República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia

REVISTA DE DERECHO 2

Caracas, Venezuela
2000

Los artículos publicados han sido sometidos a arbitraje, de acuerdo con las normas internas.

La Revista no se hace responsable por el contenido de los artículos firmados ni por originales no solicitados.

Se solicita canje con publicaciones análogas a ésta.

ISBN 980-07-6783-7 (Series)
Depósito Legal lf: 252200034025 (Series)
ISBN 980-07-6783-5 (No. 2)
Caracas/Venezuela/2000

e.2

República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia

REVISTA DE DERECHO

2

Caracas / Venezuela
2000

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

AUTORIDADES

SALA CONSTITUCIONAL
Dr. Iván Rincón Urdaneta,
Presidente del Tribunal y de la Sala
Dr. Jesús Eduardo Cabrera,
Vicepresidente
Dr. Héctor Peña Torrelles
Dr. José Delgado Ocando
Dr. Moisés Troconis

SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA
Dr. Carlos Escarrá Malavé,
Presidente
Dr. José Rafael Tinoco-Smith,
Vicepresidente
Dr. Levis Ignacio Zerpa

SALA ELECTORAL
Dr. José Peña Solís,
Presidente
Dr. Octavio Sisco Ricciardi,
Vicepresidente
Dr. Antonio García García

SALA DE CASACIÓN CIVIL
Dr. Franklin Arrieche Gutiérrez,
1er. Vicepresidente del Tribunal y
Presidente de la Sala
Dr. Antonio Ramírez Jiménez,
Vicepresidente
Dr. Carlos Oberto Vélez

SALA DE CASACIÓN PENAL
Dr. Jorge Rosell,
2° Vicepresidente del Tribunal y
Presidente de la Sala
Dr. Rafael Pérez Perdomo,
Vicepresidente
Dr. Luis Alejandro Angulo Fontiveros

SALA DE CASACIÓN SOCIAL
Dr. Omar Mora Díaz,
Presidente
Dr. Juan Rafael Perdomo,
Vicepresidente
Dr. Alberto Martini Urdaneta

SUMARIO

PRESENTACIÓN

I. Este segundo número de la REVISTA DE DERECHO, del Tribunal Supremo de Justicia, está dividido en tres secciones: Doctrina, Legislación y Recensiones.

II. La de **Doctrina** divulga trabajos de Jesús Caballero Ortiz (**La eficacia de los actos administrativos**), Ramón Crazut (**La frustración de la siembra del petróleo**), Ronald Chacín Fuenmayor (**Sobre las implicaciones jusfilosóficas de la informática en el Derecho**), José Manuel Delgado Ocando (**Hacia una concepción posmoderna del Derecho**), Luis Aquiles Mejía Arnal (**La verdad y los enunciados jurídicos**), José Peña Solís (**El concepto de ley, fuerza, rango y valor de la ley en la Constitución de 1999**), Gonzalo Pérez Luciani (**Vigencia temporal de la "cédula de identidad"**) y Eduardo Piacenza (**Audiatur et altera pars!**)

1. Jesús Caballero Ortiz comienza su estudio (**La eficacia de los actos administrativos**) distinguiendo entre validez y eficacia de los actos administrativos. Para que la eficacia se actualice, afirma, el acto debe ser notificado, lo cual le lleva a definir la notificación, señalar sus requisitos, indicar la forma de materializarla y comentar el supuesto de notificación impracticable.

Seguidamente se refiere a los actos administrativos sujetos a condición o a término, a las diversas clasificaciones de los mismos según su eficacia, a la cosa juzgada administrativa y a las consecuencias de la eficacia de esta última hipótesis.

Al referirse a las consecuencias, destaca la presunción de legitimidad, legalidad o veracidad y los principios de ejecutividad y ejecutoriedad. Termina su análisis comentando estos dos últimos principios en relación con los actos administrativos de naturaleza judicial.

2. "El petróleo –afirma Ramón Crazut (**La frustración de la siembra del petróleo**)- ha sido objeto de especial atención de las políticas públicas y en el pensamiento económico y sociopolítico venezolano (...), siempre dentro de la idea común de ejercer un mayor control de esa actividad extractiva y obtener de ella mayores beneficios".

Sobre esta base, se refiere al origen y significado del concepto de "siembra del petróleo"; la intervención del Estado como premisa fundamental; las dificultades que se han presentado; el aumento de los precios y el desbordamiento del gasto público; la deuda externa y el agotamiento del modelo distributivo; y culmina con las frustraciones encontradas y los nuevos horizontes que vislumbra pues considera que "existen algunos indicios de que la Providencia no ha abandonado todavía a Venezuela" no sólo por las reservas existentes sino por necesidad mundial de su necesidad.

3. El trabajo de Ronald Chacín Fuenmayor (**Sobre las implicaciones jusfilosóficas de la informática en el Derecho**), señala el autor en su resumen, "se ocupa de la relación entre la Informática Jurídica y la Filosofía del Derecho, persiguiendo como objetivo principal describir los principales aspectos que dan cuenta de las significativas implicaciones jusfilosóficas presentes en las prácticas informático-jurídicas, para lo cual se realizó una investigación documental sobre los desarrollos de los usos informáticos en el Derecho, de los cuales se extrajeron los elementos jusfilosóficos presentes en los mismos".

A su juicio, existe "una relación estrecha entre la Filosofía del Derecho y la informática jurídica, evidenciada en estos tres aspectos constatados en la investigación: 1) la necesidad de un enfoque jusfilosófico en el desarrollo de la informática jurídica como disciplina; 2) la utilidad del conocimiento jusfilosófico, que mediante sus divisiones (Teoría del Derecho, Metodología Jurídica y Axiología Jurídica) se constituye en soporte teórico para la optimización de las diversas aplicaciones de la informática en el Derecho y por último; 3) la pertinencia del conocimiento jusfilosófico que en virtud de su naturaleza crítica o axiológica contribuye a salvaguardar los valores jurídicos muchas veces amenazados por prácticas informático-jurídicas desmedidas".

4. El ensayo de José Manuel Delgado Ocando (**Hacia una comprensión posmoderna del Derecho**) "es una exposición escoliada de la obra de Boaventura de Sousa Santos **Toward a New Common Sense. Law Science and Politics in the Paradigmatic Transition**", donde el autor señala "las páginas del libro a fin de permitir la consulta y el desarrollo de las referencias".

El trabajo se divide en varias partes donde describe la transición paradigmática ocurrida, particularmente, a partir de la década de los ochenta, entre la modernidad y posmodernidad; la retórica y revaloración de las humanidades; la dimensión retórica del Derecho; el derecho de pasargrada; la globalización, estados-naciones y campo jurídico; el trade-off neoliberal y los derechos humanos; las luchas urbanas en Recife; la transición posmoderna y metáforas espaciales; los modos de producción del Poder Social y del Derecho, Estado y Sociedad Civil; el Derecho como Mapa Dislectivo; y la Utopía, Emancipación y Subjetividad.

5. Luis Aquiles Mejía Arnal (**La verdad y los enunciados jurídicos**) se plantea tres interrogantes: en primer lugar, ¿son susceptibles de ser calificadas de verdaderas o falsas las disposiciones de la ley? A este respecto considera que, de los "tres conceptos de validez expuestos por Wróblewski, sólo dos –validez sistemática y validez axiológica- se refieren a la específica validez de la norma legal, las cuales, desde otro punto de vista, sólo son susceptibles de tener un valor de verdad como coherencia a un sistema". El planteamiento de la "validez fáctica o validez como eficacia –afirma- se refiere más bien a opiniones" que "pueden ser verdaderas o falsas por correspondencia semántica entre enunciados normativos y estado social de cosas".

La respuesta a la segunda (¿Tiene valor veritatitvo el mandato individual que emana de la sentencia?) está estrechamente ligada a la consideración de que las órdenes o mandatos no describen un estado de cosas existente (...), sino que constituyen prescripciones o lineamientos de conducta susceptibles de ser o no obedecidos.

Y en relación con la tercera (¿Los motivos que sustentan la decisión pueden ser verdaderos o falsos?) afirma que "los motivos de derecho que sustentan la decisión pueden ser verdaderos o falsos, de acuerdo con una relación de correspondencia con un estado de cosas social (...) y así es reconocido por la ley, al regular la nulidad o casación del fallo por infracción de la ley".

6. El estudio de José Peña Solís (**El Concepto de ley, fuerza, rango y valor de ley en la Constitución de 1999**) comienza explicando –antes de iniciar el desarrollo de la temática concerniente a las leyes en el ordenamiento patrio- las nociones de "**fuerza, rango y valor de Ley**", particularmente a la luz de los dispositivos de la Constitución vigente.

Seguidamente se refiere a las acepciones y uso del vocablo "ley", su carácter general, su supremacía, el monopolio legislativo del parlamento y su clasificación en formal y material. Luego de analizar la idea de ley en la normativa constitucional vigente, concluye su ensayo con el estudio de las leyes ordinarias: su pluralidad en la concepción del constituyente y su proceso de formación, desde la fase de iniciativa legislativa hasta su derogación.

7. En Venezuela –señala Gonzalo Pérez Luciani (**Vigencia temporal de la cédula de identidad**)- la Ley Orgánica de Identificación, de 29 de diciembre de 1972, regula la identificación de las personas naturales. Su normativa consagra su obligatoriedad

para determinados sujetos (venezolanos mayores de diez y seis años y extranjeros autorizados a permanecer en el país por más de seis meses), por una parte, y, por la otra, el deber del Estado de tramitar el respectivo documento (cédula de identidad), cuando éste sea solicitado. El deber de obtenerla –y de renovarla a su vencimiento- es sancionado con multas convertibles en arresto.

El efecto identificatorio del documento –observa- tienen una vigencia temporal (de allí la obligación de renovarlo: cuando no ha sido renovado, "pone de manifiesto (...) la ocurrencia de un ilícito o infracción administrativa", por lo cual "la 'cédula de identidad' vencida carece del efecto de certeza que le es propio y no sirve para los fines para lo que fue emitida". Esto lo lleva a afirmar que "es a todas luces contraria a la ley" la instrucción u orden de servicio mediante la cual "las autoridades electorales jerárquicamente superiores han tomado la decisión de instruir a las autoridades electorales subordinadas a admitir en el Registro Electoral y en el acto de votación a ciudadanos que presenten la cédula de identidad vencida".

8. En su ensayo (**Audiatur et altera pars!**), Eduardo Piacenza trata de "reflexionar sobre esa máxima y su posible justificación, hacer explícitos los principios que podrían servirle de fundamento, tener a la vista las diversas maneras en que esos principios podrían expresarse o materializarse en distintos ámbitos y circunstancias, y preguntarse, finalmente, sobre algunas de las consecuencias más generales que comporta el aceptarlos, podría llevarnos a cuestiones centrales tanto sustantivas como metodológicas, para una teoría normativa de la argumentación. Y quizá no sólo para una teoría normativa de la argumentación. Porque en la medida en que se conciba la filosofía como una actividad donde la argumentación desempeña un papel no marginal, podría pensarse que tampoco será marginal el entender de una manera u otra lo que ha de estimarse como un buen argumento".

Comienza su análisis con la consideración en contra de la máxima que Plutarco le atribuye a Zenón el Estoico, lo cual lo conduce a dos objetos de meditación: "examinar las razones para impugnarla o aceptarla y preguntarse por sus variadas expresiones o consecuencias". Profundizar la motivación para desecharla, permitirá comprender el fundamento de la máxima y delinear ciertas ideas para una teoría normativa de la argumentación. Enfocada en sentido contrario, "la máxima puede tomarse como emblema común para varios principios que responden, sin embargo, a preguntas de índole diversa", lo cual implica, desde cierto punto de vista, aceptar "que ciertos rasgos de algunas prácticas institucionalizadas (...) pueden verse como expresiones o aplicaciones particulares" de la misma. Finalmente, señala, "cabría esbozar al menos la pregunta de qué consecuencias pudiera tener esta máxima para el discurso filosófico".

III. La sección de **Legislación** divulga estudios de Carmelo Borrego (**Legislación positiva internacional y los derechos de los detenidos**), Arcadio Delgado Rosales (**El recurso de interpretación en la Constitución de 1999**), María Candelaria Domínguez Guillén (**La tutela ordinaria de menores**), Víctor Rafael Hernández-Mendible (**La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa**), Francisco Hung Vaillant (**Notas sobre la capacidad jurídica de niños y adolescentes a la luz de la Ley Orgánica de Protección al Niño y al Adolescente**), Auber Infante Bustamante (**La gestión del deporte municipal**) y Lorena Rincón Eizaga (**Evaluación y orientaciones futuras para el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos**).

1. El estudio de Carmelo Borrego (**Legislación positiva internacional y los derechos de los detenidos**) comienza planteando el problema de si los detenidos tienen derechos, en los "dos escenarios claramente definidos (..) que pueden afectar la libertad ambulatoria del ciudadano: 1) el procesamiento por delitos y 2) la condena efectiva a pena privativa de libertad". El autor comenta los que han cobrado "auge internacional y en virtud de ese postulado no pueden ser manipulados para obscurecer su contenido y falsear los derechos que allí se reconocen".

Repasa la historia del proceso de positivación en materia de derechos humanos, la legislación internacional humanitaria a propósito de los detenidos y culmina su labor con el señalamiento de los acuerdos internacionales de mayor importancia sobre esta materia.

2. Para desarrollar el tema objeto de su estudio, Arcadio Delgado Rosales (**El recurso de interpretación en la Constitución de 1999**) se refiere, en la primera parte del mismo, al recurso de interpretación de la Ley: sus antecedentes en los primeros textos constitucionales (1830 y 1857), en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 y al régimen de la Carta Fundamental actual.

En la segunda parte, llega a la conclusión de que corresponde a todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia la competencia para tomar decisiones en materia constitucional e interpretar la Constitución, aun cuando "las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre normas y principios constitucionales tendrán carácter vinculante para el resto de las Salas y demás tribunales". Esta materia, sin embargo, deberá ser regulada por la nueva Ley Orgánica del Tribunal, aun cuando, "mientras tanto, sea que esta interpretación se plantee en cualquiera de los recursos contenciosos o en un recurso de interpretación de jurisdicción voluntaria, la Sala Constitucional puede asumirlo con el carácter vinculante pautado en el Artículo 355". A su juicio, "este criterio no es sólo jurídicamente válido, sino además necesario (...) para asegurar la 'uniforme interpretación y aplicación' de la Constitución, particularmente en los inicios del nuevo régimen político en los cuales no existe una legislación conforme al texto fundamental".

3. El trabajo de María C. Domínguez Guillén (**La tutela ordinaria de menores**) responde a la necesidad docente "de reducir un tema tan amplio como la tutela, a fin de poder cumplir con la totalidad del programa de '*Personas*'". El mismo responde a la idea de sintetizar el procedimiento tutelar por considerarlo conveniente a efectos didácticos.

La autora realiza "un estudio teórico de la tutela" a la luz de la doctrina, nacional y foránea, en primer término. Luego, hace "una breve referencia a la incidencia práctica del procedimiento en algunos tribunales del Área Metropolitana de Caracas". Termina su labor presentando "ciertas conclusiones y recomendaciones".

Entre las conclusiones cabe mencionar que "la institución tutelar - a juicio de Domínguez Guillén- ha sido quizás subestimada por quienes consideran que se trata de una figura carente de aplicación práctica", pues "cuenta con una tímida pero interesante incidencia en los tribunales del Área Metropolitana de Caracas".

4. De Víctor Rafael Hernández-Mendible (**La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa**) se difunde la conferencia que dictara "bajo el epígrafe 'Reflexiones en torno a la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa' en el Foro de Nuevas Tendencias del Derecho Administrativo, organizado por la Fundación Procuraduría y la Asociación Mundial de Jóvenes Juristas y Estudiantes de Derecho", por una parte, y, por la otra, el Proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, que le requirió la Oficina de Investigación y Asesoría Jurídica del órgano legislativo para someterlo a la consideración de la Asamblea Nacional.

La conferencia desarrolla los aspectos más importantes que, a su juicio, deben ser contemplados al redactar el proyecto de ley, luego de justificar su necesidad, se refiere a las disposiciones fundamentales; a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa; a las partes; al proceso administrativo ordinario; al proceso en primero o única instancia; a los procesos administrativos especiales; al arbitraje; a la conciliación; a la autorización para la ejecución forzosa de actos administrativos que ameriten entrada al hogar doméstico, el domicilio y cualquier otro recinto privado; a los recursos; a la apelación; al proceso en segunda instancia; a la casación administrativa; a las disposiciones comunes; a la ejecución de sentencias; al proceso cautelar; a la excepción de ilegalidad; a las costas; à las sanciones; y a las disposiciones transitorias, derogatorias y finales.

"Las reflexiones anteriores, señala, lo llevaron a articular" el proyecto que le fuera encomendado y que se difunde con la esperanza de que sea ampliamente discutido por los interesados en la materia.

5. Francisco Hung V. (**Notas sobre la capacidad jurídica de Niños y Adolescentes a la luz de la Ley Orgánica de Protección al Niño y al Adolescente**) analiza "normas de la Ley Orgánica de Protección al Niño y al Adolescente que han incidido en el tratamiento tradicional de la capacidad de las personas que no han llegado a la mayoría de edad". De este modo, presenta una "exégesis de las normas respectivas para tratar de delinear lo que podría ser nuestro nuevo sistema de capacidad/incapacidad para personas que no han cumplido los 18 años de edad".

Luego plantea de un modo general el problema, analiza los principios rectores de la capacidad; los regímenes propios de los incapaces; las reglas generales en materia de capacidad e incapacidad; la incapacidad negocial y la procesal; y los preceptos de la nueva Ley Orgánica y la Convención sobre los Derechos del Niño.

No llega "a conclusiones definitivas ni indiscutibles y (...) los resultados provisionales de la investigación, en lugar de plantear respuestas satisfactorias, conducen a interrogantes cuya respuesta definitiva deberán dar los órganos jurisdiccionales encargados de aplicar la nueva ley (...) tomando en consideración -como el propio texto ordena- los principios del interés superior del niño (artículo 8 LOPNA) y de prioridad absoluta (artículo 7 ejusdem)".

En este orden de ideas destaca que la nueva ley, aun cuando "no establece una ampliación de la capacidad negocial general -para las personas que no han alcanzado la mayoridad-, distinta de las reglas generales sobre capacidad contenidas en el Código Civil (, ...) a partir del 1° de mayo del año en curso los niños y adolescentes tienen capacidad procesal en los términos de los artículos 86, 87 y 353 LOPNA". Considera, asimismo, que "debe entenderse modificada la capacidad procesal regulada con el artículo 32 de la Ley sobre el Derecho de Autor"; y finalmente, opina que el Estado debe garantizarle asistencia jurídica gratuita a menores y adolescentes, sea cual fuere su condición económica.

