratos; evitar apresuramientos e improvisaciones en la entrega de las obras; distribución regular en el ritmo de actividades anuales.

³⁸⁷ Los institutos Fermín Toro, Andrés Bello, Aplicación, Juan Vicente González, Luis Razzetti, Caracas y la Escuela Normal Miguel Antonio Caro e individualidades de varios colegios privados.

³⁸⁸ El apoyo del rector de la UCAB, el jesuita y académico de la Lengua Pedro Pablo Barnola a los estudiantes, le valió su salida del cargo y su “confinamiento” en Barquisimeto.

³⁸⁹ Independiente socialcristiano, será Presidente del Senado en 1968.

³⁹⁰ Velásquez.: *Obra citada*

El descontento en los sectores económicos y laborales –con “vida sindical de apariencia”³⁹¹ se manifiesta.

En noviembre, profesores acompañan la protesta estudiantil. Esos profesores son abogados, ingenieros, médicos de prestigio. Todos con conexiones sociales importantes, los hay relacionados con la actividad empresarial y vinculados al medio sindical.

Evidentemente, se gesta un problema grueso para el gobierno.

j. *Conclusión.*

La unidad de estrategia y de acción, no necesariamente en ese orden, por parte de partidos bastante desarticulados, salvo el PCV más pequeño, pero mejor estructurado confluyó y motivó la confluencia de estudiantes, profesores, empresarios, profesionales, lo cual animó a la decisión de oficiales militares descontentos en unas FFAANN cuyas fisuras se abrieron en aquellos meses intensos.

Cuando más fuerte parecía el régimen, los sucesos que determinaron su final se precipitaron. El catalizador fue su error político, el plebiscito, nacido de una doble influencia negativa, aparentemente contradictoria, siempre inductora de equivocaciones. Por un lado el miedo, por el otro la sobreestimación de la propia fuerza. La formalidad constitucional imponía unos condicionamientos y la fuerza política del gobierno ya no era tanta como para poder obviarlos.

*...el crecimiento de la protesta cívica, con manifestaciones de los sectores organizados del país, llegó a los cuarteles y comenzó a entusiasmar y a comprometer, para una acción cívico-militar, a los sectores jóvenes de las Fuerzas Armadas Nacionales, que luego se manifestarían el 1 y el 9 de enero de 1958. En general, se aceleró el distanciamiento entre el mandatario y la institución castrense...*³⁹²

Base de apoyo al gobierno, militares, empresarios y derecha política, se resquebraja. Oposición política diversa y debilitada se une; las lecciones de 1945-48 (sectarismo) y 1948-57 (persecución,

³⁹¹ Velásquez.: *Obra citada*

³⁹² Hernández Muñoz: *Obra citada*

exilio) daban sus frutos. Fuerzas políticas, sociales y económicas hasta entonces exitosamente represadas por el régimen con su control militar y represivo, encontraban al fin modos de expresión.

II. 1958 DEFINICIONES

a. *De enero.*

El nuevo año amanece con la noticia de una rebelión militar con expresiones en la Aviación y la potente Guarnición de Maracay y en Caracas la unidad de blindados comandada por el Coronel Hugo Trejo. Se calculan en 360 los oficiales comprometidos. Había civiles comprometidos. El alzamiento, bastante descoordinado, es controlado, pero rompe el celofán de la invulnerabilidad militar del poder. Pérez Jiménez se dirige al país en cadena, la califica de “breve escaramuza” y alaba “la notable compostura del pueblo” y “la unidad de las Fuerzas Armadas”.

El 10 de enero se anuncia un alzamiento en la Marina, a raíz del cual el Jefe del Estado Mayor Conjunto General Rómulo Fernández traslada a Pérez Jiménez los planteamientos de los sublevados.

b. *Dos cambios en el gobierno por presión militar.*

Renuncia el gabinete y Pérez Jiménez designa uno nuevo. Regresa Llovera Páez al MRI que dejó en 1952 en reemplazo de Vallenilla y Fernández ocupa Defensa. Estrada deja la SN, el gobierno y el país. Lo sustituye un militar, el Cnel. Velazco. El también Cnel. Prato en Educación aviva la protesta estudiantil.

El 13 de enero, hay otro cambio ministerial que involucra cuatro carteras, entre ellas Interior (vuelve a salir Llovera) y Defensa que asume el propio Presidente. A Educación va, en triste ignorancia de la realidad, el eminente científico Huberto Fernández Morán.

c. *Huelga general y derrumbe del régimen.*

No finalizada la primera quincena del mes salen los comunicados del Frente Obrero, de los profesionales y empresarios y de los ingenieros. En seguida los colegios de Abogados, Profesores, Médicos y mensajes de una Junta Estudiantil de Liberación y “Madres de los Estudiantes”.

El 21 huelga nacional de la prensa y desde mediodía, huelga general. El Comité Obrero de la Junta Patriótica organiza y ejecuta la acción. Trescientos dos muertos y más de mil heridos en Caracas.³⁹³

El 22 se alza la Marina y así se sella la suerte de Pérez Jiménez y su gobierno. También se rebela la Escuela Militar. En la calle siguen pequeños disturbios. A las 2:30 de la madrugada del 23, huye del país, acompañado por su familia y algunos ministros.

d. 23 de enero. De Junta Militar a Junta de Gobierno.

Solo militares integran la primera Junta de Gobierno presidida por el Contralmirante Larrazábal, Comandante de las Fuerzas Navales. En el gabinete, todos son civiles menos el titular de Defensa Castro León. El 24 se reorganiza la Junta, salen dos militares e ingresan dos reconocidos empresarios, mundo del cual proviene la mayoría de los ministros.

En febrero se decreta el Plan de Emergencia para enfrentar el agudo problema del desempleo.

e. El espíritu del 23 de enero.

La ampliación de la Junta Patriótica el 27, ideada por Otero Silva como contrapeso a la Unidad “a tres” que desde el exilio neoyorquino anuncian Betancourt, Villalba y Caldera, será el comienzo del ocaso de este instrumento de lucha, cuyo objetivo –el fin de la dictadura- había sido alcanzado. Pero a lo largo de ese año predominó en la opinión, si bien no en las realidades de la política, el denominado “espíritu del 23 de enero”, una atmósfera unitaria, suerte de “luna de miel” que procuraba prolongar la confluencia unitaria nacional de la exitosa jornada colectiva que hemos revisitado.

³⁹³ En este punto difieren las informaciones de prensa. Las cifras de *El Nacional* duplican las dadas por *El Universal*
Revista de la Facultad de Derecho N° 72.
2017-2018
ISSN: 0255-5328

f. *Horizonte electoral*

Desde el primer momento quedó claro que el gobierno transitorio se veía a sí mismo como tal y que su desembocadura natural era una elección ese mismo año. El ambiente fue de libertades públicas plenamente abiertas.

El 20 de febrero Larrazábal ratifica que se compromete con “elecciones generales, libres y honestas”. En marzo designó una muy calificada Comisión Redactora del Estatuto Electoral presidida por Rafael Pizani y de integración muy plural. El estatuto se promulga en mayo. En octubre se deciden las candidaturas presidenciales, entre ellas la de Larrazábal quien renuncia el 14 de noviembre a la Presidencia de la Junta.

El 7 de diciembre se realizarían las elecciones.

g. *Los partidos, comprometidos con estabilizar la democracia.*

El regreso de los líderes exiliados conduce la reorganización de los partidos y su protagonismo en la nueva situación. Los jóvenes de AD han logrado una figuración principal en la lucha, con la ayuda del destierro de los jefes y la caída de tres secretarios generales, el asesinato de Ruiz Pineda, prisión y muerte de Carnevali y prisión de Anzola Anzola. Pero a su vuelta Betancourt asienta su liderazgo al señalar el rumbo y dedicarse a recorrer el país y recuperar cuadros. Con él, un equipo de primer orden. El exilio de Caldera ha sido breve y entre él y su equipo que encabezan Fernández y Pérez Díaz no hay abismos profundos que los separen de los jóvenes de largo destierro como Herrera, Cárdenas, Zapata Escalona. Los problemas de Villalba con quienes permanecieron aquí no se manifestarán aún, será cosa de más adelante³⁹⁴.

³⁹⁴ Con Ojeda, notorio a la cabeza de la JP surgirá la primera discrepancia cuando se va a la guerrilla. La situación interna en URD precipitará su salida del gobierno coaligado. Y en 1963, se separarán para fundar VPN en 1964 José Herrera Oropeza, Víctor José Ochoa, Adolfo Herrera, Horacio Scott Poer y, sin entrar al naciente partido, Luis Miquilena y José Vicente Rangel.

Se busca corregir errores del pasado, poner límites racionales a los enfrentamientos y echar las bases para el desarrollo de un nuevo y duradero sistema democrático. Se forma un Comité de Enlace de los Partidos Políticos.

El 31 de octubre suscribieron en la quinta Puntofijo, residencia de Rafael Caldera un pacto de lealtad democrática, lo que hoy se llamaría un acuerdo de gobernabilidad, los dirigentes principales de AD, URD y COPEI. Testigos de la firma fueron representantes de Fedecámaras, el Comité Sindical Unificado, la Federación de Gremios Profesionales, la Junta Patriótica y la Federación de Centros Universitarios. Los representantes de estas dos últimas dejaron constancia de su protesta por la ausencia del PCV e Integración Republicana³⁹⁵.

“Puntofijo” tendrá entonces, comenta Herrera Campíns, doble significación,

*...por un lado, un pacto con ribetes electorales para ceñir la disputa a reglas de altura, de compostura republicana y de consideración cívica, y, por otra parte, un pacto ejecutivo, de gobierno.*³⁹⁶

En noviembre, los candidatos presidenciales Rómulo Betancourt (AD), Wolfgang Larrazábal (URD, PCV, MENI) y Rafael Caldera (COPEI, IR, PST) firmaron el Programa mínimo de Gobierno, relacionado con el Pacto de Puntofijo.

Quedan acordadas las bases de la colaboración interpartidista, tanto en sus líneas políticas maestras como en sus principales acciones de gobierno.

Consecuencia natural del espíritu del 23 de enero fue también la búsqueda de una candidatura unitaria a la Presidencia de la República, cuestión que estuvo en el centro de las conversaciones entre los líderes políticos.

Un grupo de profesores universitarios propone el nombre de Rafael Pizani y otro hace lo propio con el de Julio de Armas, los dos académicos de mucho mérito y figuras civiles destacadas. Sectores

³⁹⁵ IR fue un pequeño partido de fugaz existencia, apoyó la candidatura de Caldera en 1958 y lo dirigían figuras muy respetables como Martín Vegas, Gustavo Planchart, Rodolfo Rojas y Elías Toro.

³⁹⁶ Herrera Campíns: *Transición... obra citada*

económicos lanzan la candidatura del economista José Antonio Mayobre quien será el primer Ministro de Hacienda de Betancourt. URD y COPEI presentan la opción de Martín Vegas, planteada originalmente por Integración Republicana, la cual rechaza AD haciendo amplio reconocimiento de sus credenciales y planteando la posibilidad de Larrazábal con un Consejo de Gobierno integrado por los dirigentes máximos de los tres partidos. URD, COPEI y el propio Larrazábal no aceptaron la propuesta adeca.

Entre las propuestas barajadas estuvo la de varias formas de gobierno colegiado, difícilmente practicables pero explicables en el clima nacional de 1958.

A conciencia de las dificultades de una unidad total, los partidos orientaron sus esfuerzos hacia el pacto de gobernanza y el programa mínimo común.

h. Nixon.

En mayo, justo después de una tensa situación militar, visita Venezuela el Vicepresidente norteamericano Richard M. Nixon. “Visitante indeseable” lo califican comunicados estudiantiles. Escasamente protegida su caravana, fue recibida agresivamente en la Avenida Sucre con insultos, amenazas y actos de violencia tumultuaria. No pudo llegar al Panteón para rendir honores al Libertador y el programa de actos hubo de ser suspendido. Crisis en las relaciones con EEUU que exige garantías y en el seno del gobierno que debe ser reorganizado. La volatilidad de la situación política asoma.

i. Inestabilidad militar.

En abril, una crisis militar se abre en dos frentes. Por un lado, los núcleos castrenses más comprometidos con el cambio del gobierno, activos el 1 y el 10 de enero, no están representados en la cúpula del poder, por otro, el Ministro Castro León se queja por la radio “Ya es hora de que se

silencien las campañas de tutelaje y las demandas de depuración”. A fin de mes, el Cnel. Trejo sale de Embajador a Costa Rica.

El 22 de julio Castro León presenta un pliego a la Junta donde pide ilegalizar a AD y el PCV – lo cual negó luego desde Puerto Rico-, medidas de censura de prensa, aplazamiento por tres años de las elecciones y formación de un nuevo gobierno en consulta con las FFAANN. 23 y 24 los partidos y los sectores económicos respaldan al gobierno provisional. Los líderes políticos se reúnen en Macuto con Larrazábal y le recomiendan volver a su despacho para desde ahí enfrentar la conjura. Nutridas manifestaciones de calle repudian la presión anti democrática sobre la Junta, miles se agolpan en la Avenida Urdaneta ante el Palacio Blanco. Se evidencia el “espíritu del 23 de enero” en una caudalosa y plural demostración de fuerza social, y el ministro termina renunciando y saliendo del país.

Oportuna la mancheta de *El Nacional* escrita por Otero Silva, alude al comandante de la FAV y al Ministro de la Defensa que acaban de dimitir:

*Ante toda una nación
resuelta y unificada
ni tira Martín parada
ni resulta Castro león*

El 7 de septiembre los tenientes coroneles Juan de Dios Moncada Vidal³⁹⁷ y Ely Mendoza Méndez encabezan una nueva asonada que es conjurada.

j. *Elecciones del 7 de diciembre.*

Ganan Betancourt y AD las elecciones, bordeando la mayoría absoluta en el voto popular y con control del Senado y Diputados. El de la cámara baja lo perderán luego con sucesivas divisiones generacionales, la primera con fuerte contenido ideológico. Pero al instalarse el Congreso, se cumple el

³⁹⁷ Reaparecerá al frente de las FALN en la insurrección armada de los sesentas. La antipolítica de derecha e izquierda más de una vez se confundió en las conspiraciones de aquellos años.

acuerdo de “unidad a tres”. Leoni y Caldera presiden las cámaras y URD integra ambas mesas directivas.

El gobierno de Betancourt se instala en febrero de 1959 con la novedad de una coalición. Tres ministros de URD, dos de AD, dos militantes y un independiente socialcristianos y cinco independientes.

El consenso en vez del conflicto sería el objetivo del período a iniciarse, y su característica para bien y para mal. Los pilares institucionales y sociales sobre los cuales debía asentarse el gobierno democrático eran “las Fuerzas Armadas, los partidos políticos, los sindicatos, el empresariado y la Iglesia Católica”³⁹⁸.

BIBLIOGRAFÍA

Aveledo Coll, Guillermo Tell: *La Iglesia y la opinión católica en VVAA Cuando las bayonetas hablan. Nuevas miradas sobre la dictadura militar 1948-1958*. UNIMET-UCAB. Caracas, 2015.

Brewer-Carías, Allan R.: *Las Constituciones de Venezuela*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2008

Caballero, Manuel: *Historia de los venezolanos en el siglo XX*. Alfa. Caracas, 2010

De Marco, Alberto: *Pensiero Giuridico, Economico e Sociale del Pontefice Pio XII*. Giagemi Editore. Roma, 2010.

Hernández Muñoz, Eladio: *Transición en Democracia (Venezuela, 1935-1999)* facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. UCV. Caracas, 2008.

³⁹⁸ Caballero.: *Obra citada*

Herrera Campíns, Luis: *Frente a 1958 (Material de Discusión Política Electoral Venezolana)* Munich, 1957. Publicado entero en Aveledo R.G.: *El Llanero Solidario*. LibrosXMarcados. Caracas, 2012.

Herrera Campíns, Luis: *Transición Política* en J.L. Salcedo-Bastardo, Luis Herrera Campíns y Benito Raúl Losada: *1958 Tránsito de la dictadura a la democracia en Venezuela*. Ariel. Barcelona-Caracas-México, 1978

Rodríguez Iturbe, José: *Crónica de la Dictadura Militar*. Nueva Política. Caracas, 1984.

Vallenilla, Luis: *Auge, Declinación y Porvenir del Petróleo Venezolano*. Tiempo Nuevo. Caracas, 1973.

Velásquez, Ramón J: *Evolución Política en VVAA Venezuela Moderna 1926-1976*.Fundación Eugenio Mendoza. Caracas, 1976.

LA TRANSICIÓN CONSTITUCIONAL DE 1958-1961

Jesús María Casal

Abogado *Summa Cum Laude* de la Universidad Católica Andrés Bello, Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Central de Venezuela y Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, con estancia de investigación postdoctoral en Alemania, en el Instituto Max Planck de Derecho Internacional y Derecho Público Comparado de la ciudad de Heidelberg, como becario de la Fundación Alexander von Humboldt. Profesor de Derecho Constitucional y ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

Resumen

La Democracia había hecho eclosión el propio 23 de enero, pero era todavía un logro frágil, que debía concretarse política e institucionalmente en medio de incertidumbres sobre la actuación de las Fuerzas Armadas, con las diversas corrientes que había en su seno, y sobre las posturas de otros actores en el campo religioso, económico e internacional. El presente artículo busca recordar como el espíritu del 23 de enero se forjó con base en la unidad entre fuerzas políticas y sociales que se empeñaron en construir la Democracia recién recuperada y en hacerla perdurable.

Palabras clave: Transición democrática, historia constitucional, Constitución de 1953, 23 de enero de 1958

Abstract

The Democracy had erupted on January 23, but it was still a fragile achievement, which had to materialize politically and institutionally in the midst of uncertainties about the actions of the Armed Forces, with the various currents that were in its midst, and about the positions of other actors in the religious, economic and international field. This article seeks to remember how the spirit of January 23 was forged based on the unity between political and social forces that endeavored to build recently recovered Democracy and make it durable.

Keywords: Democratic transition, constitutional history, Constitution of 1953, January 23, 1958

INTRODUCCIÓN

La forma en que fue conducida la transición constitucional a partir de 1958 es expresión del espíritu del 23 de enero y del modo en que sus protagonistas asumieron el reto de dirigir al país hacia un sistema democrático. Si algo caracterizó el derrocamiento de la dictadura es que fue asumido como “una empresa nacional”, en palabras de Manuel Caballero³⁹⁹.

Uno de los aspectos más significativos de la transición entre la dictadura y la democracia a que dio lugar el 23 de enero de 1958 fue la “tregua política” que se estableció entre los partidos, reflejada luego en el Pacto de Punto Fijo pero que lo precedió. Aquella estaba en consonancia con las posiciones poco extremistas que ese año adoptaron distintas organizaciones políticas, incluso el Partido Comunista⁴⁰⁰. Este ambiente influyó por supuesto en el tratamiento del tema constitucional.

Las principales incógnitas que en esta materia debían despejarse eran las siguientes: ¿Se convocaría una asamblea nacional constituyente? ¿Seguiría vigente la Constitución de la dictadura?, y en caso afirmativo ¿por cuánto tiempo y con qué alcance? ¿Se restablecería la vigencia de la Constitución democrática de 1947? El objeto de este trabajo es analizar las respuestas que se darían ante estos interrogantes y otros conexos.

I. LAS CONSTITUCIONES DE 1953 y 1947⁴⁰¹

Antes de examinar la transición constitucional, como parte de la transición política, importa aludir a la precariedad jurídica del orden constitucional precedente, desde el cual aquella se desenvolvería. El orden existente era básicamente una dictadura militar que fraguó como fachada la Constitución de 1953. Muchos de sus preceptos consagraban los principios de la Democracia y el Estado de Derecho, pero fueron solo piezas cosméticas destinadas a encubrir los verdaderos propósitos de los comicios constituyente de 1952 así como las disposiciones transitorias que los hacían visibles: la

³⁹⁹ Caballero, Manuel, *Historia de los venezolanos en el siglo XX*, Caracas, Alfa, 2011, p. 181.

⁴⁰⁰ Idem, p. 197; Caballero calificó al 23 de enero de 1958 como “una revolución sin extremistas”.

⁴⁰¹ Caballero, Manuel, *Historia de los venezolanos en el siglo XX*, Caracas, Alfa, 2011, p. 181.

facultad dada a la Asamblea Constituyente a fin de designar al Presidente de la República para el periodo constitucional 1953-1958, al igual que a los Diputados, Senadores, Diputados a las Asambleas Legislativas, Concejales, Vocales (magistrados) de la Corte Federal y de la de Casación y demás titulares de los órganos constitucionales.

Esas mismas normas transitorias advertirían que la regulación legal sobre los derechos y garantías quedaba condicionada a lo que el Presidente de la República estableciera para preservar la “seguridad de la Nación, la conservación de la paz social y el mantenimiento del orden público” (Disposición Transitoria 3ª). Con dos disposiciones transitorias resultaba así vaciado el Texto Constitucional de lo que podría haber tenido de constitucionalismo para un observador desprevenido. Se trataba adicionalmente de una Constitución adoptada por un cuerpo integrado merced a lo que ha sido calificado como un fraude “de escandalosas proporciones”⁴⁰².

La Constitución de 1953 adolecía, pues, de las condiciones indispensables para merecer tal nombre. Era en algunos aspectos una Constitución fachada, que mostraba en su regulación general un sistema democrático y consagraba algunos derechos individuales, lo cual en nada se correspondía con la realidad del fenómeno del poder; pero era a la vez una Constitución semántica o nominal, en el sentido de que las disposiciones transitorias comentadas pretendían consolidar al régimen autocrático instaurado⁴⁰³; en igual dirección apuntaba la supresión de los límites constitucionales a la reelección inmediata. Era, sin duda, una Carta constitucional antidemocrática, al originarse en un fraude electoral y al sustraer al pueblo, proclamado como soberano, la elección de sus autoridades ejecutivas y legislativas, durante todo un periodo constitucional. Fue además violada o desechada por la dictadura cuando Pérez Jiménez eludió la contienda electoral para la Presidencia de la República, que debía celebrarse por lo menos tres meses antes del vencimiento del periodo constitucional de cinco años iniciado el 19 de abril de 1953 (art. 104 de la Constitución). La norma transitoria referida a la seguridad de la Nación, la conservación de la paz social y el orden público había servido para amparar vejaciones contra la disidencia política y arbitrariedades de variada índole.

⁴⁰² Oropeza, Ambrosio, *La nueva Constitución venezolana. 1961*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1986, p. 132.

⁴⁰³ Respecto del sentido de estos conceptos en la clasificación de las Constituciones de Loewenstein y Sartori *vid.* Casal Jesús M., “¿De la Constitución nominal a la Constitución fachada? Reflexiones a partir de la evolución constitucional venezolana” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Konrad Adenauer Stiftung), 2011, pp. 361 y ss.

La precedió la Constitución de 1947, fruto de una Asamblea Nacional Constituyente nacida legítimamente del sufragio popular, por primera vez verdaderamente universal, ya que el Estatuto Electoral de 1946 incorporó plenamente a la mujer al ejercicio del derecho al voto. Fue una Constitución democrática también en su contenido, al consagrar el sufragio universal y directo; establecía la separación de los poderes, con colaboración entre los mismos, bajo un sistema presidencial en el que no se admitía la reelección inmediata, y adoptó una forma de Estado formalmente federal pero con importantes elementos de centralización. Garantizaba los derechos del ser humano. Se incorporó a la Constitución el habeas corpus para la protección de la libertad individual. Dicho Texto Fundamental se distinguió asimismo por la amplia previsión de derechos de carácter social y económico. Por otra parte, sentó como principio el carácter “obediente y no deliberante” de las Fuerzas Armadas, al cual ya no haría mención la Carta de 1953.

La Constitución de 1953 era inaceptable para el mundo civil y democrático⁴⁰⁴, mientras que la de 1947 era una referencia o modelo para muchos actores políticos y sociales. No obstante, el trienio en la cual esta se gestó estuvo rodeado de una conflictividad y radicalismo que sirvieron de pretexto a los militares para su acción golpista del 24 de noviembre de 1948, que comportó el restablecimiento de la Constitución de 1936, con la reforma de mayo de 1945 y la salvedad que hizo el Acta de Constitución del Gobierno Provisorio sobre ciertas “disposiciones de carácter progresista de la Constitución Nacional promulgada el 5 de julio de 1947”⁴⁰⁵. Más allá de esta acotación retórica, la Constitución de 1947 había sido dejada sin efecto con motivo del pronunciamiento militar.

Es probable que en 1958 hubiera, pues, reservas en el campo militar ante la posibilidad de restablecer la Constitución de 1947; por varias razones. Unas vinculadas al contexto conflictivo en que esa Carta Magna se gestó⁴⁰⁶ o a su contenido, tal vez con una carga social excesiva respecto del pensamiento de una parte de las Fuerzas Armadas, y otras a la idea que debió haber prevalecido en la Junta Militar de Gobierno sobre el momento a partir del cual se quería asumir una ruptura de principio de cara al proceso de democratización en ciernes. Dicha ruptura se remontó, como veremos, a las

⁴⁰⁴ Vid. Oropeza, *op. cit.*, p. 131 y ss.

⁴⁰⁵ Vid. Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela N° 22.778, del 25 de noviembre de 1948.

⁴⁰⁶ Ambrosio Oropeza, *op. cit.*, p. 134, ha sostenido que después de 10 años ya no estaban vivos los recuerdos de las enconadas luchas parlamentarias de 1947, postura no compartida por Manuel Rachadell, “El proceso político en la formación y vigencia de la Constitución de 1961”, en Plaza, Elena/Combellas, Ricardo, *Procesos constituyentes y reformas constitucionales en la Historia de Venezuela. 1811-1999*, Caracas, UCV, 2005, T. II, p. 701.

elecciones de 1952, referidas a la integración de una Asamblea Constituyente, que serían calificadas por la Junta de Gobierno, reconstituida pero aún con decisiva presencia militar, como una simulación electoral antidemocrática. Mientras que haber restablecido la Constitución de 1947 hubiera podido interpretarse como la admisión de que todo lo hecho desde entonces por las Fuerzas Armadas era ilegítimo. Es posible sostener, por tanto, que la transición a la Democracia supuso, al nivel del Gobierno provisorio, un acuerdo tácito en el sentido de ir levantando la institucionalidad democrática sobre la base del cuestionamiento de las elecciones fraudulentas de 1952 y de todo lo que trajeron consigo -con excepción de la Carta de 1953-, como también de la represión practicada por la policía política y del plebiscito ilegítimo de 1957, dejando lo precedente abierto a la interpretación histórica y a las posturas que cada organización política quisiera sostener, sin perjuicio de la revisión de actos singulares del Gobierno Provisorio⁴⁰⁷. En otras palabras, esta comprensión de los hechos implicaba concebir el 23 de enero como una acción emprendida contra la dictadura militar de Pérez Jiménez, pero no contra las Fuerzas Armadas institucionalmente consideradas. Para las Fuerzas Armadas, en todo caso, no era pertinente replantear el debate sobre el trienio y su desenlace.

II. LA JUNTA DE GOBIERNO Y LA REINSTITUCIONALIZACIÓN DEMOCRÁTICA

En cuanto a la transición en lo constitucional, la Junta Militar de Gobierno conformada el 23 de enero de 1958 adoptó tempranamente decisiones que determinarían en parte el curso de los acontecimientos. Lo hizo ese mismo día, en su Acta Constitutiva⁴⁰⁸, en la cual, después de anunciar al país que el propósito de la Junta era “enrumbarlo hacia un Estado democrático de Derecho”, declaró que asumiría “todos los poderes de Estado” y que ejercería el Poder Ejecutivo “mientras se organizan constitucionalmente los poderes de la República, dentro de las pautas del artículo 3º”.

Este artículo 3º disponía que:

⁴⁰⁷ Como la supresión, el 31 de enero de 1958, de las Juntas de Censura o Comisiones de Examen creadas por la dictadura en 1950, que la Junta de Gobierno consideraría contrarias a la significación de la libertad de expresión en un sistema democrático, como veremos.

⁴⁰⁸ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.567, del 23 de enero de 1958.

“Se mantiene en plena vigencia el ordenamiento jurídico nacional, en cuanto no colida con la presente Acta Constitutiva y con la realización de los fines del nuevo Gobierno”.

De esta forma la Junta Militar, sin decirlo explícitamente, estaba remitiendo a la Constitución de 1953 en orden a la organización “constitucional” de los poderes de la República. Es decir, el gobierno provisorio ejercería funciones hasta que los poderes del Estado fueran organizados “constitucionalmente”, lo cual, en virtud de la remisión al artículo 3º y de los objetivos definidos por la Junta, había de interpretarse como un proceso de democratización que se llevaría a cabo con apoyo en la Constitución de 1953, como elemento integrador del “ordenamiento jurídico nacional”. Actos y declaraciones posteriores confirmarían que se resolvió mantener en vigor esa Constitución -siempre que fuera compatible con los fines del nuevo gobierno-, al menos hasta la recomposición democrática.

No obstante, en dicha Acta, emitida en las primeras horas del relevo en el poder, no se señalaban los pasos que se seguirían para la reinstitucionalización del país. Su texto daba lugar asimismo a interrogantes sobre la vigencia de esa Constitución. El citado artículo 3º del Acta Constitutiva añadía que:

“la Junta Militar dictará, mediante Decreto refrendado por el Gabinete Ejecutivo, las normas generales y particulares que aconseje el interés de la República, inclusive las referentes a nueva organización de las ramas del Poder Público”⁴⁰⁹.

Resulta dudosa la extensión de esta facultad de la Junta para una “nueva organización de las ramas del Poder Público”, ya que podía entenderse referida a la adopción de una nueva organización de los poderes, de manera provisional, hasta la reinstitucionalización democrática, o a la recomposición de los poderes ya existentes, previstos en la Constitución de 1953. Se trató de ambas cosas, partiendo de la vigencia de esta Constitución: lo primero, por ejemplo, para dar al Senado una composición y sistema de integración distintos a lo establecido en el Texto de 1953, a los efectos de las elecciones que se celebrarían ese mismo año; lo segundo, a fines de designar a nuevos magistrados en la Corte Federal y en la Corte de Casación. La Junta de Gobierno terminaría ejerciendo funciones ejecutivas y legislativas, e hizo nombramientos en las altas cortes y determinó

⁴⁰⁹ Idem.

que efectuaría, por intermedio del Ministerio de Justicia, las designaciones necesarias en los tribunales de instancia de la República⁴¹⁰. Tempranamente había aclarado, ante dudas surgidas acerca del alcance de su Acta Constitutiva, en lo concerniente al funcionamiento del Poder Judicial, que no se vería menoscabada la continuidad de la administración de justicia por los tribunales y que serían válidas “las actuaciones cumplidas por el Poder Judicial de la República”⁴¹¹. También se crearían nuevos Juzgados de Instrucción en Caracas⁴¹².