5. Auber Infante Bustamante (**La gestión del deporte municipal**) busca "desarrollar en cuatro tiempos el proceso futuro a la gestión deportiva de los entes locales". Primero, estudia "la visión legal del deporte en los entes locales cara a la nueva Constitución", esto es, las competencias administrativas del Municipio en este sector). Luego se refiere "a la actuación administrativa del municipio" (actividad de policía, acción de fomento, el ejercicio de actividades económicas en el régimen de libre concurrencia).

De seguidas aborda "los modelos de organización que se proponen para la gestión municipal", los cuales pueden materializarse por gestión directa o indirecta. En el primer supuesto, "el titular y quien presta el servicio es la administración", sea a través del servicio municipal del deporte, de organismos autónomos administrativos o a través de fórmulas societarias de capital público. En el otro, "mantiene la titularidad y potestad de dirección y control dentro de los límites establecidos por la ley (...) para garantizar el buen funcionamiento del servicio" y puede actualizarse mediante convenios

de gestión con otros entes deportivos o con empresas especializados u otros mecanismos que analiza.

La última parte la dedica al modelo asociativo y su incidencia en el ámbito local: las razones que lo justifican, los tipos de asociaciones deportivas a promocionar, todo esto con miras a prestar un buen servicio público.

7. A juicio de Lorena Rincón Eizaga (**Evaluación y orientaciones futuras para el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos**), "a partir de la finalización de la Segunda Guerra mundial, la protección de los derechos humanos dejó de ser exclusivamente un problema de la jurisdicción interna, para pasar a ser objeto de regulación del derecho internacional". Sobre esta base, explica los avances realizados por la Organización de Estados Americanos (OEA) para promocionar y proteger tales derechos.

Luego de presentar el tema objeto de su estudio, la autora se refiere a la voluntad política de los Estados miembros de la OEA, el desconocimiento del sistema, la dedicación y elección de los miembros de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el acceso al sistema y los problemas de procedimiento.

La última parte la dedica a las Conclusiones, entre las cuales destaca señalar que, en su criterio, "no obstante los múltiples instrumentos, órganos y mecanismos al servicio del sistema interamericano de los derechos humanos, y de la importante labor que el mismo ha desarrollado en beneficio de la lucha por el reconocimiento y protección internacional de los derechos humanos (...), se han percibido y se perciben grandes deficiencias de orden político, estructural y procedimental que deben ser afrontadas por los Estados americanos en orden a elevar su grado de efectividad y de contribución para la progresiva erradicación de las situaciones de violación de los derechos humanos en el hemisferio".

IV. La última sección –**Recensiones**- divulga las preparadas por Rafael Díaz Casanova (**Apuntes alrededor del trabajo "La legislación financiera venezolana y la crisis bancaria de 1994"**) y José Andrés Fuenmayor G. (**Nota Bibliográfica**) sobre los libros de Ramón Crazut (**La legislación financiera venezolana y la crisis bancaria de 1994**) y Alirio Abreu Burelli y Luis Aquiles Mejía Arnal (**La Casación Civil**), en su orden.

V. La Dirección de la Revista agradece la colaboración recibida en la preparación de este número y espera que el material presentado sea del interés de sus lectores.

Caracas 10 de diciembre de 2000

Fernando Parra Aranguren

DOCTRINA

LA EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Jesús Caballero Ortiz*

1. Validez y eficacia

Un acto administrativo puede ser válido, es decir, cumplir cabalmente con todos sus requisitos de validez, pero ser ineficaz. Es indispensable entonces que el acto administrativo cobre eficacia y, en nuestro país, tal eficacia tiene lugar a través del cumplimiento del requisito de la notificación prevista en el artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el cual reza:

> *"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".*

Es entonces a partir de la notificación que el acto administrativo adquiere eficacia, es decir, produce efectos, y no como lo prevé la Ley española del 26 de noviembre de 1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la cual, en su artículo 57, dispone:

> Artículo 57. Efectos.
> 1) *Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa* (1).

* Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela.

Cabe entonces de inmediato la pregunta acerca de ¿cómo puede un acto administrativo producir efectos si no ha sido hecho del conocimiento del interesado?

Es cierto que el numeral 2° del mismo artículo condiciona la eficacia cuando el acto administrativo esté supeditado a su notificación (2). Pero ello en modo alguno puede constituir una excepción sino la regla. Sin notificación, sencillamente, no puede hablarse de eficacia del acto administrativo, pues no existen actos administrativos que excepcionalmente deban ser notificados sino que, como antes señalamos, tal notificación constituye una regla indispensable de la cual van a derivar consecuencias jurídicas fáciles de determinar. En fin, la disposición de la Ley española vigente es casi similar a la contenida en el artículo 45 de la Ley de Procedimiento Administrativo parcialmente derogada del 17 de julio de 1958 (3).

Al contrario de la Ley española, la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo argentina expresamente señala que el acto administrativo de "alcance particular" adquiere eficacia cuando es notificado al interesado (4).

Hemos hecho hincapié sobre la distinción entre validez y eficacia ya que, como señala Bartolomé A. Fiorini, los elementos de la eficacia del acto administrativo han sido confundidos con el problema de las formas. Algunos los califican de formalidades, lo que acontece porque no consideran el concepto funcional de la eficacia (5).

Sentado lo anterior, existen en Venezuela actos administrativos -y en esto no obra la regla sino la excepción- que por mandato de la ley no sólo deben ser notificados sino también publicados. Por ello el artículo 72 in fine de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos dispone :

> *"También serán publicados en igual forma (en la Gaceta Oficial que corresponda al organismo que tome la decisión) los actos administrativos de carácter particular cuando así lo exija la Ley"* (6).

Ejemplos de ello lo constituyen el acto administrativo que declare la pérdida de la nacionalidad (artículo 13 de la Ley de Naturalización), la constitución y funcionamiento de una empresa de seguros (artículo 57 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros), y la autorización otorgada por el Ministro de Finanzas para que una persona pueda actuar como agente de aduanas (artículo 136 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas) (7).

En síntesis, como enseña René Hostiou, el conocimiento exterior aparece como la prolongación natural de la fase de la elaboración del acto administrativo unilateral. Además, de la información que ella supone procurar a los administrados sobre sus

derechos y sus obligaciones, la misma ofrece un doble interés. Por una parte, ella determina la fecha de su entrada en vigor y, en el terreno del contencioso, ella sirve de base para el cálculo del punto de partida del lapso para ejercer el recurso contencioso-administrativo de anulación (obviamente, para aquellos actos que en ese estado agotan la vía administrativa) (8).

2. La notificación. Requisitos.

También inspirada en la Ley de Procedimiento Administrativo española del 17 de julio de 1958 (artículo 79.2), hoy parcialmente derogada, la notificación deberá contener, de conformidad con el artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos:

A. El texto íntegro del acto
B. Si fuere el caso, indicar los recursos que procedan con expresión de los términos para ejercerlos.
C. Los órganos o tribunales ante los cuales deban interponerse.

Tal como lo señala Brewer (9), tales requerimientos no son otra cosa que una manifestación del derecho a la defensa, consagrado ahora en el artículo 49 de la Constitución no sólo respecto a las actuaciones judiciales, sino también respecto a las administrativas, omisión en la cual incurría el artículo 68 de la Constitución de 1961 (10). Tal falla ha sido subsanada en el artículo 49 de la Constitución vigente de 1999 al precisar que "el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas...", lo cual, obviamente, incluye al procedimiento administrativo, no sólo en su fase constitutiva, sino también respecto a los requisitos indispensables para la eficacia del acto que surge de ese procedimiento constitutivo (11).

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos es por ello severa en cuanto a las notificaciones que no cumplan con los requisitos antes señalados. Tales notificaciones se considerarán defectuosas y no producirán efecto alguno, dispone el artículo 74. Además, de conformidad con el artículo 77, si sobre la base de una información errónea, contenida en la notificación, el interesado hubiere intentado algún procedimiento improcedente, el tiempo transcurrido no será tomado en cuenta a los efectos de determinar el vencimiento de los plazos que le correspondan para interponer el recurso apropiado.

Para la profesora Hidelgard Rondón de Sansó los requisitos de la notificación son exagerados. Para ella bastaba el señalamiento de los recursos administrativos, mas no el de los jurisdiccionales, ya que las competencias en lo contencioso administrativo y la ejercibilidad misma de los recursos no son materia simple y llana, sino un tema para expertos. Penetrar con paso seguro en la determinación específica de los ámbitos de

competencia es algo que pone a prueba incluso a los jueces contencioso-administrativos (12).

Ya hemos visto con anterioridad que ese conjunto de requisitos es una manifestación del derecho a la defensa consagrado en la Constitución y que, en todo caso, ningún administrado podrá alegar su incumplimiento como base de un recurso contencioso-administrativo de anulación, ya que no se trata de requisitos de validez del acto administrativo sino de su eficacia, eficacia que puede adquirirla el acto por su conocimiento, por parte del administrado, a través de un mecanismo distinto a la notificación. En otras palabras, la ausencia de los requisitos previstos en la ley para la notificación es perfectamente subsanable, aun en forma tácita, por la conducta del particular interesado. Además ¿cómo podrían alegarse vicios en la notificación del acto si, precisamente, porque lo impugna, es porque el particular lo conoce? (13)

3. Forma de llevar a cabo la notificación

Como señala Brewer (14) la regulación de la ley, en este aspecto, es detallada. De acuerdo al artículo 75, la notificación se entregará en el domicilio o residencia del interesado (15) o de su apoderado y se exigirá recibo en el cual se dejará constancia de la fecha en que se realiza el acto y el contenido de la notificación, así como el nombre y cédula de identidad de la persona que lo reciba.

Lo significativo de la disposición contenida en el artículo 75 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos es que la notificación no requiere ser personal, basta que se entregue a la persona que habite o se encuentre en la residencia o a la persona que se encuentre en el local donde el interesado tiene el asiento de sus negocios e intereses, por ejemplo una secretaria (16).

Se evidencia entonces que la ley lo que quiso evitar fue que el interesado eludiera por cualquier medio la notificación y, de allí, la fórmula prevista y las exigencias formales requeridas, todo ello bajo la base de que la persona que se encuentre en la oficina o residencia del administrado le informará lo conducente.

4. Notificación impracticable.

El artículo 76 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos dispone :

> *"Cuando resulte impracticable la notificación en la forma prescrita en el artículo anterior, se procederá a la publicación del acto en un diario de mayor circulación de la entidad territorial donde la autoridad que conoce del asunto tenga su sede y, en este caso, se entenderá notificado el interesado quince (15) días después de la publicación, circunstancia que se advertirá en forma expresa.*
>
> *Parágrafo único: En caso de no existir prensa diaria en la referida entidad territorial, la publicación se hará en un diario de gran circulación de la capital de la República."*

En este supuesto la publicación se realizará en un diario de mayor circulación. De este modo, el interesado podrá tener conocimiento del acto, ya bien porque directamente lo lea en el diario, o porque alguna persona allegada se lo participe. La ley presume que en un lapso de quince días hábiles el administrado ya tendrá conocimiento del acto y el mismo empezará a surtir efectos, a menos que se trate de un acto sometido a condición o a término.

Además, debe descartarse cualquier tipo de notificación por medio de testigos, aun cuando éstos declaren en forma asertiva acerca de la identidad de la persona a quien va dirigido el acto, por no preverlo así la ley.

Por otra parte, debe ponerse de manifiesto que este extraordinario rigor formal se justifica porque en el tráfico administrativo los plazos de impugnación son extraordinariamente fugaces (quince días hábiles para el ejercicio de los recursos administrativos), todo lo cual exige un especial cuidado a fin de evitar que se pierdan derechos materiales por razones puramente adjetivas (17).

Por último, ha de señalarse que otras leyes orgánicas pueden contener mecanismos distintos para notificar sus propios actos, casos en los cuales, de acuerdo a la regla de la especialidad de la norma proposición según el número de personas a quienes va dirigido, será de preferente aplicación la norma especial. Así, por ejemplo, el artículo 143 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República es de aplicación preferente a la norma que regula la notificación prevista en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. En la disposición citada de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República se prevé, ante la notificación impracticable, la publicación de un cartel en uno de los diarios de mayor circulación de la capital de la República e, igualmente, en uno de los diarios de mayor circulación de la localidad en que tenga su domicilio o su residencia el notificado. El interesado se entenderá notificado tres días después de publicado el cartel. Tal disposición es de aplicación preferente a la contenida en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos pues ésta va dirigido a un conglomerado general, es decir, todas las personas que tengan relación con la Administración Pública. En cambio, el ámbito de aplicación del dispositivo contenido en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República es mucho menor : Sólo aquellos administrados que puedan quedar vinculados con un único órgano, en este caso, del Poder Ciudadano (18).

5. Actos administrativos sujetos a condición o término.

En los actos administrativos sujetos a condición o a término, no obstante hayan sido notificados, obviamente, queda diferida su eficacia para el momento en que se cumpla la condición o el término.

Al respecto, y con rigurosa sutilidad, Sayagués considera que es dudoso si tales términos o condiciones puedan considerarse suspensivos de la eficacia del acto o si más bien se está en presencia de un acto eficaz desde ya, pero cuyos efectos se producirán en el momento oportuno, conforme a lo establecido en el acto. La duda surge -sostiene- porque el acto ya proyecta consecuencias jurídicas, aun cuando la plenitud de sus efectos quede postergada. Esto se ve con claridad cuando el término o la condición se refiere solamente a una parte de los efectos del acto (19).

La condición y el término han sido considerados como elementos accidentales de los actos administrativos y son objeto de diversa terminología. Algunos hablan de determinaciones accesorias (García de Enterría); otros, de cláusulas accesorias (Zanobini, Garrido Falla, Villar Palasí) y un sector, en fin, de elementos accidentales (Lucifredi) (20).

En todo caso, tales cláusulas tienen como objeto retardar los efectos del acto administrativo y, en casos extremos, extinguirlos. Así, pueden señalarse ciertos ejemplos:

A. Actos sujetos a condición, es decir, aquellos cuyos efectos dependerán de un acontecimiento futuro, por ejemplo, la autorización para el funcionamiento de una fábrica de cemento sujeta a que la misma esté proveída de todos los elementos necesarios para evitar la contaminación ambiental.

B. Actos sujetos a término. En este caso se determina la fecha en la cual el acto comenzará a surtir sus efectos, por ejemplo, un nombramiento de un funcionario sujeto a que la toma de posesión no transcurra en un plazo mayor a tres días.

Algunos autores consideran como acto sujeto a término el que establezca la veda de la cacería de algún animal que comience y termine en un día preciso, pero en tal caso nos encontramos frente a un acto reglamentario (dirigido a un número indeterminado, indeterminable y no identificable de personas).

6. Clasificaciones de los actos administrativos de acuerdo a su eficacia.

A. Acto definitivo.

Es aquel que pone fin a un procedimiento administrativo; puede tratarse de un procedimiento administrativo a nivel de un funcionario de inferior jerarquía, o a nivel del Ministro, en este último caso, una vez ejercido el recurso correspondiente. En otras palabras, acto definitivo es aquel que pone fin a un asunto, sea o no susceptible de ser recurrido administrativamente. A acto definitivo se opone el acto de trámite o acto preparatorio.

Como señala Brewer, acto administrativo definitivo es aquel que resuelve completamente sobre la cuestión en él planteada; todo ello en contraposición al acto de trámite, que normalmente es una acto de impulso procedimental y no prejuzga, por consiguiente, la resolución final del asunto. Frente al acto administrativo definitivo, aun cuando se diga que resuelve completamente un asunto, quedan a salvo los recursos administrativos, si los hubiere. Por tanto el acto administrativo puede haber sido dictado por un funcionario determinado de cuya decisión puede existir recurso jerárquico para ante el Ministro respectivo. De allí la diferencia entre el acto definitivo y el acto administrativo que causa estado que sería la última palabra de la Administración en el asunto que debe resolver (21). Esta distinción es de gran importancia, pues autores como Sayagués asimilan el acto administrativo definitivo con el acto que causa estado así: "El acto administrativo definitivo es el que resulta después de agotada la vía administrativa, es decir, una vez resueltos los recursos administrativos interpuestos o cuando se deja vencer el lapso para deducirlos, con lo cual el acto principal se vuelve irrecurrible, definitivo." En todo caso, es una posición muy personal del autor, pues reconoce también la acepción antes señalada por nosotros (22).

Con respecto al acto administrativo definitivo se ha pronunciado con meridiana claridad la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en sentencia del 26 de junio de 1986 en los términos siguientes :

> *"En relación con la impugnación antes aludida observa esta Corte que ha de aplicarse el mismo argumento que se hiciera respecto a la impugnación precedentemente analizada, en el sentido de que la irregularidad o vicio denunciado para afectar la validez de una decisión, debe provenir del acto final, esto es, ser imputable al órgano cuya actuación constituye la voluntad expresada en el acto. Los vicios en que hubiesen incurrido los organismos que realizan actos de trámite, o actuaciones que no son las definitivas pueden ser atacadas como vicios de procedimiento, facultando al recurrente para pedir la reposición de lo actuado, en forma tal que se subsane la fase o momento del iter procedimental en el cual el vicio surgiera. En el caso presente, el impugnante le está atribuyendo al acto definitivo una irregularidad que quedó subsanada al no solicitarse la señalada reposición ni haber sido alegada en el procedimiento de revisión, por todo lo cual se desestima la impugnación por improcedente, y así se declara." (23).*

B. Acto administrativo que ha causado estado.

Es el acto que agota la vía administrativa o la decisión de la Administración contra la cual no puede o no se quiere ejercer (24) recurso alguno en sede administrativa; también se le denomina acto que agota la vía administrativa y tiene la importancia de ser el acto que puede ser impugnado por ante la jurisdicción contencioso-administrativa (25).

Debe señalarse aquí que, excepcionalmente, existen actos administrativos respecto a los cuales la ley en forma expresa declara que no podrán ejercerse recursos administrativos y, por tanto, agotan la vía administrativa a nivel de un funcionario de inferior jerarquía. También a ellos se les denomina actos que causan estado. Así, a título de ejemplo, el artículo 299 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (26) prevé que las decisiones del Superintendente de Bancos agotan la vía administrativa, aun cuando a renglón seguido señale que contra ellas sólo cabe ejercer, en vía administrativa, el recurso de reconsideración, lo que da a entender que allí el recurso de reconsideración es meramente facultativo. Por su parte, el artículo 15 de la Ley de Mercado de Capitales establece que, salvo lo dispuesto en los artículos 136 y 137, las decisiones de la Comisión Nacional de Valores agotan la vía administrativa (27), y el artículo 27 de la Ley sobre Practicas desleales del Comercio Internacional dispone que las decisiones de la Comisión Antidumping y sobre subsidios agotan la vía administrativa.

Además, existen actos como los aduaneros, respecto a los cuales no es necesario el agotamiento de la vía administrativa; en tal supuesto es la voluntad del administrado que hace del acto del inferior la última palabra de la Administración (28).

Pero, en general, los actos administrativos causan estado a nivel del Ministro. En este sentido la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia del 4 de marzo de 1982, dejó establecido:

> *"El requisito de 'causar estado', atribuible al acto irrevisable en la vía administrativa 'interna' por emanar del funcionario con más alta competencia para dictarlo y revisarlo dentro de los cuadros de la administración activa, lo convierte en susceptible de recurso ante la vía contencioso-administrativa..."* (29).

Tal decisión no ha hecho otra cosa que confirmar las sentencias de la Corte Federal y de Casación del 6 de abril de 1945, de la Corte Federal del 28 de febrero de 1956, del 5 de agosto de 1958, del 11 de junio de 1959 y de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 4 de diciembre de 1961 (30).

C. Acto administrativo firme.

Ya desde 1953, en su sentencia del 24 de noviembre, la extinguida Corte Federal había sostenido que el acto administrativo es firme cuando no se ha ejercido el recurso legal de "apelación" (jerárquico) en el término que para el caso ha establecido la ley reguladora de la materia. Justificaba la Corte su parecer en el argumento conforme al cual la estabilidad de los actos de la Administración Pública conviene al orden social (31).

Pero también el acto administrativo se considera firme cuando, habiendo agotado la vía administrativa, no es recurrido jurisdiccionalmente por el particular interesado, o es recurrido fuera del término establecido. Así, en sentencia de fecha más reciente (4 de marzo de 1982), al referirse a una determinada Resolución, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia sostuvo:

> *"... aquélla (la Resolución) adquirió, además, el carácter de 'firme' -o de 'definitivamente firme', como alguna vez lo recoge el legislador, en término adoptado del lenguaje correspondiente a la jurisdicción judicial ordinaria- y, por tanto, 'irrecurrible' al no haberse interpuesto contra ella recurso alguno en tiempo útil, lo que añadió al acto, que previamente había causado estado, la condición de 'consentido' por inactividad de las interesadas.*
> *Ese acto que, en efecto, inicialmente causara estado -preámbulo del subsiguiente recurso contencioso-administrativo- perdió posteriormente su posibilidad de acceso a esa vía jurisdiccional contenciosa encomendada a nuestro poder judicial, por el hecho de haber adquirido la calidad de firme en virtud del 'consentimiento' de los interesados, convirtiéndolo así en irrevocable."* (32)

De esta forma, un acto administrativo firme en la vía administrativa es obligatoriamente firme en la vía jurisdiccional (ya que no se agotó la vía administrativa) y un acto respecto al cual se ejercieron los recursos administrativos (no firme) puede convertirse en firme en sede contencioso-administrativa por el no ejercicio del recurso judicial correspondiente. Por tanto, existen dos tipos de firmeza del acto administrativo, el firme en la vía administrativa y el firme en la vía contencioso-administrativa (33).

A la firmeza del acto se refiere el artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en los siguientes términos:

> *"Los criterios establecidos por los distintos órganos de la Administración Pública podrán ser modificados, pero la nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los*

administrados. En todo caso, la modificación de los criterios no dará derecho a la revisión de los actos definitivamente firmes".

La revisión de los actos administrativos firmes será objeto de examen a continuación (34).

7. La Cosa Juzgada Administrativa.

La cosa juzgada administrativa consiste en la no posibilidad de revisión de los actos administrativos por parte de la Administración, una vez firmes. Tal principio, así elementalmente expresado, contiene excepciones de importancia, a saber:

A. Los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular podrán ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, por la misma autoridad que los dictó, o por el respectivo superior jerárquico (35).
B. Los actos administrativos, aun cuando originen derechos subjetivos, podrán ser revocados, también en cualquier momento, de oficio o a solicitud de particulares, si se encuentran viciados de nulidad absoluta. Tal es la interpretación concatenada de los artículos 19, ordinal 2° y 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. En efecto, el primer dispositivo mencionado declara como absolutamente nulos los actos administrativos cuando resuelvan un caso precedentemente decidido que haya creado derechos particulares. En principio se consagra en la ley la no revisión de los actos administrativos que han creado derechos particulares, pero, a renglón seguido establece "... salvo autorización expresa de la ley" y es precisamente el artículo 83 citado el que prevé la excepción, es decir, que el acto a revocar se encuentre viciado de nulidad absoluta (36).

Por todo lo expuesto, tal como lo señalaba Brewer, la cosa juzgada administrativa no es absoluta y, por ello, Georges Vedel prefiere referirse a ella como cosa decidida (37).

8. Consecuencias de la eficacia de los actos administrativos.

De la eficacia de los actos administrativos surgen las siguientes consecuencias :

A. La presunción de legalidad.

La primera consecuencia de la eficacia de los actos administrativos es la presunción de legitimidad, legalidad y veracidad (38). Jurisprudencia de vieja data consagraba ya esos principios ; así, podemos citar:

a. La sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Federal y de Casación del 18 de abril de 1939 conforme a la cual las decisiones de los funcionarios públicos, dentro de la órbita de sus atribuciones, contienen una presunción de veracidad de su contenido (39).

b. La sentencia de la Sala Federal de la Corte Federal y de Casación del 29 de octubre de 1943 según la cual la decisión de un funcionario administrativo se presume cierta (40).

c. La sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 4 de abril de 1963 de acuerdo a la cual los actos administrativos gozan de una presunción de legitimidad que sólo puede ser desvirtuada mediante prueba del reclamante (41).

d. La sentencia del 7 de diciembre de 1964 de la Sala Político Administrativo de la Corte Suprema de Justicia conforme a la cual los actos administrativos gozan de una presunción de legitimidad que debe ser desvirtuada por el recurrente (42).

e. La sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 2 de agosto de 1973 que dejó sentado que la presunción de legitimidad de los actos administrativos hace que éstos conserven su eficacia probatoria hasta que sea desvirtuada por el recurrente (43).

Hemos querido hacer referencia a esta línea jurisprudencial uniforme para demostrar como la doctrina no ha hecho otra cosa que recoger los postulados de aquélla.

Por lo demás, esta presunción de legitimidad y legalidad constituye un privilegio de la Administración fundamentado en la celeridad y seguridad de la actividad administrativa. Así, sólo un recurso contencioso-administrativo de anulación ejercido contra el acto que ha causado estado sería el mecanismo propio para desvirtuar la legitimidad del acto.

Para Brewer esta presunción tiene una excepción en el caso de que el acto esté viciado de nulidad absoluta ; en ese caso aquélla no sería válida. No obstante, al reflexionar sobre esta afirmación, señala que el acto administrativo, como es de obligatorio cumplimiento –el viciado de nulidad absoluta- "....por más inválido que sea, en la práctica podrá ser ejecutado de inmediato" (44). Estamos de acuerdo con está reflexión, ya que cuando el legislador ha querido someter al acto administrativo viciado de nulidad absoluta a una determinada regulación lo ha hecho en forma expresa. En cambio, el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, al precisar que los actos administrativos que requieran ser cumplidos mediante actos de ejecución

deben ser ejecutados en el término establecido o de inmediato, no excluyó a los actos administrativos viciados de nulidad absoluta y, precisamente, para consagrar ese dispositivo, partió de la presunción de legalidad y legitimidad del acto administrativo.

Por último, debe ponerse de manifiesto que no deja de llamarnos la atención el hecho de que, a pesar de la prerrogativa que para la Administración implica la presunción de legalidad y legitimidad del acto administrativo, la misma no haya sido incluida en el derecho positivo. En cambio, en España se consagra expresamente que "los actos de las administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos..." (45).

B. La ejecutividad de los actos administrativos.

El principio de la ejecutividad, enseña Hildegard Rondón de Sansó, es aquél en virtud del cual los actos administrativos definitivamente firmes producen los efectos perseguidos con su emanación, sin necesidad de una homologación por parte de un órgano extraño a la esfera de la Administración. La ejecutividad es así la idoneidad del acto administrativo para obtener el objetivo para el cual ha sido dictado (46).

Por cierto a esa homologación se ha referido la autora, como Magistrada de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, bajo cuya ponencia fue dictada la sentencia del 24 de abril de 1983 en los términos siguientes :

> *"Ahora bien, esta Corte estima que los actos administrativos y más específicamente los que por constituir las llamadas 'decisiones' ponen fin a un conflicto de derechos subjetivos entre administrados, como es el caso presente, están dotados de ejecutividad, por lo cual no requieren de homologación alguna por parte de otro órgano del Estado y surten en consecuencia sus efectos de inmediato, manifestándose incluso, en los casos en los cuales se imponen cargas, el principio de ejecutoriedad. Ésta es la consecuencia lógica y natural de todo acto administrativo, la cual sólo es modificada excepcionalmente por la actuación de un juez contencioso-administrativo que conozca del recurso de nulidad contra los actos administrativos de efectos particulares, en los casos en los cuales la ley lo faculta para suspender dicha eficacia o bien, cuando la medida resulta imprescindible para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso." (47)*

Para Brewer la ejecutividad es la prescindencia de un proceso de cognición que declare formalmente el derecho o título jurídico que tiene la Administración para actuar, lo cual, en cambio, es esencial en las relaciones jurídicas que se resuelvan en un proceso judicial ordinario (48). La definición tiene el mérito de la técnica y la claridad.

En otras palabras un particular no puede imponerse jurídicamente sobre otro. En cambio, la Administración, en virtud de sus potestades, da por cierto ella misma lo que decide a través de un acto administrativo, formidable y exorbitante potestad de aquélla, si utilizamos las palabras del destacado administrativista Luis Henrique Farías Mata (49).

Obviamente, tal potestad surge del interés jurídico en que se inspiran las normas de Derecho Administrativo, lo cual justifica los privilegios de que goza la Administración para el cumplimiento efectivo de sus funciones (50). La Administración debe entonces conjugar el objetivo de satisfacción de los intereses de la sociedad con el principio de la legalidad.

El acto administrativo tiene entonces el carácter de título ejecutivo y, por eso, el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos prevé que pueda ejecutarse de inmediato.

En Francia, el principio de ejecutividad se denomina privilegio del préalable. Este consiste en la posibilidad de la Administración de adoptar decisiones ejecutivas, lo que significa que la Administración se encuentra dispensada, para ejercer sus derechos, de dirigirse previamente a un juez; si el administrado objeta las pretensiones de la Administración, es aquél que deberá dirigir su acción ante el juez (51).

Esta referencia al derecho francés tiene por objeto únicamente poner de manifiesto como la institución obra en el mismo sentido en nuestro país.

C. **La ejecutoriedad.**

Como claramente lo señala Brewer, si la ejecutividad se refiere al carácter ejecutivo de los actos administrativos, la ejecutoriedad se refiere a la posibilidad de ejecución forzosa de los actos por la propia Administración que los dictó, o sea, la ejecutividad es el carácter de título ejecutivo del acto; la ejecutoriedad es la posibilidad que tiene la Administración, ella misma, de ejecutarlo. Por tanto, la Administración no sólo está dispensada de acudir a un juez para que declare el título como veraz, sino que tampoco tiene que acudir al juez para llevar a cabo su ejecución (52).

Sin embargo, como veremos más adelante, y por excepción, hay casos en los cuales la Administración debe dirigirse a un juez para lograr la ejecución de su título ejecutivo. Por ello, el artículo 79 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos dispone :

> *"La ejecución forzosa de los actos administrativos será realizada de oficio por la propia administración, salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial".*

Además, existen actos que no requieren ejecución, como la expedición de una cédula de identidad, de una licencia de conducir o una certificación.

La ejecutoriedad significa, en síntesis, llevar la ejecución a sus últimas consecuencias, incluso imponiéndose obligatoriamente a los administrados que no se atienen a su cumplimiento. En este orden de ideas, el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece expresamente que los actos administrativos que requieran ser cumplidos mediante actos de ejecución, deberán ser ejecutados por la Administración en el término establecido o, a falta de término, de inmediato.

De esta forma, el artículo 80 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos prevé la ejecución forzosa respecto a la cual establece dos formas de llevarla a cabo:

A. Cuando se trate de actos susceptibles de ejecución indirecta con respecto al obligado, se procederá a la ejecución, bien por la Administración, o por la persona que ésta designe, a costa del obligado. Un ejemplo de acto susceptible de ejecución indirecta lo sería la orden de demolición de una construcción ilegal. No se trata aquí de un acto personalísimo (en la terminología de la ley española), sino de un acto de ejecución indirecta, es decir, que puede ser llevado a cabo, en principio, por la Administración sin un menoscabo directo de la persona del obligado.

Es de señalar que en España, constituye un requisito de validez de la ejecución forzosa el previo apercibimiento del obligado (53), lo cual no es exigible en nuestro país.

B. Cuando se trate de actos administrativos susceptibles de ejecución personal, y el obligado se resistiere a cumplirlos, se le impondrá multas sucesivas mientras permanezca en rebeldía y, en el caso de que persista en el incumplimiento, será sancionado con nuevas multas iguales o mayores a las que ya se le hubieren aplicado, concediéndole un plazo razonable, a juicio de la Administración, para que cumpla lo ordenado.

Como se trata de actos de ejecución personal, no puede la Administración actuar físicamente sobre la persona del obligado, motivo por el cual, ante su resistencia, se procede a coaccionarlo mediante la imposición de multas sucesivas. Se trata en definitiva, de obligar a cumplir un determinado acto por parte del administrado (54).

El artículo 80 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos impone una limitación a las multas: que la reiteración permita lapsos de tiempo suficientes para cumplir lo ordenado. Ello es considerado lógico por José Antonio García Trevijano Fos, quien a tal efecto cita como acto administrativo de ejecución personal la obligación de escribir un determinado trabajo por una persona concreta (55).

En todo caso, el mecanismo de las multas sucesivas encuentra su fundamento en el respeto a los derechos y garantías -consideradas como inviolables- de los individuos. Por ello puede hablarse, en determinadas circunstancias, de la relatividad de la ejecución forzosa, o, como señala Fiorini, de la ejecutoriedad impropia (56).

Debe además destacarse, respecto al principio de la ejecución forzosa, que la misma ha sido cuestionada por autores como Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, quienes expresan que el dispositivo equivalente al artículo 79 de nuestra Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos excede "...con mucho de lo que es común en otros Derechos". Así, en Francia, la ejecución forzosa mediante coacción administrativa se considera como una forma subsidiaria de ejecución, en defecto de otras formas y, en particular, en defecto de sanciones administrativas o penales previstas para quebrantar la resistencia al cumplimiento (57).

En efecto, no existe en Francia una regulación general que establezca el principio de ejecución forzosa de los actos administrativos por la propia Administración. Fuera de determinados casos, como lo son la autorización expresa del legislador, la inexistencia de otra vía de derecho y la urgencia, considerados como exorbitantes, subsidiarios y condicionados, el principio general es el recurso, por parte de la Administración, a la acción penal o a la acción civil, como lo haría un simple particular, aun cuando ésta última vía ha sido bastante controvertida (58).

Hemos indicado con anterioridad que, de conformidad con el artículo 79 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la ejecución forzosa se realiza de oficio, salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial. Un ejemplo típico de ello lo constituyen los actos administrativos que impliquen el pago de obligaciones tributarias. En efecto, cuando los créditos a favor del Fisco Nacional por concepto de tributos, sanciones, intereses o recargos no hayan sido pagados al ser determinados y exigibles, se demandarán judicialmente mediante el procedimiento ejecutivo previsto en los artículo 197 y siguientes del Código Orgánico Tributario.

Es de destacar que, respecto a tales actos administrativos, el principio de ejecutividad permanece incólume. En efecto, los documentos que evidencian los créditos antes mencionados constituyen títulos ejecutivos y, al ser presentados en juicio, aparejan de inmediato embargo de bienes. Implica entonces una excepción muy limitada al principio de la ejecutoriedad.

Otra manifestación del principio de la ejecutoriedad la encontramos en el artículo 87 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el cual prevé:

"La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado" (59).

No obstante, la suspensión de los efectos en la vía administrativa procede, de conformidad con el mismo artículo, en dos supuestos:

A. En el caso de que su ejecución pudiera causar grave perjuicio al interesado.

B. Si la impugnación se fundamentare en la nulidad absoluta del acto.

Además, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia prevé la suspensión de los efectos en vía judicial en los casos previstos en el artículo 136:

"A instancia de parte, la Corte podrá suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares cuya nulidad haya sido solicitada, cuando así lo permita la Ley o la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, teniendo, en cuenta las circunstancias del caso. Al tomar su decisión, la Corte podrá exigir que el solicitante preste caución suficiente para garantizar las resultas del juicio.

La falta de impulso procesal adecuado, por el solicitante de la suspensión, podrá dar lugar a la revocatoria de ésta, por contrario imperio."

Por último la suspensión de efectos procede automáticamente en materia tributaria, tanto en la vía administrativa (60), como en la vía judicial (61) con sólo la interposición de los recursos, quedando así superado el principio solve et repete, todo lo cual constituye una nueva excepción al principio de la ejecutoriedad, en este caso de mayor importancia, pues no es requisito para la suspensión del acto que el interesado la alegue (62).

Tal superación del principio solve et repete (pague y después reclame) se encuentra consagrado en nuestro país desde la entrada en vigencia de nuestro primer Código Orgánico Tributario promulgado el 1° de julio de 1982 y el cual entró en vigencia ciento ochenta días después de su promulgación (63). Cabe al efecto destacar que la suspensión de tal principio era exigencia de la doctrina. Al respecto, María Teresa Machado de Merchán ponía de manifiesto, en 1982, como autores como Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández consideraban tal principio como gravemente condicionante del acceso a la justicia y determinante en muchos casos de una auténtica e irremediable indefensión, criterio al cual se adhería Garrido Falla. Rafael Mendizábal Allende, por su parte, calificaba al principio solve et repete como carente

de todo fundamento filosófico, técnico o científico y en fin, en nuestro país, Brewer lo consideraba como "una prerrogativa de la Administración sin fundamento jurídico sólido alguno"(64).

D. **Los principios de ejecutoriedad y ejecutividad en los actos administrativos de naturaleza judicial.**

Hemos denominado actos administrativos de naturaleza judicial aquéllos en los cuales, aun cuando la Administración sea quien lo dicte y en cierta manera sea ella parte, pues el recurso administrativo o contencioso-administrativo va dirigido contra la Administración, sin embargo, con su acto administrativo la Administración no hace otra cosa sino actuar como un Juez, al decidir un conflicto que se plantea entre particulares. Algunos autores los denominan actos cuasijurisdiccionales, pero nosotros preferimos la denominación antes señalada ya que la resolución de un recurso administrativo ya había sido denominado por la doctrina como un acto de naturaleza jurisdiccional. Luego, no podemos calificar de cuasijurisdiccional al acto que va mas allá de la función jurisdiccional de la Administración, configurando el ejercicio de una función judicial, obviamente, sin entrar en el campo de los órganos judiciales ni invadir su competencia.