Correspondería a la Junta reconstituida, que incorporó a dos civiles y de la cual se separaron los dos militares acusados de ser próximos al gobierno depuesto, abordar oficialmente temas constitucionales pendientes, mediante Decreto N° 51 del 22 de febrero de 1958⁴¹³, que creó una Comisión especial encargada de redactar un proyecto de Ley Electoral “de acuerdo con las pautas de la Constitución en vigor”, se decía. La Junta de Gobierno afirmó que estaba dando cumplimiento al compromiso contraído con la Nación de “restituirle un régimen constitucional y democrático, a cuyo efecto es indispensable que la voluntad soberana del pueblo se manifieste por medio del sufragio”, tal como rezaba el primer Considerando del referido Decreto. El tercero de sus Considerandos observaba que:

“La aplicación de las normas de la Constitución vigente, cuyos defectos y lagunas pueden ser corregidos y subsanados por las vías que el derecho establece, es la forma más adecuada y breve para que la nación escoja sus representantes en los poderes públicos”⁴¹⁴.

Por tanto, la Junta de Gobierno reafirmó que se procedería conforme a la Constitución que estaba formalmente en vigor, esto es, la de 1953, para que el pueblo eligiera a la mayor brevedad sus representantes, de acuerdo con la organización del poder contemplada en esa Constitución. Esa era para la Junta la manera de alcanzar el objetivo, al cual se refería también su Decreto, de “contribuir al más rápido advenimiento del régimen constitucional”, que enunciaba como propósito compartido con los sectores partidistas e independientes.

⁴¹⁰ Decretos N° 18 y 19 del 3 de febrero de 1958, Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.576, del 3 de febrero de 1958.

⁴¹¹ Decreto N° 7 del 27 de enero de 1958, publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.570, del 27 de enero de 1958.

⁴¹² Decreto N° 15 del 31 de enero de 1958, Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.574, del 31 de enero de 1958.

⁴¹³ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.593, del 22 de febrero de 1958.

⁴¹⁴ Idem.

La normativa electoral, denominada Ley y no Estatuto, tal vez en atención a la idea que tenía la Junta sobre el marco normativo y funcional dentro del cual operaba, fue dictada por la Junta de Gobierno el 23 de mayo de 1958 y publicada el día siguiente en Gaceta Oficial⁴¹⁵; poco después serían designados por la Junta de Gobierno los integrantes del Consejo Supremo Electoral, órgano que esa misma ley preveía. Las elecciones se convocarían para la Presidencia de la República, las dos cámaras del Congreso, las Asambleas Legislativas y los Concejos Municipales.

De este modo se estaba produciendo una reinstitucionalización democrática apoyada en la Constitución de la dictadura. Sin embargo, hay que preguntarse qué quedaba de esa Constitución y qué era lo que esta representaba a los fines de la transición. La pervivencia formal de la Constitución de 1953 no obedeció a que las Fuerzas Armadas quisieran acentuar una continuidad entre el orden dictatorial catapultado en 1952-53 y el sistema naciente. Se trató más bien de una decisión prudencial y político-histórica, como ya se apuntó, puesto que los fundamentos político-constitucionales de esa Carta y del régimen militar pretendidamente relegitimado con base en ella fueron dinamitados por la misma Junta de Gobierno, con respaldo de las Fuerzas Armadas o de sus sectores mayoritarios.

Las elecciones a la Asamblea Constituyente de 1952 debían teórica o retóricamente conducir a un encauzamiento democrático del gobierno militar iniciado a finales de noviembre de 1948, pero no fue así a causa del fraude electoral, que permitió entronizar la dictadura mediante la unción constituyente. La Asamblea Constituyente espuria originada en esa usurpación investiría a Pérez Jiménez como Presidente constitucional de la República e integraría a los cuerpos colegiados a nivel nacional, estatal y municipal, al igual que a las altas cortes de justicia. Después, en 1957, cuando debían convocarse las elecciones con arreglo a la Constitución de 1953, se realizó un plebiscito para evitarlas, que fue además nuevamente fraudulento. Con el 23 de enero de 1958 todo el andamiaje institucional levantado sobre la usurpación de 1952 y la Constitución de 1953 fue no solo derribado sino deslegitimado o descalificado jurídica y políticamente por la Junta de Gobierno. Conviene detenerse en ello.

Las Fuerzas Armadas tuvieron protagonismo, aunque no exclusivo, en el derrocamiento de Pérez Jiménez y en la conducción del nuevo gobierno. En el Acta Constitutiva de la Junta Militar de Gobierno se declaró que:

⁴¹⁵ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 562 Extraordinario, del 24 de mayo de 1958.

“Las Fuerzas Armadas Nacionales en atención al reclamo unánime de la nación y en defensa del supremo interés de la República, que es su principal deber, han resuelto poner término a la angustiosa situación política por la que atravesaba el país a fin de enrumbarlo hacia un Estado democrático de Derecho”⁴¹⁶.

El objetivo era, pues, instaurar un Estado democrático de Derecho. Para lograrlo la Junta de Gobierno, ahora con participación civil, tomó en un plazo de menos de dos semanas desde su instalación las siguientes decisiones:

a) La disolución del Congreso: en su Decreto N° 12 del 29 de enero de 1958⁴¹⁷ la Junta determinó que “Se declara disuelto el Congreso Nacional”; como fundamento adujo que “la doctrina democrática, el sentir de la nación y los objetivos definidos por las Fuerzas Armadas al proceder a la constitución del Gobierno provisorio, son incompatibles con la existencia y funcionamiento de órganos legislativos resultantes de actos de simulación mediante los cuales se quiso sustituir la representación legítima de la comunidad”. Agregó que “el resultado de las elecciones celebradas el 30 de noviembre de 1952...fue adulterado para atribuir la mayoría en la Asamblea Nacional Constituyente al grupo auspiciado directamente desde el Poder” y que había sido esa misma Asamblea la que “nombró” por Decreto al Congreso Nacional, cuyo periodo vencería en abril de 1958; se acotaba además que ya la Junta había asumido todos los poderes.

b) La designación de los Vocales de la Corte Federal y de la Corte de Casación: en su Decreto N° 18 del 3 de febrero de 1958⁴¹⁸ la Junta de Gobierno aludió a la necesidad de “la inmediata reorganización de las Ramas del Poder Público” y procedió a designar a los Vocales principales y suplentes de esas altas cortes, quienes según el Decreto debían prestar juramento ante el Presidente de la Junta.

⁴¹⁶ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.567, del 23 de enero de 1958.

⁴¹⁷ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.572, del 29 de enero de 1958 y N° 25.574, del 31 de enero de 1958 (esta última de reimpresión por error de copia).

⁴¹⁸ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.576, del 3 de febrero de 1958.

c) La designación del Procurador General de la Nación y del Contralor General de la Nación: mediante Decreto N° 6 del 25 de enero de 1958⁴¹⁹ la Junta había designado al Procurador General de la República (Ministerio Público), cuya elección correspondía al Congreso conforme a la Carta de 1953, pero que había sido designado por la Asamblea Constituyente ese mismo año; y después nombraría al Contralor General de la República, mediante Decreto N° 14 del 31 de enero del 1958⁴²⁰.

d) La declaración de la inexistencia del plebiscito del 15 de diciembre de 1957: mediante Decreto N° 20 del 3 de febrero de 1958⁴²¹ la Junta resolvió que “Se declara inexistente el plebiscito celebrado el día 15 de diciembre de 1957”. Para sustentar esta decisión se adujo que la Ley de Elecciones del 13 de noviembre de 1957, la cual “sustituyó por un sistema plebiscitario la consulta comicial sincera que anhelaba la nación”, era contraria a “los principios del derecho público democrático”. De allí que dicho Decreto acordara también derogar tal ley. Dicha ley preveía el plebiscito para la “reelección” (ratificación) del Presidente de la República y para la designación de los Diputados a la Cámara de Diputados, por plancha única presentada por el Ejecutivo Nacional.

e) La declaración de la inexistencia de las Asambleas Legislativas y de los Concejos Municipales de toda la República, cuya designación para el periodo 1958-1963 correspondía, según esa Ley de Elecciones, al Congreso Nacional conformado con base en esa misma Ley. También, la inexistencia de la Cámara del Senado del periodo 1958-1963, cuyos miembros debían ser electos por esas Asambleas Legislativas o por el Concejo Municipal del Distrito Federal, respecto de esta entidad⁴²².

f) La disolución de las Asambleas Legislativas, los Concejos Municipales y las Juntas Departamentales y Comunes cuyo periodo finalizaba el 19 de abril de 1958: ello con base en razones similares a las esgrimidas para disolver el Congreso el 29 de enero de 1958. Recuérdese que los integrantes de las Asambleas Legislativas y de los Concejos Municipales habían sido designados por la Asamblea Constituyente⁴²³.

⁴¹⁹ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.569, del 25 de enero de 1958.

⁴²⁰ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.574, del 31 de enero de 1958.

⁴²¹ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.576, del 3 de febrero de 1958.

⁴²² Idem

⁴²³ Idem

g) La designación de nuevos Gobernadores: desde el mismo 23 de enero de 1958 la Junta fue designando nuevos Gobernadores en los Estado, Territorios Federales y en el Distrito Federal, empezando por este último, a los cuales daría después, mediante Decreto N° 21 del 3 de febrero de 1958⁴²⁴, la facultad de designar a los miembros de los Concejos Municipales correspondiente, previa autorización del Ministro de Relaciones Interiores. Para la Junta era indispensable “garantizar la continuidad del Poder Municipal”, dado que el Municipio “es histórica y socialmente la cédula básica de la organización democrática del Estado”⁴²⁵.

Por consiguiente, en pocos días había sido desmantelada y en parte ocupada la institucionalidad contemplada en la Constitución de 1953, y ello se hizo con base en una premisa que hacía palmario y oficial el carácter espurio de la Asamblea Constituyente que la dictó y, por tanto, de la misma Constitución adoptada. La decisión de mantener en vigencia esta Carta no era para la Junta una manifestación de continuidad con el orden dictatorial, pues se liquidaron muy de prisa las raíces político-institucionales de la Constitución, que subsistió como un fósil utilizado para simbolizar la continuidad jurídico-formal y para evitar las dificultades, justificadas o no, que se atribuían al restablecimiento de la Constitución de 1947.

Por otro lado, nótese que la vinculación a la Constitución de 1953 fue muy maleable o relativa, ya que la Junta de Gobierno, apoyada en su Acta Constitutiva, prontamente tomó determinaciones atendiendo a principios abstractos o aspiraciones sociales ligados al régimen político que se pretendía instaurar, los cuales, aun cuando pudieran estar reflejados en la Carta de 1953, eran invocados al margen o en contra de ella. La Junta desde el comienzo se inscribió dentro de coordenadas político-institucionales inherentes al sistema democrático y apeló a los reclamos de la nación, sin importar lo que dijera esa Constitución o, más bien, prescindiendo de ella. De ahí la invocación del “Estado democrático de Derecho”, de “la doctrina democrática”, del “régimen constitucional y democrático”, del “régimen de derecho” o del “derecho público democrático”, así como del “interés nacional” o de “la opinión libremente expresada por todos los órganos calificados del país”. Era patente su resistencia a mencionar expresamente la Constitución de 1953, lo cual se explica porque ni siquiera cuando esta aludía a la democracia o a la soberanía popular podía ser tomada como punto de referencia, dada su

⁴²⁴ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.576, del 3 de febrero de 1958.

⁴²⁵ Idem.

condición de norma fachada y por lo tanto engañosa, y a la vez semántica, que no encajaba en el futuro que se quería construir, junto a otras razones ya señaladas.

Muestra de ello fue la justificación que empleó la Junta de Gobierno para proceder con urgencia a designar funcionarios con el objeto de asegurar la continuidad del gobierno municipal, pues aquella estuvo asociada no a disposición alguna de la Constitución de 1953, que preveía las “Municipalidades”, sino a la convicción de que “el Municipio es histórica y socialmente la cédula básica de la organización democrática del Estado”. La Junta fue más allá cuando, al emitir la Ley de Elecciones, configuró al Senado como una Cámara de elección directa del pueblo, la cual, además, estaría integrada no solo por los dos Senadores por entidad federal previstos en la Constitución, sino también por Senadores adicionales, en base a la representación proporcional.

En otras palabras, la Junta de Gobierno operó a partir de una idea de Constitución y de sistema democrático, como modelo genéricamente considerado, apoyado también en elementos histórico-sociales, y al hacerlo anticipó en parte el orden que sería luego constitucionalmente instaurado. Esta misma inspiración le llevó a eliminar la Dirección de Seguridad Nacional y a ordenar a la Procuraduría de la Nación formar expediente para presentar acusación contra los funcionarios responsables de “muertes, torturas, vejaciones, atropellos y demás atentados contra la dignidad humana”⁴²⁶; así como a suprimir las Juntas de Censura (Comisiones de Examen) establecidas por el Gobierno Provisorio en 1950, ya que: “la libertad de pensamiento, ejercida en forma amplia, pero en un tono elevado y sereno, es la mejor garantía para los gobiernos e instituciones democráticas”⁴²⁷. El ejercicio de la libertad de expresión fue vinculado así con la vigencia de la Democracia y era al mismo tiempo matizado por las exigencias de las circunstancias, que demandaban, en el plano ético no jurídico, elevación y serenidad.

III. LA DECISIÓN EN FAVOR DEL CAMBIO CONSTITUCIONAL.

⁴²⁶ Decreto N° 3 del 24 de enero de 1958, publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.568 de la misma fecha.

⁴²⁷ Decreto N° 13 del 31 de enero de 1958, publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.574, de la misma fecha.

El Decreto del 22 de febrero de 1958, que creaba la Comisión redactora del proyecto de Ley Electoral, dejaba completamente despejadas algunas de las disyuntivas que se habían abierto al ser defenestrado el dictador. No sería restablecida la vigencia de la Constitución de 1947, para a partir de allí acometer la reinstitucionalización democrática, ni sería convocada una Asamblea Nacional Constituyente. Este último punto había sido discutido y consensuado entre líderes de los principales partidos políticos y los miembros de la Junta de Gobierno. Hubo coincidencia entre los grupos políticos en que no se procediera entonces a la convocatoria de una Constituyente, por los conflictos que ello podía suscitar. Ciertamente, abrir un paréntesis para la irrupción explícita del constituyente originario en aquellas circunstancias hubiera sido inconveniente y riesgoso. Tal como lo afirmó después el Senador Ambrosio Oropeza, en las primeras sesiones del Congreso democráticamente renovado, se estimaba que una convocatoria y discusión constituyente posterior a la formación del gobierno provisorio iba a “quebrantar irremediabilmente el gran frente de la unidad nacional, de la conciliación nacional”⁴²⁸. Pesaba aquí tal vez, de nuevo, el antecedente de las agrias discusiones sostenidas en la Asamblea Nacional Constituyente de 1946-1947. Una cosa era abordar el cambio constitucional de manera previa, específica y exclusiva, en una asamblea convocada al efecto, y otra distinta era insertarlo, como segunda fase, en el proceso de regeneración democrática en curso. Además, un paréntesis constituyente hubiera postergado la completa legitimación democrática en los órganos del Poder Público.

La pervivencia de la Constitución de 1953 fue en cambio objeto de controversias⁴²⁹. La Junta de Gobierno probablemente evitó abrir una fuente de interrogantes o discrepancias jurídico-políticas con una decisión como la de restablecer la vigencia de la Constitución de 1947, que podía resultarle además incómoda por los motivos antes señalados. Pesaron también razones de seguridad y continuidad jurídica. Pero, desde otra óptica, la Carta de 1953 era el símbolo de la arbitrariedad y de la usurpación contra las cuales se habían alzado el pueblo y buena parte de las Fuerzas Armadas.

⁴²⁸ Intervención del Senador Ambrosio Oropeza en sesión del Senado del 28 de enero de 1959; *vid.* esta y otras intervenciones parlamentarias de las primeras sesiones del Congreso electo el 7 de diciembre de 1958 en la parte introductoria del estudio de Gonzalo Parra Aranguren sobre “La nacionalidad venezolana originaria en la Constitución del 23 de enero de 1961”, separata del *Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal*, N° 13, 1963, p. 17.

⁴²⁹ *Vid.* Oropeza, *op. cit.*, pp. 131 y ss.

Cabe deducir de las intervenciones de Diputados y Senadores que se produjeron en el mes de enero de 1959, al instalarse las Cámaras legislativas⁴³⁰, que los dirigentes políticos tuvieron que ocuparse en 1958 con carácter prioritario de la organización de sus partidos, de la articulación con miras a las acciones unitarias de defensa de la Democracia y, luego, de la preparación ante el escenario electoral, a lo cual se sumaban las preocupaciones ligadas a la necesidad de hacer frente a las embestidas desestabilizadoras originadas tempranamente en el sector militar. El examen de aquel asunto quedó, pues, inconcluso.

Había otra cuestión importante por esclarecer: si se llevaría a cabo en el corto plazo un cambio constitucional y cómo. De alguna forma el Decreto del 22 de febrero de 1958 implicaba que primero vendría la búsqueda de la estabilización y pronta democratización y después podría abordarse el tema del cambio constitucional, asunto sobre el cual conversaban los líderes políticos. Por otro lado, al haberse mantenido la vigencia de la Constitución de 1953, la revisión constitucional resultaba ineludible, porque dicha Constitución era inviable, por su origen espurio, significación histórica y contenido, como marco jurídico perdurable de la renovada Democracia.

En el Programa Mínimo Común del 6 de diciembre de 1958, previsto como anexo en el Pacto de Punto Fijo, se incorporaría un compromiso con el cambio constitucional. El Pacto de Punto Fijo, del 31 de octubre de 1958, había aludido a la finalidad de garantizar “una constitucionalidad estable”, pero no aclaraba si esa estabilidad se alcanzaría gracias a algún tipo de revisión constitucional. En el Programa Mínimo Común se señaló que los candidatos firmantes fijaban como objetivo compartido la: “Elaboración de una constitución democrática que reafirme los principios del régimen representativo e incluya una Carta de Derechos Económicos y Sociales de los ciudadanos”. Estos derechos, por cierto, estaban prácticamente ausentes en el Texto de 1953.

Cuando se instalaron las Cámaras legislativas, el 19 de enero de 1959, y eligieron sendas directivas, los respectivos Presidentes subrayaron, en los discursos de toma de posesión, que era prioritaria la elaboración de “la Carta Fundamental que ha de organizar al Estado Democrático”, como diría el Senador Raúl Leoni. Con mayor énfasis aseveraría el Diputado Rafael Caldera que “Miramos

⁴³⁰ Vid. la reproducción de las intervenciones más relevantes en Gonzalo Parra, *op. cit.*, pp. 16 y ss.

como primera empresa, la reforma total de la Constitución Nacional” y añadiría que la elaboración de la Constitución debía culminarse en las sesiones de ese mismo año, 1959⁴³¹.

La apertura de las sesiones del cuerpo representativo y deliberante por excelencia, silenciado como verdadera expresión democrática desde finales de 1948, colocaba ahora en un primer plano el cambio constitucional, frente a la Constitución dictatorial. La recuperación del protagonismo de los partidos, la legitimación democrática de diciembre de 1958, explican esa prioridad, así como la rotundidad de algunas de las intervenciones de esas sesiones parlamentarias iniciales, en las que se criticaba haber postergado la discusión política sobre la aceptación de la vigencia de la Constitución de 1953. Era natural que esa preocupación se intensificara, dado que al haber culminado exitosamente la democratización de los poderes, con las elecciones de diciembre de 1958, el Texto de 1953 era aún más inaceptable, con la singularidad de que las nuevas autoridades legítimas no tendrían respecto de ella la flexibilidad de la que había disfrutado la Junta de Gobierno.

Con todo, lo cierto es que la ruta hacia el cambio constitucional estaba funcionando bien. Al momento de su formación la Junta Militar de Gobierno prefiguró en buena medida un camino para la democratización que implicaba la vigencia de la Constitución de 1953 y también, lo cual se haría explícito en el Decreto citado de la Junta de Gobierno del 22 de febrero de 1958, la realización, ese mismo año, de elecciones universales y directas a nivel nacional, estatal y municipal, respecto de los cargos de elección popular previstos en la Constitución de 1953, con el añadido del Senado, que según dicha Carta se integraba por designaciones que efectuaban las Asambleas Legislativas y el Concejo Municipal en el Distrito Federal. Se decidió evitar, por tanto, una convocatoria constituyente, sobre lo cual hubo consultas y se logró un consenso político y social, y se conservó interinamente la Constitución formalmente en vigor, de 1953. Correspondió al liderazgo político retomar la cuestión constitucional pendiente y resolverla satisfactoriamente, aunque después de lo previsto, por razones plenamente justificadas.

⁴³¹ Idem.

IV. LA DETERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO QUE HABRÍA DE SEGUIRSE

En las Cámaras se formularon al comienzo propuestas dirigidas a restablecer por acto parlamentario la Constitución de 1947, o a aprobar en pocos días, a partir de este Texto Constitucional y con los ajustes indispensables, una Constitución democrática, mientras concluía una labor constituyente de mayor calado. Llegó también a plantearse que el Congreso ordinario recién electo asumiera, a petición de los Concejos Municipales y las Asambleas Legislativas, de modo similar a como habría ocurrido en el gobierno de Cipriano Castro, facultades de constituyente, lo que podía liberar al Congreso de los rigores del procedimiento de reforma constitucional previsto en el Texto de 1953. Otros se hicieron eco de dudas existentes sobre el alcance de las modificaciones que pudieran aprobarse, al tratarse lo que estaba por discutirse de una reforma a esta Constitución⁴³².

Así, en sesión del Senado del 28 de enero de 1958 el Senador Escovar Salom sostendría que:

“...existen mecanismos legales, ampliamente justificados, para poner en vigencia la Constitución de 1947 con las reformas más urgentes que aconseje el actual momento político y la evolución del país en el curso de los últimos diez años. . . y luego, el estudio de fondo de la reforma constitucional que quizás no pueda ser materia de las reuniones del presente año...”⁴³³.

El Senador Lorenzo Fernández, luego de expresar dudas sobre el alcance de las facultades del Congreso para la adopción de la Constitución, recordó que:

“En el deseo de evitar todo conflicto, todo elemento de agitación, los representantes de todos los grupos políticos aceptamos ante la Junta de Gobierno la conveniencia de que no se convocara a una Constituyente”⁴³⁴.

⁴³² Idem.

⁴³³ Idem.

⁴³⁴ Idem.

Por su parte, el Senador Ambrosio Oropeza, aseveró que ya se había decidido que ese Congreso aprobara la reforma constitucional, por haberlo acordado así los partidos en vísperas de las elecciones, con lo cual se estaba refiriendo al Programa Mínimo Común, y agregó que:

“yo creo que la Constitución del 53 no derogó sino, simplemente suspendió, la vigencia de la Constitución del 47 y por esto, quizás, si el primer acto de este Soberano Cuerpo, si lo más acertado hubiera sido declarar, no declarar, sino restablecer la vigencia de la Carta de 1947; sin embargo, yo estoy convencido de que esta tesis va a ser derrotada por una inmensa mayoría. . . es indudable que el Congreso Nacional está plenamente facultado para abocarse a la reforma constitucional, solamente que la declaración de la Junta de Gobierno de que la Constitución en vigor es la de 1953, declaración que parece estar avalada por los partidos políticos y por el consenso general de la nación, obliga a este Cuerpo a someterse y a sujetarse en el proceso de reformas a las previsiones contenidas en esa Carta, especialmente a los artículos 140 y siguientes de esa Constitución”⁴³⁵.

No parece cierto que haya habido consenso político y nacional en relación con la vigencia de la Carta de 1953; la propia opinión de Oropeza pone de relieve las discrepancias que existieron⁴³⁶. El consenso podía referirse a la necesidad de manejar la transición de manera pacífica y ordenada; tal vez la decisión de mantener tácitamente en vigencia la Constitución de 1953, como parte del ordenamiento jurídico nacional, contribuía a lograrlo, pero esto es algo distinto. En todo caso, importa destacar que en su intervención se aludía a que la Constitución de 1947 habría quedado suspendida no derogada por la de 1953, argumento jurídicamente plausible, ya que aunque esta contenía una derogatoria expresa de la Constitución de 1947, aquella equivalía a un hecho de fuerza, como también lo fue el golpe de Estado de 1948. Al mismo tiempo, el Senador Oropeza terminaba señalando, a la luz de los acuerdos políticos alcanzados, la ruta que se seguiría para el cambio constitucional: el procedimiento de reforma contemplado en la Constitución de 1953. La discusión culminó con la aprobación, por unanimidad, de la proposición inicialmente presentada en la sesión, de creación de una Comisión especial para la elaboración del Proyecto de Constitución.

El debate se suscitó igualmente en la Cámara de Diputados, en sesión de la misma fecha, en la cual se formuló la propuesta de designar una Comisión especial que, en consulta con diversos sectores del país, estudiara la reforma constitucional, con miras a la aprobación de una Constitución “que

⁴³⁵ Idem.

⁴³⁶ Oropeza, *op. cit.*, pp. 131 y ss.

sintetice la suma de los pensamientos de todos los venezolanos”⁴³⁷. Frente a ello, la fracción parlamentaria de Unión Republicana Democrática (URD), por medio del Diputado Jóvito Villalba, presentó un Proyecto normativo dirigido a recuperar la Constitución de 1947, introduciendo los ajustes indispensables, para que los poderes que se estaban instalando democráticamente pudieran “liberarse en diez o en doce días de la ignominia de obedecer, de seguir, la Constitución de Pérez Jiménez”. Villalba calificó como un “error” haber diferido “el problema constitucional”⁴³⁸. El planteamiento de URD fue reconducido por la Presidencia de la Cámara a la propuesta original de formar una Comisión especial, en el sentido de que allí debería considerarse el proyecto elaborado por dicha fracción parlamentaria, de lo cual se informaría prontamente a la Cámara.

Además, el Diputado Gonzalo Barrios, tras referirse a las distintas opiniones vertidas en torno a la cuestión constitucional, manifestó estar de acuerdo en que la Comisión especial analizara, primero, la posibilidad de la puesta en vigencia de la Constitución de 1947, con algunos ajustes. El Diputado Gustavo Machado señaló que estimaba conveniente, para evitar objeciones jurídicas, que las Asambleas Legislativas y Concejos Municipales pidieran al Congreso asumir funciones constituyentes, lo cual permitiría a este ejercerlas, sin perder su condición de Congreso ordinario. Antes de que se aprobara por unanimidad la creación de la Comisión especial indicada, el Diputado Rafael Caldera intervino para enfatizar que era evidente que el Congreso debía ejercer funciones constituyentes y que lo que se aprobaría sería una “reforma total” de la Constitución de 1953; estimaba que solo había dudas sobre el procedimiento que el Congreso debía cumplir⁴³⁹.

Al instalarse las Comisiones de Reforma Constitucional, que acordaron sesionar conjuntamente y serían también designadas con el nombre de Comisión bicameral de Reforma Constitucional⁴⁴⁰, surgió de nuevo el debate escenificado en las Cámaras. Se reprodujo la tensión entre la tesis de URD, respaldada firmemente por el Partido Comunista, y quienes se inclinaban más por acometer de una vez la elaboración de la nueva Constitución, con arreglo al procedimiento previsto en la Constitución de 1953, entre los que se encontraba el Senador Ambrosio Oropeza y el propio Diputado Gonzalo Barrios.

⁴³⁷ Vid. Gonzalo Parra, *op. cit.*, pp. 16 y ss.

⁴³⁸ Idem.

⁴³⁹ Idem.

⁴⁴⁰ Vid. *La Constitución de 1961 y la Evolución Constitucional de Venezuela. Actas de la Comisión redactora del Proyecto*, Caracas, Congreso de la República, 1971, T. I, Vol. I, p. XXIII.

Se designó una Subcomisión para examinar la propuesta de una “reforma constitucional provisoria” formulada por URD, así denominada porque suponía una revisión puntual y acelerada de la Constitución de 1947, que dejaría pendiente un eventual cambio constitucional más de fondo. En la sesión conjunta de las Comisiones en que se consideraría el informe de la Subcomisión, se recogieron unos acuerdos alcanzados informalmente sobre el procedimiento de reforma constitucional, según los cuales se rechazaba la idea de una modificación constitucional meramente provisoria, a la vez que se afirmaba la urgencia de la reforma, a fin de superar el “problema moral” que representaba la vigencia de la Constitución de 1953, y se reiteraba que se seguiría el procedimiento previsto en ella, con la Constitución de 1947 como anteproyecto⁴⁴¹. Sin embargo, el añadido que entonces propuso el Diputado Jóvito Villalba, relativo a la fijación de un plazo perentorio de 30 días para la presentación a las Cámaras del Anteproyecto de Constitución, con las correcciones o adaptaciones indispensables de la Constitución de 1947⁴⁴², no cerraría la controversia sino la desplazaría al terreno de la celeridad de la labor de reforma y, por tanto, de la profundidad de las modificaciones que se plantearían respecto del Texto de 1947. Esto facilitó que el debate surgiera de nuevo en reunión posterior, en boca del Partido Comunista⁴⁴³.

El Presidente de la Cámara de Diputados y Presidente de la Comisión de Reforma designada en esta Cámara, el Diputado Rafael Caldera, quien con tal cualidad codirigía las reuniones conjuntas con el Senador Raúl Leoni, Presidente del Senado y de su Comisión especial, supo canalizar las discusiones hacia la consideración de temas concretos, mediante la asignación de ponencias para cada uno de los ámbitos constitucionales más relevantes. Además, tanto Caldera como Leoni invitaron a evitar posicionamientos filosóficos globales por partido, que suscitarían “diferencias ideológicas”⁴⁴⁴. Este reparto de temas y ponencias, según las preferencias y experiencias, orientó las deliberaciones hacia la preparación de la nueva Constitución, asumida sin la prisa que algunos propugnaban, ni como enmiendas o ajustes al Texto de 1947, sino como una tarea de cambio constitucional en toda su densidad.

⁴⁴¹ Vid. *La Constitución de 1961 y la Evolución Constitucional de Venezuela, op. cit.*, T. I, Vol. I, pp. 1 y ss.

⁴⁴² Idem.

⁴⁴³ El Partido Comunista manifestó que si prevalecía la propuesta de aprobar la Constitución de 1947, eventualmente con ajustes, como texto constitucional provisional, darían su aprobación sin objeciones, pero que si la reforma pretendía ser definitiva, se reservaban el derecho de formular las observaciones de fondo que decían tener; vid. *La Constitución de 1961 y la Evolución Constitucional de Venezuela, op. cit.*, T. I, Vol. I, p. 8.

⁴⁴⁴ Idem.

En suma, se designaron por unanimidad sendas Comisiones de Reforma Constitucional, así prudentemente denominadas en las actas, para la elaboración del Proyecto de Constitución, que resolvieron desde el inicio trabajar en reuniones conjuntas, y llevarían adelante su encargo tomando como anteproyecto la Constitución de 1947. Se observaría el procedimiento de reforma constitucional contemplado en la Constitución de 1953, lo que suponía que, tras la adopción de la reforma, esto es, de la nueva Constitución, por ambas Cámaras, esta debía someterse a la consideración de las Asambleas Legislativas. Si al menos las dos terceras partes de estas Asambleas la aprobaban según el escrutinio final del Congreso, se declaraba sancionado el nuevo Texto.

El Proyecto de Constitución fue elaborado por las Comisiones o Comisión bicameral de Reforma Constitucional y una vez concluido fue enviado primero al Senado, donde empezó a considerarse el 20 de junio de 1960⁴⁴⁵. Después de su aprobación en el Senado, con modificaciones, el Proyecto pasó a la Cámara de Diputados, que introdujo a su vez cambios en la versión adoptada por el Senado y lo devolvió a esa Cámara el 24 de noviembre de 1960⁴⁴⁶. Durante las discusiones, los artículos que requerían mayor reflexión o ajustes técnicos se remitían de la Cámara correspondiente a la Comisión bicameral de Reforma Constitucional. Dado que se suscitaron algunas diferencias entre las Cámaras sobre el contenido de la Constitución, pues el Senado no compartió todas las modificaciones incorporadas por la Cámara de Diputados, debió convocarse a una sesión de Congreso para resolverlas, en la cual se propuso, en consonancia con el ánimo dialogante que distinguió el proceso de formación constitucional, que el Congreso se declarara en Comisión General, para que los parlamentarios pudieran intercambiar libremente puntos de vista sobre los asuntos en discusión, de manera informal y directa, sin sujetarse a las limitaciones reglamentarias ordinarias. Logrado un acuerdo sobre los tópicos correspondientes, el Proyecto fue sancionado por el Congreso el 28 de noviembre de 1960⁴⁴⁷, al igual que el texto de las Disposiciones Transitorias, que se consideraban separadamente.

⁴⁴⁵ Oropeza, *op. cit.*, p. 137.

⁴⁴⁶ Según oficio que cursa en el Tomo 6 del Expediente sobre la Constitución de 1961 del Archivo Histórico de la Asamblea Nacional.

⁴⁴⁷ Gaceta del Congreso del 28 de noviembre de 1960, N° 8. Existe una discrepancia entre el Diario de Debates de la Cámara de Diputados y la Gaceta del Congreso en cuanto a la fecha de esta sesión conjunta, pero los informes que se hallan en el Tomo 7 del Expediente sobre la Constitución de 1961 del Archivo Histórico de la Asamblea Nacional confirman que dicha sesión se celebró el 28 de noviembre de 1960. En todo caso, ha de prevalecer en principio la Gaceta de Congreso, por tratarse de sesión conjunta.

En esta sesión se acordó que el Presidente del Congreso sometiera el texto de la “nueva Constitución” a las Asambleas Legislativas; que todos los Diputados y Senadores que pudieran hacerlo suscribirían la Constitución; y que quienes quisieran hacer constar sus reservas a algunas disposiciones deberían hacerlo en la sesión en la que se escutarían los votos de las Asambleas Legislativas. Veremos luego en qué términos y oportunidad fueron planteadas tales reservas. También se exhortó al Ejecutivo Nacional para que convocara oportunamente al Congreso a sesiones extraordinarias para escutar el voto de las Asambleas Legislativas⁴⁴⁸. Realizado el escrutinio en enero de 1961, se promulgaría la Constitución democrática el 23 de enero de 1961.

De acuerdo con la naciente Constitución, el tiempo transcurrido del periodo en curso de los poderes públicos electivos se imputó al ahora establecido constitucionalmente y no se llevó al país de inmediato a un nuevo episodio electoral, porque eso formaba parte de la senda política que se había tomado. Esto se hizo no en obsequio al supuesto alcance puramente reformador del proceso llevado a cabo, sino en atención al corte democrático que implicaron las elecciones del 7 de diciembre de 1958, junto a la inconveniencia de acudir intempestivamente a nuevos comicios.

V. NATURALEZA DEL PROCESO DE GESTACIÓN CONSTITUCIONAL DESARROLLADO DESDE 1958.

He intentado explicar las singularidades del proceso constituyente que culminó con la Constitución de 1961. Pese a que el 23 de enero de 1958 significaba una franca ruptura con el orden dictatorial hasta entonces imperante, dada la contraposición radical entre el régimen autocrático depuesto y el democrático naciente, no se acudió a una asamblea constituyente. Se ha puesto de relieve que ha sido tradicional en nuestra historia constitucional acudir a asambleas constituyentes después de revoluciones, golpes de Estado u otras situaciones políticas que comportan quiebres institucionales y se ha subrayado la excepcionalidad del 23 de enero de 1958 y de la Constitución de 1961⁴⁴⁹. Habría

⁴⁴⁸ Gaceta del Congreso del 28 de noviembre de 1960, N° 8.

⁴⁴⁹ Vid. Oropeza, *op. cit.*, pp. 129 y ss.; Brewer-Carías, *op. cit.*, p. 30; ambos autores señalan que el otro episodio en nuestra historia de cambio político y constitucional sin convocatoria de una asamblea constituyente se produjo tras la muerte de Gómez.

que apreciar también, no obstante, las especiales circunstancias de este acontecimiento histórico y de la transición a que dio lugar. La situación política creada a raíz del 23 de enero estaba rodeada de incertidumbres, muchas de ellas referidas al mundo militar y al temor al despliegue de posturas reaccionarias desde su interior. Se ha destacado el papel que jugó en aquellos días la acendrada desconfianza militar hacia el régimen de partidos, como factor que obligó a estos últimos a adoptar posiciones mesuradas, aunado ello a la debilidad en que se hallaban por causas diversas⁴⁵⁰. Además, desde el frente civil era preciso robustecer la actuación unitaria para preservar al sistema democrático de involuciones o aventuras despóticas. Todo esto, y las acciones previas, coetáneas y posteriores al 23 de enero de las fuerzas sociales marcaron un rumbo en el que se inscribió también el tema constitucional.

Es preciso preguntarnos acerca de la naturaleza jurídica del proceso de elaboración de la Constitución de 1961, desde la teoría del poder constituyente y de la reforma constitucional. Formalmente, como sabemos, se acudió al procedimiento de reforma constitucional de la Carta de 1953, pero esto no resuelve por sí solo el interrogante que acabamos de plantear. Desde esa óptica formal-procedimental, la facultad que estaba ejerciendo el Congreso electo en diciembre de 1958 era un poder de revisión de la Constitución, como competencia reconocida a determinados órganos del Estado para reformar la Constitución, con intervención final o no del pueblo mediante referendo, según la regulación correspondiente⁴⁵¹. Sin embargo, la verdad es que los actores políticos de 1958 decidieron verter *vino nuevo en odres viejos*, es decir, usaron disposiciones arcaicas, vetustas u obsoletas -desde la óptica democrática y de la dinámica en curso desde el 23 de enero- de la dictadura para desplegar sobre ellas la soberanía popular. Es evidente que el Congreso instalado en 1959 no desempeñó simplemente la función de poder constituido reformador de la Constitución, sino más bien actuó como poder constituyente, revestido de la condición de Congreso ordinario. Ello porque el orden constitucional dentro del cual el Congreso hubiera podido cumplir dicho papel limitado ya no existía.

La base político-constitucional de la Carta de 1953 era la dictadura militar y el fraude electoral de 1952. Caída la dictadura, ese orden constitucional se vino abajo, como lo hicieron quienes ocupaban, de acuerdo con las reglas de esa Constitución, los órganos constitucionales nacionales que

⁴⁵⁰ Caballero, *op. cit.*, pp. 191-192.

⁴⁵¹ Sobre estas categorías *vid.* Vega de, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1999.

ella contemplaba, como la Presidencia de la República, el Congreso, la Corte Federal y la de Casación. No quedó en pie ninguna de esas autoridades del orden anterior, y los nuevos titulares de los respectivos cargos lo fueron merced a una violación de esa Constitución: el golpe de Estado del 23 de enero de 1958. Más aún, las elecciones de 1952 fueron declaradas simuladas, como ya se dijo, y fueron dejadas sin efecto designaciones realizadas por la Asamblea Constituyente con base en una disposición transitoria de la Constitución de 1953. Dichos comicios no fueron declarados inexistentes, como sí ocurrió con el plebiscito de 1957, pero fueron desconocidos su validez y sus efectos, por razones de igual peso al de las que sustentaron aquella declaratoria. El producto político-institucional y normativo de la Asamblea Constituyente entonces “electa” que no fue cuestionado en su validez, contradictoriamente desde la óptica jurídica, fue la Constitución de 1953, por consideraciones más políticas que jurídicas. En todo caso, ella sobrevivió como hilo (constitucional) de un tejido desecho que satisfacía ciertas demandas de orden y continuidad formal. No olvidemos, por otra parte, que el Congreso que discutió y aprobó la Constitución de 1961 no era igual al que estaba previsto en la Constitución de 1953, pues el Senado electo en 1958 surgió del voto directo de los ciudadanos y no tenía la misma integración.

Importa observar, adicionalmente, que si bien la Constitución de 1961 fue discutida y aprobada con arreglo al procedimiento contemplado en la de 1953, puede sostenerse que su fuente de legitimidad y validez estribaba en los comicios indudablemente democráticos del 7 de diciembre de 1958 y en el mandato que podía considerarse allí emitido en favor de los parlamentarios para la adopción de una nueva Constitución. El Programa Mínimo Común, aprobado un día antes de las elecciones del 7 de diciembre de 1958, aludía al compromiso de promover la aprobación de una nueva Constitución, que debería llevar a cabo el Congreso entonces electo. Este acuerdo se adoptó en vísperas de los comicios y fue suscrito por los candidatos presidenciales, pero su significado político general era indudable. Hubo antes de este documento común, además, opiniones y propuestas que apuntaban en esa dirección, lo cual reforzaba la legitimidad del Congreso electo en 1958 para elaborar una nueva Constitución, no solo para reformar la de 1953, por más fluidas que puedan ser a veces las fronteras entre la modificación y el cambio constitucional.

Nótese, por otro lado, que la Constitución de 1961 omitió toda referencia expresa a la de 1953 y al procedimiento en ella establecido para la reforma. El Preámbulo, o encabezamiento, de la

Constitución ciertamente alude a que se requirió el voto de las Asambleas Legislativas y a la verificación del resultado afirmativo del escrutinio, pero con tal generalidad que podría sostenerse, siguiendo a Oropeza, que la inclusión de las Asambleas Legislativas en el proceso de aprobación de la nueva Constitución era una forma de rescatar la Constitución histórica federal, ya que la Carta de 1864 disponía que el cambio constitucional se haría siempre con participación de las Asambleas Legislativas⁴⁵². Incluso en la Disposición Final de la Constitución de 1961 el Congreso evitó mencionar expresamente a la Constitución de 1953. El Proyecto de Constitución aprobado en el Senado sí lo hacía, pero la referencia explícita fue suprimida en la Cámara de Diputados, lo cual fue aceptado por el Senado⁴⁵³. De allí que el artículo 252 de la Constitución de 1961 prescriba que queda “derogado el ordenamiento constitucional que ha estado en vigencia hasta la promulgación de esta Constitución”. La Constitución de 1961 no fue asumida en ninguna parte de su articulado como una reforma a la de 1953.

Estos fenómenos de ejercicio del poder constituyente por Congresos aparentemente ordinarios, no por asambleas constituyentes, son conocidos en la doctrina y experiencias constitucionales, siendo buen ejemplo de ello las Cortes constituyentes españolas electas en 1977, que adoptaron la Constitución de 1978. También allí se acudió, por cierto, al artilugio de mantenerse apegado al ordenamiento jurídico en vigor, esto es, a las leyes fundamentales del Reino (del franquismo), aunque en este caso se hizo dictando otra, la Ley *para* la Reforma Política, que abriría las puertas a iniciativas de “reforma constitucional”⁴⁵⁴.

Más allá de cualquier comparación entre el proceso constitucional español de 1977-78 y el venezolano de 1958-61, donde habría también por supuesto diferencias que apuntar⁴⁵⁵, la invocación en nuestra transición a la democracia de 1958 de la Constitución de 1953 fue sobre todo una decisión

⁴⁵² Oropeza, *op. cit.*, p. 161. Según la Constitución de 1864 (art. 122), las Legislaturas de los Estados no solo debían concurrir en el procedimiento de reforma constitucional sino que, yendo más allá de la experiencia de 1959-1961, tenían iniciativa reservada al respecto, la cual definía el alcance material de las reformas. Pero lo esencial en el esquema federal de 1864 era que los Estados, por medio de las Legislaturas correspondientes, tenían asegurada una participación decisiva en el proceso, que fue lo apuntado por Oropeza.

⁴⁵³ *Vid.* los Tomos 6 y 7 del Expediente sobre la Constitución de 1961 del Archivo Histórico de la Asamblea Nacional.

⁴⁵⁴ Juliá, Santos, *Transición*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2017, p. 374; Tusell, Javier, *La transición española a la Democracia*, Madrid, Historia 16, 1991, pp. 56 y ss.

⁴⁵⁵ Una de ellas es que en España la Ley para la Reforma Política fue una ley nueva de “autorruptura” (Tusell) dictada cuando el régimen franquista seguía aún en pie, mientras que cuando se decide mantener la vigencia formal de la Constitución de 1953 esta ya estaba liquidada como norma y la dictadura en que se gestó ya había sido en gran medida defenestrada.

política, que adelantó la Junta Militar de Gobierno y que sería confirmada en consultas partidistas y sociales. Una decisión que procuraba evitar sobresaltos jurídico-institucionales, que respondía a la prudencia de no añadir un flanco adicional de conflicto a los ya producidos y a los que se vislumbraban como posibles, incluso en las propias Fuerzas Armadas. Esa continuidad formal con el ordenamiento constitucional anterior servía además para solapar un poco la radicalidad del cambio operado y de las implicaciones que tendría, o para postergar su visibilidad. Fueron igualmente políticas las razones por las cuales se prescindió de la convocatoria a una asamblea constituyente.

VI. LAS DELIBERACIONES PARLAMENTARIAS DURANTE LA ELABORACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1961

No es posible examinar aquí los detalles del proceso de formación de la Constitución de 1961⁴⁵⁶. Baste con resaltar el carácter francamente deliberativo de las reuniones conjuntas de las Comisiones de Reforma Constitucional y de las sesiones plenarias de las Cámaras en que el debate continuó, comenzando por el Senado. Porque es preciso observar que hubo debate. Hubo controversias acerbas, cargadas de ironía e incluso hirientes⁴⁵⁷, aunque el clima general de las deliberaciones fue sosegado y respetuoso y se logró construir de manera plural y racional soluciones normativas adecuadas. En el Congreso estaban presentes partidos políticos de orientaciones ideológicas divergentes, en un arco político que sobrepasaba a las organizaciones firmantes del Pacto de Punto Fijo, ya que había representación parlamentaria del Partido Comunista. Adicionalmente, la escisión del Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR) se produjo en abril de 1960. URD se apartó finalmente del gobierno en noviembre de ese año, cuando la Constitución aún no había sido sancionada en plenaria. La suscripción de ese Pacto no implicaba ni implicó, por lo demás, que no hubiera debates entre los miembros de las organizaciones respectivas durante la formación de la Constitución. Por otro lado, si bien en varios temas las propuestas de parlamentarios de partidos

⁴⁵⁶ Vid. Rachadell, *op. cit.*, pp. 699 y ss.

⁴⁵⁷ Vid. por ejemplo el debate sobre el sistema de gobierno y las facultades de control del Congreso que planteó Domingo Alberto Rangel y el intercambio dialéctico que se suscitó entre él y Gonzalo Barrios: *Diario de Debates de la Cámara de Diputados*, 23 de noviembre de 1960, N° 37., pp. 857 y ss.

externos a ese Pacto fueron acogidas, en algunas ocasiones la mayoría progubernamental denegó modificaciones planteadas por ellos que lucen justificadas. La dinámica dominante fue, no obstante, integradora y deliberativa.

Hubo posiciones encontradas sobre muchos temas, como la forma de Estado, el sistema de gobierno, la reelección presidencial, las facultades de control del Congreso, los estados de excepción, la elección o designación de los Gobernadores, el régimen de las Asambleas Legislativas, entre otros muchos. Lo peculiar de las discusiones correspondientes es que se decía lo que había que expresar, desde la opinión política de cada cual, pero dentro de un espíritu de respeto mutuo por las discrepancias y procurando favorecer soluciones armonizadoras o transaccionales. Desde la Presidencia de las Comisiones de Reforma constitucional y de las Cámaras se salvaguardaron los derechos de palabra de todos los parlamentarios y se enviaban desde la plenaria a dichas Comisiones los puntos objeto de disensos para examinarlos con mayor cuidado y conseguir soluciones más sólidas técnica y políticamente. La propia Exposición de Motivos de la Constitución señala que muchas veces las deliberaciones parlamentarias desembocaban en “conversaciones sinceras e informales, tras de las cuales hemos logrado en la mayoría de los casos una decisión unánime”⁴⁵⁸.

El llamado espíritu del 23 de enero se prolongó en los espacios serenos del Palacio de las Academias, donde se reunieron conjuntamente las Comisiones, a lo largo de 250 sesiones⁴⁵⁹, distribuidas entre el 2 de febrero de 1959 y el 25 de noviembre de 1969, durante las cuales fueron consultados sectores diversos, mientras en las calles arreciaban las intentonas conspirativas militares de la derecha y se preparaban las de otro signo.

El contenido de la Constitución trasluce esa dinámica deliberativa, por la fórmula ambigua pero transaccional plasmada respecto de la forma de Estado, por su admisión del futuro establecimiento de la elección de los Gobernadores de Estado; por el esquema flexible instaurado en relación con los modelos de política-económica. En estos y otros temas fue posible construir dialécticamente regulaciones constitucionales razonables para un recorrido político-constitucional de largo aliento. Se garantizaron con amplitud los derechos humanos, en sus distintas dimensiones; se incluyó una renovada cláusula de apertura a derechos “inherentes a la persona humana”; se redefinió al Ministerio

⁴⁵⁸ Vid. la Exposición de Motivos de la Constitución en Arcaya. Mariano, *Constitución de la República de Venezuela*, T. I, Caracas, El Cojo, 1971, p. 31.

⁴⁵⁹ Vid. *La Constitución de 1961 y la Evolución Constitucional de Venezuela*, op. cit., T. I, Vol. I, pp. XXIII y ss.

Público, para conjugar su papel tradicional de titular de la persecución penal con el de defensor de los derechos humanos; se recuperó la regulación constitucional sobre las Fuerzas Armadas que las colocaba claramente bajo subordinación civil y al margen de la deliberación política, entre otras bondades de esa Constitución.

La Constitución fue sancionada con el voto aprobatorio de todas las organizaciones políticas. Algunos parlamentarios formularon votos salvados o dejaron constancia de su voto negativo, a título individual o en representación de la fracción parlamentaria correspondiente, al someterse el precepto respectivo a aprobación en la plenaria, o a veces en la Comisión bicameral de Reforma Constitucional. Esto último lo hizo el Senador Uslar Pietri en dicha Comisión cuando se consideró la norma transitoria sobre confiscación de bienes y enriquecimiento ilícito⁴⁶⁰. URD dejó sentadas en plenaria sus reservas sobre la regulación de los estados de emergencia y manifestó su posición contraria y su voto negativo categórico en relación con la norma constitucional referida a las llamadas medidas de alta policía (art. 244), cuando la Cámara de Diputados conoció el informe de la Comisión bicameral referido al Título IX del Proyecto, que versaba sobre la Emergencia⁴⁶¹. En esta materia el Diputado Orlando Tovar señaló que: “U.R.D. no sólo va a dejar de votar, sino que va a votar en contra” y razonó oralmente su postura negativa con una exposición preclara sobre la naturaleza y alcance de los estados de excepción y sobre el margen lícito de la acción policial, en la cual recordó que la Disposición Transitoria Tercera de la Constitución de 1953 era “el monstruo jurídico más grande que ha sido redactado en Constitución alguna”, y lamentó que se previera en la Constitución democrática una norma que podía inclinar al Ejecutivo a actuar indiscriminadamente bajo la lógica de la emergencia. El Partido Comunista afirmó en la misma oportunidad que no votaría a favor de este artículo del Proyecto, sobre el cual el MIR también había formulado discrepancias⁴⁶².

Adicionalmente, el Partido Comunista y el MIR consignaron escritos en los que resumían las reservas u observaciones que habían planteado a lo largo de las discusiones sobre el Proyecto de Constitución. El primero lo hizo al culminar las deliberaciones respectivas en la Cámara de Diputados, mediante Declaración del 25 de noviembre de 1960, en la cual se sostenía que la nueva Constitución contenía disposiciones que son “supervivencias negativas del ejercicio personalista del Poder Ejecutivo

⁴⁶⁰ Cfr. *La Constitución de 1961 y la Evolución Constitucional de Venezuela*, op. cit., T. I, Vol. II, p. 336.

⁴⁶¹ *Diario de Debates de la Cámara de Diputados*, 23 de noviembre de 1960, Nº 37, pp. 878 y ss.

⁴⁶² Idem.

y de las funciones represivas y policíacas del Estado Venezolano”. Se criticaba también la forma menguada en que habrían quedado consagrados los derechos sociales; la falta de previsión de la inmediata elección de los Gobernadores; la limitada autonomía municipal; y la insuficiente defensa de la soberanía nacional y del desarrollo independiente de la economía venezolana. Se lamentaba que no se hubiera adoptado una Constitución “de mayor contenido popular”. Sin embargo, los firmantes reconocían que la Constitución de 1961 “desplaza el engendro monstruoso de la Constitución Perezjimenista” y que consagra “formalmente las libertades y derechos democráticos del pueblo”, lo cual llevó a “dejar constancia definitiva...del voto aprobatorio de los comunistas a la nueva Constitución”⁴⁶³.

El MIR, por su parte, presentaría por escrito su postura global acerca de la Constitución en la oportunidad contemplada para formular reservas finales, al suscribir la Constitución. Los integrantes de la respectiva fracción parlamentaria, después de aseverar que suscribían la Constitución, formularon las siguientes reservas: se objetaba la regulación constitucional sobre los Estados, porque no se introdujo la elección directa de los Gobernadores y se habrían mermado las facultades estatales, y la normativa sobre los Municipios, por haberse restringido “peligrosamente” sus competencias. Se criticaba por insuficiente la disposición constitucional sobre el amparo, por no haber detallado aspectos procesales; se rechazaban los amplios poderes conferidos a la policía por el artículo 60 constitucional para practicar detenciones, sin orden judicial y sin plazo preciso para que el detenido fuera puesto a la orden de un juez; se dejaba constancia sobre los riesgos de cercenamiento de la libertad ideológica de los partidos que implicaría el artículo 114 de la Constitución, y se señalaron los peligros de las medidas de “policía política” contempladas en el artículo 244 y de la normativa sobre la suspensión de garantías. En cuanto al sistema de gobierno y la organización del poder, se cuestionaba la existencia de un único periodo constitucional para todos los poderes públicos, en particular para el Ejecutivo y el Legislativo, así como el bicameralismo, en parte por no establecer la Constitución diferencias relevantes entre las Cámaras en lo funcional y electoral; en este sentido, se estimaba desacertado que no se reservaran a la Cámara de Diputados determinadas atribuciones financieras del Parlamento⁴⁶⁴. Se

⁴⁶³ *Declaración de los Diputados Comunistas en torno al Proyecto de Constitución Nacional*, que se halla en el Tomo 6 del Expediente sobre la Constitución de 1961 del Archivo Histórico de la Asamblea Nacional.

⁴⁶⁴ *Vid.* la intervención que sobre este asunto había realizado el Diputado Jesús María Casal Montbrun, en sesión del 23 de noviembre de 1960, *Diario de Debates de la Cámara de Diputados*, 23 de noviembre de 1960, N° 37, pp. 873 y ss.

lamentaba también que no se hubieran admitido sus propuestas referidas a las facultades de control parlamentario. Se formularon observaciones sobre las condiciones de inelegibilidad a la Presidencia de la República y sobre el régimen de las correspondientes faltas absolutas. Se manifestaba, por último, desacuerdo con la prolongación, hasta por dos meses sin intervención judicial, de las medidas policiales de orden público, privativas de la libertad, previstas en la Disposición Transitoria Séptima⁴⁶⁵.

Hubo, por tanto, diferencias de fondo sobre regulaciones de la nueva Constitución, pero dentro de una convicción general sobre la necesidad de su aprobación, al ser considerada una Constitución democrática, cuyos avances en materia de soberanía popular y de derechos y libertades debían ser propugnados. Las reservas y temores expresados, si bien en parte se relacionaban con el contenido de la Constitución, tenían mucho que ver con la desconfianza de algunas organizaciones hacia la actuación de quienes desde el Poder Ejecutivo pudieran abusar de sus facultades.

COLOFÓN

Los casi cuarenta años de vigencia de la Constitución de 1961, de una vigencia que no fue solo formal, sino que tendía a consolidarse como efectiva, con inconsistencias, tropiezos y dificultades, son muestra de las bondades de esa Constitución y de la predominante lealtad de los poderes públicos con su cumplimiento.

Recordando esa Carta Fundamental y la transición que la vio nacer es pertinente hacer alguna reflexión sobre las lecciones que es posible extraer de cara al futuro. Las resumiría así: agudeza en la

⁴⁶⁵ *Reservas de la Fracción Parlamentaria del Movimiento de Izquierda Revolucionaria a la Constitución, documento que se halla en el Tomo 7 del Expediente sobre la Constitución de 1961, del Archivo Histórico de la Asamblea Nacional.*

definición de los propósitos y firmeza en su consecución; observación atenta de las circunstancias y adversidades que rodean la acción política; confianza en la Democracia y elevación espiritual para estar por encima de las propias apetencias de poder, tanto como lo exija el logro del objetivo superior común. En lo que a las disciplinas jurídicas respecta, fe en el Derecho, en su fuerza ordenadora y en la garantía que proporciona a la dignidad y a la libertad del ser humano; empeño en asegurar que la Constitución sea un límite efectivo frente a los gobernantes, y compromiso indeclinable con el pluralismo como base para construir un marco constitucional compartido.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Libros

Caballero, Manuel, "*Historia de los venezolanos en el siglo XX*", Caracas, Alfa, 2011

Casal Jesús M., "*¿De la Constitución nominal a la Constitución fachada? Reflexiones a partir de la evolución constitucional venezolana*" en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*" Konrad Adenauer Stiftung, 2011

Oropeza, Ambrosio, "*La nueva Constitución venezolana. 1961*", Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1986

Parra Aranguren, Gonzalo. "*La nacionalidad venezolana originaria en la Constitución del 23 de enero de 1961*", separata del *Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal*, Nº 13, 1963.

Rachadell, Manuel "*El proceso político en la formación y vigencia de la Constitución de 1961*", en Plaza, Elena/Combellas, Ricardo, *Procesos constituyentes y reformas constitucionales en la Historia de Venezuela. 1811-1999*, Caracas, UCV, 2005

Santos, Juliá. *Transición*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2017, p. 374; Tusell, Javier, *La transición española a la Democracia*, Madrid.

Documentos

- Decreto N° 13 del 31 de enero de 1958, publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.574, de la misma fecha.
- Decreto N° 15 del 31 de enero de 1958, Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.574, del 31 de enero de 1958.
- Decreto N° 3 del 24 de enero de 1958, publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.568 de la misma fecha.
- Decreto N° 7 del 27 de enero de 1958, publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.570, del 27 de enero de 1958.
- Decretos N° 18 y 19 del 3 de febrero de 1958, Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.576, del 3 de febrero de 1958.
- *Diario de Debates de la Cámara de Diputados*, 23 de noviembre de 1960.
- Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 562 Extraordinario, del 24 de mayo de 1958.
- Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.567, del 23 de enero de 1958.
- Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.567, del 23 de enero de 1958.
- Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.569, del 25 de enero de 1958.
- Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.572, del 29 de enero de 1958 y N° 25.574, del 31 de enero de 1958 (esta última de reimpresión por error de copia).
- Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.574, del 31 de enero de 1958.
- Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.576, del 3 de febrero de 1958.
- Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.576, del 3 de febrero de 1958.
- Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.576, del 3 de febrero de 1958.
- Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.593, del 22 de febrero de 1958.
- Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela N° 22.778, del 25 de noviembre de 1948.

**PREMIO INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
-ESTUDIANTES-**

EL AMPARO CONSTITUCIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS⁴⁶⁶

Ignacio Andrade Cifuentes
Ignacio Ayala Borges
Alessandra Corona Henríquez
David Briceño Merola
María Fernández Antonuccio

Resumen

Mediante la investigación realizada plasmada en el presente trabajo, se busca delimitar las bases del amparo constitucional como figura que proteja los derechos inherentes a los servicios públicos y a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Para obtener los resultados expuestos, se realiza una investigación exhaustiva de la doctrina tanto nacional como internacional, de la legislación vigente, pero también de la jurisprudencia relevante en materia de amparo constitucional para los derechos arriba mencionados. Sin embargo, la investigación no sólo se limitó al amparo constitucional nacional, sino que también se observó la posibilidad del amparo internacional para los DESC y servicios públicos.

Palabras clave: amparo constitucional, derechos económicos, sociales y culturales, servicio público.

Abstract

This research aimed to determine if it is possible to protect the rights related to the provision of, and access to, public services and the economic, social and cultural rights through the writ of *amparo*. For that purposes, the paper analyzed the national legislation, doctrine and jurisprudence, including the possible implementation of an international writ of *amparo*.

Keywords: writ of *amparo*, economic, social and cultural rights, public service.

⁴⁶⁶ Trabajo ganador del Concurso de Investigaciones del Instituto de Investigaciones Jurídicas para estudiantes de la Facultad de Derecho correspondiente al año 2016, bajo la dirección del profesor Alejandro Gallotti Urbano.