Algunos ejemplos de actos administrativos de naturaleza judicial lo constituyen:

1. El acto administrativo del Inspector del trabajo que ordene la afiliación de un trabajador a un sindicato (65).

2. El acto administrativo del Inspector del trabajo que decida acerca de si el despido de un trabajador investido de fuero sindical es justificado o no (66).

3. La fijación del canon máximo de arrendamiento por parte de los órganos administrativos de inquilinato (67).

En todos estos casos la Administración resuelve un conflicto -al igual que un Juez- entre dos particulares: Sindicato y trabajador, patrono y trabajador, y arrendador y arrendatario.

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, en sentencia del 9 de noviembre de 1989 (68) sostuvo que los actos administrativos como la decisión que autoriza el desalojo (69) (acto administrativo de naturaleza judicial) estaban dotados de ejecutividad y ejecutoriedad, por lo que la Administración podía perfectamente proceder a su ejecución forzosa. No obstante, dos Magistrados de la citada Sala sostuvieron el criterio contrario, es decir, que en tales casos no procedía tal ejecución (70).

A nuestro juicio, el problema de la aplicación de los principios de ejecutividad y ejecutoriedad a los actos administrativos de naturaleza judicial debe resolverse de acuerdo a los mismos criterios establecidos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos o en las leyes reguladoras de la materia.

Así, el acto que fije el canon máximo de arrendamiento está dotado de ejecutividad. Si el arrendatario no cumple con el pago del canon fijado puede ser demandado por ello (71).

Nótese entonces que en estos casos la Administración no puede obligar coactivamente al pago del canon previsto sino que el interesado debe acudir a las autoridades judiciales; se trata entonces de previsiones legales que encomiendan -en cierta forma- el cumplimiento del acto administrativo al Juez tal como la prevé el artículo 79 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En el caso de los actos administrativos de carácter laboral antes señalados, como se trata de actos de ejecución personal, es aplicable el artículo 80, numeral 2° de la misma ley, es decir, el procedimiento de imposición de multas sucesivas.

NOTAS

(1) Subrayado nuestro.

(2) Artículo 58 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

(3) V. Fernando Garrido Falla, La Ley de Procedimiento Administrativo, Madrid, 1966, p. 48.

(4) V. Pedro Aberaslury (h) y María Rosa Cilurzo, Curso de Procedimiento Administrativo, Buenos Aires, 1998, p. 113.

(5) V. Bartolome A. Fiorini, Teoría Jurídica del acto administrativo, Buenos Aires, 1969, p.p. 139 y 140. La jurisprudencia venezolana ha distinguido siempre entre validez y eficacia. Pueden verse al respecto las sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo del 1° de noviembre de 1984, 10 de diciembre de 1984, 6 de junio de 1985, 24 de diciembre de 1985, 9 de abril de 1987, 7 de abril de 1988, 20 de mayo de 1988 y 11 de agosto de 1988 y de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político- Administrativa del 20 de mayo de 1985, 7 de abril de 1988, 3 de octubre de 1990 y 20 de julio de 1993, en Caterina Balasso Tejera, Jurisprudencia sobre los Actos Administrativos (1980-1993), Caracas, 1998, p.p. 555 y ss.

(6) Paréntesis nuestro.

(7) Ya en 1964, antes de que se promulgara la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, Brewer sostenía que "...la declaración de voluntad tiene lugar con la notificación, o con la misma publicación si el caso lo amerita. (subrayado nuestro). V. Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana, Caracas, 1964, p. 136.

(8) V. René Hostiou, "Eficacia de los actos administrativos. Obligación de la Administración de comunicarlos. Publicación y notificación" en Los Efectos y la Ejecución de los Actos Administrativos, Terceras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer Carías, Caracas, 1977, p. 65. En el mismo sentido, Emnst Fortshoff, Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1958, p. 346 citado por Nelson E. Rodríguez García, "La eficacia de los actos administrativos" en Revista de Derecho Público N°38, abril-junio 1989, p. 17.

(9) V. Allan R. Brewer Carías, El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, Caracas, 1982, p. 199.

(10) Aun cuando la jurisprudencia siempre extendió el derecho a la defensa en relación a las actuaciones administrativas.

(11) Subrayado nuestro.

(12) V. Hildegard Rondón de Sansó, "Análisis crítico de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos" en Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Nros. 85-86, julio-diciembre 1981, p. 86.

(13) En España la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 58.3, expresamente señala que las notificaciones defectuosas surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido de la resolución o acto objeto de notificación, o interponga el recurso procedente. En nuestro país, aun cuando no existe una disposición similar, la jurisprudencia ha sido pacífica en ese sentido. Al respecto puede citarse sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa del 24 de marzo de 1980 conforme a la cual la impugnación de un acto administrativo ante la jurisdicción contencioso-administrativa hace presumir que el recurrente

tuvo conocimiento del acto, por lo cual no puede alegar que la ausencia de formalidades en la notificación lo coloca en estado de indefensión (V. Mary Ramos Fernández, "Información Jurisprudencial" en Revista de Derecho Público N° 2, 1980, p. 120. De igual modo, en sentencia del 19 de mayo de 1983 la misma Sala sostuvo: "si la recurrente no hubiera tenido conocimiento oportuno de la existencia del referido acto administrativo, se hubiera encontrado en la imposibilidad de ejercer la presente acción, y al ejercer ésta, como efectivamente la ejerció, cualquier vicio por defectuosa notificación debe considerarse convalidado por su propia voluntad.
En tal virtud, se declara igualmente improcedente la denuncia de nulidad del acto por falta de oportuna notificación a su destinatario". V. Mary Ramos Fernández, "Información Jurisprudencial" en Revista de Derecho Público N° 15, 1984, p. 128.

(14) V. Allan R. Brewer Carías, El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, op.cit, p. 200.

(15) La Ley debió utilizar el término oficina, o alguno similar, y no el de domicilio, ya que por ejemplo, si el interesado tiene su domicilio en Caracas, ¿Cómo hará la autoridad administrativa para notificarlo? A menos que el legislador utilice el léxico "domicilio" en un sentido restringido, interpretando que el lugar donde el administrado tiene el asiento principal de sus negocios e intereses es el local y no el lugar . V. artículo 27 del Código Civil.

(16) En este sentido la Sala Político Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 9 de junio de 1981, ya había sostenido: "...si la notificación se efectúa en el domicilio comprobado de la contribuyente y se hace a un empleado suyo o a persona que guarda con él una determinada relación personal o familiar, debe tenerse como valida, como eficaz; a menos que aquél desmostrase en juicio que por determinadas circunstancias no recibió oportunamente dicha notificación. Así se decidió en sentencia de esta misma Sala del 14 de febrero de 1979, donde se estableció que: 'Consta en autos que las planillas fueron recibidas en el domicilio de la contribuyente por una empleada de la misma el 4 de agosto de 1972. La contribuyente alega que sólo tuvo conocimiento de ellas cuando posteriormente hizo una revisión del escritorio de la empleada. Por lo tanto, sólo existe un hecho cierto y comprobado en auto (sic), que es la entrega de las planillas el 4 de agosto de 1972, en el domicilio de la contribuyente, a una empleada de la misma. Tal hecho conlleva al nacimiento de una presunción juris tantum, que no es otra que el recibo, por parte de la contribuyente, de dichas planillas del 4 de agosto de 1972. A fin de desvirtuar tal presunción, la contribuyente sólo alegó, no probó, que fue posteriormente al inspeccionar el escritorio de la empleada, que encontró las planillas, sin señalar las fechas de tal suceso'. Es decir, que en esta materia la Corte ha acogido implícitamente el principio general del contrato de correo establecido en el artículo 1.137 del Código Civil, según el cual, lo que ha llegado a la dirección del destinatario se presume conocido por éste desde ese mismo instante, a menos que pruebe haberse hallado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerlo". V. Mary Ramos Fernández, "Información Jurisprudencial", en Revista de Derecho Público N° 7, 1981, p.p. 152 y ss.
Con posterioridad a la promulgación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, obviamente, ahora por mandato legal expreso, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido el mismo criterio. Así, en sentencia de fecha 19 de mayo de 1983 dejó sentado lo siguiente : " La finalidad de toda notificación no es otra que la de llevar a conocimiento de su destinatario la existencia del acto administrativo. Para que se cumpla dicha finalidad, no es requisito fundamental que la notificación se haga precisamente a la persona del destinatario o de un representante legal suyo. De acuerdo con principios generales que rigen en derecho privado y que son de posible traslado al derecho público, se presume que un acto es conocido cuando el mensaje correspondiente llega a la dirección del destinatario, a menos que este pruebe haberse hallado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerlo". V. Mary Ramos Fernández, "Información Jurisprudencial", en Revista de Derecho Público N°15, 1984, p. 128. No compartimos, sin embargo el carácter de presunción juris tantum del conocimiento, pues no se encuentra previsto así en el artículo 75 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

(17) Los comentarios son de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández ante la disposición española más o menos similar a la nuestra. V. Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, 8ª edición, 1998, p. 573. Cfr. Jesús Petit Da Costa, "La notificación de los actos administrativos" en Repertorio Forense N° 5535 del 26-12-82.

(18) Por ello no estamos de acuerdo con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativo del 10 de octubre de 1989 que estimó de aplicación preferente el artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos respecto al artículo 113 de la entonces vigente Ley Orgánica de la Contraloría General de la República por ser la primera especial en lo referente a la materia procedimental administrativa, pasando por alto los principios que consagran la generalidad y la especialidad de las normas (sentencia consultada en original), ampliamente desarrollado por Joaquín Sánchez Covisa en La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano, Caracas, 1956, p.p. 34 a 39.

(19) V. Enrique Sayagués Laso, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, 1959, p. 489.

(20) V. José Antonio García Trevijano Fos, Los Actos Administrativos, Madrid, 1991, p. 169.

(21) V. Allan R. Brewer Carías, "Las condiciones de recurribilidad de los actos administrativos en la vía contencioso-administrativa" en Revista del Ministario de Justicia Nº 54, enero-diciembre 1966, p. 92.

(22) V. Enrique Sayagués Laso, Tratado de Derecho Administrativo, op.cit., p.p. 393 y 487.

(23) V. Mary Ramos Fernández, "Información Jurisprudencial" en Revista de Derecho Público Nº 27, 1986, p. 114. También la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, en su sentencia del 18 de febrero de 1988, dejó establecido el mismo criterio así:

"... A ese respecto cabe recordar los criterios que en relación a los actos definitivos ha sentado en anteriores ocasiones esta Sala: 'Se entiende que un acto administrativo es definitivo, cuando implica la resolución, con plenos efectos jurídicos, de la cuestión sometida a conocimiento o decisión de la Administración. El acto definitivo, por tanto, es el que resuelve el fondo del asunto y por ello, no necesariamente es un acto que emana del superior de la jerarquía pues más bien casi siempre se produce a niveles inferiores, por lo cual no debe confundirse el acto administrativo, (sic) del acto que causa estado" (sentencia del 10 de enero de 1979).

"De manera pues que, en el presente caso, interesa conocer si el recurso contencioso-tributario interpuesto por Embotelladora Caroní, S.A., lo fue contra un acto definitivo o uno de trámite como lo afirma el sentenciador de la instancia, concepto este último que alude a aquella categoría de actos administrativos que, como su nombre lo indica, constituye un simple presupuesto de una decisión definitiva de la Administración y que por lo tanto no puede ser objeto de impugnación, salvo que impida la continuación de un procedimiento, causen indefensión o decidan indirectamente el fondo del asunto." (V. la sentencia en Gaceta Oficial Nº 34033 del 19-08-88).

(24) Este caso es el establecido en el artículo 138 de la Ley Orgánica de Aduanas, el cual dispone que para la interposición del recurso jurisdiccional no es necesario el agotamiento de la vía administrativa, a pesar de prever el recurso jerárquico.

(25) V. al respecto Allan R. Brewer Carías, El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, op.cit., p. 220.

(26) Ver Gaceta Oficial Extraordinaria Nº 4649 del 19-11-93.

(27) Ver Gaceta Oficial Nº 36565 del 22-10-98.

(28) Ver artículo 138 de la Ley Orgánica de Aduanas dictada mediante Decreto-Ley Nº 150 del 25 de mayo de 1999 en Gaceta Oficial Extraordinaria Nº 5353 del 17-6-99.

(29) Ver Mary Ramos Fernández, "Información Jurisprudencial", en Revista de Derecho Público Nº 10, 1982, p.p. 159 y 160.

(30) Ver Allan R. Brewer Carías, Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo V, Volumen I, Caracas, 1978, p.p. 232 a 234.

(31) V. Allan R. Brewer Carías, Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo III, Volumen I, Caracas, 1975, p. 295.

(32) Ver Mary Ramos Fernández, "Información Jurisprudencial" en Revista de Derecho Público Nº 10, 1982, p.p. 159 y 160 (subrayado nuestro).

(33) También un acto administrativo es firme "... en razón de que, habiéndolo controvertido ante los tribunales contenciosos, la decisión judicial haya quedado firme por no haber recursos contra ella." (Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 21 de julio de 1988 en Gaceta Oficial Extraordinaria Nº 4220 de fecha 13-11-90).

(34) Sobre la firmeza del acto administrativo puede verse Allan R. Brewer Carías, Instituciones ... op.cit., p.p. 145 y sig. y El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, op.cit., p.p. 213 y sig. Por su parte, Lares Martínez asimila el acto firme al acto que ha causado estado en Manual de Derecho Administrativo, 11ª edición, Caracas, 1998, p. 155.

(35) V. artículo 82 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

(36) Sobre el particular puede verse la sentencia de la Sala Político- Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 14 de mayo de 1985 en Caterina Balasso Tejera, Jurisprudencia sobre los Actos Administrativos, op.cit., p. 813.

(37) Allan R. Brewer Carías, Instituciones Fundamentales de Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana, op.cit., p. 147. Con razón Gabriel Ruan Santos ha sostenido que con la aprobación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos queda fuera de toda duda la existencia y alcance de esta potestad general de revocatoria (menoscabando así el principio de la cosa juzgada administrativa, añadiríamos nosotros) y fortalecida, a la vez que cabalmente regulada. V. Gabriel Ruan Santos, "La Administración y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos" en Revista de Derecho Público Nº 18, 1984, p. 81.

(38) V. sobre el particular Allan R. Brewer Carías, El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, op.cit., p. 203.

(39) V. el fragmento de la sentencia en Allan R. Brewer Carías, Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo, op.cit., Tomo III, Vol. 1, p. 269.

(40) V. ibídem, p. 269.

(41) V. ibídem, p. 274.

(42) Ibídem, p. 275.

(43) Ibídem, p. 279.

(44) Allan R. Brewer Carías, El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Adminsitrativos, op.cit., p. 203. En contra, Humberto Briceño León "Violación a derechos constitucionales. Excepción a la presunción de legitimidad y al principio de ejecutoriedad de los actos administrativos y la teoría de la obediencia legítima" en Revista de Derecho Administrativo Nº 3, mayo-agosto 1998, p.p. 312 y ss.

(45) Artículo 57.1 de la Ley del 26 de noviembre de 1992 de Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. No obstante, con anterioridad hemos formulado algunas críticas a esta disposición por asimilar, como principio, la validez con la eficacia. La ley anterior del 17 de Julio de 1958, fuente directa de nuestra Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, decía que los actos de la Administración serán válidos y producirán efectos (artículo 44).

(46) V. Hidelgard Rondón de Sansó, "Estudio Preliminar" en Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, Caracas, 1981, p.p. 33 y 34.

(47) V. Mary Ramos Fernández, "Información Jurisprudencial" en Revista de Derecho Público Nº 14, 1983, p.p. 161 y 162.

(48) V. Allan R. Brewer Carías, El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, op.cit., p. 205.

(49) María Teresa Machado de Merchán, quizá inspirada en Nemesio Rodríguez Moro (La Ejecutividad del Acto Administrativo, Madrid, 1949, p. 19) confunde la ejecutividad con la ejecutoriedad. V. "La ejecutividad y la ejecutoriedad de los actos administrativos" en Revista de Control Fiscal Nº 107, 1982, p. 44.

(50) V. Alberto Blanco-Uribe Quintero, "La ejecutividad de los actos administrativos" en Revista de Derecho Público Nº 27, 1986, p. 157, y en Revista de Control Fiscal Nº 118, 1985, p. 68.

(51) V. André de Laubadére, Jean Claude Venezia e Yves Gaudemet, Traité de Droit Administratif, Paris, 1992, p. 636. Cfr. Jaime Vidal Perdomo, "La ejecutividad de los actos administrativos : Su presunción de legalidad y legitimidad" en III Jornadas de Derecho Administrativo Allan Brewer Carías, Los efectos y la ejecución de los actos administrativos, Caracas, 1987, p.p. 161 y ss.

(52) V. Allan R. Brewer Carías, El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, op.cit., p. 206.

(53) V. artículo 95 de la Ley del 26 de noviembre de 1992 sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo Común, y los comentarios de José Antonio García Trevijano Fos en Los Actos Administrativos, op.cit., p. 375. V. igualmente Angel Meléndez Rexach "Procedimientos Administrativos : Finalización y Ejecución" en La Nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Madrid, 1993, p. 269.

(54) Sobre la distinción entre multa coercitiva y multa sancionatoria véase José Antonio García Trevijano Fos, Los Actos Administrativos, op.cit., p. 379. En relación a las multas sancionatorias Víctor Hernández Mendible propugna que la misma no debe ejecutarse hasta que no quede firme, todo ello a la luz del principio constitucional de la tutela judicial efectiva. V. "La ejecución de las resoluciones administrativas impuestas por la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras" en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Nº 116, Caracas, 1999, p. 58.

(55) V. José Antonio García Trevijano Fos, Los Actos Administrativos, op.cit., p.p. 379 y 380.

(56) V. Bartolomé A. Fiorini, Teoría General del Acto Administrativo, op.cit., p. 144.

(57) V. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, op.cit., p. 506.