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, el tema del amparo constitucional como recurso ha sido fuente de importantes discusiones doctrinarias y de amplio desarrollo jurisprudencial en nuestro país. Más allá de cualquier controversia que rodee a este recurso respecto a su procedencia, requisitos y efectividad, es innegable que, al menos en puridad como figura establecida en nuestra Constitución, nos es presentado como recurso idóneo para la reclamación de nuestros derechos como ciudadanos.

Día a día vivimos en carne propia el deterioro de la situación en Venezuela. Pareciese que en los últimos meses la crisis ha dejado de centrarse exclusivamente en la inseguridad y el desabastecimiento para dar cabida a una grave crisis eléctrica y racionamientos de agua en todas las regiones del país, alcanzando por primera vez con tal gravedad a la capital.

De igual manera, muchos afirman que vivimos “una crisis humanitaria” puesto que los hospitales y demás organismos de salud públicos no solo se ven afectados por la mencionada falta de agua y luz – lo cual genera condiciones antihigiénicas, de ninguna manera aptas para el tratamiento de pacientes –, sino que reportan la no adjudicación del presupuesto que la ley les confiere para su subsistencia. Asimismo, declaran la falta de suministros básicos para poder funcionar: medicamentos, instrumentos para procedimientos quirúrgicos, alimentos para los pacientes etc. En pocas palabras, la crisis que atraviesa nuestro país parece estar afectando de manera particular el funcionamiento de los servicios públicos.

Es importante tener una visión crítica de ésta situación, y saber asociar la afectación del funcionamiento de los servicios públicos con una serie de violaciones a nuestros derechos que, como ciudadanos venezolanos, la Constitución nos confiere. En este sentido, la motivación para este trabajo surge por la profunda preocupación por la situación del país, y su objetivo es el de determinar si existe tal cosa como un “derecho a los servicios públicos”, saber cuál sería su importancia respecto de los intereses colectivos y difusos, y, principalmente, centrarse en los medios idóneos para el reclamo y la defensa de la prestación de los servicios públicos como medio para la satisfacción de nuestra necesidades básicas, nuestros derechos y el respeto de la dignidad humana al garantizar los derechos de salud, bienestar, entre otros, que se derivan de los mismos.

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

El trabajo de investigación estará estructurado en cinco capítulos principales. En el primero, se determina la evolución de los derechos económicos sociales y culturales, así como su exigibilidad. En el segundo, se estudia a fondo el tema de los servicios públicos mediante doctrina y jurisprudencia. En el tercero, se determinan los diversos métodos que provee el ordenamiento jurídico venezolano para asegurar la correcta prestación de esos servicios. En el cuarto capítulo, se ahonda en el aspecto del amparo constitucional como método idóneo para la protección de la adecuada prestación de los servicios públicos. Finalmente, en el quinto capítulo, se explica la posibilidad de acceder a instancias internacionales para hacer valer, mediante la acción de un amparo internacional, las garantías que protegen la prestación de estos servicios.

El seminario de Amparo Constitucional y los estudios de derecho han despertado en los autores un interés por este recurso y será objetivo esencial de este trabajo estudiar la idoneidad del recurso de amparo constitucional para defender los mencionados derechos.

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS DESC Y EXIGIBILIDAD EN INSTANCIAS NACIONALES

Los mecanismos de protección de los individuos surgen de las grandes crisis que ha sufrido la humanidad. Si bien ha sido una evolución pausada y luchada, se considera que el desarrollo ha sido progresivo y exponencial. Poco a poco, el Derecho ha cambiado no sólo para transformar la protección de colectiva a individual, sino desde la utilidad a una perspectiva que busca proteger la dignidad humana. Con esto, las luchas con el poder han derivado en la adjudicación de derechos antes no permitidos, pero, más importante aún, han establecido garantías que aseguran ese derecho subjetivo.

Desde la instauración de los absolutismos europeos representados por la famosa frase que, según la cultura popular ha sido atribuida a Luis XIV, *L'Etat, c'est moi* – o el Estado soy yo – se puede ver como la razón de Estado de estas monarquías absolutistas no era más que cumplir la voluntad del monarca. Como lo indica García Enterría, con este gobierno, los derechos no eran individuales, sino que “corresponden a una familia, una ciudad, a un estamento, a una iglesia” (García de Enterría 1994,

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

72). Son, en definitiva, grupales. Se ve claramente en los derechos derivados de títulos de la realeza o al ejército. En ningún caso la protección deriva del hecho de ser un hombre, sino de que el rey considera que es importante, o conveniente, este derecho. Pero poco a poco este modelo se va volviendo insostenible por el desarrollo de la clase media que tiene suficiente poder para rebelarse ante el monarca. En ese momento suceden las famosas revoluciones burguesas.

Es así que la Revolución Francesa y la Revolución Americana surgen a raíz de la explotación de esta clase media alta, llamados burgueses, los cuales se revelan en nombre de la libertad contra las monarquías. En este sentido, el profesor García Pelayo desarrolla que en estas revoluciones “[l]os ciudadanos buscaban que tras el cambio, el Estado fuera una mera herramienta humana, y no una representación de la voluntad divina a través de la palabra del Rey” (García Pelayo 1991, 1071). Es en ese momento que surgen los derechos subjetivos.

La Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, al igual que el Bill of Rights, si bien de maneras distintas, logran hacer una limitación clara a los poderes del Estado. Esto siguiendo su antecedente innegable que es la Carta de Juan Sin Tierra. En ese momento surge lo que de en ese momento en adelante se considerarán como derechos de libertad, que son aquellos que limitan el poder del Estado en la esfera privada de libertad.

Después de esto, inicia el desarrollo de las garantías para el disfrute efectivo de estos derechos. Si se estudia la Declaración de 1789 como ejemplo, se evidencia que es a través de las leyes que es derivado el poder del Estado y solo se puede ejercer el poder que estas transfieran – principio de legalidad – y que los funcionarios del Estado ya no son agentes del rey sino que ejercen esta soberanía derivada sólo de la ley – independencia de los poderes –. Esto está consagrado en los artículos 3 y 15 de la antes mencionada Declaración de los Derechos Del Hombre y Del Ciudadano (Asamblea Nacional Constituyente francesa 1789).

Sin embargo, es después de que estos derechos son comúnmente aceptados que sucede otra crisis en la humanidad que obliga la protección de la dignidad humana a través de la garantía de ciertos derechos. La creación de la máquina de vapor y la industrialización de las ciudades más desarrolladas del planeta, inicia una explotación inhumana de las clases más pobres de las sociedades. En estos

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

momentos, los Estados buscaban la menor intervención posible en estas áreas ya que era parte de la esfera de la libertad de los ciudadanos decidir si trabajar o no en los cargos ofrecidos.

Ahora, esto inicia una perversión del sistema en el que los patrones ofrecían condiciones mínimas o por debajo de las necesarias para que estos fueran, fuera de lo abstracto del concepto, dignos. Así, como desarrolla Villán Durán, surge la necesidad de los Estados de intervenir en las relaciones laborales para la protección de estos obreros buscando “las reivindicaciones económico-sociales de la clase trabajadora y de la Revolución Industrial del siglo XIX en Europa” (Villán Durán 2009, 9). Es así que inicia la creación de los derechos económicos, sociales y culturales, lo que se ve reflejado por primera vez en la Declaración rusa de los derechos del pueblo trabajador y explotado.

Abramovich y Courtis han determinado que estos derechos poco a poco son más y más desarrollados para buscar la protección del individuo por parte del Estado para asegurar que los mismos tengan un “mínimo esencial de protección de cada uno de los derechos” (Abramovich y Courtis s.f., 39). Muy vinculados al Estado Social, los mismos buscan asegurar que, más allá de los derechos de libertad, el Estado proteja la dignidad humana en situaciones de vulnerabilidad económica o que proteja la educación, entre otros. Así, ciertos doctrinarios, como Jesús María Casal, han tendido a llamar a estos derechos los derechos de prestación, ya que estos no consisten en la abstención de una conducta por parte del Estado sino en la prestación de un servicio efectivo a través de sus políticas públicas. (Casal 2015, 31).

Se ha planteado la discusión sobre si estos derechos pueden ser considerados como disposiciones de carácter normativo o solo “derechos sobre el papel” (Guastini 2007, 214). Esto surge del planteamiento de algunos autores que establecen que los mismos no tienen verdadero carácter normativo porque su estructura no es igual a la de los derechos de libertad, porque no son verdaderamente justiciables ante el Estado y porque no tienen un sujeto obligado expresamente.

En el primer punto, sobre la estructura del derecho de libertad y del derecho de prestación, se considera que es importante un análisis más profundo. Esto, no sólo para determinar si, efectivamente, tienen estructuras distintas, sino para evaluar si eso podría afectar sustancialmente su carácter normativo.

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

Los derechos civiles y políticos – de libertad – presentan un mandato normativo claro: la actuación del Estado no puede ir más allá de la esfera que es la establecida por esos derechos. Por ejemplo, el derecho a la privacidad niega la posibilidad al Estado de revisar la correspondencia. Así, se evidencia que son disposiciones normativas de limitación de actuación.

Por otro lado, existe una discusión sobre la naturaleza de la estructura de los derechos de prestación, o Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC), ya que, para algunos estos derechos no tienen carácter normativo; en cambio, los mismos son mandatos teleológicos revestidos de una apariencia normativa (Guastini 2007, 225).

Ahora, el otro lado de los doctrinarios, como Casal, consideran que sí son mandatos de carácter normativo pero no son, como los de libertad, de cumplimiento absoluto o violación absoluta sino que pueden existir puntos medios de cumplimiento. En tal sentido, sería absurdo considerar que por tener un contenido el cual solo puede ser cumplido con una prestación y no con una abstención, el derecho tiene una estructura programática y no normativa ya que “no cabe trasladar la garantía “sin condicionamientos” de la dignidad humana a aquel derecho con el intento de perfilarlo como absoluto o incondicionado, pues es posible que entre en colisión con otros derechos constitucionales.” (Casal 2015, 30).

Esta naturaleza programática, además, indicaría el deber de cumplir las políticas públicas de una manera específica. Por el contrario, estas normas sólo buscan garantizar la protección de un mínimo vital para asegurar la dignidad humana.

En cuanto al segundo punto, sobre la justiciabilidad de estos derechos, se plantean dos posturas muy parecidas a las anteriores. Una primera postura que tiende a considerar que los derechos económicos, sociales y culturales no tienen valor normativo, como Guastini, establecen que sin el desarrollo legislativo, no existe posibilidad de exigir ante tribunales el cumplimiento de este derecho. Y la otra postura, liderada por Víctor Abramovich y Christian Courtis y sostenida por Casal, considera que si bien hay situaciones excepcionales que niegan la exigibilidad del derecho, esto no niega su carácter normativo sino que establece una excepción de cumplimiento.

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

El tercer punto, sobre el sujeto a quien se le debe exigir el derecho, plantea que no está expreso quién debe garantizar el derecho y, por tanto, no es exigible. Ahora, es esencial aclarar que estos derechos son considerados, más allá de la distinción que exista en la Constitución, como derechos fundamentales. Así, no sólo debemos observar que en la mayoría de los casos la Constitución remite la garantía al Estado, sino que, por ser materia de derechos fundamentales, el principio es que la responsabilidad recae en el Estado.

En tal sentido, para terminar de evaluar la fuerza normativa de los DESC, queremos usar los tres (3) criterios de Guastini para determinar si pueden ser considerados “verdaderos derechos” o solo “derechos sobre papel”: el primero, es la exigibilidad ante un órgano jurisdiccional; el segundo, que puedan ser reivindicados contra un sujetos en específico; el tercero, que tengan un contenido determinado y claro (Guastini 2007, 220).

En cuanto al primer punto, Aragón considera que igual que no puede existir un Estado Constitucional de Derecho sin control jurídico del poder “precisamente porque ambos términos, control y Constitución, se encuentran allí indisolublemente enlazados” (Aragón 1995, 14). Más aún, Manuel Aragón desarrolla su argumentación estableciendo que no puede haber un derecho subjetivo sin que exista la posibilidad que sus políticas y su aplicación sean sometidas a control jurídico (Aragón 1995, 138). Así, como han establecido Abramovich y Curtis, no sólo ya sido puesto en práctica la exigencia de derechos económicos, sociales y culturales ante tribunales por situaciones individuales - aplicación-, sino la solicitud de inconstitucionalidad por la propia política creada -forma- (Abramovich y Curtis s.f., 45).

Incluso, entendiendo que la aplicación errada de estas políticas, evidenciado mayormente en los servicios públicos, será siempre situaciones que afecten al general de la población y, por lo tanto, no se debe entender como la violación de los derechos de muchos individuos sino de la población en general.

En cuanto al segundo punto, como se ha concretizado anteriormente, es un principio en derechos fundamentales que el garante sea el Estado.

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

En cuanto al tercer punto, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha desarrollado profundamente el contenido de cada uno de estos derechos para asegurar que los mismos sean limitables. En tal sentido, Nash y Núñez afirman tanto que (i) quedaría de manos del legislador desarrollar en la ley cuál es el núcleo del derecho como que (ii) el propio juez, en ausencia de ley, podría hacer control de convencionalidad para asegurar el goce del derecho y la no-violación de las obligaciones internacionales del Estado (Nash y Núñez 2015, 249).

Es así que puede observarse que la Constitución Política española hace una diferenciación entre derechos fundamentales y derechos económicos, sociales y culturales. Ahora, si bien existe un procedimiento especial para estos derechos fundamentales, el desarrollo jurisprudencial ha establecido que muchos de estos derechos económicos, sociales y culturales deben ser considerados como derechos fundamentales y, por lo tanto, protegidos por el procedimiento especial.

De igual manera, en Colombia, si bien la Constitución diferencia los derechos fundamentales de los derechos económicos, sociales y culturales, la Corte Constitucional colombiana terminó contrariando al Consejo de Estado estableciendo que más allá del criterio formal de interpretación, se debe usar el criterio material. Por tanto, igualó los derechos económicos, sociales y culturales a los derechos fundamentales y los mismos pueden ser objeto de amparo constitucional (Derecho a la Educación/Autonomía Universitaria 1992).

En consecuencia, los derechos económicos, sociales y culturales no son de naturaleza programática sino de carácter normativo. De tal manera, del mismo se derivan obligaciones al Estado que son exigibles en los mecanismos que éste tenga para la protección de derechos fundamentales tal como el amparo.

CAPÍTULO II

LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Para poder determinar si la prestación de un Servicio Público es protegible y garantizable mediante un amparo constitucional o una acción de intereses colectivos y difusos, se debe entender (i)

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

qué se entiende por servicio público, (ii) cuáles son los principios en los que se basa el concepto; (iii) si, siendo derechos económicos, sociales y culturales, pueden ser protegidos como derechos generales, colectivos y difusos; (iv) quién está obligado a – y de que manera puede – prestarlo.

1. CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO Y SU ESTATUS DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Si bien la noción de servicio público que conocemos hoy en día no ha sido desarrollada exhaustivamente por la legislación patria, sí ha sido objeto de debates doctrinarios y una larga evolución jurisprudencial. En cuanto a la evolución doctrinaria del concepto de servicio público, se distinguen dos etapas, cada una caracterizada por el puesto que ocupa dentro del Derecho Administrativo. Por ello, a pesar de ciertamente formar parte del Derecho Administrativo, “jamás ha existido una noción clara de este concepto” (Hernández 2002, 47)

Durante la primera etapa, un sector de la doctrina, constituida por autores como los franceses Jéze y Duguit, defendía la tesis basada en la premisa de que toda la actividad del Estado es un servicio público, y que, por tanto, “el derecho público administrativo es el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos” (Jéze 1948, 1). Por eso, muchos estudiosos del tema haciendo referencia a esta doctrina, indican que según esta tesis “[los servicios públicos] se confundían en algunos casos con la propia noción administrativa” (corchetes agregados) (Parés Salas s.f., 272).

Sin embargo, esta tesis quedó superada con el surgimiento de nuevas tendencias doctrinarias. Así, inicia la segunda etapa, en la cual un nuevo sector de la doctrina del Derecho Administrativo, constituido por autores como Sayagués Laso y Gordillo, reduce el concepto conocido de servicio público a una de las tantas actividades administrativas del Estado. En ese sentido, el Sayagués Laso establece que los servicios públicos son actividades administrativas que buscan “satisfacer una necesidad colectiva, mediante prestaciones dirigidas (...omissis...) a las personas individualmente consideradas” (Sayagués Laso 2010, 60-61), razón por la cual, se deja de identificar el servicio público con el Derecho Administrativo.

En palabras del profesor Gordillo, “si bien la noción de servicio público sigue siendo para algunos importante, no es en absoluto la más importante de la materia, y no justifica por ello que se

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

defina en base a ella al derecho administrativo” (Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas: Tomo I 2013, IV-8). Así, se da inicio a “toda una teoría sobre los servicios públicos que incluye el estudio de principios, caracteres y clasificaciones que permiten distinguirla de las demás materias y actividades que incumben a la Administración” (Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas: Tomo I 2013, IV-8). En otras palabras, la prestación de servicios públicos es una de las tantas actividades de la Administración.

Así, tal como concluye el profesor Lares Martínez, los servicios públicos son “toda actividad que en virtud del ordenamiento jurídico deba ser asumida o asegurada por una persona pública territorial con la finalidad de dar satisfacción a una necesidad de interés general” (Lares Martínez 2001, 226).

De la evolución doctrinaria se desprenden los tres requisitos para que una actividad sea considerada como servicio público. En primer lugar, debe ser una actividad expresamente establecida en la Constitución o en la Ley – dígame: ley formal –. En segundo lugar, debe atender un interés general y busca satisfacer las necesidades colectivas de los individuos de una sociedad. En tercer lugar, tenemos que la Administración debe tener un rol en la prestación del servicio público. Este punto fue profundizado por la jurisprudencia patria y la doctrina – y ha sido, como veremos a continuación, matizado –, estableciendo que los particulares también pueden prestar el servicio público mediante concesiones otorgadas por el Estado. En estos casos en los cuales el Estado no presta el servicio directamente, éste ejerce una función de garante de la prestación del servicio.

La doctrina venezolana se divide en tres posturas que han consecutivamente superado la anterior. Entre ellas, el único punto en común es que deben dar satisfacción a un interés general. En cambio, el rol del Estado en la prestación del servicio público se ha transformado: antes, la prestación del servicio público se reservaba necesariamente al Estado; después, la prestación del servicio público puede ser prestado por otros sectores, en algunos casos, bajo la supervisión de la Administración, en otros no. Al respecto, el profesor José Ignacio Hernández acota:

Resumiendo, podemos afirmar que existen tres tendencias. La primera, según la cual el servicio público “tradicional” se refiere a actividades prestacionales reservadas al Estado y en las que queda excluida la libertad económica; frente a este modelo, surgiría uno

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

“nuevo”, caracterizado por la vigencia de la libertad económica y libre competencia. La segunda, conforme a la cual el servicio público alude a obligaciones prestacionales a cargo de la Administración cuya realización exige siempre la restricción –en distinta medida- a la libertad económica. Finalmente, que el servicio público comprende a actividades que satisfacen con criterios de regularidad y permanencia necesidades colectivas y que, como tales, deben ser asumidas o garantizadas por el Estado. El servicio público abarca así a realidades heterogéneas cuyo único punto en común es la existencia de necesidades colectivas de relevante interés público que, de una manera u otra, requieren la presencia e intervención de la Administración. La idea del servicio público es clara; su concepto, por el contrario, es multívoco (Hernández 2002, 51).

A su vez, la jurisprudencia también ha contribuido a la introducción y evolución de la noción de servicio público en el ordenamiento jurídico venezolano, particularmente en lo que atañe, como explica al “sujeto prestador del servicio, mas no en la finalidad que persigue la actividad” (Badell Madrid, Derecho Contencioso Administrativo 2006, Párr. 17). Adicionalmente, la jurisprudencia determinó el estatus de interés general, colectivo y difuso que impregna a los servicios públicos.

En lo que atañe al presente trabajo de investigación, se limitará al estudio de la evolución jurisprudencial venezolana del servicio público, por lo que no se incluirán los criterios jurisprudenciales extranjeros.

La jurisprudencia introdujo la noción del servicio público en el ordenamiento jurídico venezolano a través de la sentencia emanada de la Corte Federal y de Casación el 5 de diciembre de 1944, para el caso Banco Holandés Unido o Puerto La Guaira, citada por la Sala Constitucional en sentencia N° 1556 de fecha 8 de diciembre de 2000 para el caso Transporte Sicalpar, S.R.L.; en la cual la Corte (i) vinculó el servicio público con el contrato administrativo, estableciendo “el derecho que tiene toda autoridad administrativa que ha contratado una obra pública, destinada a un servicio público, de desistir de ella en cualquier tiempo aunque haya sido empezada” (Banco Holandés Unido 1944) citada por (Transporte Sipalcar v. Puertos del Litoral Central 2000), y (ii) vinculó el servicio público con el interés general, estableciendo que “este derecho de desistir de la obra por un alto interés nacional surgido aún después de comenzada, es un derecho inalienable, e irrenunciable” (Banco Holandés Unido 1944) citada por (Transporte Sipalcar v. Puertos del Litoral Central 2000).

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

Este criterio de vincular el servicio público con el contrato administrativo, se mantuvo vigente por los años a seguir, inclusive con sentencias que diferenciaban los “servicios públicos y servicios de interés público” (Badell, 2006, párr. 19). Así hizo la Sala Político – Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en su sentencia del 5 de octubre de 1970 para el caso CANTV, en la cual establece que el factor diferenciante entre los dos es quién presta el servicio.

Por un lado, indica la sentencia mencionada, el servicio público es prestado por el Estado para “satisfacer de manera regular y permanente, una necesidad colectiva” (CANTV 1970). En cambio, el servicio de interés público es aquel en el cual los particulares “con sus recursos personales y usando instrumentos de su propia creación” satisfacen la necesidad colectiva (CANTV 1970). En ese sentido, se sigue manteniendo el vínculo establecido entre el servicio público en sentido estricto, eliminando así la noción de servicio de interés público del concepto de servicio público y el contrato administrativo.

En un principio toda la actividad administrativa del Estado giraba en torno directamente a la satisfacción de un interés general. Sin embargo, en fecha 19 de agosto de 1993, la Sala Político – Administrativa dicta sentencia para el caso Cámara Venezolana de Educación Privada, citada por esa misma Sala en sentencia N° 01154 de fecha 18 de mayo de 2000, en la cual se divide la actividad administrativa en dos partes: la primera se refiere a cuando el Estado actúa como prestador del servicio público, es decir, lo instituye y lo presta; en la segunda, en cambio, el Estado no actúa como prestador del servicio, si no como garante del mismo y, por lo tanto, satisfaciente de la necesidad pública (Cámara Venezolana de Educación Privada 1993).

Más adelante, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia N° 2000-1432 de fecha 06 de noviembre de 2000, caso: Colector de Basura, añade que el servicio público no tiene porqué ser una actividad ofrecida sólo por el Estado, sino que puede ser ofrecida por el sector privado, debido a que, al final, las dos buscan satisfacer las “necesidades colectivas impostergables, mediante prestaciones suministradas directa o indirectamente a los individuos bajo un régimen de derecho público” (Colector de Basura 2000). Así, podemos verificar (i) la importancia que tienen las necesidades colectivas en el concepto de servicio público, y (ii) que este puede ser prestado directamente por el Estado o indirectamente cuando exista mediación del sector privado.

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

Ahora bien, no es hasta el 2004 que la jurisprudencia empieza a determinar las características que tienen los servicios públicos. La Sala Político – Administrativa explica en su sentencia N° 01002 de fecha 5 de agosto de 2004 para el caso de Ipostel, que los servicios públicos se caracterizan por “la satisfacción de necesidades colectivas, la regularidad y continuidad del servicio, la calificación por ley de la actividad como servicio público, la gestión directa o indirecta de la Administración Pública, y su consecuencial régimen de Derecho público” (Ipostel 2004).

Luego, la Sala Constitucional, en sentencia N° 4993 de fecha 15 de diciembre de 2005 para el caso CADAPE, vuelve al criterio anteriormente establecido según el cual queda diferenciado el servicio público dependiendo de quién lo preste. En ella, se establece que el servicio público en sentido estricto y tradicional es “prestado por la Administración Pública o por los particulares mediante la vía de la concesión” (CADAPE 2005); mientras que los servicios de interés público, que mencionamos anteriormente, también llamadas actividades de interés general, son actividades o servicios que se convirtieron en “indispensables para la sociedad y forma parte de sus condiciones mínimas de existencia” (CADAPE 2005) y cuya satisfacción no puede asumirla el sector privado por sí solo, razón por la cual el Estado, mediante autorizaciones y regulaciones, ayuda al sector privado a garantizar la prestación del servicio.

Finalmente, la Sala Constitucional, en sentencia N° 813 de fecha 6 de junio de 2011 para el caso Alianza Nacional de Usuarios y Consumidores vs. Venezuela, mantuvo el criterio propuesto por ella misma en la sentencia anterior, y en lo que atañe a la determinación de qué debe entenderse como servicio público, expuso los siguientes puntos como indispensables integrantes del concepto:

(i) que la actividad sea, en esencia, una actividad de prestación, esto es que apareja una ventaja, beneficio o un bien destinado a la satisfacción de una necesidad de carácter general; (ii) Que dicha actividad sea asumida por el Estado, lo que implica la verificación previa de una decisión exteriorizada y concreta; (iii) Que el Estado puede cumplirla directamente, o bien indirectamente, por medio de concesiones otorgadas a favor de cualquier persona, exigiéndose la capacidad o competencia para poder actuar como concesionarios; y (iv) Que la prestación del servicio, considerado como público, sea regido por un estatuto o régimen especial que le permita distinguirlo de otras actividades públicas, (...*omissis*...) y cuyos caracteres sean la generalidad, uniformidad, igualdad, continuidad, obligatoriedad y, subordinación a normas preponderantemente de Derecho Público, - algunas de las cuales-, comporten prerrogativas exorbitantes, a los fines de mantener la adecuada y suficiente satisfacción del interés general, dejando a salvo la aplicación de

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

principios del Derecho Privado, con el objeto de salvaguardar la seguridad jurídica de los particulares que se hayan arriesgado a la consecución o explotación de tal prestación (Alianza Nacional de Usuarios y Consumidores v. Venezuela 2011).

De aquí, la Sala Constitucional en esa misma sentencia determina los distintos tipos de servicios públicos, dependiendo de quién los presta. En ese sentido el fallo determina que existen:

(a) Los servicios públicos exclusivos y excluyentes (Vgr. La generación hidroeléctrica en las cuencas de los ríos Caroní, Paragua y Caura conforme el Parágrafo Único del artículo 3 de la Ley del Servicio Eléctrico); (b) Los servicios públicos exclusivos pero concesibles (Vgr. Transmisión y Distribución de energía eléctrica, explotación de las telecomunicaciones, etc.) y, (c) Los servicios públicos concurrentes (Vgr. La enseñanza) (Alianza Nacional de Usuarios y Consumidores v. Venezuela 2011).

En resumen, son dos las tendencias jurisprudenciales que giran en torno del servicio público. En ese sentido, el profesor José Ignacio Hernández ha establecido:

Un primer criterio hace énfasis en el aspecto material, para definir a éste – con claras referencias a la doctrina de DUGUIT – como la “actividad administrativa destinada a dar satisfacción de las necesidades de interés general, dentro de un régimen especial que atañe en forma propia al Derecho Público (sentencia de la Sala Político-Administrativa de 30 de julio de 1963). Criterio reiterado posteriormente (...*omissis*...) al señalarse que en la concepción material del servicio público priva “... el significado de una actividad de interés general, bajo el control de una autoridad administrativa por cuanto el servicio público satisface necesidades públicas...”. Junto a este concepto hay otro, cuya nota definitoria reside en la técnica empleada por el Estado para asegurar la satisfacción de estas necesidades. Así, el servicio público se caracteriza por su expresa reserva al Estado y por la asunción de obligaciones prestacionales de relevante interés, lo que permitiría distinguir este concepto de otro afín, a saber, los servicios de utilidad pública (sentencia de la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno de 5 de octubre de 1979, caso CANTV). Se iniciaría así la consolidación de esta doctrina de la jurisdicción contencioso-administrativa, que vendrá a establecer como notas distintivas del servicio público su reserva al Estado y, por tanto, la exclusión de la libertad económica de las actividades declaradas como tales. (Hernández 2002, 49)

Del análisis doctrinario y jurisprudencial se extraen diversos puntos, algunos más controvertidos que otros; a saber: (i) los servicios públicos son prestados por el Estado (mejor conocida como prestación directa), o en su defecto, cedidos o autorizados a particulares para su consecuente prestación (mejor conocidas como prestación indirecta, en cuyo caso el Estado deberá

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

asegurar la prestación), (ii) con el fin de garantizar las necesidades colectivas de la sociedad en aras de su interés general, y (iii) tienen ciertas características, como la continuidad, obligatoriedad, mutabilidad, entre otras, que explicaremos posteriormente, que todos los servicios públicos deben cumplir para ser considerados como tal.

Adicionalmente, la prestación de los servicios públicos, al formar parte de los derechos Económicos, Culturales y Sociales (DESC), son protegibles, como lo explicamos anteriormente, de la misma manera que los intereses colectivos y difusos.

2. CARACTERÍSTICAS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

Como podemos apreciar, tanto la jurisprudencia y como la doctrina han logrado determinar las características principales de los servicios públicos. Ellas coinciden en que los servicios públicos están dotados de continuidad, mutabilidad, obligatoriedad, igualdad y regularidad (que, aunque es incluido tanto la doctrina como la jurisprudencia lo incluyen, su significado difiere entre los distintos autores y sentencias). Además, hablan, en menor medida, de la transparencia en la prestación del servicio. En ese sentido, se ahondará en cada una de las características más importantes, por ser ellas integrantes esenciales del concepto de servicio público.

2.1. CONTINUIDAD.

Para la doctrina y la jurisprudencia, la continuidad en la prestación de los servicios públicos es la característica más importante. Ella consiste, tal como se explica en la sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en fecha 10 de marzo de 2000, y citada por la Sala Constitucional en sentencia N° 385 de fecha 27 de marzo de 2001, caso: Hidrocapital en que el servicio público “existe mientras la necesidad lo demande, y debe ser ininterrumpido” (Hidrocapital 2001).