(58) V. André de Laubadére, Jean Claude Venezia e Yves Gaudemet, Traité de Droit Administratif, op.cit., p. 636, y los interesantes comentarios de José Ramón Parada Vásquez en "La ejecutoriedad de los actos administrativos" en III Jornadas de Derecho Administrativo Allan R. Brewer Carías, Los Efectos y la ejecutividad de la actos administrativos, op.cit., p.p. 182 y ss. Acerca de la necesidad de un sistema efectivo de protección cautelar frente al desmedido uso que la Administración puede realizar del principio de la ejecutoriedad, véase el excelente trabajo de Luis A. Ortiz Alvarez, "El privilegio de autotutela y el principio del efecto no suspensivo de los recursos (reflexiones históricas y de tutela judicial efectiva)" en Revista de Derecho Administrativo Nº 1, septiembre-diciembre 1997, Caracas, p.p. 71 y ss. El autor pone de manifiesto, al citar el importante trabajo de A. Canova González ("Principios modernos sobre medidas cautelares del contencioso administrativo en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andres Bello Nº 50, Caracas, p. 91) como perjudica al administrado el retardo de los jueces en decidir, lo que constituye un menoscabo a la tutela judicial efectiva. Nosotros creemos que a la luz del artículo 26 de la Constitución recientemente aprobada, conforme al cual el Estado debe garantizar un justicia accesible, idónea, equitativa y transparente, los jueces tienen ya un fundamento constitucional válido para aplicar el sistema de protección al administrado a través de medidas cautelares efectivas. Cfr. Luis Fraga Pittaluga "Consideraciones generales sobre la suspensión de los efectos de los actos administrativos en sede jurisdiccional" y, en especial, su referencia al principio de ejecutoriedad en Revista de la Fundación Procuraduría Nº 14, Caracas, 1966, p.p. 389 y ss. y Humberto Briceño León "Violación a derechos constitucionales. Excepción a la presunción de legalidad y al principio de ejecutoriedad de los actos administrativos y la teoría de la obediencia debida" en Revista de Derecho Administrativo Nº 3, Caracas, mayo-agosto, 1998, p.p. 311 y ss.

(59) V. Allan R. Brewer Carías, "Los efectos no suspensivos del recurso contencioso-administrativo de anulación y sus excepciones", en Revista de la Facultad de Derecho, U.C.V., Nº 37-38, Caracas, 1968, p.p. 293-302 ; Allan R. Brewer Carías, "Comentarios en torno a la suspensión de los efectos de los actos administrativos en vía contencioso- administrativa", en Revista de Derecho Público, Nº4, Caracas, 1980, p.p. 189 a 195 ; Allan R. Brewer Carías, "Aspectos procesales de la decisión sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos contencioso-administrativos de anulación", en A. Moles Caubet y otros, Contencioso-administrativo en Venezuela, Caracas, 1981, p.p. 163 y ss ; Allan R. Brewer Carías, "Aspectos de la ejecutividad y la ejecutoriedad de los actos administrativos fiscales y la aplicación del principio *solve et repete*", en Revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa, Nº 33, Caracas, 1965, p.p. 17 y ss. ; y en Revista del Ministerio de Justicia, Nº 53, Caracas, 1965, p.p. 67 y ss. y Allan R. Brewer Carías, El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, op. cit., p. 210.

(60) V. artículo 173 del Código Orgánico Tributario : "La interposición del recurso (jerárquico) suspende la ejecución del acto recurrido. Cuando en el recurso sólo se impugne parcialmente el acto, será exigible el pago de la porción no objetada, en el término de Ley.
Queda a salvo la utilización de las medidas cautelares previstas en este Código."

(61) V. artículo 189 del Código Orgánico Tributario: "La interposición del recurso (contencioso tributario) suspende la ejecución del acto recurrido. Queda a salvo la utilización de las medidas cautelares previstas en este Código, las cuales podrán decretarse por todo el tiempo que dure el proceso, sin perjuicio de que sean sustituidas conforme al aparte único del artículo 214."

(62) V. Luis Fraga Pittaluga Los recursos tributarios. El efecto suspensivo y las medidas cautelares, Caracas, 1987, p.p. 29 y ss y en Homenaje a la Memoria de Ilse Van Der Velde, La Administración Tributaria y los derechos de los contribuyentes, Caracas, 1998, p.p. 255 y ss.

(63) V. Gaceta Oficial Nº 2.992 del 3-8-82, artículos 162 y 178. El Código Orgánico Tributario vigente fue dictado mediante decreto-ley Nº 189 del 25 de mayo de 1994. V. Gaceta Oficial Extraordinaria 4727 del 27-5-94. Extraña que el Presidente de la República le haya dado carácter orgánico a este Decreto-ley cuando ese Alto Funcionario no podía dictar leyes orgánicas por voluntad del Legislador, pues era imposible para él contar con el requisito de la mayoría absoluta de los integrantes de cada Cámara, tal como lo exigía la Constitución de 1961. En efecto, la habilitación que se le acordaba era para que él dictase decretos con rango de ley, razón por la cual las leyes orgánicas por voluntad del Legislador no podían ser dictadas sino por el órgano legislativo. V. Jesús Caballero Ortiz, Las Leyes Orgánicas, Caracas, 1999, p.p. 38 y 39.

(64) V. las referencias a esta doctrina en el meticuloso trabajo ya citado de María Teresa Machado de Merchán, "La ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos", loc., cit., p.p. 58 y ss.

(65) V. artículo 447 de la Ley Orgánica del Trabajo.

(66) V. artículo 453 de la Ley Orgánica del Trabajo.

(67) V. artículos 29 a 32 y 65 a 75, del Decreto-ley de Arrendamientos Inmobiliarios del 6 de octubre de 1999, en Gaceta Oficial Nº 36845 del 7-12-99.

(68) Consultada en original.

(69) Ya dicho acto no está reservado a la Administración sino a los tribunales ordinarios. V. Ley de Arrendamientos Inmobiliarios.

(70) Sobre los actos administrativos que ordenaban el desalojo de viviendas, los cuales, como ya señalamos, no son ya de la competencia de la autoridad administrativa, Brewer sostenía que su no ejecutoriedad provenía de su carácter jurisdiccional (V. "Consideraciones sobre la ejecución de los actos administrativos -a propósito de los actos administrativos que ordenan el desalojo de viviendas-" en Revista de Derecho Público Nº41, enero-marzo 1990, p. 162). La opinión contraria es sostenida por Irmaisabel Lovera de Sola en "Ejecutabilidad de las decisiones de inquilinato en materia de desalojos en Revista de Derecho Público Nº 57-58, enero-junio 1994, p.p. 110 y ss.

(71) V. por ejemplo el artículo 34 literal a) de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios.

LA FRUSTRACCIÓN DE LA SIEMBRA DEL PETRÓLEO

Ramón Crazut (*)

CONTENIDO:

INTRODUCCIÓN: EL PETRÓLEO COMO ELEMENTO CENTRAL DE LA POLÍTICA ECONÓMICA VENEZOLANA.

Por razones que son altamente conocidas el petróleo ha sido objeto de especial atención en las políticas públicas y en el pensamiento económico y sociopolítico venezolano, materia en la cual se han realizado enfoques diferentes a través de varias etapas en las cuales los problemas han cambiado y el interés se ha centrado en objetivos también

(*) Miembro del Personal Docente y de Investigación de la UCV y UCAB.

diferentes, pero siempre dentro de la idea común de ejercer un mayor control de esa actividad extractiva y obtener de ella mayores beneficios para destinarlos a una más cabal satisfacción de las necesidades colectivas y al desarrollo y diversificación de la economía.

Durante la primera etapa de la industria petrolera que abarca desde el comienzo de la explotación de ese combustible en el país hasta 1936, aproximadamente, poco se habla y escribe sobre el tema en razón de las dificultades existentes para la libre expresión y discusión de las ideas, aun cuando la historia ha reconocido la existencia de figuras relevantes de gran preocupación nacionalista en ese campo como Gumersindo Torres, promotor de la Ley de Hidrocarburos de 1920, quien en cierta oportunidad, al analizar la exoneración de impuestos aduaneros de que disfrutaban las compañías explotadoras de hidrocarburos, llegó a afirmar que era preferible que dichas empresas se llevaran el petróleo libre de regalías, pero pagaran los derechos de importación.

En una segunda etapa que transcurre durante la administración de los generales Eleazar López Contreras e Isaías Medina Angarita (1936 a 1945), la atención se centra en el proceso de unificación de concesiones que culmina con la Ley de Hidrocarburos de 1943, la cual además reafirma el poder regulador del Estado en materia de hidrocarburos y abre el camino para una más racional explotación petrolera. Suele identificarse una tercera etapa a partir de 1945 que se orienta a la obtención de una participación más equitativa en los beneficios de la industria petrolera que se materializó con la creación del régimen impositivo denominado del "fifty-fifty", durante la Junta Revolucionaria del Gobierno presidida por Rómulo Betancourt y, posteriormente, con el llamado "sesenta cuarenta" promulgado durante la Presidencia interina del Dr. Edgar Sanabria.

A raíz del derrocamiento del Gobierno del General Marcos Pérez Jiménez (1958) surgen nuevas inquietudes en el ámbito petrolero venezolano tales como la política de no otorgar más concesiones y la búsqueda de una modalidad sustitutiva de esa política, lo que cristaliza en la creación de la Corporación Venezolana del Petróleo en 1960. En el aspecto internacional, el surgimiento de la OPEP y el respaldo a sus políticas ocupan un lugar relevante. A finales del decenio de los sesenta y comienzos de los setenta, las acciones se orientan a la creación de condiciones previas para la reversión de las concesiones y eventual nacionalización, a consecuencia de lo cual se promulgan distintos instrumentos jurídicos como la Ley de Bienes Afectos a la Reversión Petrolera y las leyes que autorizan la nacionalización de la industria del gas y distribución de hidrocarburos. En 1975 se promulga la Ley que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de Hidrocarburos y el 1° de enero de 1976 se nacionaliza la industria.

Después de una etapa de pensamiento nacionalista y estadista, durante la cual se consolida la nacionalización, en 1998 surgen nuevos escenarios políticos que propician las privatizaciones, el neoliberalismo y las asociaciones estratégicas, modalidades sobre la cuales gira en gran parte el debate petrolero actual. A nivel más especializado, particularmente en el ámbito académico, la discusión se centra en los puntos contenidos en el llamado Cuadrilátero Petrolero, conceptualizado por el profesor Rafael Zanoni, que son: a) Propiedad estatal de PDVSA, b) Apertura Petrolera, c) Consolidación de la OPEP, y, c) Transformación de PDVSA en una empresa multinacional capaz de enfrentar los retos tecnológicos y de la libre competencia.

Por último, conjuntamente con todos los criterios y políticas que se han reseñado –orientados a racionalizar la explotación petrolera y a ejercer un mayor control sobre la misma–, ha estado presente a la idea subyacente de obtener un mayor aprovechamiento de esa riqueza extractiva y agotable, a fin de destinar los recursos obtenidos al desarrollo y diversificación de la producción, objetivo que fue sintetizado hace muchos años con la expresión: siembra del petróleo. Examinar los alcances y limitaciones de ese objetivo constituye el propósito fundamental del presente trabajo.

Origen y Significado del Concepto "Siembra del Petróleo".

1. Formulación Inicial

Desde que se inició la explotación petrolera en Venezuela se planteó el problema de qué hacer con los repentinos y elevados recursos que proporcionaba al país esa actividad, los cuales a la vez estaban creando graves distorsiones en razón del impacto que ejercían sobre aquella economía primitiva y semifeudal que no estaba en capacidad de asimilar eficientemente tan cuantiosos recursos. Como resultado de esa preocupación y, dentro del novedoso sistema que representaba la libertad de prensa y el libre debate de opiniones, en junio de 1936 aparece un editorial en el Diario "Ahora" titulado "La Siembra del Petróleo", escrito por Arturo Uslar Pietri, en donde se analizaban esos problemas, y se concluía con la siguiente afirmación:

> "Si hubiéramos de proponer una divisa para nuestra política económica, lanzaríamos la siguiente que nos parece resumir dramáticamente la necesidad de invertir la riqueza producida por el sistema destructivo de la mina en crear riqueza agrícola reproductiva y progresista: sembrar el petróleo.[1]

[1] Salvo indicación en contrario, los artículos periodísticos y otros escritos de Uslar Pietri aquí citados tienen como fuente bibliográfica el trabajo titulado *Análisis y Ordenación de la Obra Económica de Arturo Uslar Pietri*, por Tomás E. Carrillo Batalla. Publicaciones de la Academia Nacional de Ciencias Económicas. Tomos I al III. Caracas 1990.

En todo caso, cabe observar que esta idea no puede atribuirse sólo al editorialista, ya que una preocupación similar flotaba en el ambiente político e intelectual de la época y había sido expresada implícita o explícitamente en artículos de Alberto Adriani recopilados posteriormente en la obra *Labor Venezolanista* (Adriani 1937), así como también en escritos de Rómulo Betancourt recopilados en la obra *Problemas Venezolanos* (Betancourt 1940), para citar los casos más relevantes. Sin embargo, no cabe duda que la formulación de Uslar Pietri en la expresión "sembrar el petróleo" parece recoger cabalmente el concepto, en razón de la cual se convirtió en una especie de consigna o denominador común de la política económica venezolana aceptada e instrumentada, en mayor o menor grado, por todos los gobiernos que se han alternado en el ejercicio del poder desde 1936 hasta nuestros días.

2. *Interpretaciones Posteriores*

Con base en una interpretación literal, se pensó originalmente que sembrar el petróleo significaba invertir los recursos derivados de esa riqueza en el fomento de la producción agropecuaria, pero progresivamente a través de distintos trabajos y de una continua labor periodística de carácter educativo Uslar se encarga de aclarar la filosofía y alcances de su propuesta sobre el destino que debe darse a esa riqueza del subsuelo. En su obra *Sumario de Economía Venezolana para Alivio de Estudiantes* (Uslar Pietri 1945) expresó su criterio sobre la naturaleza de la riqueza petrolera venezolana cuando expuso:

> "El petróleo no es una cosecha ni una renta sino el consumo de un capital depositado por la naturaleza en el subsuelo".

Con posterioridad, su labor periodística, académica, política y actividad intelectual en general se orienta a la profundización y divulgación de esas ideas, así como a insistir que el petróleo en recurso agotable, que puede además ser sustituido por otra forma de energía y que la abundancia de recursos financieros ha venido cambiando la mentalidad de los venezolanos. Asimismo, critica severamente a los gobiernos y a la población por la "locura colectiva" creada por esa riqueza súbita y advierte además sobre posibles fluctuaciones en los precios petroleros. En una artículo titulado "Sembrar el Petróleo (25 años después)" publicado en 1961 hace una recapitulación de su pensamiento petrolero y del modo en que el sector público ha venido utilizando esa riqueza, además que aclara el sentido de la siembre de petróleo cuando dice:

> "obtener el máximo posible de la actividad petrolera para convertir esa riqueza agotable y no renovable, mediante la inversión inteligente, constante y casi avara en industrias, desarrollo agrícola, maquinaria, crédito, obras de infraestructura y acondicionamiento; en riqueza estable creciente y reproductiva que asegure la vida y el crecimiento del país más allá de los límites del ciclo de la explotación petrolera". (Citado por Carrillo Batalla. 1990. p. 221)

Algunos analistas atribuyen a Rómulo Betancourt y a Juan Pablo Pérez Alfonzo la idea de ampliar el concepto de siembra del petróleo para incluir en él no sólo las inversiones reproductivas de carácter tradicional en equipos y bienes de producción, sino también las inversiones requeridas para el mejoramiento del capital humano. Al respecto se ha expuesto que con el golpe de Estado de 1945 y la llegada al poder del partido Acción Democrática la visión capitalista de la siembra del petróleo, sin desaparecer totalmente, da paso a una nueva visión de carácter populista y proteccionista pero con cierta fundamentación conceptual, en razón de que según voceros del nuevo gobierno no resultaba posible dar una destino productivo al ingreso petrolero, si antes no se garantizaban los mínimos niveles de vida de la población especialmente en el área de salud, educación y empleo considerándose, por lo tanto, que el gasto social era prioritario y que constituía la única forma de asegurar a posteriori la eficiencia del gasto en inversión (Rodríguez Rojas. 1997. p. 169)

En su estudio sobre el Petróleo en el *Pensamiento Económico Venezolano* Asdrúbal Baptista y Bernard Mommer (Baptista. 1997) analizan detenidamente esta segunda visión de la siembra del petróleo la cual afirman, "se erigió sobre la crítica y denuncia militante de las condiciones económicas, sociales y políticas de la Venezuela anterior al 18 de octubre de 1945", fundamentada en la idea de que el público venezolano "no sólo no se beneficiaba de la siembre del petróleo sino que era víctima de la crisis de la Venezuela agroexportadora, agudizada por el creciente desinterés del Estado y de las clases dominantes (Ob. cit. p.p. 49-50)

Consecuencialmente, se ha registrado en el país un consenso bastante generalizado sobre la necesidad de sembrar el petróleo para la cual han existido distintas interpretaciones sobre ese concepto. En primer lugar puede citarse la interpretación agrarista, atribuida tanto a Adriani como a Uslar Pietri en sus primeros escritos en donde se reflejaba la existencia de una vida efímera del petróleo y del predominio en el país de una psicología minera que venía destruyendo la economía agropecuaria, la cual debería apuntalarse con los recursos provenientes de la actividad extractiva (Rodríguez Rojas 1977). En segundo lugar, se cita la visión capitalista contenida en trabajos posteriores de Uslar en donde vislumbra una vida más larga para el petróleo y posibilidades de iniciar un proceso de industrialización y, en tercer lugar, la visión populista a que ya hemos hecho referencia.

3. *Enfoque a Través de Modelos Socioeconómicos*

Otros autores han utilizado el criterio de los modelos socioeconómicos para identificar y clasificar más cabalmente las distintas etapas que se han venido observando en las relaciones entre la actividad petrolera, el Estado y la economía y sociedad venezolana, distinguiéndose al respecto algunos modelos básicos con la advertencia de que los mismos, si bien tienen características diferenciadas, por regla general se sobreponen en el tiempo y que el inicio de uno no elimina completamente del otro[2]. En tal sentido suelen citarse los siguientes modelos:

El Modelo de Enclave Petrolero. Coincide aproximadamente este modelo con los primeros escritos de Adriani en la etapa que hemos denominado agrarista, cuando se consideraba que el petróleo tendría una duración muy transitoria, que estaba creando grandes trastornos en la agricultura por el abandono del campo y concentración de la población en centros petroleros y que las actividades de explotación de este combustible no pasarían de ser un enclave extranjero en el país. Políticamente se ha ubicado esta etapa durante el régimen del General Gómez cuando se toman las primeras iniciativas de utilizar los recursos petroleros para financiar otras actividades productivas, tal como fue el caso de la creación del Banco Agrícola y Pecuario.

El Modelo de la Siembra del Petróleo. Se inicia aproximadamente después de la muerte de Gómez cuando Uslar formula su consigna al respecto y tiene sus primeras manifestaciones durante los gobiernos de López Contreras y Medina Angarita al llegarse al convencimiento de que el petróleo tendría una duración más prolongada y que los recursos derivados de esa actividad podrían ser utilizados para la diversificación de la producción y modernización del país. Dentro de esa orientación se crea el Banco Industrial en 1937, así como la Junta de Fomento a la Producción, se construyen obras de infraestructura y se promulga la Ley de Hidrocarburos de 1943 después de la cual se instalan las refinerías en el país y se inicia un proceso de mayor integración entre la actividad petrolera y la economía interna no extractiva.