En ese sentido coincide el profesor Lares Martínez (1996) cuando establece que “dada la importancia que tiene para la colectividad el funcionamiento de los servicios públicos, éstos no pueden

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

ser interrumpidos, de modo que el público pueda e todo momento, con absoluta certeza, contar con los servicios públicos” (Lares Martínez 2001, 225). Además, el profesor Parés explica que “la continuidad quiere significar que la prestación del servicio ha de hacerse de manera ininterrumpida” (Parés Salas s.f., 276), porque de lo contrario la necesidad colectiva y el interés general sufrirían daños, y disminuiría la confianza legítima en la Administración Pública y la expectativa plausible de que el servicio se preste efectivamente.

Sin embargo, existen autores como el profesor Gordillo que no consideran la continuidad como la ininterrupción del servicio público, sino “que satisfaga la necesidad pública toda vez que ella se presente” (Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas: Tomo VIII 2013, 401). Para él, la continuidad del servicio público “reside, pues, en que se satisfaga oportunamente —sea en forma intermitente, sea en forma ininterrumpida, según el tipo de necesidad de que se trate— la necesidad pública” (Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas: Tomo VIII 2013, 401).

Él se basa en el hecho de que la continuidad en los servicios públicos domiciliarios, agua, electricidad, gas, se traduce en la ininterrupción; pero que en los servicios públicos de la enseñanza se traduce a que se preste el servicio durante el año escolar y se suspenda durante el periodo de vacaciones. Además, establece que para proteger la continuidad del servicio, independientemente de la manera en la que se traduzca, es necesario que se preste “a través de un régimen jurídico especial que subordina los intereses privados al interés público” (Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas: Tomo VIII 2013, 401), así corroborando la necesidad colectiva y el interés general como piezas fundamentales del concepto del servicio público.

Se considera que la continuidad es la prestación del servicio de manera constante y regular, sin que obste el hecho de que pueda ser suspendido durante un período de tiempo por razones que obedezcan a la naturaleza de ese servicio público. Por ejemplo, la naturaleza del servicio público de la enseñanza indica que debe tener un período en el cual se preste y otro en el cual se suspenda para poder brindarles a los estudiantes un descanso a los estudios. Así, la continuidad y la ininterrupción de este servicio se verifica durante el tiempo de su prestación, sin importar el hecho de que se suspenda durante un tiempo, siempre que esta suspensión obedezca a la naturaleza de la prestación y no a una causa ajena a ella, como lo sería una omisión por parte del prestador. En caso contrario, si este mismo

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

servicio público es suspendido durante el año escolar por cuestiones que no obedezcan a su naturaleza, se estaría en presencia de la interrupción del servicio y, por consiguiente, de la violación de su continuidad. En conclusión, el servicio público debe ser prestado de manera ininterrumpida mientras se esté ejecutando.

2.2. OBLIGATORIEDAD.

La Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, en sentencia dictada el 10 de marzo de 2000 para el caso de Hidrocapital, y citada por la Sala Constitucional en sentencia N° 385 de fecha 27 de marzo de 2001, considera que esta característica se refiere al hecho de que la prestación del servicio público “está establecido como un deber del Estado” (Hidrocapital 2001). Esto, independientemente del rol que cumpla éste en la prestación del mismo que, como ya lo se ha explicado anteriormente, puede ser ejercida de manera directa, cuando el Estado lo presta directamente a la sociedad; o de manera indirecta, cuando el Estado otorga concesiones o autoriza a los particulares a que lo presten, quedando como un contralor o garante de la prestación.

En palabras similares lo explica el profesor Lares Martínez cuando establece que “una vez erigida una actividad en servicio público, gestionarlo constituye un deber de las autoridades administrativas, quienes se hallan obligadas a hacerlo funcionar, sino por la acción inmediata de los órganos del Estado, bajo el control de los mismos” (Lares Martínez 2001, 224).

La obligatoriedad en la prestación de los servicios públicos por parte del Estado se deriva de la premisa de que el Estado es el garante del interés general. En ese sentido, y tal como lo explica el profesor Parés Salas, “la Administración Pública es la tutora del interés general, que tiene encomendada la misión de satisfacción de un interés ajeno: el de la colectividad” (Parés Salas s.f., 278). Es decir, el Estado, al ser garante del interés general y colectivo, será garante también de la efectiva prestación de los servicios públicos, cuyo propósito es el interés general y colectivo.

2.3. MUTABILIDAD.

La mutabilidad, también denominado *variabilidad*, se refiere a que el servicio público debe adaptarse a los cambios del interés general.

Este principio se basa en la premisa de que el interés general es un factor siempre- cambiante, por lo que puede surgir la necesidad de adaptar los servicios públicos para satisfacer las necesidades nuevas de la colectividad. Así lo explica la Sala Político-Administrativa, en su fallo de fecha 19 de agosto de 1993, en el caso de la Cámara Venezolana de Educación Privada, cuando establece que “la idea básica del principio de mutabilidad consiste en que el interés general es variable, por lo cual, el régimen aplicable al servicio debe ser adaptable a las exigencias cambiantes del interés general” (Cámara Venezolana de Educación Privada 1993).

2.4. IGUALDAD O UNIFORMIDAD.

La igualdad o uniformidad, también llamado por la Doctrina “prestación en igualdad de condiciones”, obedece a la máxima de la justicia sobre tratar igual a los iguales; desigual a los desiguales. Es decir, se basa en la igualdad ante la ley.

Como ejemplo de esto, tenemos la sentencia citada *ut supra*, en la que la Sala Político – Administrativa (1993) sostiene, hablando de la igualdad y citando al profesor Lares Martínez, que “los usuarios de una misma categoría están sometidos a la misma tasa” (Cámara Venezolana de Educación Privada 1993).

El Dr. Gordillo, por su parte, divide este principio en dos: la generalidad, que significa “que todos los habitantes tienen derecho a gozar del servicio” (Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas: Tomo VIII 2013, 401); y la igualdad que significa que “todos tienen derecho a exigir el servicio en igualdad de condiciones” (Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas: Tomo VIII 2013, 401).

2.5. REGULARIDAD.

La regularidad ha sido objeto de debate dentro de las tendencias doctrinarias. Para el Dr. Gordillo significa “conformidad a reglas y condiciones preestablecidas” (Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas: Tomo VIII 2013, 401). En cambio, para el profesor. Parés, la regularidad se refiere a que el servicio público “debe ser prestado de manera uniforme y constante”

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

(Parés Salas s.f., 278). Él explica que la regularidad produce una expectativa plausible que tienen los integrantes de una sociedad sobre la manera en la que deben ser prestados los servicios. Es decir, la prestación de los servicios públicos se convierte en previsible, por lo que, “modificaciones abruptas en la forma en que es prestado el servicio, quiebran las legítimas expectativas del usuario” (Parés Salas s.f., 278), que son producto de dicha regularidad.

La regularidad explicada de esta manera calza perfectamente en la explicación que se ha dado sobre la continuidad, y debe tomarse como tal y no como principios separados. El principio de la continuidad junto con la regularidad del servicio público fomenta las expectativas plausibles y confianza legítima en los habitantes de una sociedad.

Vale la pena finalizar este apartado sobre las características notando el hecho de que se pueden presentar ocasiones en las cuales la no prestación de un servicio público repercuta en la prestación de otros. Por ejemplo, si alguno de los servicios públicos domiciliarios, como el servicio del agua o el servicio eléctrico, fallan o no se presta eficazmente, sin duda causará estragos en la prestación del servicio público de la salud pública, por ejemplo, al fallar la luz o el agua en los hospitales. Asimismo, puede ocurrir que se sacrifique la prestación de algún servicio público para garantizar la prestación de otro que pueda ser, en ese momento particularmente, más importante que los demás.

3. CASOS DE ESTUDIO

Habiendo determinado la noción de servicio público y las características contenidas en ella, ahora se estudiarán ciertos servicios públicos, como los servicios domiciliarios, la educación y la salud, para verificar su calidad de servicio público y, al formar parte de los DESC, ser protegibles y garantizados como intereses colectivos y difusos.

3.1. SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

Los servicios públicos domiciliarios comprenden, entre otros, la electricidad y el agua potable. El régimen de estos servicios públicos es de competencia del Poder Público Nacional, tal como lo expresa la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 (en adelante “CBRV”, “Constitución” o “Carta Magna”) en el numeral 29 de su artículo 156 (CRBV s.f.). A su vez, el

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

numeral 6 del artículo 178 de la Constitución establece que el servicio de agua potable, electricidad y gas doméstico son competencia del Municipio (CRBV s.f.). Finalmente, cada uno de estos servicios públicos está regulado por las leyes afines a su materia, tal como lo explicaremos a continuación.

3.1.1. AGUA.

La Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento (LOPSAPS s.f.) reconoce el servicio de agua potable como un servicio público entendiéndolo como la entrega de agua apta para el consumo humano a todos ciudadanos (artículos 1, 3 y 6), que será prestado para salvaguardar, entre otras cosas, la efectiva prestación del servicio público de salud pública (artículo 3).

La Ley propone que la prestación del servicio de agua potable se ejerza por los Poderes Nacional, Estatal y Municipal de manera armónica (artículo 8), estableciendo las competencias de cada uno de esos poderes, estableciendo la posibilidad de seleccionar los prestadores del servicio de agua potable (artículo 11).

Finalmente, según la LOPSAPS, el alcance de la prestación del servicio del agua potable comprende la “planificación, proyecto, construcción, operación, mantenimiento, rehabilitación, ampliación, administración y comercialización” (artículo 34), y deben ser prestados en condiciones que garanticen su calidad, generalidad y costo eficiente (artículo 36). Cabe destacar que la LOPSAPS establece una excepción a la característica de la continuidad de los servicios públicos cuando este pueda afectarse por razones técnicas justificadas o por causas de fuerza mayor (artículo 36).

3.1.2. ELECTRICIDAD.

El régimen del servicio eléctrico en Venezuela está regulado por el la Ley Orgánica del Sistema y Servicio Eléctrico (LOSSE s.f.). En un primer lugar, la LOSSE declara todo el proceso de generación, distribución y comercialización del servicio eléctrico como servicio público (artículo 6), cuya prestación se hará en aras del interés social (artículo 7), y reconoce el acceso universal al servicio eléctrico a todas las personas, que deberá ser garantizado por el Estado (artículo 6).

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

En segundo lugar, el Estado se reserva las actividades referentes a la prestación del servicio y su garantía alegando “razones de seguridad, defensa, estrategia y soberanía nacional” (artículo 8), teniendo la obligación de prestarlo bajo “los criterios de confiabilidad, eficiencia, calidad, equidad, solidaridad, no discriminación, transparencia, sustentabilidad económica y financiera” (artículo 31).

3.1.3. EDUCACIÓN.

La educación como servicio público está establecido en el artículo 102 de la Constitución, y en la Ley Orgánica de Educación (LOE s.f.), estableciendo que “se materializa en las políticas educativas” (artículo 5). A su vez, existe la posibilidad de que el servicio sea no sólo prestado directamente por el Estado, sino también indirectamente, al conceder o autorizar la prestación del servicio a instituciones privadas estando éstas bajo la Contraloría del Estado.

En ese sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, tal como lo hizo la Sala Político – Administrativa en la sentencia No. 01154, dictada en fecha 18 de mayo de 2000, al exponer que:

La Educación es un servicio público, un derecho de prestación para el mejoramiento de la comunidad y constituye factor primordial del desarrollo nacional, que puede ser prestado por el Estado o impartido por los particulares, dentro de los principios y normas establecidas en la Ley, bajo la suprema inspección y vigilancia de aquel y con su estímulo y protección moral (N° 01154 2000).

Finalmente, vale la pena recordar que los periodos de vacaciones escolares no desvirtúan en lo absoluto el carácter de continuo e ininterrumpido de la educación como servicio público, por cuanto estos caracteres se refieren a la continuidad e ininterrupción durante el periodo académico, que es cuando se está prestando el servicio, mientras que las vacaciones escolares presentan un descanso para los alumnos. En ese sentido y tal como lo explicamos anteriormente, estos caracteres no se desvirtúan cuando la prestación del servicio se suspende por consecuencia de su propia naturaleza, y sino cuando quedan suspendido por negligencia del prestador o causas de fuerza mayor.

3.1.4. SALUD.

Los artículos 84 y 85 de la Constitución establecen que el Estado, para garantizar el derecho a la salud, creará un sistema público nacional de salud. Adicionalmente, la salud como servicio público está establecido en esos mismos artículos de la Constitución, y en la Ley Orgánica de Salud (LOS s.f.). Esta Ley, regula todo lo relacionado con la salud, desde el desarrollo científico hasta la prestación del servicio público de la atención médica (artículo 38).

Es importante destacar que los artículos 84 y 85 de la Constitución establecen que los bienes y los servicios públicos de la salud son propiedad del Estado y no pueden ser privatizados. Sin embargo, el artículo 84 establece la posibilidad de que el sector privado preste el servicio al establecer que queda en manos de la comunidad organizada la toma de decisiones sobre la prestación del servicio de salud. De esa manera, y en concordancia al artículo 85, el sector privado puede crear instituciones reguladas por el Estado que presten el servicio público de la salud.

Adicionalmente, la salud es un servicio público que se ve particularmente afectado por el desempeño de la prestación de los demás servicios públicos. Por ejemplo, si el servicio público del agua o la electricidad no es prestado eficientemente, afectará la prestación del servicio público de la salud de manera importantes, como lo sería falta de luz o agua en los hospitales y consultorios; causando así un peligro a los pacientes que puedan estar tratándose alguna condición (como por ejemplo, los que estén siendo operados). Esto lo podemos evidenciar cuando (i) la LOPSAP, antes citada, establece que el servicio público del agua potable debe ser prestado para salvaguardar, entre otras cosas, la efectiva prestación del servicio público de salud pública; y (ii) cuando el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (RLOT s.f.) en su artículo 210, establece como servicio público indispensable a la salud.

CAPÍTULO III

MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Para proteger el derecho a la prestación de los servicios públicos, existen diversos métodos. Desde un recurso contencioso administrativo, hasta una acción por derechos colectivos o difusos, o

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

incluso un amparo, podrían ser utilizados para hacer valer este derecho. Para ello, el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que:

La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicio originados en responsabilidad de la Administración; *conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos*; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa. (Cursivas agregadas) (CRBV s.f.).

La importancia de este artículo reside, en primer lugar, a la asignación de rango constitucional a la jurisdicción contencioso administrativa, y, en segundo lugar, es importante destacar la consagración del principio de universalidad del control judicial de todos los actos y omisiones de la Administración Pública. Este principio abarca todas las formas de actos y omisiones de la Administración Pública, con el objetivo de que ninguna manifestación de la actividad administrativa escape de su control. Se establece de forma expresa a los órganos judiciales que integran la jurisdicción administrativa, así como sus competencias específicas, entre las cuales nos es de especial interés la competencia para conocer sobre reclamos derivados de la prestación de servicios públicos, también expresamente establecida en este artículo.

Además del artículo 26 de nuestra Carta Magna, que versa sobre la protección de los llamados intereses colectivos y difusos mediante la garantía del acceso a los órganos de administración de justicia, distinguimos un contencioso especial dentro de la jurisdicción contencioso administrativa general: los mecanismos de control y tutela de los derechos relativos a la prestación de servicios públicos. Por otro lado, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LOJCA s.f.), establece en su artículo 26 otro medio procesal denominado “demanda de prestación de servicios públicos”, a ser tramitado mediante procedimiento breve conforme a lo establecido en el artículo 65 de la misma ley.

En vista de que sería ilógico disponer de mecanismos para la protección de derechos que no están promulgados en nuestro ordenamiento jurídico, conviene referir el Preámbulo de la Constitución

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

donde se hace referencia a la consolidación de “los valores de la libertad (...) el bien común, (...) el derecho a la vida, a la justicia social y a la igualdad (...)” (CRBV s.f.). Asimismo, el artículo 3 declara que “el Estado tiene como fines esenciales de defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, (...) la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución”.

Por lo que, frente a ciertas discusiones doctrinarias que afirman la inexistencia de un derecho al acceso a los servicios públicos, se estima que, no sólo existe tal derecho subjetivo, sino que la garantía del mismo es responsabilidad y deber fundamental del Estado para con sus ciudadanos, y es también herramienta indispensable para la realización del bienestar ciudadano.

Respecto de los mecanismos dirigidos a la garantía de los derechos relativos a la prestación de servicios públicos, se procederá a profundizar un poco a las diversas situaciones que pueden presentarse y a las acciones idóneas para su resolución.

1. EL CONTENCIOSO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

Como se mencionó al inicio del presente capítulo, éste tiene su fundamentación en el Artículo 259 de la Constitución venezolana actual, que en contraste con la anterior de 1961, establece expresamente que será competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conocer de los reclamos por la prestación de servicios públicos.

En este sentido, el profesor González Pérez ha desarrollado en su obra un catálogo de “situaciones litigiosas devenidas de la prestación de los servicios públicos que conforman, grosso modo, el contencioso especial de los servicios públicos” (González Pérez 2001, 27) (p.27). Usando la estructura del profesor González Pérez, se desarrollarán las situaciones que comúnmente se presentan respecto de la prestación de los servicios públicos y que son resueltas mediante impugnación en el contencioso administrativo.

1.1. LITIGIOS SOBRE CREACIÓN O IMPLANTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.

Los litigios sobre la creación o implantación de servicios públicos se aplican a aquellas situaciones relativas al nacimiento de un servicio público, ya sea porque no exista un servicio que debería garantizarse o porque sea creado un servicio público que por alguna razón no debería existir.

Un ejemplo célebre de este tipo, en la jurisprudencia nacional, es el fallo de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 19 de octubre de 2001, entre la Alcaldía Metropolitana y el Cuerpo de Bomberos del Este. Cuando el alcalde mayor dictó un decreto que creaba un Cuerpo de Bomberos Metropolitanos, se impugnó el referido decreto ante el Juzgado Superior Primero de la Región Capital y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por considerarse que la creación de este servicio público desfavorecía la prestación del servicio que ya prestaban los Bomberos del Este. El Tribunal decidió detener la instalación del Servicio Metropolitano de Bomberos, hasta que fuese decidida la acción de nulidad interpuesta, buscando evitar que su funcionamiento paralelo al del servicio local existente, ya que éste, como indica la referida sentencia, “podría significar un perjuicio al patrimonio público, difícilmente reparable” (Cuerpo de Bomberos Metropolitanos 2001).

Además de interesante e ilustrativo, consideramos que este caso fue resuelto de manera correcta, ya que se logró paralizar la instalación de un servicio público que, como decíamos más arriba, no debería existir. La razón fue muy clara: además de innecesario, era contraproducente establecer otro cuerpo de bomberos porque esto causaría un fuerte impacto en la administración de recursos, tiempo de respuesta a accidentes en la zona e incremento de la burocracia.

1.2. LITIGIOS SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DE SERVICIOS PÚBLICOS.

Los litigios sobre el funcionamiento de servicios públicos son procedentes en los casos donde el servicio existe, sin embargo hay problemas con su funcionamiento, ya sea porque (a) su funcionamiento no es efectivo o porque (b) se busca exigir la responsabilidad patrimonial derivada de un funcionamiento que no es efectivo.

1.2.1. ACCIONES PARA LA EFECTIVA Y NORMAL PRESTACIÓN DEL SERVICIO.

Este tipo de acciones pueden ser ejercidas de dos maneras: como actos administrativos formales o materiales, y también puede haber casos donde tengan una forma distinta. Antes de pasar a desarrollar dichas modalidades pasaremos a realizar una breve distinción entre actos formales y materiales. Respecto de las diferencias entre uno y otro Raiza Ojeda sostiene que

(...) en materia de clasificación de los actos administrativos, debe señalarse una clasificación según la ejecución, y así se distingue el acto material del acto administrativo formal. El artículo 78 de la Ley, habla de los actos materiales de ejecución que puedan menoscabar o perturbar los derechos de los particulares, los cuales no pueden realizarse sin que exista previamente un acto administrativo que sirva de fundamento a dichos actos materiales. En este sentido, el acto material de ejecución previsto en el artículo 78, se identifica con el acto de ejecución que regula el Artículo 8 de la Ley (Ojeda de Ilija 2012, 173-174).

1.2.1.1. ACTUACIONES FORMALIZADAS EN ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Se refiere a los casos donde el servicio público consiste en el simple otorgamiento de un acto administrativo formal al interesado que cumple con los requisitos para ello. Un ejemplo de este caso sería la admisión de un paciente a un hospital. En estos casos, cabrá analizar los supuestos donde la Administración incurre en el silencio administrativo (ya que no se pronuncia, ni dicta un acto que responda a la solicitud); así como los supuestos donde, si bien la Administración se pronuncia, lo hace de forma incorrecta al negar un servicio que legítimamente le corresponde, o prestar uno que no debería.

1.2.1.2. ACTUACIONES NO FORMALIZADAS EN ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Constituyen la gran mayoría de los casos. En ellos, el sujeto no espera de la Administración un pronunciamiento formal, sino sencillamente la ejecución de una actividad: la prestación del servicio concreto. Se trata, como ha determinado De Grazia de Suárez, de

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

(...) actividades administrativas de carácter prestacional que comportan una actuación inmediata, no procedimentalizada, de la Administración Pública. Cuando la Administración incumple esas obligaciones, se dice que la "inactividad" es "material", no formal, lo que no implica –como veremos- que se trate de una actividad exenta del control contencioso administrativo (De Grazia Suárez 2002, párr. 25).

Son ejemplos de esto, muchas de las situaciones que se viven en Venezuela en la actualidad: la expectación de una comunidad de tener servicio de luz ininterrumpido, agua corriente todos los días, entre otros.

1.2.2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

El artículo 140 de la Constitución establece que “el Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la administración pública” (CRBV s.f.). De Grazia Suárez opina que este artículo

(...) establece la obligación directa del Estado de responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos y por cualesquiera actividades públicas, administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas o electorales, de los entes públicos o incluso de personas privadas en ejercicio de tales funciones (De Grazia Suárez 2002, párr. 65).

De esto último se debe concluir que, cuando el usuario de un servicio público se ve perjudicado o lesionado patrimonialmente por causa de la prestación deficiente o falta absoluta de prestación del mismo, el afectado podrá demandar los daños ante el órgano responsable.

La doctrina debate sobre si el referido artículo constitucional consagró en nuestro sistema jurídico lo que muchos llaman *régimen integral de responsabilidad administrativa de carácter objetivo*. Ésta parece inclinarse hacia pensar que indistintamente de si el daño se produjo como consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público, el usuario es merecedor de la reparación del daño. Badell resume esta postura mayoritaria en una sencilla frase: “no resulta relevante que el autor de la lesión haya actuado en forma lícita o ilícita, sino que la víctima que la sufre no tiene

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

el deber jurídico de soportarla sin compensación” (Badell Madrid, Derecho Contencioso Administrativo 2006, párr. 90); por lo que ésta idealmente debe proceder siempre. La Exposición de Motivos de nuestra Carta Magna respalda este razonamiento cuando establece que:

(...) la obligación directa del Estado de responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento, *normal o anormal*, de los servicios públicos y por cualesquiera actividades públicas. (Cursivas agregadas) (CRBV s.f.).

2. LA DEMANDA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.

La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa estableció este medio procesal para ser tramitado mediante un procedimiento breve estipulado en su artículo 65.

Respecto a los requisitos necesarios para ejercer esta acción, la jurisprudencia nacional ha reiterado un criterio sobre lo que se entiende por servicio público y por ende, lo que es sujeto de la demanda de prestación de servicios públicos. La sentencia N° 4993 de la Sala Constitucional de fecha 15 de diciembre de 2005 en el caso de CADAFE, ha determinado que:

(i) debe tratarse de una actividad prestacional, (ii) debe ser asumida por el Estado, esto es, debe existir *publicatio* respecto de la misma; (iii) debe ser cumplida por algún ente público de manera directa o mediante concesión y por último (iv) debe contar con un estatuto especial y regirse por normas de Derecho Público (CADAFE 2005).

De modo que, bajo este criterio, no puede considerarse como servicio público un plan de telefonía móvil de una compañía privada o la atención medica que brinda una clínica privada, pero sí el servicio de telefonía fija de CANTV y la atención que brinda el Hospital Clínico Universitario.

Por otro lado, respecto de los aspectos procesales relativos a este tipo de acción conviene realizar un estudio sobre a las pretensiones que pueden ser objeto de esta acción. Resulta interesante la mención del primer requisito establecido por la jurisprudencia relativo a la *actividad prestacional*. Esto implica que solo podrá accionarse este recurso por a la falta de prestación o prestación deficiente del servicio público. Esto conduce a presumir que esta acción solo permite solicitar el cumplimiento

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

efectivo del servicio público y jamás la indemnización por los daños que haya causado la prestación deficiente o falta de prestación del mismo.

Respecto del procedimiento que debe seguir ésta demanda, el artículo 65 de la LOJCA establece un procedimiento breve que le es común a la demanda de prestación de servicios públicos, de vías de hecho y abstenciones. Urosa Maggi comenta sobre este procedimiento:

Se trata de un procedimiento sumamente corto, basado en el principio de concentración, oralidad y conciliación, dotado de una audiencia oral en la cual las partes plantean sus argumentos y presentan sus pruebas y cuya sentencia estará sujeta a apelación en un solo efecto.

Si se diese cumplimiento estricto a la letra de la Ley, el juicio debería estarse decidiendo, en primera instancia, en escasos 23 días de despacho aproximadamente, lo que demuestra la intención del legislador de dar tramitación breve y urgente a este procedimiento.

Lamentablemente, la práctica forense presenta casos en los que la decisión del juicio se ha demorado incluso años para ser sentenciado en la definitiva. Es el caso, por ejemplo, de la demanda de prestación de servicios públicos intentada en fecha 22 de abril de 2014 contra la Superintendencia de Costos, Ganancias y Precios Justos por ante el Juzgado Vigésimo Segundo de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas del Área Metropolitana de Caracas, la cual fue admitida en fecha 5 de mayo de 2014 y aún se encuentra en etapa de sustanciación, a pesar de haber sido planteada hace más de seis meses (Urossa Maggi 2014, 98-99).

Pareciese que el uso de este procedimiento breve justifica la prohibición comentada anteriormente al referirnos a la prestación objeto del proceso, ya que el Artículo 65 de la LOJCA establece que

(...) se tramitarán por el procedimiento regulado en esta sección, cuando no tengan contenido patrimonial o indemnizatorio, las demandas relacionadas con: 1. Reclamos por la omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos, 2. Vías de hecho, 3. Abstención. (LOJCA s.f.)

Consideramos correcto este razonamiento ya que lo esencial de este recurso es la garantía del derecho de acceso al servicio público. Esto es intrínseco a la naturaleza del acción, y si bien no descartamos la posibilidad y eventual necesidad de realizar reclamaciones investidas de carácter

patrimonial, concordamos con que estas podrán realizarse por otra vía porue no se justifica su exigencia mediante un procedimiento breve que obedece a la urgencia por recibir un servicio y no a la urgencia de reparación patrimonial.

3. LA ACCIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS Y DIFUSOS

La acción para la defensa de los intereses colectivos o difusos debe ser entendida como un medio de impugnación de rango constitucional, especial, autónomo, subjetivo, de orden público y con efectos erga omnes, conferida a los titulares de derechos e intereses colectivos o difusos, de índole supraindividual no susceptibles de fragmentación, que no está sometida a lapsos de prescripción o caducidad, y se ejerce para obtener la tutela de los mencionados derechos e intereses, por la actuación u omisión de sujetos de Derecho Público o Privado (Badell Madrid 2013, 29).

Esta acción busca proteger la garantía constitucional prevista en el artículo 26 de nuestra Carta Magna. La misma supone, como lo indica Badell, dos elementos principales: (i) la presencia de un derecho o un interés tutelado y (ii) la existencia de un instrumento capaz de asegurar su integridad y vigencia.

En este tipo de acciones un representante de la sociedad o del grupo afectado, realiza la acción en nombre de todos los demás. Como consecuencia, la sentencia o decisión judicial los afectara a todos por igual, aunque no todos hayan ejercido directamente la acción.

Respecto de algunos aspectos esenciales de la acción de derechos colectivos y difusos conviene detenerse en el análisis de la legitimación de la misma. Badell sostiene que en definitiva:

Tienen legitimación en materia de intereses difusos y colectivos:

1. El Defensor del Pueblo;
2. Los entes públicos especialmente designados por Ley a estos efectos;
3. Los particulares, siempre que demuestren su vinculación con el grupo afectado y sufran las lesiones invocadas; y
4. Las formas organizativas privadas, legitimadas en casos particulares y siempre que demuestren su vinculación con el interés que alegan, tales como las

asociaciones, los sociedades, las fundaciones, las cámaras, los sindicatos y demás colectivos cuyo objeto sea la defensa de la sociedad (Badell Madrid 2006, párr. 68).

Esto se justifica al partir de que los intereses colectivos son distintos a los difusos y por ende tienen formas distintas de legitimación. Mientras que los intereses colectivos requerirán una condición de miembro vinculado al grupo que defiende el accionante, los intereses difusos no. En el caso de los intereses colectivos este requisito busca evidenciar que el actor ha sufrido una lesión en conjunto con el grupo que proclama dicho derecho. En el caso de los intereses difusos solo deberá invocar que comparte dicho derecho con el colectivo.

4. LA ACCIÓN DE AMPARO.

La Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales (LOA s.f.) establece este recurso extraordinario, en concordancia con lo establecido en el artículo 27 de la Constitución nacional.

Al tratar el aspecto la idoneidad del amparo como recurso aplicable frente a violaciones de derechos relativos a la prestación de servicios públicos, el Tribunal Supremo de Justicia, en la Sala Constitucional, el 8 de diciembre de 2000, en el caso de Transporte Sicalpar estableció que:

En materia de servicios públicos, como en el caso de autos, nacen derechos derivados de la concesión, de su contexto, los cuales se incumplen y no fundamentan una acción de amparo constitucional, pero cuando el abuso de esos derechos vacía el contenido de un derecho humano fundamental o un derecho o garantía constitucional, haciéndolo nugatorio, se está ante una violación directa de la Constitución, que da lugar al amparo, y que con relación a la prestación masiva de servicios públicos, permite un amparo protector de derechos o intereses difusos o colectivos, que incluso puede ser interpuesto por la Defensoría del Pueblo. Ello sin perjuicio de otras acciones mediante las cuales la participación ciudadana, directa, o indirectamente mediante la Defensoría del Pueblo, controle la protección de los servicios públicos, procurando su correcto funcionamiento, la erradicación de la arbitrariedad, las desviaciones de poder, etc. Lo ideal es que muchas de estas fallas se ventilen mediante un contencioso de los servicios públicos; pero otras tendrán abierta la vía del amparo constitucional, ya que las transgresiones realizadas por los prestadores de servicios, son contrarias a derechos y garantías constitucionales, y se

hace necesario evitar un daño irreparable a la situación jurídica de las personas (a veces miles), perjudicadas por el servicio defectuoso o arbitrario (Transporte Sipalcar v. Puertos del Litoral Central 2000).