El Modelo Distributivo. Comienza a perfilarse después de 1945 con el derrocamiento del General Medina Angarita y tiene como ideólogos básicamente a Rómulo Betancourt y a Juan Pablo Pérez Alfonzo quienes, como hemos visto, sustentaban la tesis de que resultaba imposible modernizar al país y diversificar la producción sin lograr previamente un mejoramiento del capital humano a través de inversiones en educación y sanidad a lo cual se destinan cuantiosos recursos. Sin embargo, durante ese período no se desatiende la inversión reproductiva y se hacen grandes esfuerzos para el fomento

[2] Entre los estudios sobre la materia pueden mencionarse los realizados por el Grupo Interdisciplinario de Modelos Socieconómicos de la Universidad de los Andes (Domingo 1994)

de la producción a través de la actividad crediticia y promoción industrial. Se crea la Corporación Venezolana de Fomento y se subsidian algunos renglones de producción y de consumo dentro de la idea de que la riqueza petrolera debe distribuirse en forma equitativa.

El Modelo de Sustitución de Importaciones. Centra su interés en la sustitución de la importación de bienes de consumo, particularmente de origen industrial y se vincula al criterio de siembra del petróleo debido a que para el logro de ese objetivo se destinan grandes recursos gubernamentales a través de créditos y asistencia técnica. Se inicia con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial y adquiere mayor fuerza a comienzos de los años cincuenta con motivo de la revisión del Tratado de Reciprocidad Comercial con Estados Unidos al cual nos referiremos más adelante.

El Capitalismo de Estado. Dadas las dificultades para acelerar el proceso de industrialización del país a través del mecanismo de créditos al sector industrial y en razón de la existencia de actividades que requerían grandes capitales y que los particulares no estaban en capacidad de acometer, el Estado comienza a invertir directamente en ciertas áreas de la producción: siderúrgica, petroquímica, reducción de aluminio y centrales azucareros, entre otras, lo que da origen al llamado Estado empresario. La Constitución de 1961 proporciona fundamento jurídico-económico a este modo de invertir los recursos petroleros cuando establece que el Estado propenderá al desarrollo de una industria pesada básica bajo su control.

La Intervención del Estado como Premisa Fundamental

Por razones que son evidentes, la intervención del Estado en la economía constituye uno de los postulados básicos de la política de siembra del petróleo por ser fundamentalmente a través de mecanismos intervencionistas que pueden canalizarse los recursos derivados de esa actividad extractiva hacia el objetivo de impulsar y diversificar la producción y lograr un crecimiento económico autosostenido y autónomo. La intervención gubernamental en la economía se justifica, en primer lugar, por la feliz circunstancia histórica de que el Estado es el propietario de los recursos del subsuelo gracias a la previsión del Libertador, quien en su famoso Decreto de Quito fechado en 1829, estableció las bases para que en la legislación venezolana se adoptase el sistema establecido en las leyes coloniales españolas según el cual la propiedad de los recursos del subsuelo correspondía a la Corona y pasasen, por lo tanto, a propiedad del Estado en la Era Republicana. La intervención estatal se justifica, igualmente, por la desproporcionadamente elevada riqueza petrolera en un país tradicionalmente empobrecido que no ha estado en capacidad de asimilar cabalmente tan cuantiosos recursos, así como también por las distorsiones que tal situación ha venido teniendo sobre la actividad económica nacional.

Coincidencialmente, el propio Uslar Pietri es uno de los primeros en reconocer y justificar esta situación, cuando es su discurso pronunciado con motivo de la instalación de la Escuela Libre de Ciencias Económicas, en 1938, expresó los siguientes conceptos:

> Hoy en día el Estado venezolano (...) es el centro de toda la economía nacional. Ante este hecho brutalmente simple y cierto resulta absolutamente bizantino ponerse a discutir sobre la conveniencia de que el Estado intervenga o no en la vida económica. El hecho es que el Estado interviene y está interviniendo en nuestra vida económica, porque nuestra vida económica no es sino un reflejo de la riqueza del Estado" (Citado por Carrillo Batalla, 1990. p. 49)

La intervención del Estado en la actividad económica como doctrina orientada al logro de determinados objetivos se inicia en Venezuela durante la Administración del General López Contreras y se formaliza oficialmente con toda su amplitud en septiembre de 1939 con la suspensión de las garantías de industria y comercio contenidas en la Constitución de 1936, a fin de poder establecer cupos de importación y regulación de precios con motivo de las dificultades de abastecimiento que se produjeron a causa de la Segunda Guerra Mundial. Concluido el conflicto bélico y normalizada la situación de abastecimiento comenzó a perfilarse una corriente de opinión poco proclive a la restitución de las mencionadas garantías debido, por una parte, a los criterios proteccionistas e intervencionistas que privaban en el ámbito mundial durante los años de la inmediata postguerra y, por la otra, a la multiplicidad de problemas que experimentaba el país, entre ellos la necesidad de estimular el desarrollo económico, que no podían ser resueltos sin una adecuada intervención del Estado. (Crazut, Ramón 1994)

En la Memoria presentada al Congreso Nacional en 1940 por el entonces Ministro de Fomento, Dr. Manuel R. Egaña, se encuentran interesantes apreciaciones sobre el criterio que para la época se tenía de la necesidad y alcances de la intervención del Estado en la economía, cuando se expone que, "si bien es cierto que la acción del Estado deber ser estimulante, orientadora y tuitiva, no menos cierto es que esa acción debe orientarse al desarrollo de la nación como una conjunto armónico y que el Estado debe intervenir, bien sea de manera directa o indirecta, mediata o inmediata, para promover, alentar y fortalecer actividades económicas y para proteger los intereses colectivos cuando se vean amenazados o perjudicados". Descarta, por lo tanto, la tesis tradicional defendida por los ideólogos del liberalismo económico según la cual el Estado debe limitarse, básicamente, a la conservación del orden público, a la política exterior y a las funciones de seguridad y defensa.

Durante la administración del General Isaías Medina continúa el debate sobre liberalismo, intervencionismo y suspensión o no de las garantías económicas de la Constitución,

debate que tiene una de sus mayores expresiones en un Foro realizado a comienzo de 1945 en donde participan relevantes figuras de la intelectualidad de la época, entre ellos, Arturo Uslar Pietri, Manuel R. Egaña, J. J. González Gorrondona, Rodolfo Rojas y Alfredo Machado Hernández, en donde se concluyó básicamente admitiendo que la intervención del Estado en la economía era un corolario de la amplitud de funciones que hoy en día corresponden al sector público y que esa funciones estaban más cabalmente acentuadas en nuestro país por la riqueza petrolera y necesidades de desarrollo. (Carrillo Batalla 1993) A finales de ese mismo año, con motivo de la ruptura del hilo constitucional, irrumpen en el poder gobernantes con un criterio más radical del concepto de siembra del petróleo y se comienza a profundizar en esa política. Por otra parte, desde el punto de vista constitucional, se observa que todas las constituciones adoptadas desde entonces conservan los principios tradicionales de garantías económicas, las cuales son suspendidas de manera casi automática por los gobiernos para poder instrumentar la política de intervención del Estado en la economía. (Crazut, Ramón 1994)

Dificultades Pasadas y Presentes para la Siembra del Petróleo

Numerosas y variadas dificultades ha confrontado Venezuela para lograr el objetivo de siembra del petróleo, algunas de las cuales han desaparecido con el tiempo mientras que otras se encuentran en vías de desaparición o superación. Entre las dificultades del primer tipo se encuentran las limitaciones en cuanto a población y mercado interno, el Tratado de Reciprocidad Comercial con Estados Unidos y la sobrevaluación del bolívar. Entre las del segundo tipo pueden citarse las deficiencias administrativas atribuibles a la presunta incapacidad del venezolano para administrar esta riqueza, así como los efectos desfavorables que sobre la población ha ejercido la llamada psicología minera, caracterizada por una elevada propensión al consumismo y escasa inclinación al ahorro y la inversión.

1. Escasa Población y Limitaciones del Mercado Interno.

La escasa población y el reducido mercado interno han constituido una de las mayores limitaciones que ha tenido el país para asimilar tan cuantiosa riqueza y destinarla a fines productivos. Cuando Uslar Pietri formuló su famosa consigna, la población venezolana era de tres y medio millones de habitantes de los cuales más del 75% habitaba en el medio rural y menos del 25% en centros poblados, con una tasa de analfabetismo de cerca del 80% y en precarias condiciones de educación y salud. Bajo tales condiciones resultaba difícil crear otras actividades económicas alternativas que sustituyeran al petróleo, además de que el efecto distributivo que realizaba el Estado a través del gasto público se traducía en una corriente migratoria del campo a las ciudades, lo que restaba mano de obra a la agricultura tradicional e imposibilitaba su coexistencia con la economía petrolera.

2. *Tratado de Reciprocidad Comercial con Estados Unidos.*

A los problemas anteriormente mencionados con relación a limitaciones del mercado interno, se añadió la circunstancia de que en 1939 se suscribió un Tratado de reciprocidad comercial con Estados Unidos mediante el cual ese país se obligaba a crear condiciones favorables para las importaciones de petróleo venezolano, mientras que Venezuela adquiría el compromiso de no elevar los aranceles aduaneros ni establecer cupos de importación para más de 100 renglones industriales y agrícolas procedentes de Estados Unidos, beneficios que se hacían extensivos a otras naciones industrializadas a través de la Cláusula de la Nación más Favorecida. Como es evidente, esta situación impedía la posibilidad de que se acometiera la producción de dichos renglones en el país ya que para ello se requería de un mínimo de protección arancelaria por razón de costos comparativos y debilidad de la industria incipiente. Este Tratado comenzó a revisarse a principios de los años cincuenta gracias a lo cual se inició el proceso de sustitución de importaciones y fue denunciado por Venezuela durante la primera administración del Dr. Rafael Caldera.

3. *Sobrevaluación del Bolívar*

La consecuencia de los apreciables recursos en dólares que recibía el país como resultado de la explotación petrolera y de la limitada capacidad de la economía nacional para utilizar tan elevada provisión de divisas fue una marcada sobrevaluación del bolívar, particularmente acentuada durante el decenio de los años treinta. A través del llamado Convenio Tinoco, suscrito en 1937, el Gobierno Nacional acordó en adquirir las divisas proveniente de las empresas petroleras al tipo de Bs. 3,90 por dólar después de lo cual, en 1938, se registró una reevaluación del bolívar situándose el tipo de cambio a Bs. 3,09 por dólar. Tal reevaluación resultaba paradójica ya que para aquellos años, con motivo de la depresión económica internacional, casi todas las monedas experimentaron devaluación frente al dólar, lo que constituía, por lo tanto, un reflejo de la especialísima situación que experimentaba en el país a consecuencia de los ingresos petroleros.

La sobrevaluación del bolívar si bien permitía adquirir productos importados a precios muy convenientes para el consumidor actuaba desfavorablemente sobre la economía nacional en dos sentidos: Por una parte, dificultaba cualquier proceso de sustitución de importaciones en razón del precio comparativamente menor de los productos importados y, por la otra, actuaba también negativamente sobre las posibilidades de diversificar las exportaciones debido al escaso contravalor en bolívares que recibían los exportadores. En 1940, con motivo la creación del Banco Central de Venezuela se estableció un sistema de cambios diferenciales, fundamentalmente, con la idea de favorecer las exportaciones de café y de cacao, mecanismo que tuvo éxito relativamente

moderado, entre otras razones por contar con la oposición permanente del Fondo Monetario Internacional por ser contrario a los objetivos contenidos en el Convenio Constitutivo de esa Institución. En 1982 a consecuencia del debilitamiento de los precios del petróleo y del elevado endeudamiento externo, se inició un proceso sostenido de devaluaciones del bolívar que, al parecer, no ha tenido un efecto favorable sobre la industrialización del país, a juzgar por la crisis que se ha venido registrando a partir de esa fecha.

4. *Efectos Psicológicos Adversos*

Para la mayoría de los estudiosos del comportamiento de la economía y de la sociedad venezolana, la elevada renta petrolera ha tenido efectos desfavorables al crear una conciencia de país minero, poco proclive a la previsión y al ahorro, en donde la riqueza fácil, no ganada con el trabajo productivo, se traduce en una elevada propensión al consumo y al despilfarro. Para los defensores de esta tesis la situación se agrava considerablemente por el hecho de que en varias ocasiones las crisis económicas venezolanas han sido superadas en forma repentina por aumentos en los precios del petróleo, vinculados con conflictos bélicos internacionales, lo que ha dado origen a expresiones tales como el "milagro recurrente" y "Dios es venezolano" (Quirós Corradi 1997). Buena parte de la obra económica de Uslar Pietri esta orientada a analizar esta conducta imprevisiva del venezolano y a crear una conciencia favorable a un cambio al respecto. En todo caso, la situación no es privativa sólo de Venezuela y se ha observado en otros países, como fue el caso de España después del descubrimiento de América, a causa del oro recibido del Nuevo Mundo, así como también en Holanda durante su apogeo colonial y comercial, razón por la cual algunos autores califican esta situación con el nombre de "enfermedad holandesa".

5. *Deficiencias Administrativas*

Otra corriente de pensamiento, por el contrario, hace más énfasis en las deficiencias administrativas del Estado que en la conducta dispendiosa del venezolano, aduciendo que: a) El Estado es el principal receptor y administrador de la riqueza del subsuelo y es, además, el principal dilapidador. b) El Estado a través de su política económica está obligado a crear condiciones favorables para el ahorro y la inversión en el sector privado, lo cual no ha hecho. c) El Estado ha sido incapaz de transformar la riqueza petrolera en inversiones reproductivas, y ha sido también altamente ineficiente en su política distributiva, como lo demuestra el marcado carácter regresivo que se ha observado en la distribución del ingreso. En distintos trabajos sobre la materia Alberto Quirós Corradi analiza esta situación, enfatizando en las peculiaridades y desviaciones específicas del Estado venezolano al cual califica con la denominación de Petro-Estado, para concluir que la consecución de la estabilidad política y el mantenimiento

de la gobernabilidad han tenido prioridad sobre la siembra del petróleo. (Quirós Corradi. ob. cit)

6. *Desviaciones y Filtraciones en la Política de Siembra del Petróleo*

Independientemente de las deficiencias administrativas señaladas, cabe agregar que sea cual fuere la orientación que de la política de siembra del petróleo o alcance del modelo predominante (ya sea inversiones directamente reproductivas en bienes de producción, o indirectamente reproductivas orientadas a mejorar el capital humano), siempre ha existido y existe la posibilidad de desviaciones y filtraciones que obstaculizan o limitan el logro de ese objetivo. En el primer caso se han observado, entre otras, las siguientes desviaciones: a) Tendencia a la construcción de obras de carácter predominantemente suntuario que no tienen carácter verdaderamente reproductivo porque no contribuyen al incremento de la producción y que pueden calificarse preferentemente como bienes de consumo durable. b) Créditos para el desarrollo industrial y agrícola otorgados con orientación predominantemente política que no llenan su cometido y que no son recuperados; y, c) Inversiones mal planificadas que tampoco cumplen su cometido.

En el segundo caso, han sido notorias las intenciones electorales y populistas subyacentes en los gastos que se realizan bajo la denominación de mejoramiento del capital humano, que se traducen en aumentos significativos de la burocracia y el consumismo con efectos desfavorables sobre las finanzas públicas y la balanza de pagos. De ahí que el propio Pérez Alfonzo (propulsor original del modelo distributivo) al observar que los desmedidos ingresos petroleros obtenidos en los años setenta se utilizaban de manera preferente en gastos improductivos y en un consumismo exagerado, reaccionó enérgicamente en contra de la tesis de utilizar esos ingresos para gastos de consumo y en distintos artículos que escribió así como en su obra *Petróleo y Dependencia* (Pérez Alfonzo 1971) consignó la idea de que los gastos ordinarios del Estado deberían ser atendidos con la tributación ordinaria y que los recursos derivados del petróleo deberían destinarse a la inversión reproductiva.

El Aumento de los Precios del Petróleo y el Desbordamiento del Gasto Público

A comienzos del decenio de los años setenta, durante la primera administración del Presidente Carlos Andrés Pérez, con motivo de una serie de factores como la llamada crisis energética, las tensiones en el Medio Oriente que culminan con la guerra del Yom Kippur y el fortalecimiento de la OPEP, los precios del petróleo se cuadruplican al pasar de un promedio de alrededor de 2,5 dólares por barril a cerca de 12 dólares en 1973 y continúan creciendo durante los años venideros con pronósticos altamente favorables. A consecuencia de ello se elevan considerablemente los ingresos públicos

y reservas internacionales del país, a la vez que se potencializa en grado extremo la psicología minera y rentista de nuestra población y, en especial, de nuestros gobernantes, quienes según los medios de comunicación, se habían propuesto a realizar grandes transformaciones no sólo en el ámbito nacional sino también mundial. Se creía para entonces que los precios del petróleo se incrementarían "ad infinitum" y que los países de la OPEP ejercerían un control permanente sobre la economía mundial. El grado de paroxismo del gobierno y de parte de la sociedad venezolana de aquellos años ha sido analizado por distintos autores y sintetizado en expresiones como la siguiente:

> "... casi todo lo imaginable es posible. No hay objetivo por más extravagante, difícil, exótico, costoso, ambicioso, contradictorio y hasta imposible que no se pueda intentar" (Naim Moisés, citado por Toro Hardy 1993. p. 605)

Con tan apreciables ingresos reales y previsibles -en ausencia de planes específicos- se ensayaron distintas alternativas de utilización como el pago adelantado de la deuda externa, así como la creación del Fondo de Inversiones de Venezuela a fin de represar temporalmente parte de los ingresos obtenidos para invertirlos cuando las condiciones fuesen más oportunas. Posteriormente, se fueron perfilando proyectos específicos que giraban alrededor de la idea de siembra del petróleo dentro del esquema distributivo pero con dimensiones más audaces: En primer lugar, se diseñan los famosos "megaproyectos" (incorporados al V Plan de la Nación) orientados a incrementar de manera sustancial la capacidad de las industrias siderúrgica, petroquímica, carbonífera y reducción de aluminio, así como a crear otras industrias como la aeronáutica y naval. En segundo término, se amplían y reorganizan las instituciones crediticias del Estado para atender necesidades de distintos sectores productivos: Fondo de Crédito Industrial, Fondo de Crédito Agropecuario, Fondo para el Desarrollo para la Pequeña y Mediana Industria y Fondo de Desarrollo Urbano, entre otros. En tercer lugar, se pone en ejecución un amplio programa de becas para estudios en el exterior en la presunción de que las universidades del país no estaban en capacidad de formar los técnicos requeridos por los programas de desarrollo. Por último, se procede a la nacionalización de las industrias petrolera y de extracción de mineral de hierro, así como de las empresas eléctricas pertenecientes a inversionistas extranjeros. Con estas últimas medidas el capitalismo de Estado alcanza su máxima expresión.