De modo que la jurisprudencia reconoce que si bien la jurisdicción especial de lo contencioso administrativo de los servicios públicos es un medio apropiado para ventilar estos casos, no considera que su aplicación sea exclusiva, ya que deja espacio para la utilización del amparo constitucional, “para restablecer aquellas situaciones que vacíen de contenido derechos constitucionales bien sea reclamando el restablecimiento de un derecho subjetivo, e incluso, invocando la protección de un interés colectivo y difuso” (Badell Madrid 2006, párr. 52). Sobre ésta misma sentencia comenta Badell Madrid lo siguiente:

(...) en principio, las reclamaciones que se susciten con ocasión a los derechos, deberes y obligaciones que nazcan de la relación entre concesionario y usuario son propias del contencioso de los servicios públicos, tal y como lo señaló la Sala Constitucional, en sentencia líder del 08 de diciembre de 2000, caso Transporte Sicalpar, refiriéndose expresamente al Decreto con rango y fuerza de Ley del Servicio Eléctrico, normativa en la que se regulan tanto derechos y obligaciones a cargo del concesionario y de los usuarios. No obstante, ese mismo fallo precisó que mientras no existiera normativa alguna que regulara el contencioso de los servicios públicos, tales reclamaciones debían ventilarse por la vía ordinaria, salvo que existiera un abuso en la ejecución del servicio que transgrediera directamente derechos constitucionales, caso en el cual procedería el ejercicio del amparo constitucional (Badell Madrid 2006, 54).

Por otro lado, la jurisprudencia nacional también se ha pronunciado respecto de la posibilidad de ejercer ésta acción en casos distintos de la violación de derechos fundamentales, admitiendo, además, la interposición del amparo constitucional en casos donde el usuario del servicio público sufre un daño. Estos casos han sido clasificados por Badell Madrid en tres (3) casos: (i) por omisiones en el cumplimiento del servicio público, (ii) por vías de hecho, (iii) por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la concesión, y (iv) por violación de derechos colectivos y difusos.

Se concluye así que, en efecto, nuestro ordenamiento jurídico ofrece variedad de mecanismos y acciones para exigir y proteger los servicios públicos, pero estos no tienen mucha aplicación en Venezuela por dos razones.

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

La primera: los mecanismos no son de conocimiento público. Las masas, el colectivo, son quienes realmente padecen los problemas con la prestación de servicios públicos, y constituyen, por excelencia, al grupo de posibles accionantes de estos recursos. Sin embargo, al no saber que disponen de ellos y que es su derecho ejercerlos, continúan viviendo en situaciones precarias e injustas sin una solución.

La segunda: a pesar del análisis realizado en la sección 2 del presente capítulo, se concluye que, si bien los mecanismos parecen ser idóneos en cuanto a su adaptabilidad a las circunstancias, urgencia, y gravedad del problema en el servicio, en la práctica, ninguno se sigue al pie de la letra. Por esta razón, se considera que no son efectivos para la solución de las problemáticas que tienen por objeto, lo cual conlleva últimamente a su desuso.

CAPÍTULO IV

I. LA ACCIÓN DE AMPARO PARA LA PROTECCIÓN DE LA ADECUADA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

1. EL AMPARO CONSTITUCIONAL

Para poder determinar si el amparo constitucional es el medio idóneo para proteger la prestación de servicios públicos, es de menester conocer qué es el amparo y cuáles son sus principales caracteres. El amparo debe ser considerado

(...) Como el derecho que tiene todo ciudadano de ser amparado por los tribunales de la República Bolivariana de Venezuela en el goce y ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales, cuando estos sean violados o lesionados o bien cuando exista una amenaza inminente de ser lesionado, teniendo de esta manera todo sujeto el derecho de ampararse por medio del recurso que contiene la norma, con el objeto de obtener la restitución inmediata de la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella (...) (Castillo 2002, 31).

Asimismo, de la doctrina y al artículo 27 de la Carta Magna, se desprenden diversos caracteres. Según Castillo, éstos son:

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

1. Procedimiento judicial, dado a debe solicitarse y tramitarse ante los Tribunales de la República y no ante otro tipo de organismo.
2. Protege a todos los habitantes del país. El mismo puede ser utilizado por cualquier persona que se encuentre en el territorio venezolano, ya sea nacional o extranjero.
3. Resuelve controversias que se refieran a derechos constitucionales o garantías previstas en la Constitución.
4. Es breve, oral, gratuito, público y no sujeto a formalidades.
5. Tiene carácter extraordinario, pues sólo procede cuando no existan otras vías a través de las cuales se obtenga el restablecimiento de los derechos constitucionales vulnerados. (Castillo 2002, 32-34).

Si se basa el estudio únicamente en la definición de amparo y sus caracteres, parecería que el amparo puede ser considerado como un método efectivo para la solución de deficiencias en la prestación de los servicios públicos. Sin embargo, será necesario ahondar en la idoneidad de este medio para determinar si es realmente el más adecuado para solventar estos problemas. Esto es porque la jurisprudencia y la doctrina venezolana han limitado la acción de amparo como un mecanismo extraordinario.

2. EL AMPARO COMO MEDIO IDÓNEO

Debido a la trascendencia que tiene una adecuada prestación de los servicios públicos ya que afectan el normal desenvolvimiento de la sociedad y la vida cotidiana, aunado al hecho de que es una garantía de rango constitucional, surge la necesidad de utilizar un medio idóneo, expedito, sencillo y eficaz como el amparo. Así, como lo determina Badell, éste ha sido el método elegido mayormente por los ciudadanos y aceptado por la jurisprudencia, principalmente por dos razones: la celeridad que ofrecen y la obtención de fallos que originen prestaciones positivas o de hacer.

La jurisprudencia nacional ha determinado que aunque existen vías ordinarias para proteger el derecho a una adecuada prestación de servicios públicos, la vía del amparo constitucional también es una opción para proteger este derecho. El Tribunal Supremo de Justicia, en su Sala Constitucional, en la sentencia No. 1556 del 8 de diciembre de 2000, en el caso de Transporte Sicalpar, mencionada con anterioridad, se determinó que los usuarios

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

(...) tendrán abierta la vía del amparo constitucional, ya que las transgresiones realizadas por los prestadores de servicios, son contrarias a derechos y garantías constitucionales, y se hace necesario evitar un daño irreparable a la situación jurídica de las personas (a veces miles), perjudicadas por el servicio defectuoso o arbitrario (Transporte Sipalcar v. Puertos del Litoral Central 2000).

La sentencia establece que el amparo se consideraría procedente en casos de arbitrariedades en contra de los usuarios dado el derecho consagrado en el artículo 117 de la Constitución que enuncia que todos los ciudadanos tienen derecho a recibir bienes y servicios de calidad.

Asimismo, en la misma sentencia, posteriormente reiterado en la sentencia No.373 de fecha 10 de febrero de 2003 en el caso de Minera las Cristinas, la Sala Constitucional estableció que:

si bien era posible que con motivo de conflictos surgidos en el marco de relaciones contractuales entre particulares y entes administrativos, podrían ejercerse de manera excepcional pretensiones autónomas de amparo constitucional por supuestas violaciones de derechos constitucionales, las mismas *sólo serán admisibles cuando las violaciones denunciadas consistan, de acuerdo con lo expuesto por la parte actora, en infracciones flagrantes, inmediatas y directas de específicas disposiciones constitucionales*, que consagran derechos cuya tutela judicial pueda solicitar cualquier persona. (Cursivas agregadas) (Minera Las Cristinas 2003).

Sin embargo, la misma Sala, en sentencia No. 1477 de fecha 31 de enero de 2006, en el caso de ELECENRO determinó una serie de requisitos para llevar a cabo el amparo. Cabe destacar, como lo ha indicado Badell:

1. Que el accionante o el usuario no puede estar en situación de mora respecto al pago del servicio cuyo suministro ha sido suspendido.
2. Que la suspensión del servicio se haya efectuado sin la notificación previa del accionante, en la cual se expresen las razones que motivaron la suspensión.
3. Que la empresa informe a través del correspondiente recibo de cobro al usuario o accionante sobre la deuda que por concepto de prestación de servicio mantiene con éste. (Badell Madrid 2006, párr. 78).

El mismo autor explica, como ya se ha mencionado, que se ha determinado mediante la jurisprudencia la idoneidad de este medio para proteger a los usuarios de los servicios públicos especialmente en cuatro (4) casos: (i) las omisiones en el cumplimiento del servicio; (ii) por vías de

hecho; (iii) por la ejecución del contrato de servicios; (iv) por violación a derechos colectivos y difusos.

3. OMISIÓN EN EL CUMPLIMIENTO DEL SERVICIO.

La Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en el caso Enfermos renales vs Ministerio de Sanidad determinó que la falta de equipos médicos vulneraba el derecho a la salud y mediante amparo ordenó la adquisición de dichos equipos para conservar la salud y vida de los enfermos renales .

También indica Badell (2006), que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en fallo del 4 de junio de 1998, en el caso de enfermos de Sida, estimó procedente un amparo contra la deficiente prestación de servicios por parte del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS).

4. VÍAS DE HECHO.

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, el 23 de mayo de 2000, en la sentencia N° 2000-482, del caso Conjunto Parque Residencial San Antonio de los Altos vs. Hidrocapital, admitió un amparo constitucional “(...) a raíz de vías de hecho de la Administración, por causa del incumplimiento de su obligación en la prestación de servicios públicos (...)” (Conjunto Parque Residencial San Anotnio de los Altos vs. Hidrocapital 2000). Aunque la decisión fue declarada sin lugar, es de particular relevancia pues se estableció un precedente para admitir amparo por este motivo.

La misma Corte reiteró este criterio el 6 de noviembre de 2000, en la sentencia N° 2000-1432, del caso del Colector de Basura, al expresar que en material de servicios públicos no existía un medio idóneo para proteger estos servicios, especialmente cuando dejaban de ser prestados o se realizaban actuaciones incumplimiento los procedimientos debidos (Colector de Basura 2000). En consecuencia, se podía ejercer un amparo por razón de vías de hecho en la prestación de dichos servicios. Sin embargo, esto es en casos extraordinarios y sobre todo cuando se agotan los medios ordinarios como el uso del procedimiento breve.

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

Sin embargo, es de menester acotar que en este aspecto, existe jurisprudencia que ha determinado que el medio idóneo para vías de hecho para la prestación de servicios públicos no es el amparo constitucional sino un recurso contencioso-administrativo por razón de vía de hecho. Un ejemplo es la sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 20 de febrero de 2003, en el caso Benedetto D'Alto Carrano, y otros vs. HIDROCAPITAL (Benedetto D'Alto Carrano y otros vs. Hidrocapital 2003).

Por esta razón, al determinar la idoneidad para presentar una demanda de amparo por esta razón, se deben tomar en consideración el procedimiento breve, el recurso contencioso administrativo y el amparo. De esta manera, para cada caso en particular se podrá determinar la vía mas adecuada. Se opina que se debe tomar en cuenta a cuántas personas afecta el servicio, la urgencia del caso, el derecho que se amenaza, entre otros.

5..INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA CONCESIÓN.

En este caso se tiene como ejemplo el fallo de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 14 de abril de 2000 en el caso de V.M. Peña vs. IVSS en el cual se concedió un amparo constitucional para garantizar la continuidad en la prestación del servicio (V.M. Peña vs. IVSS 2000). La razón principal es que violaba el principio básico de continuidad de los servicios públicos.

Asimismo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la tantas veces mencionada sentencia del caso de Transporte Sicalpar, ha señalado “que el sólo incumplimiento de los derechos y obligaciones derivadas de la concesión no justifican una acción de amparo constitucional” (Transporte Sipalcar v. Puertos del Litoral Central 2000). No obstante, ello, cuando este incumplimiento acarree la violación de un derecho constitucional, se está en presencia de una violación directa de la Constitución que da pie al amparo.

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

6. VIOLACIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS O DIFUSOS.

La Sala Constitucional, en la sentencia mencionada anteriormente, ha determinado que “en virtud de la prestación masiva de los servicios públicos permitiría, incluso, el ejercicio de un amparo protector de derechos e intereses difusos o colectivos” (Transporte Sipalcar v. Puertos del Litoral Central 2000). De hecho, como se ha establecido en la legislación, este es uno de los medios que puede utilizar el Defensor del Pueblo, por el funcionamiento de los servicios público, según el artículo 281 de la Carta Magna.

Por todo lo anteriormente mencionado se opina que, en cuanto a la idoneidad, el procedimiento breve aplica preferentemente cuando es una persona en particular la que sufre el agravio contra la prestación de servicios públicos. Asimismo, la demanda por intereses colectivos y difusos debe ser la de uso preferencial cuando esa deficiencia en la prestación de el o los servicios afecte a la colectividad en general o a un grupo determinado. Por último, en cuanto a la idoneidad del amparo se considera que dado a que los tribunales venezolanos no consideran el amparo como favorable o procedente cuando existen medios ordinarios por medios de los cuales resolver la situación, se opina que debe utilizarse el amparo en situaciones de extrema necesidad, donde los derechos constitucionales estén en alto riesgo. Un ejemplo de ello puede ser cuando se trate de enfermos de VIH o en caso de cáncer, donde el derecho a la vida y a la salud pueden ser determinantes.

II. COMPETENCIA

Una vez determinado que el amparo es un medio idóneo para proteger la prestación de servicios públicos, y recordando que uno de sus caracteres es ser un procedimiento judicial, debemos estudiar la competencia. En cuanto a este aspecto, especialmente cuando se ejerce por derechos colectivos y difusos, la misma cuenta con distintas interpretaciones según la doctrina y la jurisprudencia.

Por un lado, algunos opinan que es competencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia por lo estipulado en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

s.f.). Por el otro, la jurisprudencia ha determinado que en ciertos casos, como en el de los servicios públicos, la competencia corresponde a los tribunales de primera instancia.

La Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales (LOA s.f.) establece de manera general, en su séptimo artículo, que los amparos serán conocidos por los jueces de primera instancia en la materia afín, que tengan competencia territorial según el lugar en el que ocurrieron los hechos. Dado a que la responsabilidad de brindar una adecuada prestación de servicios públicos recae principalmente sobre la Administración, el amparo procedería ante un Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso-Administrativo.

Sin embargo, la Sala Constitucional en su sentencia N° 1 de fecha 20 de enero de 2000, en el caso de Emery Mata Millán, determinó que corresponde dicha Sala la competencia para conocer de las acciones de amparo que se intenten contra las decisiones de última instancia emanadas de los Tribunales o Juzgados Superiores de la República, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y las Cortes de Apelaciones en lo Penal que infrinjan directa e inmediatamente normas constitucionales (Emery Mata Millán 2000).

Asimismo, le corresponde conocer las apelaciones y consultas sobre las sentencias de los tribunales mencionados anteriormente, cuando ellos conozcan la acción de amparo en Primera Instancia. Por último, la sentencia también determina que los Tribunales de Primera Instancia de la materia relacionada o afín con el amparo son los que conocerán los amparos que no correspondan a los tribunales mencionados con anterioridad y los Superiores de dichos Tribunales son quienes conocerán las apelaciones y consultas que emanen de los mismos, de cuyas decisiones no habrá apelación ni consulta (Emery Mata Millán 2000).

También, en la sentencia N° 1.555 de la Sala Constitucional, de fecha 18 de diciembre de 2000, en el caso de Yoslena Chanchemire, se expande la interpretación anterior. Para el caso específico de las demandas de amparo autónomos en materia administrativa, como los servicios públicos, se determina que mientras no se dicten las leyes que regulen la jurisdicción constitucional o la contencioso-administrativa, y a pesar de la letra del artículo 7 de la LOA, estas demandas serán conocidas en primera instancia por los Tribunales Superiores con competencia en lo Contencioso

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

Administrativo, siempre que tengan competencia territorial en el lugar en el que ocurrieron las infracciones (Yoslina Chanchemire 2000). Esto, incluso en aquellos casos que no se trate de jueces de primera instancia. Esta determinación la crea la Sala en aras de garantizar el acceso a la justicia y a la celeridad de la misma, para evitar largos traslados desde el sitio donde se concretó el hecho lesivo y para obtener una adecuada la tutela constitucional.

Sin embargo, si en la localidad en que ocurrieron estas transgresiones, no existe Juez Superior en lo Contencioso Administrativo, pero sí un Juez de Primera Instancia en lo Civil, éste podrá conocer del amparo de acuerdo al procedimiento del artículo 9 de la LOA. Ahora bien, en el caso donde tampoco exista un Juez de Primera Instancia en lo Civil, de manera excepcional, puede ser conocido por el juez de la localidad, y éste, de conformidad con el artículo 9 antes citado, debe remitirlo inmediatamente en consulta obligatoria al Juez Superior en lo Contencioso Administrativo.

Asimismo, la LOA permite la posibilidad de ejercer el amparo en conjunto con el recurso contencioso-administrativo. Puede ejercerse, como lo estipula el artículo quinto, una acción de amparo frente a un juez Contencioso-Administrativo “conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos o contra las conductas omisivas, respectivamente, que se ejerza” (LOA s.f.).

Por lo estipulado anteriormente, parecería lógico ejercer el amparo ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso-Administrativo ya sea de manera autónoma o en conjunto con otro recurso. Sin embargo, la LOTSJ contiene una norma que estipula que para los casos de amparo para la protección de intereses colectivos o difusos, el tribunal competente es la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Como la norma de la LOTSJ nos se refiere específicamente a los intereses colectivos y difusos, se debe aplicar esta norma por su especialidad en la materia. Así lo determina en su artículo 25 que establece que:

Artículo: 25: Son competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

(...) 21. Conocer de las demandas y las pretensiones de amparo para la protección de intereses difusos o colectivos cuando la controversia tenga transcendencia nacional, salvo lo que dispongan leyes especiales y las pretensiones que, por su naturaleza, correspondan

al contencioso de los servicios públicos o al contencioso electoral.

Sin embargo, a diferencia del amparo, para aquellas demandas que busquen proteger derechos e intereses colectivos o difusos que no conlleven trascendencia nacional, la misma ley, en su artículo 146, permite que sean conocidos por Tribunales de Primera Instancia en lo Civil. Esto, por analogía y según la jurisprudencia, en el caso de un amparo sería el juez de la materia afín a los servicios públicos, es decir, el Tribunal de Primera Instancia en lo Contencioso-Administrativo.

Así, surgen las siguientes preguntas: ¿Una demanda amparo por la prestación de servicios públicos tiene trascendencia nacional y debe ser conocida por el Tribunal Supremo de Justicia? O, por el contrario, ¿puede ser conocida por un tribunal de Primera Instancia?

Estas interrogantes han sido resueltas por la jurisprudencia. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 1.700 de fecha 07 de agosto de 2007, para el caso Carla Mariela Colmenares Ereú, estableció un cambio de criterio, de manera vinculante, atributiva de competencias en materia de amparos constitucionales, la cual señala lo siguiente:

(...) Por ende, esta Sala determina que el criterio residual no regirá en materia de amparo, por lo que en aquellos supuestos donde el contencioso administrativo general le asigne la competencia a las Cortes para el control de los actos, ese criterio no será aplicable para las acciones de amparo autónomo, aplicándose, en razón del acceso a la justicia, la competencia de los Juzgados Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo con competencia territorial donde se ubique el ente descentralizado funcionalmente (v.gr. Universidades Nacionales) o se encuentre la dependencia desconcentrada de la Administración Central, que, por su jerarquía, no conozca esta Sala Constitucional (...) (Carla Mariela Colmenares Ereú 2007)

No obstante lo anterior, en fecha 13 de febrero de 2012, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Dr. Francisco A. Carrasquero, dictó la sentencia N° 23 en la cual se determina que los tribunales competentes para conocer en primera instancia amparo constitucionales en materia de servicios públicos son los Juzgados de Municipio (N° 23 2012). En ella, La Sala determinó que, según el numeral 1° del artículo 26 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

Contencioso Administrativo (LOJCA s.f.), los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa son competentes para conocer de las demandas que se interpongan por la prestación de servicios públicos. Sin embargo, dado a que para la fecha estos Juzgados no han sido creados, de conformidad con la Disposición Transitoria Sexta de la LOJCA, los tribunales competentes son los Juzgados de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

Esa misma sentencia reafirmó el criterio establecido en la sentencia N° 1058 del 28 de junio de 2011 en el caso Julio Angulo Peña y otros vs. Directora Regional del Distrito Capital y de Coordinadora de eje del Distrito Capital de la Fundación Misión Sucre, en el cual se estableció:

...encuentra esta Sala que la intención del legislador de atribuir todas las ‘demandas’ derivadas de prestación de servicios públicos (sin distinguir el legislador entre reclamo de prestación de servicios públicos o acción de amparo constitucional), de acuerdo al numeral 1, del artículo 26 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a los Juzgados de Municipio con Competencia en lo Contencioso Administrativo, *fue la de concentrar esos litigios en los tribunales más cercanos a la ciudadanía, que permitan una rápida solución y acorde con la tutela requerida, el acceso y control de la comunidad*, así como descongestionar a los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo Regionales, quienes, para garantizar la doble instancia, sólo conocerán en apelación de las decisiones dictadas en aquellos procesos (artículo 75 ‘*eiusdem*’). (Cursivas agregadas). (Julio Angulo Peña y otros 2011)

De lo anteriormente expuesto se deduce que la jurisprudencia, mediante la interpretación de la ley, han determinado que los tribunales competentes para conocer los casos de amparo constitucional en primera instancia son los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y, mientras estos no sean creados, los tribunales competentes son los Juzgados de Municipio de la localidad donde se ha suscitado el agravio. Esto ha sido determinado por la disposición transitoria sexta de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Aunque esto es contrario a los criterios jurisprudenciales de los casos de Emery Mata y Yoslena Chanchemire, son criterios posteriores también vinculantes. Por esta razón, se opina que para el caso específico de las demandas de amparo en materia de servicios públicos, se debe seguir este último criterio de realizarlas a través de los Juzgados de Municipio. Sin embargo, una vez que sean creados los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la disposición sexta

quedará sin efecto y las demandas de amparo deberán ser realizadas ante estos tribunales.

III. PROCEDIMIENTO.

El procedimiento que deben seguir entonces estos tribunales para conocer este tipo de amparos, está establecido en el Título IV de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales (LOA) del artículo 13 al 37. En ellos, y en artículo 27 de la Carta Magna, se determina, como se ha establecido con anterioridad, que la acción de amparo es eminentemente de orden público, oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad. Es sencilla, pues no precisa formalidades como papel sellado o estampillas, e incluso puede ser realizada de manera verbal frente al juez. En cuanto a los requisitos, los mismos están establecidos en el artículo 18 de la mencionada Ley, el cual expresa:

Artículo 18. En la solicitud de amparo se deberá expresar:

- 1) Los datos concernientes a la identificación de la persona agraviada y de la persona que actúe en su nombre, y en este caso con la suficiente identificación del poder conferido;
- 2) Residencia, lugar y domicilio, tanto del agraviado como del agraviante;
- 3) Suficiente señalamiento e identificación del agraviante, si fuere posible, e indicación de la circunstancia de localización;
- 4) Señalamiento del derecho o de la garantía constitucional violado o amenazado de violación;
- 5) Descripción narrativa del hecho, acto, omisión y demás circunstancias que motiven la solicitud de amparo;
- 6) Y, cualquiera explicación complementaria relacionada con la situación jurídica infringida, a fin de ilustrar el criterio jurisdiccional. En caso de instancia verbal, se exigirán, en lo posible, los mismos requisitos (LOA s.f.).

Luego, la sentencia de la Sala Constitucional N° 7 del 1 de febrero de 2000 para el caso José Armando Mejía, expandió los requisitos para incluir las pruebas el accionante desee promover. Así, se determinó que:

Con relación a los amparos que no se interpongan contra sentencias, tal como lo expresan los artículos 16 y 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el proceso se iniciará por escrito o en forma oral conforme a lo señalado en dichos artículos; pero el accionante además de los elementos prescritos en el citado

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

artículo 18 deberá también señalar en su solicitud, oral o escrita, las pruebas que desea promover, siendo esta una carga cuya omisión produce la preclusión de la oportunidad, no solo la de la oferta de las pruebas omitidas, sino la de la producción de todos los instrumentos escritos, audiovisuales o gráficos, con que cuenta para el momento de incoar la acción y que no promoviére y presentare con su escrito o interposición oral; prefiriéndose entre los instrumentos a producir los auténticos (José Armando Mejía 2000).

Si el accionante no cumple con los requisitos anteriormente expuestos, la ley determina que deberá ser notificado y tendrá un plazo de cuarenta y ocho (48) horas para subsanarlo. De no hacerlo, será declarado inadmisibile (Artículo 19).

La LOA también establece, en su artículo 22, que el tribunal que conozca de la causa tendrá potestad para “restablecer la situación jurídica infringida, prescindiendo de consideraciones de mera forma y sin ningún tipo de averiguación sumaria que la preceda...” (LOA s.f.). En caso de que optare por no restablecerla, deberá redactar un informe en un plazo de cuarenta y ocho (48) horas y, de no hacerlo, se entenderán por aceptados los hechos. Asimismo, en el procedimiento de amparo no se aceptan las formas de arreglo entre las partes, sin perjuicio de que se pueda desistir de la pretensión.

Una vez recibido el informe del presunto agravante o una vez que expire el término, el Juez de la causa tendrá noventa y seis (96) horas para fijar una audiencia oral en que las partes o sus representantes legales expresen, en forma oral y pública, los argumentos respectivos. La sentencia para el caso José Armando Mejía citada anteriormente, establece que una vez que se concluya el debate oral, el Juez podrá actuar de dos maneras:

a) decidir inmediatamente; en cuyo caso expondrá de forma oral los términos del dispositivo del fallo; el cual deberá ser publicado íntegramente dentro de los cinco (5) días siguientes a la audiencia en la cual se dictó la decisión correspondiente. El fallo lo comunicará el juez o el presidente del Tribunal colegiado, pero la sentencia escrita la redactará el ponente o quien el Presidente del Tribunal Colegiado decida.

El dispositivo del fallo surtirá los efectos previstos en el artículo 29 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, mientras que la sentencia se adaptará a lo previsto en el artículo 32 *ejusdem*.

b) diferir la audiencia por un lapso que en ningún momento será mayor de cuarenta y ocho (48) horas, por estimar que es necesaria la presentación o evacuación de alguna prueba que

sea fundamental para decidir el caso, o a petición de alguna de las partes o del Ministerio Público (José Armando Mejía 2000).

En cuanto a la apelación, las partes, el Ministerio Público o los procuradores, tendrán tres (3) días para apelar la decisión. La misma se oirá a un solo efecto. Si no se interpusiere apelación, el fallo no será consultado con el Tribunal Superior respectivo, como indica la LOA, por haber sido desaplicado mediante sentencia N° 1 de la Sala Constitucional en fecha 20 de enero de 2000 en el caso de Emery Mata (Emery Mata Millán 2000). Esta decisión será la sentencia firme de amparo que producirá efectos jurídicos respecto al derecho o garantía objetos del proceso, sin perjuicio de las acciones o recursos que legalmente correspondan a las partes, de acuerdo con establecido en el artículo 36.

IV. CRÍTICAS AL AMPARO POR PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.

No todos los autores opinan que el amparo es un medio idóneo para proteger la prestación de los servicios públicos. Algunos, como Parés Salas, opinan que la única razón por la que se acepta el amparo es utilizado es porque no existe ningún medio ordinario que sea idóneo, que “sencillamente se emplea porque no hay otro que pueda adaptarse mejor a estas necesidades” (Parés Salas s.f., 17).

Estas afirmaciones se realizan con base en dos premisas: la naturaleza contractual de los servicios públicos y la naturaleza restitutoria del amparo. Por un lado, en cuanto a su naturaleza contractual de los servicios públicos, se refiere a que el derecho invocado puede derivarse de manera directa e inmediata de la relación contractual y no de un derecho constitucional. Este sería el caso, por ejemplo, de una denuncia relacionada con la regularidad del servicio. En estos casos, la jurisprudencia ha sido variante ya que muchos amparos han sido declarados sin lugar por derivarse de relaciones contractuales.

Un ejemplo de dicha tendencia jurisprudencial es el de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 18 de octubre de 1994, caso Pastor Rodríguez, citado en numerosas sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la cual señaló que

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

sin desechar la posibilidad de que con ocasión de una determinada relación contractual pueda producirse la violación de un derecho o garantía constitucionales, es lo cierto que cuando esta violación no puede sostenerse sino como consecuencia de la violación de cláusulas contractuales, resulta improcedente la acción de amparo constitucional; de lo contrario este medio extraordinario de protección constitucional podría sustituir a todas las demás formas de solución de los conflictos contractuales previstos en la legislación nacional (Pastor Rodríguez 1994).

Por el otro lado, se alega que la naturaleza restitutoria del amparo no es posible en todos los casos relacionados con los servicios públicos. Mientras cabe perfectamente cuando el servicio se ha visto interrumpido, es discutible cuando se relaciona a la exigencia de un servicio que nunca ha sido prestado, como puede ser el caso de un nuevo local que no tiene servicio eléctrico o de agua. Como explica Chavero Gazdik

(...) generalmente implica que esta institución no podrá ser utilizada para ejercer pretensiones constitutivas, es decir, para asignarle al peticionario un derecho que antes no tenía, o para indemnizarlo de los daños que haya podido sufrir por la actuación ilegítima del sujeto agravante (Chavero Gazdik 2001, 326) citado por (Parés Salas s.f., 17)

Este criterio ha apoyado no solamente por la doctrina, sino también por la jurisprudencia. La sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 23 de marzo de 2000, declara sin lugar la acción de amparo constitucional por imposibilidad de crear derecho y recomienda en su lugar un Reclamo por omisión, demora o deficiente prestación de los Servicios Públicos. Al respecto, la Sala Constitucional estableció:

(...) Pero además, el propósito de la acción de amparo es el restituir la situación infringida; es decir debe poner de nuevo al accionante en el gozo de los derechos constitucionales que le han sido lesionados, *pero en ningún momento es creador de derecho* (...) sin el cumplimiento previo de los requisitos de ley- para con ello restablecer la situación que ha supuestamente violado los derechos constitucionales que denuncia el accionante. (Cursivas agregadas) (2000)

Entonces, tanto la doctrina como la jurisprudencia establecen la imposibilidad de introducir amparos por la falta de un servicio que nunca antes había sido prestado. Por esta razón, cuando se

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

presenten estos casos la recomendación es utilizar otro de los medios que se han mencionado en el capítulo anterior del presente trabajo, pues el amparo no es el idóneo.