Por otra parte, la concepción distributiva de la renta petrolera no se limita a las fronteras del país sino que se extiende hacia el resto de la América Latina y el Caribe impulsada por la idea de que Venezuela no podía continuar siendo "una isla de prosperidad en un mar de pobreza" y con el propósito político de que nuestro país (o nuestros gobernantes) ejercieran una posición de liderazgo en el Tercer Mundo, con la cual Venezuela se ubicó entre los países que mayor ayuda exterior proporcionaba. Frente a

esta actitud las restantes naciones adoptaron una posición de "burlona complacencia" antes las mencionadas aspiraciones de figuración tercermundista. (Toro Hardy 1993. p. 606)

Como es evidente, la inyección de tan cuantiosos recursos a la economía nacional dio origen a fuertes presiones sobre los recursos físicos, humanos e institucionales del país y trajo consigo los naturales estrangulamientos o cuellos de botella que dificultan el logro de los objetivos trazados. No obstante, como si todas estas presiones fuesen pocas, se decidió complementar los recursos obtenidos del alza de los precios del petróleo con un ambicioso plan de endeudamiento externo con el fin de dar mayor impulso al proceso de industrialización y modernización, dentro de un programa que, en la retórica política de la época, se denominó "la construcción de la gran Venezuela". Frente a estos excesos y desviaciones no faltaron las advertencias y voces de protesta entre ellas las de Uslar Pietri, Pérez Alfonzo y otros distinguidos venezolanos quienes pronosticaron que aquella situación nos conduciría al desastre y dejaron constancia de ello en numerosos trabajos. La posición de Pérez Alfonzo quedó condensada en su obra: *Hundiéndonos en el Excremento del Diablo. 1976* en donde se "atrevió a nadar en contra de la corriente y sin importarle los calificativos de loco y profeta del desastre pronóstico hasta la sociedad los males que acarrearía a Venezuela tan irracional uso de los recursos petroleros". Asimismo, calificó al V Plan de la Nación como el plan de la destrucción nacional (Rodríguez Rojas. 1997)

A finales del decenio de los setenta, durante la administración del Presidente Luis Herrera Campíns, los precios del petróleo comienzan a debilitarse como resultado de las medidas adoptadas por los países industrializados para depender en menor grado de esa fuerte de energía. Se enfatiza entonces que el nuevo gobierno recibía un país hipotecado, pero en 1979 y 1980 surgen nuevos escenarios políticos vinculados con el derrocamiento del Sha de Irán y el establecimiento de un gobierno teocrático y antinorteamericano en ese país, con lo cual se produce un considerable repunte de dichos precios los cuales superan los 30 dólares y alcanzan un tope en 1981 cuando los precios de realización de crudo venezolano se sitúan en cerca de 38 dólares por barril. Se había producido de nuevo el milagro recurrente o la "hada madrina de Venezuela" había venido de nueva al rescate del país como lo expusieron algunos analistas. (Quirós Corradi 1997. Toro Hardy 1993) A consecuencia de esta nueva situación se reactivan los megaproyectos y los megaempréstitos, así como las dádivas generosas a terceros países y se reanudan e intensifican los calificativos de "profetas del desastre" a quienes se oponen al desmedido gasto público. Con posterioridad a 1982 se observa una tendencia descendiente de los precios que aunada a las fuertes salidas de capitales vinculadas con la desconfianza en la economía del país, inciden negativamente sobre nuestra balanza de pagos y reservas internacionales y culmina con la adopción de un control de cambios y una devaluación del bolívar en febrero de

1983 (viernes negro), precisamente 10 años después de haberse iniciado el incremento de los precios petroleros, con lo cual se cierra un ciclo de apreciables interés en nuestra historia económica.

Deuda Externa y Agotamiento del Modelo Distributivo

La devaluación del bolívar experimentada en 1983 marca el comienzo del agotamiento del modelo distributivo, así como de las expectativas de transformación de los ingresos petroleros en fuentes permanentes en riqueza y crecimiento autosostenido, ya que a consecuencia de esa dura realidad comienzan a hacerse balances, evaluaciones, proyecciones e incluso autocríticas de la política económica y de la verdadera situación del país. En primer lugar, como consecuencia del establecimiento del control de cambios se observa que la deuda pública externa no era de once millones de dólares como la revelaban las estadísticas oficiales, sino de 32,500 millones de dólares, en razón de que los entes descentralizados habían venido contrayendo obligaciones al margen de la Ley de Crédito Publico, no registradas por el Ministerio de Hacienda y que ahora tenían que sincerarse y registrarse para poder obtener las divisas necesarias para su cancelación. En segundo lugar, las inversiones realizadas en los famosos megaproyectos no habían madurado ni estaban en capacidad de generar, en plazo razonable, los medios de pago necesarios para cancelar el endeudamiento externo que se había contraído para su financiamiento, mucho menos para producir beneficios. Por el contrario, dichos proyectos requerían de nuevos recursos y nuevos endeudamientos para llegar a etapas operativas capaces de cubrir sus costos y, en opinión de destacados analistas, tendían a convertirse en una carga permanente para las finanzas públicas.

En tercer lugar, las perspectivas de la balanza de pagos resultaban poco favorables debido a la tendencia descendente de los precios del petróleo, al elevado endeudamiento externo, público y privado, así como al elevado volumen de importaciones que venía registrándose a consecuencia de las rigideces del aparato productivo interno y el aumento del consumo. En consecuencia, resultaba previsible que el bolívar continuase devaluándose, lo que se traducía en poca confianza en la economía nacional y menores inversiones. El PIB había disminuido su ritmo de crecimiento.

Durante la administración del Presidente Jaime Lusinchi (1984-1989) la atención se centra en el refinanciamiento de la deuda pública externa, en razón de los mayores vencimientos de la misma estaban previsto a ser cancelados en ese período; no obstante, a pesar de los esfuerzos realizados nada puede evitar que el servicio de dicha deuda (capital e intereses) comience a consumir más del 30% de las recaudaciones fiscales e ingresos de divisas. Bajo estas condiciones, parte significativa de los recursos petroleros comienzan a utilizarse sólo en la cancelación de la deuda y se detienen las

inversiones reproductivas. La siembre del petróleo aparentemente había terminado, puesto que con el endeudamiento del país utilizó los recursos provenientes de esa actividad para realizar inversiones que no fructificaron.

Durante la segunda administración del Presidente Carlos Andrés Pérez que se inicia en 1989 la situación económica y fiscal se agudiza y se hace necesaria la búsqueda de nuevas alternativas o modelos de desarrollo. Con motivo de la adopción del llamado Plan de Ajuste Estructural o Paquete de Medidas Económicas y la celebración de un Convenio con el Fondo Monetario Internacional, se hacen anuncios y se inician políticas que ponen de relieve el fin del modelo distributivo y del paternalismo estatal, así como de la intervención desmedida del Estado en la actividad económica. Con la idea de lograr una economía más abierta y competitiva se eliminan las regulaciones de precios, los cupos de importación los subsidios al consumo y se anuncia el propósito de nacionalizar las empresas gubernamentales. En lo sucesivo serían las fuerzas del mercado los elementos decisivos del progreso económico y se trazan políticas orientadas a la atracción de inversiones extranjeras para estimular el crecimiento de la economía. Los gobiernos que se han venido sucediendo en el ejercicio de la administración rechazan públicamente esas políticas, pero en la práctica continúan adoptando el mismo esquema.

Apreciaciones Finales: Frustraciones y Búsqueda de Nuevos Horizontes

De lo expuesto puede concluirse que la noción de siembra del petróleo constituye uno de los conceptos económicos más fuertemente arraigados y generalizados en la conciencia del venezolano, materia sobre la cual ha existido el más amplio consenso entre la población y los gobiernos que se han alternado en el ejercicio de la Administración, independientemente de su orientación política. Se tiene claro que los ingresos provenientes de este recurso agotable deben ser utilizados en la creación de fuentes permanentes de riqueza y de una economía sólida y diversificada. Las diferencias existentes al respecto se vinculan preferentemente con la forma de instrumentar estas ideas, así como con las prioridades que deben darse a la inversión directamente reproductiva, destinada a crear empleo y fuentes permanentes de producción y a ciertas inversiones indirectamente reproductivas, como las orientadas a los mejoramientos del capital humano.

No cabe duda que durante los primeros años de explotación petrolera existieron en Venezuela fuertes obstáculos para alcanzar el objetivo en discusión, tales como las limitaciones del mercado interno, escasez de población, carencia de infraestructura y de mano de obra especializada, así como los vinculados con el Tratado de Reciprocidad Comercial con Estados Unidos y la sobrevaluación del bolívar, pero tales obstáculos se fueron superando progresivamente. A través de reformas de la Ley de Impuesto

sobre la Renta hemos logrado la meta de obtener una participación razonable de ese recurso, hemos acometido exitosamente la nacionalización de la industria y hemos logrado objetivos parciales de diversificación de la producción como los relacionados con el proceso de sustitución de importaciones, pero todavía el sector petrolero continúa siendo la fuente primordial de ingresos fiscales y de divisas y base fundamental de la dinámica económica interna.

El sustancial incremento de los precios del petróleo experimentado en el decenio de los años setenta y comienzos de los ochenta constituyó una oportunidad histórica excepcional para alcanzar la meta deseada. Durante ese período se trazaron los más ambiciosos planes de desarrollo y diversificación de la producción que no cristalizaron por una serie de razones complejas de analizar entre las que se destacan la excesiva presión a que fueron sometidos los recursos físicos, humanos y de infraestructura, imposibilitados de asimilar eficientemente tan cuantiosos recursos financieros, complementados por un fuerte endeudamiento externo. Ello parece dar validez a la tesis de que los venezolanos no estamos en capacidad de administrar tan cuantiosa riqueza haciendo, por supuesto, la salvedad de que la mayor responsabilidad corresponde al sector público, en su carácter de perceptor inversionista y distribuidor de esa riqueza. Existe también la convicción generalizada de que la corrupción, el populismo y la psicología de la riqueza fácil fueron factores determinantes del fracaso de los planes diseñados.

Después de haber recibido un caudal de ingresos que según Maza Zavala hubieran sido suficientes para promover el desarrollo de toda la América Latina y que según Uslar Pietri fueron superiores a la ayuda financiera otorgada por Estados Unidos para la reconstrucción de Europa a través del Plan Marshall, Venezuela es, hoy en día, un país fuertemente endeudado y sumido en una profunda crisis, atribuida en buena medida a los desaciertos y filtraciones de la política de siembra del petróleo en donde los recursos provenientes de esa actividad extractiva tienen que utilizarse en alto grado a cancelar la deuda externa y no pueden ser destinados a la inversión reproductiva. Por otra parte, además de la recesión economía son notorias las tendencias regresivas en la distribución del ingreso y el aumento de la pobreza crítica lo que nos lleva a la conclusión de que el modelo distributivo tampoco ha tenido éxito.

En todo caso, dentro de este panorama relativamente negativo y desalentador existen algunos indicios de que la Providencia no ha abandonado todavía a Venezuela. En primer lugar, el petróleo no se ha agotado ni ha sido sustituido por otro combustible como se venía pronosticando con gran insistencia, en razón de lo cual a Venezuela le quedan todavía muchos años de vida petrolera. El siglo XXI se iniciará con grandes reservas de hidrocarburos en nuestro país y en un mundo que todavía depende de ese combustible. Además los más importantes competidores de Venezuela se

encuentran en zonas geopolíticas altamente conflictivas. El petróleo ya tiene y tendrá en un futuro un papel declinante como motor del desarrollo, pero todavía estamos a tiempo para realizar ajustes y rectificaciones siempre dentro de la idea de que se aprende más de los fracasos que de los éxitos.

BIBLIOGRAFIA

ADRIANI, Alberto (1937) *Labor Venezolanista*. Primera Edición. Tipografía La Nación Caracas.

BALESTRINI, César (1994) *Economía y Política Petrolera*. Ediciones Academia Nacional de Ciencias Económicas. Caracas.

BAPTISTA, Asdrúbal (1987) *El Petróleo en el Pensamiento Económico Venezolano*. Ediciones IESA. Caracas.

BETANCOURT, Rómulo:
(1940) *Problemas Venezolanos*. Editorial Futuro. Santiago, Chile.
(1985) *Venezuela Política y Petróleo*. Monte Avila. Caracas.

CARRILLO BATALLA, Tomás:
(1990) *Análisis y Ordenación de la Obra Económica de Arturo Uslar Pietri*. Tomos I al III. Ediciones de la Academia Nacional de Ciencias Económicas. Caracas.
(1995) "Intervención Estatal o Economía de Mercado", en Revista Nueva Economía. Año 4, Nº 5. Caracas.

DOMINGO, Carlos y otros (1994) "Viejos y Nuevos Modelos en Venezuela" en *Revista Nueva Economía*. Año 3, Nº 3. Caracas.

PÉREZ ALFONZO, Juan Pablo:
(1971) *Petróleo y Dependencia*. Caracas.
(1975) *Hundiéndonos en el Excremento del Diablo*. Editores Lisboa. Caracas.

QUIRÓS CORRADI, Alberto (1997) "Petróleo Estado y Nación" en *Revista Nueva Economía*. Año 6, Nº 8, Caracas.

MAZA ZAVALA, D. F.
(1994) *Selección de la Obra Periodística de D. F. Maza Zavala*. Publicaciones de la Academia Nacional de Ciencias Económicas.

(1996) *Crisis y Política Económica 1989-96*. Ediciones ANCE, UCV, y LUZ. Caracas.
(1997) *Venezuela una Economía Dependiente*. 2ª Edición. Universidad Santa María. Caracas.

NAIM, Moisés (1985) *El Caso Venezuela: Una Ilusión de Armonía*. Ediciones IESA. Caracas.

PALMA, Pedro (1985) *1974-1978 Una Década de Contrastes en la Economía Venezolana*. Ediciones de la Academia Nacional de Ciencias Económica. Serie Cuadernos. Caracas.

RODRÍGUEZ ROJAS, Pedro (1997) *Juan Pablo Pérez Alfonzo ¿Mito del Nacionalismo Petrolero?*. Ediciones del Congreso de la República. Caracas.

TORO HARDY, José (1993) *Fundamentos de Teoría Económica*. Editorial Panapo. Caracas.

USLAR PIETRI, Arturo.
(1945) *Sumario de Economía Venezolana*. Ediciones del Centro de Estudiantes de Derecho. Caracas.
(1966) *Venezuela en el Petróleo*. Urbina y Fuente Editores. Caracas.
(1984) *Petróleo de Vida o Muerte*. Editorial Arte. Caracas.

VALLENILLA, Luis:
(1998 a) *Auge, Porvenir y Declinación del Petróleo Venezolano*. Ediciones Porvenir. Caracas.
(1998 b) *La Nacionalización del Petróleo Venezolano*. Ediciones Porvenir. Caracas.

SOBRE LAS IMPLICACIONES JUSFILOSÓFICAS DE LA INFORMÁTICA EN EL DERECHO *

Ronald Chacín Fuenmayor **

SUMARIO

---

* Avance del Proyecto de Investigación financiado por el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico (CONDES) de la Universidad del Zulia.

** Abogado. Magister en Ciencia Política. Doctor en Derecho. Profesor de las cátedras: Filosofía del Derecho y Sociología Jurídica. Investigador del Instituto de Filosofía del Derecho "Dr. José Manuel Delgado Ocando" de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia.

- La Metodología Jurídica y la sistematización informático-jurídica.
- La Metodología Jurídica y la informática jurídica decisoria (Los Sistemas Expertos Jurídicos).

5.3.- El papel de la Axiología Jurídica en el desarrollo de las aplicaciones informático-jurídicas.

CONCLUSIÓN
BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

Es notable en nuestros días el gran desarrollo de la aplicación de la tecnología informática en el Derecho, contribuyendo a su eficiencia en su sistematización, conocimiento, creación y aplicación; lo que ha impactado el ámbito jusfilosófico constituido por un enfoque crítico, axiológico, no dogmático de esas labores cumplidas por el jurista. Se hace por ello altamente necesario considerar el conocimiento jusfilosófico en el desarrollo de la Informática Jurídica. El presente trabajo se ocupa de la relación entre la Informática Jurídica y la Filosofía del Derecho, persiguiendo como objetivo principal describir los principales aspectos que dan cuenta de las significativas implicaciones jusfilosóficas presentes en las prácticas informático-jurídicas, para lo se realizó una investigación documental sobre los desarrollos de los usos informáticos en el Derecho, de los cuales se extrajeron los elementos jusfilosóficos presentes en los mismos. Se concluye sobre una relación estrecha entre la Filosofía del Derecho y la Informática Jurídica, evidenciada en estos tres aspectos constatados en la investigación: 1) la necesidad de un enfoque jusfilosófico en el desarrollo de la Informática Jurídica como disciplina; 2) la utilidad del conocimiento jusfilosófico, que mediante sus divisiones (Teoría del Derecho, Metodología Jurídica y Axiología Jurídica) se constituye en soporte teórico para la optimización de las diversas aplicaciones de la informática en el Derecho y por último; 3) la pertinencia del conocimiento jusfilosófico que en virtud de su naturaleza crítica o axiológica contribuye a salvaguardar los valores jurídicos muchas veces amenazados por prácticas informático-jurídicas desmedidas.

Palabras Claves: aplicaciones informático-jurídicas, implicaciones jusfilosóficas, valores jurídicos, Filosofía del Derecho.

INTRODUCCIÓN

Los avances tecnológicos se han extendido en todas las esferas de la sociedad, siendo las relaciones jurídicas unos de los ámbitos de mayor desarrollo, el cual se ha puesto de manifiesto a través de las transformaciones jurídicas consecuencias de las prácticas

informático-jurídicas que han dado lugar a la formación del Derecho Informático y a la gran diversidad de actividades del jurista para el conocimiento, creación y aplicación del Derecho, impactadas fuertemente por la transversalidad de los usos computacionales en el desenvolvimiento del Derecho.

Al penetrar los usos informáticos en las labores del jurista, impregnada de fines y valores como la justicia, la libertad, la razonabilidad de las decisiones, las necesidades sociales, la legalidad, entre otros, se hace entonces problemático la consideración de la pertinencia de las prácticas informáticas en el desarrollo del Derecho, a los fines de salvaguardar los valores jurídicos, evitando que éstos pasen a un segundo plano en aras de los valores de eficiencia, rapidez y estandarización a que tienden los usos informáticos.

Es por ello que la investigación persigue advertir las implicaciones de la Filosofía del Derecho en el desarrollo de la Informática Jurídica, en virtud de constituir aquélla un conocimiento crítico, axiológico, no dogmático de la experiencia jurídica, en este caso la experiencia realizada a través de medios y soportes informáticos, a los fines anotados arriba de contribuir a resguardar los valores jurídicos que pueden ser vulnerados ante el avance de prácticas informáticas desmedidas.

Aclaramos que la investigación no desdeña en ningún modo los aportes valiosos que la informática puede hacer en el desenvolvimiento del Derecho, lo que deja claro es que la aceptación y puesta en práctica de los usos informáticos en el Derecho deben hacerse con plena conciencia de los valores jurídicos a los que siempre debe propender la elaboración y la aplicación del Derecho.