Luego de este análisis es menester concluir que existen muchísimas barreras para que un amparo por prestación de servicios públicos sea admitido. La principal es que se han creado mecanismos como la demanda por intereses colectivos y difusos justamente para tratar estos aspectos. Si a esta premisa se suma la tendencia jurisprudencial de admitir los amparos únicamente cuando se hayan agotado todos los medios ordinarios para solventar estos casos, se deduce que sería solo en casos extraordinarios. Por esta razón, se opina que el amparo solo procede en dos casos: por un lado, cuando se hayan agotado los medios ordinarios y, por el otro, cuando se trate de situaciones extraordinarias de extrema urgencia.

**CAPÍTULO V
EL AMPARO INTERNACIONAL**

Ya habiendo visto el recurso de amparo como figura posible para proteger derechos relativos a servicios públicos, los cuales se encuentran íntimamente conectados con los derechos colectivos o difusos y también con los derechos económicos y sociales, se procederá a estudiar la posibilidad de ejercer un recurso de amparo frente a instancias internacionales con el objetivo de proteger todo lo anteriormente desarrollado en esta investigación.

En virtud de lo anterior, el artículo 31 de la Constitución nacional establece la posibilidad de acceder a figuras internacionales para amparar derechos fundamentales, versando lo siguiente:

Artículo 31. Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos. El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y en la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo (CRBV s.f.).

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

Fundamentado en el artículo anterior, Venezuela ha ratificado dos pactos internacionales, junto con sus protocolos facultativos, que protegen los derechos y cubren los campos de acción investigados y desarrollados en la presente investigación. Estos pactos son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado por Venezuela el 24 de junio de 1969 y ratificado el 10 de mayo de 1978 (Asamblea General de las Naciones Unidas 1966) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmado por Venezuela el 14 de junio de 1969 y ratificado el 10 de mayo de 1978 (Asamblea General de las Naciones Unidas 1966).

1. AMPARO FRENTE AL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos enumera una gama de derechos sumamente extensa que concierne a la vida en sociedad del ser humano. Estos derechos enumerados tratan materias que van desde el derecho a la vida (artículo 6) hasta los derechos de las minorías étnicas (artículo 27). Dada la amplia naturaleza de este pacto, no existe una profundización específica de ningún derecho, dando lugar a la existencia de otros instrumentos internacionales que protegen de forma más precisa los ya establecidos en este pacto, como sucede, por ejemplo, con el Convenio Internacional Contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, que profundiza el derecho a la integridad personal, o en el mismo Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Asimismo, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado por Venezuela el 15 de noviembre de 1976 y ratificado el 10 de mayo de 1978, en su artículo 1 versa:

Artículo 1: Todo Estado Parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte en el Pacto que no sea parte en el presente Protocolo (Asamblea General de las Naciones Unidas 1966).

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

En vista de que Venezuela es parte del Protocolo anteriormente mencionado, reconoce la competencia del Comité creado por el Protocolo para que el mismo reciba denuncias particulares de ciudadanos venezolanos, lo que claramente permite la posibilidad de ejercer un amparo frente a esta instancia y viendo la amplitud del pacto, resulta evidente que pudieran protegerse derechos relativos a servicios públicos, intereses colectivos o difusos y derechos económicos sociales y culturales.

El mismo Protocolo en su artículo 2, reconoce expresamente su competencia para conocer sobre violaciones del Pacto, el cual establece lo siguiente:

Artículo 2: Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1, todo individuo que alegue una violación de cualquiera de sus derechos enumerados en el Pacto y que haya agotado todos los recursos internos disponibles podrá someter a la consideración del Comité una comunicación escrita (Asamblea General de las Naciones Unidas 1966).

También resulta necesario definir la fuerza y capacidad que tiene el comité, así como su naturaleza. En este sentido y visto el constante y rápido desarrollo del Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos, existen varias posiciones doctrinarias. Sin embargo, la doctrina predominante ha establecido que el comité es de poder, función y naturaleza “cuasi-jurisdiccional”. Así pues, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH), ha determinado que:

La idea básica es que cualquiera puede presentar una denuncia de violación de los derechos consagrados en el tratado al órgano de expertos establecido por dicho tratado para que éste emita un fallo cuasi judicial. Estos «órganos establecidos en virtud de tratados», como se les suele llamar, son comités integrados por expertos independientes seleccionados por los Estados Partes en el tratado correspondiente (Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas 2003).

Complementando esta idea, González ha establecido que “cuasi jurisdiccional implica, de manera concreta, la posibilidad de recibir y examinar denuncias relativas a la situación de particulares, grupos, organizaciones, etcétera. Después de investigar la denuncia, las instituciones habrán de emitir sus recomendaciones dirigidas a la autoridad competente” (González 2011, párr. 29). Así pues, se puede claramente observar que la naturaleza del Comité de Derechos Humanos como *órgano establecido en virtud de tratado* es la de un comité cuasi-jurisdiccional ya que, si bien posee elementos

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

típicos de un tribunal, también carece de ciertos elementos como es la coacción y la capacidad de exigir el cumplimiento de las decisiones emanadas de él.

Finalmente, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 5, establece las condiciones necesarias para que el Comité de Derechos Humanos pueda conocer de una denuncia particular. Dentro de estas condiciones se encuentra el agotamiento de recursos internos, haciendo completamente necesario agotar todas las vías jurisdiccionales previamente establecidas en la presente investigación para poder acceder a este comité. En esta misma línea de ideas, el artículo 5 versa lo siguiente:

- Artículo 5: 1. El Comité examinará las comunicaciones recibidas de acuerdo con el presente Protocolo tomando en cuenta toda la información escrita que le hayan facilitado el individuo y el Estado Parte interesado.
2. El Comité no examinará ninguna comunicación de un individuo a menos que se haya cerciorado de que:
- a) El mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales;
 - b) El individuo ha agotado todos los recursos de la jurisdicción interna. No se aplicará esta norma cuando la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente.
3. El Comité celebrará sus sesiones a puerta cerrada cuando examine las comunicaciones previstas en el presente Protocolo.
4. El Comité presentará sus observaciones al Estado Parte interesado y al individuo (Asamblea General de las Naciones Unidas 1966).

2. AMPARO FRENTE AL COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

A diferencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales trata una gama específica de derechos, los cuales son aquellos ligados a la libre determinación política, cultural y religiosa de los pueblos, así como todas las libertades sociales y económicas inherentes a la naturaleza humana. Así pues, los derechos consagrados en este pacto van desde el derecho al trabajo (artículo 6) hasta el derecho a la salud (artículo 12) y educación (artículo 13).

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

Viendo esto, resulta necesario destacar el artículo 1 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo en virtud del cual se pueden amparar derechos ante estos organismos, el cual versa lo siguiente:

Artículo 1:

1. Todo Estado Parte en el Pacto que se haga Parte en el presente Protocolo reconocerá la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones conforme a lo dispuesto en el presente Protocolo.
2. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte en el Pacto que no sea parte en el presente Protocolo (Asamblea General de las Naciones Unidas 2008).

Similar al caso del Comité de Derechos Humanos, Venezuela ratificó tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el Protocolo Facultativo del mismo y, en consecuencia, reconoce la competencia del Comité de Derechos Económico, Sociales y Culturales. Si bien es un comité que comprende una gama de derecho más específica que el Comité de Derechos Humanos, claramente existe la posibilidad del amparo mediante esta figura para las materias estudiadas en esta investigación, ya que, por ejemplo, el derecho a la salud se encuentra íntimamente ligado con los servicios públicos y las violaciones a derechos que puedan suceder respecto a ellos.

Adicionalmente, al igual que en el caso del Comité de Derechos Humanos, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 2 hace una mención expresa a la facultad que este comité posee de recibir y gestionar denuncias particulares de los ciudadanos de Estados Parte. Dicho artículo establece lo siguiente:

Artículo 2: Las comunicaciones podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto. Para presentar una comunicación en nombre de personas o grupos de personas se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar que actúa en su nombre sin tal consentimiento (Asamblea General de las Naciones Unidas 2008).

Como otro punto a tocar, se debe tener en consideración que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también es un *órgano establecido en virtud de tratado*, en este caso

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como su Protocolo Facultativo. En este sentido, posee la misma naturaleza cuasi-jurisdiccional explicada previamente para el Comité de Derechos Humanos.

Asimismo, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmado por Venezuela el 4 de octubre de 2011, establece en su artículo 3 los requisitos de admisibilidad. Es de menester acotar que, al tener la misma naturaleza que el Comité de Derechos Humanos, el contenido de los requisitos es virtualmente el mismo, sólo que justificado en otro instrumento internacional. En esa misma línea de ideas, el artículo 3 versa lo siguiente:

Artículo 3:

1. El Comité no examinará una comunicación sin antes haberse cerciorado de que se han agotado todos los recursos disponibles en la jurisdicción interna. No se aplicará esta norma cuando la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente.
2. El Comité declarará inadmisibile toda comunicación que:
 - a) No se haya presentado en el plazo de un año tras el agotamiento de los recursos internos, salvo en los casos en que el autor pueda demostrar que no fue posible presentarla dentro de ese plazo;
 - b) Se refiera a hechos sucedidos antes de la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo para el Estado Parte interesado, salvo que esos hechos hayan continuado después de esa fecha;
 - c) Se refiera a una cuestión que ya haya sido examinada por el Comité o haya sido o esté siendo examinada con arreglo a otro procedimiento de examen o arreglo internacional;
 - d) Sea incompatible con las disposiciones del Pacto;
 - e) Sea manifiestamente infundada, no esté suficientemente fundamentada o se base exclusivamente en informes difundidos por los medios de comunicación;
 - f) Constituya un abuso del derecho a presentar una comunicación, o
 - g) Sea anónima o no se haya presentado por escrito (Asamblea General de las Naciones Unidas 2008).

En virtud de todo lo anterior, podemos observar que, para el caso de Venezuela, es legalmente posible acudir a este organismo para amparar DESC, visto que tanto el protocolo facultativo como el pacto fueron ratificados por Venezuela. Sin embargo, la posibilidad legal de acudir a esos organismos, ya sea el Comité de Derechos Humanos o el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no necesariamente significa que, en sentido práctico, estos organismos efectivamente pueden proteger DESC.

3. SITUACIÓN ACTUAL DEL AMPARO INTERNACIONAL EN VENEZUELA

Si bien la Constitución Nacional en el artículo previamente citado reconoce la posibilidad de acudir a instancias internacionales para amparar derechos fundamentales existen otros aspectos a tomar en cuenta para entender si realmente el amparo internacional es la vía más efectiva para proteger los derechos estudiados en la presente investigación.

Sistemáticamente, Venezuela ha ido desconociendo decisiones de instancias internaciones que no concuerden con la decisión tomada por un tribunal nacional o que simplemente fallen en contra del Estado. Ejemplos de esta práctica del Estado venezolano hay muchos, sin embargo, en la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, de fecha 10 de septiembre de 2015, número 1175, expediente 15-0992, el TSJ desconoce una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por considerarla “inejecutable”, ya que, a consideración de la Sala, va en contravención clara con nuestro orden constitucional interno y con la Convención Interamericana de Derechos Humanos:

Por tanto, es absolutamente evidente que el presente fallo de la Corte Interamericana resulta inejecutable en derecho, por cuanto el mismo contraviene el artículo 1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, ya que se ordena la restitución de los derechos de la empresa Radio Caracas Televisión C.A., mediante el mantenimiento de una concesión del espectro radioeléctrico, correspondiente al canal 2 de televisión, lo cual atenta contra el derecho irrenunciable del Pueblo venezolano a la autodeterminación, a la soberanía y a la preeminencia de los derechos humanos (N° 1175 2015).

Sin embargo, esa práctica no ha sido fundamentada únicamente en aspectos subjetivos – como aquello que el TSJ pueda considerar de “orden constitucional” – sino que también ha sido materializada en interpretaciones constitucionales vinculantes que cambian bastante el sentido del artículo 31 de la Constitución Nacional. En la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, de fecha 12 de junio de 2001, número 1013, expediente 00-2760, se hace una interpretación por parte de la Sala de derechos establecidos en Pactos Internacionales y su alcance, estableciendo restricciones y diferencias, como se evidencia en la siguiente cita de la mencionada sentencia:

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

Si bien es cierto que la libertad de expresión es irrestricta en el sentido que se puede expresar cualquier pensamiento, concepto, idea u opinión y que, en consecuencia, no puede su emisión ser censurada previamente, impidiendo la divulgación de las manifestaciones generales del pensamiento, de hecho (en la práctica) ella sufre una restricción cuando se pretende utilizar para divulgarla los medios de comunicación masiva, por las razones antes señaladas, al igual que la situación económica de quien quiere expresarse con proyección hacia el público, impide a alguien editar libros, panfletos, hojas volantes y cualquier medio de comunicación de ideas que implique un gasto. De allí que el artículo 4 de la Ley de Ejercicio del Periodismo, que establece que todos los ciudadanos nacionales o extranjeros puedan expresarse libremente a través de los medios de comunicación social, sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución y las leyes, resulta una norma que no puede interpretarse literalmente.

Surge así una diferencia entre la libertad de expresión, que es en principio irrestricta, y la libertad de comunicación de esa expresión, cuando se hace necesario acudir a vías a las cuales no tiene acceso quien se expresa, sin que le nazca un derecho -derivado de la libertad de expresión- de utilizar coercitivamente la forma de comunicación y difusión que crea más conveniente. Luego, el derecho al “uso de cualquier medio de comunicación o difusión”, que otorga a las personas el artículo 57 constitucional, es un derecho relativo, dependiente de la posibilidad real de acceso que se tenga a los medios de comunicación o difusión. Lo que se interpreta de dicha norma es que, en principio, los medios no pueden vetar a nadie para expresarse en ellos, pero que tal actividad depende del tiempo, oportunidad, espacio, etc., que puedan brindarle a las personas para emitir sus pensamientos. Sin embargo, apunta la Sala, que aquellos medios que utilizan servicios, bienes, o derechos concedidos por el Estado, deben prestar una mayor colaboración hacia la sociedad, en beneficio de la libertad de expresión de los ciudadanos (N° 1013 2001).

Esta interpretación generó muchas dudas, dando lugar a una comunicación publicada en el Acuerdo Institucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 25 de julio del 2001, donde los magistrados establecieron:

Las decisiones de este Tribunal Supremo de Justicia en sus diferentes Salas, no están sometidas a ninguna revisión por parte de instancias internacionales, porque ellas constituyen ejercicio pleno de nuestra soberanía y se dictan conforme a nuestro ordenamiento jurídico, en nombre del pueblo venezolano y como expresión de una patria libre (...) (Acuerdo Institucional 2001).

Viendo esta perspectiva y entendiendo la posición de los Tribunales venezolanos respecto a la figura del amparo internacional, se extrae que, si bien es posible acceder a los órganos cuasi-

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

jurisdiccionales del sistema de protección universal de derechos humanos, estos no van a tener la capacidad de ejecutar las decisiones que tomen sin el apoyo del Estado venezolano; apoyo que, basado en precedentes, es muy poco probable que sea brindado. Sin embargo, se considera que continúa siendo una opción, porque en materia de derechos humanos las sentencias siempre van a poder ser ejecutables hacia el futuro, haciendo posible la ejecución de una sentencia en el caso que la posición de los tribunales nacionales cambie, aunque claramente esa no sería la clase de respuesta expedita típica de un amparo.

CONCLUSIONES

Producto de la investigación realizada, cuyo objetivo principal era determinar la posibilidad de utilizar la figura del amparo constitucional para hacer valer derechos económicos, sociales y culturales y derechos conexos a estos, se determinaron varios puntos.

En primera instancia, el carácter normativo desde la perspectiva doctrinaria y jurisprudencial de los DESC, en contraposición a la postura de que los mismo son derechos sobre papel. Ya entendido su carácter normativo, se relacionaron los mismos con aquellos derechos inherentes – y sus posibles violaciones – a los servicios públicos, estableciendo su fundamento, para posteriormente determinar los medios judiciales para hacer valer estos derechos desde la perspectiva nacional. Esto, observando que, si bien existen mecanismos diferentes al amparo, el mismo procedimiento expedito también es una opción para hacer valer estos derechos, ya que poseen rango constitucional tanto por disposiciones expresas de nuestra Constitución Nacional como por Pactos y Tratados Internacionales firmados y ratificados por la República.

Posterior a estas determinaciones, se observó y desarrolló la viabilidad del amparo nacional, así como todas sus particularidades, observando múltiples casos de la jurisprudencia venezolana, así como comentarios de autores estudiados en el tema. Observamos también que, si bien el amparo es una figura perfectamente viable para hacer valer los derechos arriba mencionado, también tiene una serie de particularidades y dificultades que hacen necesario el entendimiento de todas las figuras de todos los mecanismos de protección desarrollados en el Capítulo III de la presente investigación, para

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

determinar la aplicabilidad o no del amparo en cada caso concreto relativo a los DESC y a los servicios públicos.

Finalmente, se estudiaron también aquellas instancias de protección internacional así como sus mecanismos, pudiendo determinar que si bien la propia constitución nacional consagra la posibilidad de amparar derechos de carácter fundamental en instancias internacionales, sentencias y actuaciones de los tribunales venezolanos hacen sumamente difícil materializar las decisiones internacionales en la realidad venezolana, poniendo en duda la posibilidad de obtener una respuesta expedita de los órganos fundamentados en virtud de tratados.

Así pues, la figura del amparo en Venezuela ha sufrido diferentes mutaciones y tiene múltiples aristas dependiendo de la materia en que se busque ejercer un amparo, debido a los diferentes mecanismos y opciones que ofrece tanto la realidad nacional como internacional. Por ello, la presente investigación determinó las particularidades referentes al amparo para los DESC como para los servicios públicos, buscando dar respuestas concisas y fundamentadas sobre una materia que actualmente se encuentra en una situación donde su determinación es sumamente complicada.

REFERENCIAS

Normativa

Asamblea General de las Naciones Unidas. «Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.» 16 de diciembre de 1966. <https://goo.gl/KMjU8U> (último acceso: 6 de junio de 2016).

—. «Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.» 16 de diciembre de 1966. <https://goo.gl/CyrUhA> (último acceso: 7 de junio de 2016).

—. «Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.» 16 de diciembre de 1966. <https://goo.gl/25d4kz> (último acceso: 9 de junio de 2016).

—. «Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.» 10 de 12 de 2008. <https://goo.gl/96TEu3> (último acceso: 9 de junio de 2016).

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

Asamblea Nacional Constituyente francesa. *Declaración de los Derechos del Hombre y de los Ciudadanos*. 1789.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 36.860 Ordinario de fecha 30 de diciembre de 1999, s.f.

Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Gaceta Oficial N° 34.060 de fecha 27 de septiembre de 1988, s.f.

Ley Orgánica de Educación. Gaceta Oficial N° 5.929 Extraordinario de fecha 15 de agosto de 2009, s.f.

Ley Orgánica de la Jurisdicción Constencioso Administrativa. Gaceta Oficial N° 39.447 de fecha 16 de junio de 2010, s.f.

Ley Orgánica de Salud. Gaceta Oficial N° 36.579 de fecha 11 de noviembre de 1998, s.f.

Ley Orgánica del Sistema y el Servicio Eléctrico. Gaceta Oficial N° 39.573 de fecha 14 de diciembre de 2010, s.f.

Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Gaceta Oficial N° 39.522 de fecha 1 de octubre de 2010, s.f.

Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento. Gaceta Oficial N° 38.763 de fecha 6 de septiembre de 2007, s.f.

Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial N° 5.292 de fecha 25 de enero de 1999, s.f.

Bibliografía

Abramovich, Victor, y Christian Courtis. «Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales.» *Observatorio del Derecho a la Alimentación en América Latina y el Caribe*. s.f. <https://goo.gl/D87bdz> (último acceso: 28 de mayo de 2016).

Aragón, Manuel. *Constitución y Control del Poder Introducción a una Teoría Constitucional del Control*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.

Badell Benítez, Nicolas. «Análisis Jurisprudencial del amparo constitucional contra la Administración Pública.» s.f. <https://goo.gl/RkuqxN> (último acceso: 22 de mayo de 2016).

Badell Madrid, Rafael. *Derecho Contencioso Administrativo*. Barquisimeto: Colegio de Abogados del Estado Lara, 2006.

—. *Desarrollo Jurisprudencial del Servicio Público*. 2006. <https://goo.gl/KN69oc> (último acceso: 20 de mayo de 2016).

—. «La protección de los intereses colectivos y difusos en Venezuela.» 2013. <https://goo.gl/AsXgne> (último acceso: 21 de mayo de 2016).

—. *SC ratificó criterio en relación a la competencia de los Juzgados de Municipio para conocer en primera instancia acción de amparo constitucional con ocasión a la prestación de los servicios públicos*. s.f. <https://goo.gl/VmwMjW> (último acceso: 20 de mayo de 2016).

Casal, Jesús María. *La garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión*. Grupo de Estudios sobre Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, 2015.

Castillo, América. «El procedimiento de Amparo Constitucional contra Normas en Venezuela (Tesis postgrado).» Editado por Universidad Católica Andrés Bello. mayo de 2002. <https://goo.gl/piZpdt>.

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

Chavero Gazdik, Rafael. *El Nuevo Régimen del amparo Constitucional en Venezuela*. Caracas: Editorial Sherwood, 2001.

De Grazia Suárez, Carmelo. *El Contencioso de los Servicios Públicos*. 2002. <https://goo.gl/Rhj7Lc> (último acceso: 29 de mayo de 2016).

García de Enterría, Eduardo. *La Lengua de los Derechos*. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

García Pelayo, Manuel. *Obras Completas Vol. II*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

González Pérez, Jesús. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Caracas: Civitas Ediciones, 2001.

González, Luis Raúl. «El Sistema no-jurisdiccional de protección de los derechos humanos en México.» *IUS* 5, n° 28 (jul/dic 2011).

Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas: Tomo I*. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 2013.

—. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas: Tomo VIII*. Buenos Aires: Ediciones Machi, 2013.

Grau, Maria Amparo. «Los Intereses Colectivos y Difusos.» Editado por Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila. s.f. <https://goo.gl/tcqjjX>.

Guastini, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. México: Fontamara, 2007.

Hernández, José Ignacio. «Un ensayo sobre el concepto de servicio público en el Derecho Venezolano.» *Revista de Derecho Público* (Editorial Jurídica Venezolana), n° 89-90/91-92 (enero-diciembre 2002): 47-75.

Jéze, Gastón. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1948.

Lares Martínez, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo*. Caracas: Universidad Central de Venezuela (Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas), 2001.

Nash, Claudio, y Constanza Núñez. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales en Chile*. Grupo de Estudios sobre Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, 2015.

Ojeda de Ilija, Raiza. «Actos Administrativos. Aporte Jurisprudencial.» *Anuario de Derecho* (Año 29), n° 29 (enero-diciembre 2012).

Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas. «Procedimiento para Presentar Denuncias.» *Folleto Informativo N° 7*. 2003. <https://goo.gl/2aAAtS> (último acceso: 28 de mayo de 2016).

Parés Salas, Alfredo. «El contencioso de los servicios públicos. Consideraciones en torno al artículo 259 de la Constitución y al derecho fundamental a la adecuada prestación de los servicios públicos.» *Revista de Derecho Administrativo N° 12*. s.f. <https://goo.gl/2GmSFB> (último acceso: 16 de mayo de 2016).

Sayagués Laso, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2010.

Urossa Maggi, Daniela. «Demanda de prestación de servicios públicos.» *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (REDAV)*. 2014. <https://goo.gl/iVEZSc> (último acceso: 6 de junio de 2016).

Villán Durán, Carlos. *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Bogotá: Editorial Kimpres, 2009.

Jurisprudencia

(Sala Constitucional del TSJ, 23 de marzo de 2000).

Acuerdo Institucional. (Sala Plena del TSJ, 25 de julio de 2001).

Alianza Nacional de Usuarios y Consumidores v. Venezuela. 813 (Sala Constitucional del TSJ, 6 de junio de 2011).

Banco Holandés Unido. (Corte Federal y de Casación, 5 de diciembre de 1944).

Benedetto D'Alto Carrano y otros vs. Hidrocapital. (Sala Constitucional del TSJ, 20 de febrero de 2003).

CADAFE. 4993 (Sala Constitucional del TSJ, 15 de diciembre de 2005).

Cámara Venezolana de Educación Privada. (Sala Político Administrativa de la CSJ, 19 de agosto de 1993).

CANTV. (Sala Político Administrativa de la CSJ, 5 de octubre de 1970).

Carla Mariela Colmenares Ereú. 1700 (Sala Constitucional del TSJ, 7 de agosto de 2007).

Colector de Basura. 2000-1432 (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, 6 de noviembre de 2000).

Conjunto Parque Residencial San Anotnio de los Altos vs. Hidrocapital. 2000-482 (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, 23 de mayo de 2000).

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

Cuerpo de Bomberos Metropolitanos. Exp. 02-2409 (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, 19 de octubre de 2001).

Derecho a la Educación/Autonomía Universitaria. T-002/92 (Corte Constitucional de Colombia, 8 de mayo de 1992).

Elecentro. 1477 (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, 31 de febrero de 2006).

Emery Mata Millán. (Sala Constitucional del TSJ, 20 de enero de 2000).

Exp. 02-26538. Exp. 02-26538 (Sala Constitucional del TSJ, 2002).

Exp. 11.033. Exp. 11.033 (Tribunal Superior en lo Civil en lo Civil (Bienes) y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, 3 de diciembre de 2012).

Guaita. (Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Capital, 12 de agosto de 2010).

Hidrocapital. (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, 10 de marzo de 2000).

Hidrocapital. 385 (Sala Constitucional del TSJ, 27 de marzo de 2001).

Ipostel. 01002 (Sala Político Administrativa Accidental del TSJ, 5 de agosto de 2004).

José Armando Mejía. 7 (Sala Constitucional del TSJ, 1 de febrero de 2000).

Julio Angulo Peña y otros v. Directora Regional del Disitrito Capital y Coordinadora de Eje del Distrito Capital de la Fundación Misión Sucre. 1058 (Sala Constitucional del TSJ, 28 de junio de 2011).

Minera Las Cristinas. 373 (Sala Constitucional del TSJ, 10 de febrero de 2003).

ANDRADE, AYALA, CORONA, BRICEÑO Y FERNÁNDEZ

N° 01154. N° 01154 (Exp. 0254) (Sala Político Administrativa del TSJ, 18 de mayo de 2000).

N° 1013. 1013 (Exp. 00-2760) (Sala Constitucional del TSJ, 12 de junio de 2001).

N° 1175. N° 1175 (Exp. 15-0992) (Sala Constitucional del TSJ, 10 de septiembre de 2015).

N° 23. N° 23 (Exp. 11-1066) (Sala Constitucional del TSJ, 13 de febrero de 2012).

Pastor Rodríguez. (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, 18 de octubre de 1994).

Transporte Sicalpar, S.R.L. vs. Puertos del Litoral Central P.L.C., S.A. 1556 (Sala Constitucional del TSJ, 8 de diciembre de 2000).

V.M. Peña vs. IVSS. (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, 14 de abril de 2000).

Yoslena Chanchemire. 1555 (Sala Constitucional del TSJ, 18 de diciembre de 2000).

CRÓNICAS DE LA FACULTAD DE DERECHO
2017-2018

CRÓNICAS DE LA FACULTAD DE DERECHO 2017-2018

I. INTEGRANTES DEL CONSEJO DE FACULTAD

Para el período académico **2017-2018** el Consejo de la Facultad estaba conformado por las siguientes personas: Salvador Yannuzzi, Decano; *Eligio Rodríguez*, Director de la Escuela de Derecho sede Guayana Milena Liani, Directora de la Escuela de Derecho, sede Caracas; Ninoska Rodríguez, Directora de Postgrado de la Facultad de Derecho UCAB- Caracas; Miguel Mónaco, Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas; Ligia Bolívar, Directora del Centro de Derechos Humanos, Aura Yanesky Lehmann, Directora del Centro de Clínica Jurídica; Benigno Alarcón, Director del Centro de Estudios Políticos, Marcos Carrillo y José Ignacio Hernández, representantes del Rector; Anna María Guario, y Luis Pompilio Sánchez suplentes del representante del Rector; César Carballo, Guillermo Gorrín y Pedro Planchart, representantes de los profesores; Daniela Urosa suplente de los representantes de los profesores Andrés Carrasquero, representante de los egresados; Franco Puppio, suplente del representante de los egresados; Luis Benavides y Gabriel Ortiz, representantes de los estudiantes.

El 29 de enero de 2018, asumieron funciones como representantes de los profesores: Gerardo Fernández, Tamara Bechar y César Carballo, representantes de los profesores; y Mauricio Subero como suplente del representante de profesores; Franco Puppio, representante de los egresados; Rosnell Carrasco suplente del representante de los egresados.

Por renuncia del profesor Eligio Rodríguez de fecha 28 de febrero de 2018, la profesora María Virginia Alarcón asumió la Dirección de la Escuela de Derecho sede Guayana.

Para el período académico 2018-2019 el Consejo de la Facultad estaba conformado por las siguientes personas: Salvador Yannuzzi, Decano; María Virginia Alarcón, Directora de la Escuela de Derecho sede Guayana, Milena Liani, Directora de la Escuela de Derecho, sede Caracas; Ninoska Rodríguez, Directora de Postgrado de la Facultad de Derecho UCAB- Caracas; Miguel Mónaco, Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas; Eduardo Trujillo, Director del Centro de Derechos

Humanos; Aura Yanesky Lehmann, Directora del Centro de Clínica Jurídica; Benigno Alarcón, Director del Centro de Estudios Políticos, Alfredo Abou-Hassan y Marcos Carrillo, representantes del Rector; Anna María Guario, y Luis Pompilio Sánchez suplentes del representante del Rector; Gerardo Fernández, Tamara Bechar y César Carballo, representantes de los profesores; Franco Puppio, representante de los egresados; Rosnell Carrasco suplente del representante de los egresados; Salomé Guerra y Rafael Quiñones, representantes de los estudiantes.

II. COMUNICADOS Y PRONUNCIAMIENTOS

Comunicado sobre Sentencia de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 3 de noviembre de 2017 mediante la cual se levantó la inmunidad parlamentaria al diputado Freddy Guevara. Acta número 850 de fecha 6 de noviembre de 2017.

Comunicado de rechazo a la Intervención bancaria en Incumplimiento al Ordenamiento Jurídico Venezolano. Acta número 859 de fecha 7 de mayo de 2018.

III. PROFESORES ELECTOS Y/O INCORPORADOS A LA ACADEMIA

Sillón 8 - Dr. Jesús María Casal. Electo en sesión ordinaria de 7 de junio de 2016. Se incorporó el 18 de julio de 2017. Trabajo de incorporación. *"De la conquista democrática a la demolición autoritaria de la Asamblea Nacional: elementos de la argumentación y práctica judicial autoritaria de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia"*.

Sillón 15 - Dr. Ramón Guillermo Avelo. Electo en sesión ordinaria de 17 de julio de 2018. Se incorporó el 06 de diciembre de 2018. Trabajo de Incorporación *"El Senado. Experiencia comparada y utilidad para la democracia en Venezuela"*

Sillón 24 - Dra. Cecilia Sosa Gómez. Electa en sesión de 21 de junio de 2016. Se incorporó el 21 de noviembre de 2017. Trabajo de incorporación *"La ética como fundamento de la justicia"*

Sillón 27 - Prof. José Antonio Muci Borjas. Electo en sesión de 19 de septiembre de 2017. Se incorporó el 6 de febrero de 2018. Trabajo de incorporación *"Potestad Reglamentaria y Reglamento: anotaciones sobre la potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas y el reglamento como fuente de Derecho Administrativo"*

Sillón 29 - Dr. César Augusto Carballo Mena. Electo en sesión el 16 de mayo de 2017. Se incorporó el 05 de diciembre de 2017. Trabajo de incorporación *"Tercerización laboral"*

Sillón 30 - Prof. Juan Cristóbal Carmona Borjas. Electo en sesión ordinaria el 5 de junio de 2018. Se incorporó el 06 de noviembre de 2018. Trabajo de Incorporación *"Múltiples caras de los criptoactivos. Especial referencia al Derecho Venezolano"*

Sillón 31 - Prof. Salvador Yannuzzi. Electo en sesión ordinaria de 17 de abril de 2018. Se incorporó el 05 de febrero de 2019. Trabajo de Incorporación *"El principio de incorporación de la prueba en el procedimiento civil venezolano"*.

IV. ASCENSOS

Profesora **María Virginia Alarcón (Asistente).** *"La Jurisprudencia en el procedimiento de primera instancia laboral venezolano"*. Aprobado el 29/01/2018. Acta 838, 16 de mayo de 2017.

Profesor **Freddy Díaz Chacón (Agregado).** *"Validez, Vigencia y Eficacia del Código Penal de 1.958"*. Aprobado el 20/11/2017. Acta 841, 6 de junio de 2017.

Profesora **Ruth Capriles (Asociado).** *"Los Miserables, crimen y castigo en Venezuela S. XVIII. Tomo I: Doctrina, Leyes y Proceso"*. Aprobado el 05/04/2018. Acta 848, 9 de octubre de 2017.

Profesor **Andrés Méndez Carballo (Asistente).** *"El Reglamento Parlamentario: su parametricidad en el Sistema de Justicia Constitucional Venezolano"*. Aprobado el 06/07/2018. Acta 851, 20 de noviembre de 2017.

Profesor **José Antonio Muci Borjas (Titular).** *"Potestad reglamentaria y reglamento: anotaciones sobre la potestad reglamentaria de las administraciones públicas y el Reglamento como fuente de Derecho Administrativo"*. Aprobado el 24/05/2018. Acta 853, 15 de enero de 2018.

V. JUBILACIÓN

El Consejo conoció la comunicación del **profesor Domingo Sosa Brito**, en fecha 19 de febrero de 2018, quien solicita su jubilación en las cátedras de **Derecho Procesal Civil I y Deontología Jurídica**, habiendo cumplido aproximadamente 33 años de actividad docente, durante los cuales fue, incluso miembro de este Consejo así como del Consejo Universitario. Vista esta solicitud, el Consejo aprueba la misma y acuerda remitirla a la Dirección de Recursos Humanos. **ACTA N.º 855 del 26/02/2018.**

VI. FALLECIMIENTOS

Los miembros del Consejo guardaron un minuto de silencio en memoria del **profesor Adán Febres-Cordero**, fallecido el pasado sábado 19 de agosto de 2016 en la ciudad de Caracas. El **profesor Adán Febres-Cordero** fue profesor de esta Facultad en la cual dictó clases por espacio de veinte y ocho años, en Derecho Procesal. Fue Decano de la Facultad en el período 1995 – 1999. Tuvo una dilatada y honorable carrera judicial que culminó con su designación como magistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, y, sobre todo, fue un ciudadano ejemplar. (Acta número 846 de fecha 11/09/2017). Emisión del Acuerdo de Duelo de la Facultad, con motivo del fallecimiento del **doctor Adán Febres Cordero**, profesor emérito de nuestra Facultad y Decano de ella, durante el período 1995 – 1999.

Los miembros del Consejo guardaron un minuto de silencio en memoria del **profesor Kurt Nagel von Jess**, quien fue profesor de Derecho Civil V en nuestra Facultad, mientras se desempeñaba como Viceministro de Justicia, en el período 1993 – 1998. Paralelamente a su ejercicio profesional, se dedicó a la Historia, y para el momento de su fallecimiento era el cronista de la ciudad de Maracaibo. Acta número **846** de fecha **11/09/2017**)

Los miembros del Consejo guardaron un minuto de silencio en memoria del **profesor Emilio Pittier Sucre**, quien, durante un largo período, fue profesor de la asignatura Derecho Civil III (Obligaciones), y en esa etapa le correspondió inaugurar la cátedra de Derecho Probatorio, por lo que fue el primer profesor de esa asignatura en nuestra Facultad. Profesionalmente, fue un exitoso abogado

y tuvo el reconocimiento del gremio por ello y por la forma honorable en que ejerció la profesión. Académicamente, realizó la importante labor de revisión de la obra de Eloy Maduro Luyando (Curso de Obligaciones. Derecho Civil III), que se usa como texto base en nuestra Facultad y en muchas otras del país. Fue electo Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en mayo de 2002. (Acta número **846** de fecha **11/09/2017**)

Por último, se informó sobre el lamentable fallecimiento de **Sara Yegres**, estudiante de Derecho de la Escuela de Derecho de Ucab – Guayana. El Consejo acordó guardar un minuto de silencio en la próxima sesión. (Acta número **848** de fecha **09/10/2017**)

Los miembros del Consejo guardaron un minuto de silencio en memoria de la graduando **Sara Yegres**, quien fue estudiante de nuestra Facultad (en la sede de Guayana). Acta número **849 del 23/10/2017**

Los miembros del Consejo guardaron un minuto de silencio en memoria del estudiante **José Alberto Arreaza**, quien fue estudiante de nuestra Facultad (en la sede de Guayana) del cuarto año de la carrera. Acta número **849** de fecha **23/10/2017**

Los miembros del Consejo guardaron un minuto de silencio en memoria del **doctor Alcides Sánchez Negrón**, quien fue de los profesores pioneros en la extensión Guayana, y luego se incorporó al programa de postgrados desarrollados por nuestra Universidad en el interior de la República. Ocupó el cargo de gobernador del Estado Bolívar, juez superior del Trabajo en Ciudad Bolívar y también fue presidente del Colegio de Abogados de Ciudad Bolívar, cargos que desempeñó con gran eficiencia y pulcritud. Acta número **851** de fecha **20/11/2017**.

Los miembros del Consejo guardaron un minuto de silencio en memoria del **profesor Alberto José Baumeister Toledo**, quien fue profesor emérito de esta Facultad, en la que se desempeñó, por mucho años, como docente tanto de Pregrado como de Postgrado, además de haber sido el Director de la Revista de esta Facultad. Adicionalmente, cabe recordar que fue pionero y apoyo permanente de la universidad en el desarrollo y sostenimiento de los cursos de los Postgrado de Derecho tanto en Caracas como en el interior del país; y prestó su concurso en las actividades académicas en las que se le requirió su colaboración con seriedad y disciplina. Acta número **854** de fecha **29/01/2018**

Se participa el fallecimiento de la profesora **Myriam López de Valdivieso**, quien se desempeñó como Vicerrectora Académica de nuestra Universidad en el período 1995 – 2006. Acta número **859** de fecha **07/05/2018**.

Los miembros del Consejo guardaron un minuto de silencio en memoria del profesor **Alfonso Alfonso Vaz**, quien fue profesor emérito de esta Facultad, en la que se desempeñó, por muchos años, como docente de Pregrado en la materia Derecho Canónico. Acta número **864** de fecha **30/07/2018**.

VII. NORMATIVA

1. Decisión de Gobierno del Consejo de la Facultad sobre reconocimiento de unidades crédito para profesores de la Facultad de Derecho que cursen el Programa de Doctorado en Derecho (Acta número 846 de fecha 11/09/2017).
2. Reforma al Reglamento sobre el Régimen de Estudios Semestrales de la Carrera de Derecho, discutida en la sesión del Consejo de la Facultad número 851 de fecha 20/11/2017, aprobada en Consejo Universitario en fecha 21/11/2017).
3. Reforma al Reglamento del Centro de Estudios Políticos: Aprobada en Consejo de Facultad en su sesión número 860 del 28/05/2018, y en la sesión del Consejo Universitario de fecha 05/06/2018.
4. Reforma curricular de los Postgrados de Derecho. Creación del Programa de Estudios Avanzados en Derecho Corporativo, Programa de Estudios Avanzados en Gerencia para Abogados, Programa de Estudios Avanzados en Mercado de Valores, del Programa de Estudios Avanzados en Derecho Privado y del Programa de Estudios Avanzados en Derecho Público Municipal.

VIII. COMPETENCIAS NACIONALES E INTERNACIONALES

- **Modelos de Naciones Unidas (Moods Courts)**

HNMUN UCAB - Harvard National Model of United Nations, Boston.

Período 2017 – 2018

La delegación del Harvard National Model United Nations (HNMUN - UCAB) fue premiada como equipo con el premio de Outstanding Large Delegation, **el segundo lugar de toda la competición.**

- **Competencia Eduardo Jiménez de Aréchaga - CEJA.**

En la edición XXI de la Competencia, realizada en noviembre del 2017 en la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en San José, Costa Rica, la delegación de la UCAB, conformada por los estudiantes **Harold Miñarro, Roxanne Cabrera, Gabriel Ortiz y Alfredo Félix**, fue premiada: se obtuvo el Primer lugar y Mejor Orador de Rondas Preliminares.

- **Concurso Interamericano de Derechos Humanos de American University, Washington College of Law.**

La delegación que representó a la UCAB estuvo conformada por los estudiantes Ignacio Ayala y Harold Miñarro, conjuntamente con la egresada Mariana Scolaro, quienes **lograron pasar a las semifinales.**

- **Competencia Internacional “Víctor Carlos García Moreno”. México.**

Motivo de orgullo fue el desempeño que tuvo la delegación UCAB, conformada por los alumnos **Daniela Suarez, Omar Piñango, Kevin Truyol y Marith Rosales**, y especialmente a quienes lograron viajar a representarnos en México en la Competencia Internacional “Víctor Carlos García Moreno” obtuvieron el Segundo Lugar y **el Premio a Mejor Escrito de Argumentos de la Defensa.**

- **V Concurso Internacional de Derechos Humanos organizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y el Instituto Colombiano de Derechos Humanos (ICDH). Medellín, Colombia.**

La competencia se realizó de 26 al 30 de noviembre de 2018 en la sede de la Universidad Católica Luis Amigó de Medellín, Colombia. Es una competencia organizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y el Instituto Colombiano de Derechos Humanos (ICDH), entre otros. La UCAB representada por Luis David Benavides y por Jonathan Klindt alcanzó ganar la competencia por lo que fueron premiados con unas pasantías en la CIDH en Washington. Es la primera vez que una universidad venezolana logra ganar ese concurso. El entrenador fue Harold Miñarro. Premios: **Equipo Ganador del Primer Lugar del Concurso, Mejor Orador de Rondas Preliminares (Jonathan Klindt)**

- **Competencia Internacional de Arbitraje, organizada por la Universidad del Rosario y la Universidad de Buenos Aires.**

En la edición X de la Competencia, celebrada en la sede en la Universidad de Buenos Aires entre el 21 y el 25 de septiembre de 2017, la delegación que representó a la UCAB estuvo conformada de la siguiente manera: Giancarlo Carrazza (Orador), Gonzalo Salazar (Orador), Mariana Scolaro (Oradora), Mario d'Andrea (Orador), profesor Gilberto Guerrero-Rocca (Entrenador), profesor Manuel Gómez (Entrenador, Universidad Internacional de la Florida - FIU). Organizadores: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario de Bogotá.

- **II Competición en Litigación internacional de la Universidad de Alcalá.**

La UCAB fue la única universidad venezolana seleccionada que acudió a la edición de este año y **clasificó en quinto lugar**. Nuestros representantes fueron los estudiantes Ignacio Andrade Cifuentes y Enrique Pimentel Febresson. Ambos contaron con la asesoría del profesor Simón Gómez, profesor ordinario de la cátedra de Derecho Internacional Público y coordinador de las Competencias Internacionales de Derecho; así como con el apoyo de Giancarlo Carrazza Tapia, estudiante del quinto año de Derecho y preparador de Instituciones de Derecho Internacional Público quien tiene experiencia en competencias de derechos humanos y arbitraje internacional en los Estados Unidos y Argentina.

- **VI Competencia de Arbitraje Comercial 2017-2018**

Equipo de UCAB Derecho ante la VI Competencia de Arbitraje Comercial, organizada por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, con sede en Caracas el 22 de febrero de 2018. Entrenadores: Giancarlo Carrazza (Asistente de Entrenador), Gonzalo Salazar (Asistente de Entrenador), Luis García-Montoya (Entrenador). Estudiantes participantes: Alazne Pirrone (Investigador/Orador), Armando Hurtado (Investigador/Orador), Carolina Álvarez (Investigador), Daniel Chávez (Investigador/Orador), David Briceño (Investigador), Deborah Martínez (Investigador/Orador), Edgar Vivas (Investigador). Reconocimientos: **Finalistas de las Rondas Orales, Mejor Escrito de la Parte Demandada.**

- **X Edición de la Competición Internacional de Arbitraje y Derecho Mercantil (Moot Madrid).**

Organizada por la Universidad Carlos III de Madrid, con sede en Madrid entre el 16 y el 20 de abril de 2018. La Delegación de la Ucab, estuvo conformada por: Giancarlo Carrazza (Investigador); Gonzalo Salazar (Orador); Mariana Scolaro (Investigadora); Mario d'Andrea (Orador); profesor Gilberto Guerrero-Rocca (Entrenador); Manuel Gómez (Entrenador) (profesor de la Universidad Internacional de la Florida (FIU)). Se obtuvo el **Segundo Lugar en el Premio al Mejor Escrito de Contestación a la Demanda y Mención Honorífica en el Premio “Albert H. Kritzer” al Mejor Escrito de Demanda.**

- **Competencia Interuniversitaria de Debate de la Universidad Metropolitana (CIMET).**

Se llevó a cabo los días viernes 22 y sábado 23 de septiembre de 2017, y resultó ganadora la Sociedad de Debate de la UCAB, logrando coronarse como **campeones y subcampeones del Torneo.** La delegación UCAB estuvo conformada por los siguientes estudiantes de nuestra Escuela: **Juan Cañas, Juan Giacopini, Deborah Martínez, Daniel Molina, Gabriel Ortiz y Ana Victoria Ponce.**

- **I Edición del Concurso de Derecho Internacional Penal & Justicia Transicional (Colombia)**

Los días 10, 11, 12 y 13 de octubre se celebró en Caracas la décimo sexta edición del Modelo Venezolano de Naciones Unidas. El evento más prestigioso de esta naturaleza congrega a jóvenes estudiantes de todo el país durante cuatro días de arduo trabajo, esfuerzo y esmero. Durante esta edición los siguientes jóvenes de la Escuela fueron premiados por su desempeño: Carmen Arteaga - 5to Semestre - Commission of Narcotics and Drugs - Honorable Mention; Andrea Villamizar - 5to Año - International Labour Organization - Outstanding delegation; Jhoana Kouri - 5to Año - Legal Committee - Verbal mention; **Andrea Rodríguez - Graduando - Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados - Mejor Delegado; Juan Giacopini - 7mo semestre - Centro de Arbitraje Internacional Relativas a Inversión - Mejor Delegado; Daniel Márquez - Tercer semestre - Centro de Arbitraje Internacional Relativas a Inversión - Mejor Delegado.**

- **Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot (VisMoot).**

La delegación que representó a la UCAB en esta competencia de Arbitraje, más grande prestigiosa a nivel mundial, desarrollada en Viena, Austria.

- **Concurso Corte Penal Internacional: de Simulación Judicial ante la Corte Penal Internacional, en La Haya, Holanda.**

La delegación estuvo conformada por los estudiantes Corimar Sanabria, Raúl La Cruz y la egresada Edith Lorena González. Lograron pasar a las **semifinales**.

- **Becarios Internacionales**

Es preciso mencionar el excelente papel desempeñado por el estudiante Faisal Yamil, quien fue becado por la Lucerne Academy for Human Rights Implementation en la Universidad de Lucerna, Suiza.

IX. GRADUADOS (2017-2018, ACTO DE GRADO CELEBRADO EL 17 DE ENERO DE 2019)

1. Acosta Rajbe, Santiago Julián
2. Ahmad Hernández, Adriana Carolina
3. Allende Contreras, Adriana Francisca
4. Álvarez Díaz, Carolina Elena
5. Álvarez Nuñez De Cáceres, Andrés Alberto
6. Alzurú Subero, Andrea Yelieth

7. Alzurut Ayala, Lydia Sofía
8. Andrade Cifuentes, Ignacio Julio Escolástico
9. Andrade Durán, Daniel Alejandro
10. Andrade, Wenma Coromoto
11. Aquino Cáceres, Giuliano Francisco
12. Arenas Delgado, Joselyn Aimara
13. Aristigueta Paredes, Joseph Alexander
14. Aro Gómez, Bárbara Carolina
15. Ayala Borges, Ignacio Javier
16. Baralt Mezgravis, Octavio Andrés
17. Barrera Palacios, Manuel José Gregorio
18. Barrile Fagúndez, Miguelangelo
19. Barrios Benzaquen, Adham Maschiaj
20. Barrios Viloría, Jesús Valentin
21. Belisario Rodríguez, Ignacio José
22. Bendahan Rondón, Sarah Belsahy
23. Berrios Montilla, Yoselyn Arianny
24. Blanco Mendoza, Ivanna Verónica
25. Blanco Ríos, Saúl Orlando
26. Bonanome Mota, Fabricio Ricardo
27. Bustamante Almenar, Andrea del Carmen
28. Cabrera Baptista, Roxanne del Carmen
29. Cabrera Tovar, Adriana Carolina
30. Calderón Sánchez, Gimena Estefania
31. Cañas Montes, Juan José
32. Capovilla Cosentino, Laura Angelina
33. Carrasco Rengel, Patricia Carolina
34. Carrazza Tapia, Giancarlo
35. Casas Mibelli, Andrés Ignacio
36. Caseiro Carnero, Luis Alberto
37. Castellanos Sánchez, Ronald David
38. Castillo Díaz, Eduardo Andrés
39. Chacón Ibarra, Moisés Isaac
40. Cincotti Bellino, Krizia
41. Cipriano Sequera, Giovanni Alessandro
42. Clark Doria, Kristopher Wilman
43. Coello Espinoza, Nathaly Michell
44. Contreras Rojas, María Guadalupe
45. Contreras Tirado, Pedro Luis
46. Corona Henríquez, Alessandra María
47. Corrales Henríquez, Luz Andreina
48. Correa Santana, María Gabriela
49. Cusati González, Francisco Alejandro
50. Da Silva Ferreira, Stephanie Michelle
51. Daboín Rodríguez, José Alexis

52. De Abreu Pérez, Marian Estefanía
53. De Abreu Ponte, Juan Josue
54. De Freitas Durán, Andrea Isabel
55. De Sousa López, Rebeca Mercedes
56. De Viveiros Da Franca, Angie Celeste
57. Del Valle Corona, Mikel Andoni
58. Delgado Beauperthuy, Sofía
59. Díaz Simancas, Andreína María
60. Díaz, Ángel Alejandro
61. Duque López, Evelin Eiliana
62. Espinoza Hernández, Dennis José
63. Eugenio Jurado, Astrid Milena
64. Fernandes Goncalves, Michelle Estefanía
65. Fernandes Goncalves, Nicolás Antonio
66. Fernández Antonuccio, María Fernanda
67. Fischietti Da Silva, Tabatha Karina
68. Forero Carrasquel, Shaday Cristian Davier
69. Fortuny Alvarez, Ivette Valentina
70. Galicia Rodríguez, Jorge Andrés
71. Gámez Ovalles, Katerine Andreína Yogerling
72. García Nieto, Maria Alejandra
73. Giardullo González, Andrea Carolina
74. Gil Bolivar, Nahomy de la Trinidad
75. Gómez Coriat, Rafael Enrique
76. Gómez Zukinn, Richard Alfredo
77. González Fonseca, Stephany del Valle
78. González Sánchez, Rafael Antonio
79. González Wiedeman, Astrid Jhoselym
80. Gonzalo Rivas, Carolina Tarsila
81. Guadamo Hernández, José Antonio
82. Guanche Rondón, Argenis José
83. Guirados García, Andrea Paola
84. Hernández Blasini, María Andreina
85. Hernández Pinto, Constanza Salomé
86. Hurtado Vargas, Armando Israel
87. Iglesias López, Diana Estefanía
88. Labrador Rodríguez, Gerson Javier
89. Láncara Mejía, Anabella Elena
90. Larrazábal Erminy, Alicia Inés
91. Lizardo Carrero, Estefanía
92. López Oropeza, Luis Miguel
93. López Salmerón, Jhomar Alexander
94. Mancin Vicent, Mónica Adelaida
95. Manrique Torres, Ylenia Alejandra
96. Marchese Escalona, Giuliana

97. Marval Agüero, Mariana Juleymnis
98. Mata Arita, Gregcis Venyerli
99. Matos Berroterán, Hillary Marisol
100. Medina Baroni, Freddy Alejandro de Jesús
101. Medina De Oliveira, Isamar Katherine
102. Medina Ramos, Luis Jorge
103. Medina Triviño, Isaías Jesús
104. Mejía Colinas, Rodrigo Antonio
105. Melone Catanzaro, Francesco Paolo
106. Mendoza Padilla, Katusca Margarita
107. Miñarro Escalona, Harold Arturo
108. Mora Oropeza, Maury Denisy
109. Mosquera Medina, Arcangel José
110. Muñoz Fernández, Verónica Carolina
111. Muñoz Socorro, Alejandra Virginia
112. Muratti Molina, Ricardo José
113. Mussa Suescun, Andreína
114. Napoletano Salas, Pascual Atanacio
115. Nava Hernández, Samantha Elibeth Mayela
116. Nieto Alvarado, Gabriela Alejandra
117. Niño Parra, Alberlin Margarita
118. Oyarzabal Adraz, Daniel Alejandro
119. Pacheco Nieto, Joseth Abrahan
120. Peralta Rodríguez, Alondra Loredana
121. Peraza Vivas, José Felipe
122. Pérez Betancourt, Hengleery Oriana
123. Pernia López, Charly Omar
124. Pimentel Febres, Enrique Alfredo Carlos
125. Pirrone Berecibar, Alazne Alai
126. Quintas García, María Luisa de Betania
127. Rangel Botia, Luis Eduardo
128. Requena Castañeda, Yeisa Verónica
129. Rivas Marcano, Paula Daniela
130. Rivero Olivieri, Cecilia Cristina
131. Rodríguez Araujo, Janeth Alejandra
132. Rodríguez Herrera, Kelin Katusca
133. Rodríguez Muñoz, Andrea Carolina
134. Romero Acevedo, Paola Marina
135. Rosales Rodríguez, Luisana Emperatriz
136. Rosales Vielma, Andrea Valentina
137. Rubio Resler, Alfonso David
138. Russo Borzellino, Valentina Arianna
139. Salazar Lizausaba, Gonzalo Augusto
140. Salazar Ramírez, Valentina Eloyssa
141. Sanabria Rojas, Corimar Nathaly

142. Sánchez Aular, Gabriel de Jesús
143. Schepmans Osorio, Ana Karina
144. Sepulveda Méndez, Scarlett Alexandra
145. Silvestri Villanueva, Diego Antonio
146. Simoes Marquez, Victor Augusto
147. Solorzano de Ng, Raquel Anamiriam
148. Sosa Rohl, Alejandro
149. Stopler Ramírez, Kinneret Sheli
150. Suñer Pino, Andrés José
151. Torres Ruiz, Ninaylin Anais
152. Tovar Bigott, Leonardo José
153. Valladares Pérez, Ana Teresa
154. Velutini Boulton, Juan Andrés
155. Villafranca De Rogatis, Carlos Gerardo
156. Vivas Colmenares, Edgar Leonardo
157. Vivas Noguera, Félix Javier
158. Yammine Ciammaricone, Nicola José

NORMAS PARA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS PARA LA REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO EDICIÓN N°73

- **Autores:** Se admiten para su consideración artículos de Profesores, Estudiantes y Egresados de la Facultad de Derecho de la UCAB, así como personas ajenas a la Facultad que tengan interés en los temas jurídicos que trata la Revista.
- **Numero de autores por artículo:** La Revista de la Facultad de Derecho admite artículos realizados de forma individual o por varios autores.
- **Carácter de los artículos**⁴⁶⁷: Las colaboraciones que sean enviadas deben ser inéditas.
- **Consignación de los artículos:** Los originales deben ser remitidos, dentro del plazo de convocatoria, a la dirección de correo electrónico rfderecho@gmail.com con copia a la dirección email joseher@ucab.edu.ve
- **Arbitraje:** Todos los artículos consignados y que cumplan con los criterios de forma, serán sometidos a arbitraje doble ciego, el veredicto de los árbitros es de carácter definitivo y será notificado al autor antes de la publicación de la edición correspondiente.
- **Idioma de los artículos:** Se admiten artículos en idioma castellano o inglés.
- **Resumen:** el manuscrito debe venir acompañado de un breve resumen en castellano e inglés de unas 10 líneas que sinteticen, de manera breve, el contenido del artículo. Igualmente, debe incluir en dicho resumen las palabras claves en idioma castellano e inglés.
- **Estructura:** el artículo debe contar con: Portada (ver Anexo "A"); Introducción; Conclusiones y Bibliografía.

⁴⁶⁷ La Revista de la Facultad de Derecho no está en obligación de publicar ningún trabajo recibido. Los autores que decidan publicar sus investigaciones en la Revista de la Facultad de derecho ceden los derechos correspondientes como primera publicación, así mismo ceden el derecho de explotar y usar las investigaciones en subsiguientes publicaciones. Si el autor desea publicar su investigación posteriormente debe comunicarlo al Consejo de Redacción.

- **Letra (fuente):** Times New Roman tanto en el cuerpo del texto (título, párrafo, tablas y cuadros) como en las notas a pie de página.
- **Tamaño de la letra (puntaje):** Use letra de 12 puntos en el cuerpo del texto (títulos, párrafos, tablas y cuadros) y de 10 puntos en las notas a pie de página.
- **Espacio entre renglones (interlineado):** Interlineado 1,5 en el cuerpo del texto (títulos, párrafos, tablas y cuadros) y sencillo en los títulos de más de dos líneas, las citas largas –afuera del párrafo– y en las notas a pie de página.
- **Alineación del texto:** Presente los títulos de los capítulos centrados, y los subtítulos, alineados a la izquierda. Los párrafos y las notas a pie de página o al final del texto deben ir justificados (alineados tanto a la izquierda como a la derecha). Excepto la primera línea de los párrafos que llevará una sangría de 5 espacios (1,25 cm).
- **Programas del texto:** Los artículo deben entregarse en formato Microsoft Word para PC (versiones 2003, 2007, 2010 o 2013). El archivo de texto debe tener la extensión .doc o .docx (no se acepta .rtf ni .pdf para el archivo de texto).
- **Programas de las imágenes:** Las imágenes deben entregarse fuera del archivo de Word en formatos .jpg de alta resolución (no inferior a 300 dpi). Las gráficas estadísticas deben presentarse en el programa Microsoft Excel para PC (versiones 2003, 2007, 2010 o 2013), con las extensiones .xls o .xlsx. Al entregar el archivo original de Word, entregue también las imágenes y gráficas estadísticas en los programas originales donde fueron elaborados. Esto significa que en el manuscrito, escrito en Word, que se debe entregar deben ir incluidos tanto las imágenes como los gráficos y cuadros estadísticos.
- **Tablas y Cuadros:** entregarlos en escala de grises. Colocar la fuente de la tabla al pie de la misma, alineada a la izquierda y en 10 puntos. Lo mismo rige para los Cuadros.

- **Orientación de la hoja:** Use las hojas en sentido vertical, a menos que incluya tablas muy anchas, en ese caso, las páginas donde aparezcan esas tablas pueden ir en formato horizontal.
- **Citas largas:** Las citas de más de 40 palabras deben ir en párrafo aparte con sangría continua de 5 espacios –igual que la primera línea de los párrafos del texto– y con interlineado sencillo. Este tipo de cita no utiliza comillas.
- **Notas a pie de página:** En las notas a pie de página use letra Times New Roman de 10 puntos.
- **Tipo de cita:** Estilo CHICAGO se debe de mantener a lo largo de todo el texto. (Ver manual anexo)
- **Referencias bibliográficas:** escribalas con el mismo tipo de letra, interlineado y alienación que los párrafos.
- **Mayúsculas:** use las mayúsculas habituales, es decir, al comienzo de una oración y en los nombres propios. No sature su texto de mayúsculas. El corrector de estilos se encargará de revisar detalladamente.
- **Letra cursiva:** use letra cursiva o itálica para destacar una palabra o una expresión corta, nunca para destacar oraciones ni párrafos, o para diferenciar citas. Como se explicó, anteriormente, se utiliza también para diferenciar las palabras escritas en otro idioma.
- **Letra negrita:** solo debe usar la letra negrita para los títulos y subtítulos. Dentro de los párrafos nunca debe haber letra negrita. Si desea destacar una palabra, use la letra cursiva.
- **Subrayado:** no lo use. Si desea destacar una palabra, use la letra cursiva.
- **Paginación del manuscrito a entregar:** todas las páginas, incluso la primera, deben ir numeradas en la parte inferior derecha. Use la herramienta “Número de página” en la opción “Insertar” del menú principal de Microsoft Word.