Para el logro del objetivo propuesto se realizó una indagación documental sobre los usos y aplicaciones informáticas en el Derecho, extrayendo los elementos jusfilosóficos para su correcto encauzamiento, para lo cual se desarrollaron cinco aspectos principales que nos disponemos a desarrollar: 1) La relevancia de las prácticas informáticas en la vida social, 2) importancia del conocimiento jusfilosófico ante el panorama informático-jurídico, 3) necesidad de un enfoque jusfilosófico en el desarrollo de la informática jurídica, 4) la capacitación jusfilosófica en el desarrollo de las aplicaciones de la informática en el Derecho y 5) la influencia recíproca entre la Filosofía del Derecho y sus divisiones y los usos informático jurídicos.

1.- RELEVANCIA DE LAS PRÁCTICAS INFORMÁTICAS EN LA VIDA SOCIAL

La tecnología hoy en día ha absorbido la civilización, extendiéndose por todos los rincones del mundo. Siendo sobre todo creativa, lo cual queda evidenciado en el clima intelectual sobre el cual emergen nuevas tecnologías (microelectrónica, informática, química fina, etc). (Rodríguez y Bozo, 1999).

Dentro de estas nuevas tecnologías merece especial referencia la informática por su gran influencia en la actualidad, dada la revolución computacional del presente siglo XX, cuyos efectos son equiparables a la revolución industrial, sólo que aquella en vez de liberar al individuo de sus cargas físicas, lo libera de las cargas intelectuales (Telles, 1995).

Casi toda la sociedad se encuentra implicada cada día más con la informática gracias a los avances tecnológicos a nivel computacional, existiendo actualmente multitud de aplicaciones como resultado del empleo de la informática entre los que destacan las aplicaciones gerenciales, en materia de ofimática (informatización de oficinas), supervisión y control de empleados, labores de administración (inventario, nóminas, contabilidad, etc), aplicaciones en el sistema bancario, usos informáticos en el sector salud, en la administración del hogar, diseño y construcción de edificios, administración de bibliotecas, materialización de ideas publicitarias, predicciones meteorológicas, labores de búsquedas policiales, desarrollo de las labores de educación e investigación, en el entretenimiento, etc.

Las aplicaciones informáticas se materializan en efectos que pueden ser de índole positivo o negativo gracias a la diversidad de aplicaciones de los avances informáticos.

Telles (1995) nos describe las implicaciones positivas y negativas de las aplicaciones informáticas. Entre los efectos positivos de las aplicaciones computacionales señala: nuevas oportunidades de trabajo en programación, administración y operación de computadoras y administración de los sistemas de información; descarga de labores repetitivas y aburridas; aumento de productividad, ya que realizan un trabajo más expedito y así mismo por sus efectos, que permiten a los empleados y profesionales dedicarse a labores más complejas.

Entre los efectos negativos de las aplicaciones informáticas Telles (1995) señala: desempleo, problemas físicos y psicológicos y problemas jurídicos relacionados con la confidencialidad de la información, lo cual puede acarrear delitos, hechos ilícitos, violaciones a la intimidad de las personas, etc.

Dentro de las aplicaciones de la tecnología informática en la actualidad nos ocupa èn este trabajo el impacto de dicha tecnología en los diversos órdenes de la experiencia jurídica, lo que se conoce ya desde hace un tiempo como Informática Jurídica. La cual es necesario considerar por su destacada influencia sobre los diversos procedimientos, métodos y recursos para el conocimiento, sistematización, creación y aplicación del Derecho. Y tiene que ser así, si es cierto que admitimos el consenso existente sobre una concepción del Derecho social e histórica, en el sentido de que es producto de procesos sociohistóricos (Rivera, 1995), que le otorgan su sentido. El Derecho entonces

tiene necesariamente que ser contemplado en consideración con los aspectos espaciales y cronológicos que contribuyen a configurarlo, y entre esos acontecimientos figura la tecnología informática que condiciona el proceso de sistematización, configuración, aplicación y conocimiento de los sistemas jurídicos.

Debido a los efectos de la tecnología informática tenemos el Derecho Informático, surgido de las múltiples y complejas incidencias que la informática en la sociedad actual tiene frente a cada una de las ramas del Derecho. Hoy en día el Derecho Informático se considera un sector de Derecho autónomo, por sus propias fuentes, formales y no formales, emanadas a su vez de las otras ramas del Derecho como el civil, el penal, el mercantil, administrativo, de autor, etc.

Ahora bien, del eminente o indiscutible desarrollo del Derecho Informático, en virtud de la ampliación de las aplicaciones de la tecnología informática en las actividades y relaciones humanas que impactan deberes y derechos, surgen diversos problemas producto de su aplicación como, por sólo mencionar algunos (Del Pozo y Hernández, 1992): pérdida de soberanía, avasallamiento de la jurisdicción, aplicación indebida de la extraterritorialidad, invasión de la privacidad individual, delitos electrónicos, violaciones al derecho de autor, etc.

¿Cómo solucionar esta gran serie de problemas, que de acuerdo a Del Pozo y Hernández se originan por el efecto devastador de países con avances tecnológicos gigantescos sobre países de pobre desarrollo y reacción tecnológica?, urge entonces un consenso universal sobre los principios que deben regir las prácticas informáticas, considerando sobremanera lo que es inaceptable para los sistemas jurídicos de cada una de las naciones que conforman la comunidad internacional.

Así mismo, aparte del Derecho Informático y sus reglas, fuentes y principios, como resultado de las prácticas jurídica-informáticas, la tecnología informática va prestando ayuda al jurista en sus diversas actividades, ayuda consistente en diversas aplicaciones cada vez más extendidas en la gran diversidad de labores propias del jurista, de organización y sistematización de los datos jurídicos; de optimización de los procesos relacionados con la administración de justicia; la interpretación y aplicación del Derecho y mejoramiento de la educación y la investigación jurídica.

De estas aplicaciones de la informática en el Derecho, es decir, de los aportes de la Informática Jurídica al conocimiento, sistematización y aplicación del Derecho, surgen diversos peligros necesarios de alertar y entre los cuales destacan (Serrano, 1975): la reducción del campo y los métodos de interpretación por parte del juez; la limitación de los datos jurídicos utilizados en la aplicación del Derecho (sentencias, doctrinas, leyes); exagerado énfasis en la rapidez de la administración de justicia, en detrimento

de la calidad de ésta; posible limitación del campo de investigación y enseñanza del Derecho, que puede ser reducido a sólo los datos informatizados y por último, un acceso a la justicia limitado a los poseedores de la teconología informática, quienes serían los detentadores del poder social. Se requiere entonces la presencia de los aportes de la Filosofía del Derecho, a los fines de valorar y encausar el curso del Derecho, producto de las prácticas informáticas que podrían lesionar valores jurídicos como la justicia y la igualdad.

2.- IMPORTANCIA DEL CONOCIMIENTO JUSFILOSÓFICO ANTE EL PANORAMA INFORMÁTICO-JURÍDICO

De acuerdo a Delgado Ocando (1996):

> **"...la Filosofía del Derecho es la disciplina que estudia los momentos generales de la experiencia jurídica, mediante un doble proceso de descripción de dicha experiencia y de reflexión teorética sobre el saber jurídico, a fin de determinar la adecuada aplicabilidad de los preceptos sociales a las relaciones humanas externas" (Delgado Ocando, 1996: 95).**

Evidenciándose en esta definición los elementos de la problemática jusfilosófica sobre la cual existe un amplio consenso entre diversos autores además de Delgado Ocando, como Recaséns Siches (1975), Cossio (1964), Reale (1972), entre otros, acerca de tres partes o contenidos principales consistentes en: un análisis de los conceptos jurídicos fundamentales (Teoría del Derecho); un análisis de los métodos, procesos y mecanismos para el conocimiento, aplicación y creación del Derecho (Metodología Jurídica); y un análisis de los valores jurídicos (Axiología Jurídica).

El conocimiento jusfilosófico por abordar el aspecto jurídico desde una perspectiva crítica, no dogmática, contribuyendo a un progreso del Derecho en la sociedad en sus diferentes ramas, se hace pertinente en virtud de la gran diversidad de problemas que surgen en las relaciones jurídico-informáticas en detrimento de los valores y principios jurídicos presentes en los ordenamientos jurídicos de las distintas sociedades, tales como la libertad, la igualdad, la privacidad, la libertad, la justa aplicación de la ley, la justicia material, que se ven cercenados por prácticas impuestas por el avance descomunal de la tecnología informática que rebasa con creces las previsiones jurídicas y las valoraciones jurídicas vigentes en las distintas sociedades.

Vemos como al Derecho Informático le urge regular la problemática informática jurídica tratando de garantizar los derechos de los ciudadanos como la libertad, la igualdad y la intimidad, el principio democrático de autogobierno de los ciudadanos, que son vulnerados por prácticas como el flujo de datos transfronterizos, violación de la

confidencialidad de los datos personales, libre utilización de los programas de computación y otras aplicaciones informáticas, los delitos informáticos y contrataciones informáticas "leoninas". La pertinencia de la actividad jusfilosófica es implícita para guiar la legislación a los fines de salvaguardar los valores en los cuales se asienta el ordenamiento jurídico de un país.

Lo descrito anteriormente queda ratificado por la posición de diversos autores como Serrano (1975) y Barragán (1996) que conjuntamente con muchos otros sitúan la disciplina Informática Jurídica dentro del campo filosófico-jurídico o en el propio de la teoría jurídica fundamental, concretamente en el campo de la Metodología Jurídica [1], esgrimiendo para ello razones a todas luces justificables relacionadas con las aplicaciones de los conocimientos informáticos en el campo del Derecho y sus aportes en las labores del jurista de creación y aplicación del mismo.

En este sentido Barragán (1996) destaca como en la interrelación Informática y Derecho la Teoría del Derecho coadyuva a la configuración de nuevos conceptos jurídicos fundamentales resultantes de las aplicaciones informáticas y así mismo a la formación de una base argumental lo más satisfactoria posible a pesar de la rapidez, precisión y operatividad que caracterizan los procesos informáticos de aplicación del Derecho y sobre todo a pesar de la existencia de serios obstáculos propios de los datos jurídicos como la ambigüedad, confusión, textura abierta, la incertidumbre producto de su aplicación, donde la Filosofía del Derecho a través de la Metodología Jurídica se hace necesaria para afinar los nuevos patrones de justificación de las decisiones relacionadas con la aplicación del Derecho.

En virtud de advertir la necesidad de aplicar o relacionar el conocimiento jusfilosófico con la informática jurídica, señalamos en este trabajo los diferentes aspectos que dan cuenta de tal relación considerada para nosotros como íntima, aclarando así mismo que este trabajo no considera los aspectos axiológicos involucrados en los temas fundamentales del Derecho Informático, los cuales pudieran ser objeto de otro trabajo aparte.

3.- NECESIDAD DE UN ENFOQUE JUSFILOSÓFICO EN EL DESARROLLO DE LA INFORMÁTICA JURÍDICA

Analizamos en esta parte a Barragán (1996) quien realiza una exposición bastante precisa sobre el porqué de incluir el conocimiento jusfilosófico, en el desarrollo de la informática jurídica, a través de lo que ella denomina el enfoque de equilibrio en el

[1] Para mayor abundamiento al respecto consultar Serrano (1975) y Barragán (1996).

estudio de esta disciplina, en contraposición al enfoque computacional que excluye o minimiza la presencia de disciplinas jurídicas fundamentales como la Filosofía del Derecho.

Para el enfoque computacional, según Barragán (1996) la informática jurídica, su desarrollo teórico e instrumental se reserva a los expertos en computación, actuando el jurista sólo como aportador de datos inertes para adecuarlos a los programas de sistematización y aplicación de la información jurídica. La informática jurídica para este enfoque constituye sólo una de las aplicaciones menores de la gran herramienta de nuestro tiempo, la tecnología informática.

Este enfoque es criticado por la profesora Barragán, por presentar las siguientes deficiencias o limitaciones:

A)Minimiza la labor del jurista en el desarrollo informático-jurídico, lo cual produce deficientes soluciones en el tratamiento y aplicación de la información jurídica, en virtud de obviar la importancia de la labor del jurista de analizar los problemas jurídicos de los cuales se deben extraer los criterios y elementos relevantes para el análisis de dichos problemas.

Este enfoque al parecer olvida que el Derecho no puede asimilarse a simples datos, que es más que eso, es información jurídica con significado, con un lenguaje propio, sólo descifrado por expertos (juristas) e impregnado de valores que deben considerarse a la hora de diseñar las aplicaciones de la información jurídica.

B) El enfoque computacional privilegia sobremanera los elementos informáticos (programas y algoritmos) sobre la información jurídica, cuando es la información jurídica la que determina a los primeros, en virtud de que los programas no son más que meras formulaciones concretas de algoritmos abstractos soportados sobre la estructura de los datos jurídicos. De esta forma el enfoque computacional rompe con el sano equilibrio que debe existir entra la informática y el Derecho para un mejor tratamiento de la información jurídica. En este sentido Barragán expone:

> **"...la relación entre los aspectos computaciones y jurídicos debe guardar un sano equilibrio que no puede construirse si se considera que hay una esfera dominante a la que corresponde el peso de marcar inexorablemente el sentido de los avances, y otra esfera dominada o de aplicación a la que sólo le corresponde lograr las transformaciones necesarias para una buena adaptación a la estructura de los algoritmos" (Barragán, 1996: 43).**

C) El enfoque computacional con el pretexto de desdeñar el Derecho, por la ambigüedad y las deficiencias de su lenguaje ha desestimado el análisis crítico de la pertinencia de

los programas sobre el tratamiento de la información jurídica, es decir, obvia la selección en la cual debe participar el jurista de los programas más adecuados a la índole del problema jurídico considerado; produciéndose de esta manera falsos supuestos como soluciones inadecuadas al problema jurídico en cuestión y así mismo sobreestimación de soluciones jurídicas triviales, por el solo hecho de ser el resultado de la aplicación mecánica de procedimientos informáticos.

Se hace pertinente según la autora el enfoque de equilibrio, en el cual la computación deja de ser el referente perfecto sin que ello implique un demérito hacia ella, siendo entonces criticada, sujeta a ajustes y validaciones, las cuales derivan necesariamente de la esfera jurídica. Es así como en este enfoque no sólo la Filosofía del Derecho sino también la Ciencia del Derecho dejan de ejercer un papel insignificante para ejercer una participación activa en la determinación, corrección y desarrollo de la tecnología informática en el Derecho.

El nuevo enfoque según Barragán (1996) presenta las siguientes ventajas:

A) Destaca el contenido o información y la estructura de los datos jurídicos; las relaciones entre los conceptos jurídicos, las maneras típicas de plantear los problemas jurídicos y los métodos y propósitos con que se efectúan las consultas y aplicaciones de la información jurídica, siendo entonces pertinente la utilización del conocimiento de disciplinas pertenecientes al ámbito jusfilosófico: la Teoría del Derecho, la Metodología Jurídica, concretamente la Teoría de la Argumentación jurídica y la Axiología Jurídica, ya que estas proveen al experto en la tecnología informática del Derecho, de su lenguaje, de la correcta relación de los datos jurídicos, a los fines de resolver adecuadamente un determinado problema jurídico. Podemos decir que este enfoque "pone las cosas en su lugar" ya que en el mismo el proceso de estructuración de los datos que generan la información jurídica es guiado por propósitos y criterios jurídicos previamente definidos por juristas y filósofos del Derecho.

B) Tiene el mérito de destacar la problemática de la decisión jurídica como aspecto principal de la informática jurídica. Por ende la finalidad de este enfoque que consiste en reducir la incertidumbre que por la naturaleza del Derecho y su aplicación a la realidad concreta está siempre presente en todos los ámbitos de decisión jurídica, bien sea para conocer, investigar, construir, interpretar o aplicar una norma.

Es así como el jurista y el filósofo del Derecho aportan sus propios patrones de consulta de la información jurídica los que están a su vez íntimamente relacionados con la estructura del razonamiento jurídico, los métodos de argumentación e interpretación del Derecho; los cuales son utilizados para la estructuración y resolución de los problemas jurídicos.

C) El enfoque de equilibrio no elude ni desestima los caracteres propios de las normas consideradas en el enfoque computacional como una deficiencia del lenguaje y la estructura normativa: textura abierta, vaguedad, ambigüedad, semántica; sino que por el contrario, los considera como elementos intrínsecos del Derecho, de su naturaleza, que son necesarios tomar en cuenta a los fines de una mayor utilidad en la resolución de la gran diversidad de problemas jurídicos donde dichos caracteres están muchas veces presentes.

Coincidimos con Barragán (1996) que la necesidad de un enfoque filosófico en el desarrollo de la informática jurídica como disciplina está plenamente justificada al advertir la pertinencia de resaltar el aspecto jurídico dentro de las prácticas informático-jurídicas; por cuanto consideramos al igual que la autora, que el Derecho no es sólo datos, con defectos o imperfecciones, que hay que soslayar y que producirían soluciones deficientes a la gran diversidad de problemas jurídicos, sino que por el contrario el Derecho en términos informáticos debe ser considerado como información jurídica de gran relevancia, impregnada de sentido, valores y caracteres propios que determinan los procesos informáticos. Urge entonces la tarea de un nuevo enfoque que incluya las tareas de encauzamiento y ajuste de las aplicaciones de la informática en el Derecho imposibles de realizar sin la presencia del filósofo y el jurista.

4.- LA CAPACITACIÓN JUSFILOSÓFICA EN EL DESARROLLO DE LAS APLICACIONES DE LA INFORMÁTICA EN EL DERECHO

La pertinencia del conocimiento jusfilosófico en toda la enseñanza jurídica, incluyendo la informática, deriva de la tarea encomendada a las facultades y escuelas de Derecho de formar no sólo profesionales aptos para el ejercicio de actividades jurídicas prácticas sino la de formar profesionales que comprendan de una forma amplia y profunda los problemas que configuran la realidad jurídica (Pérez Luño, 1996).

Y esto es así porque la enseñanza del Derecho como toda enseñanza universitaria, trasciende el aspecto técnico profundizando en el aspecto empírico-teórico, para lograr la comprensión científica de un determinado orden de realidades y fenómenos, en este caso jurídicos (Pérez Luño, 1996).

La exigencia de profundizar en la filosofía del Derecho cuando nos adentramos en el conocimiento informático-jurídico la derivamos de dos aspectos principales: la necesidad del conocimiento jusfilosófico en todo conocimiento jurídico y la exigencia del conocimiento jusfilosófico en el estudio de la informática jurídica propiamente dicha, que desarrollaremos conforme a Pérez Luño (1996).

Profundizando en el primer aspecto, la necesidad de la filosofía del Derecho en el estudio del Derecho tenemos:

A) Es necesaria la capacitación de los profesionales del Derecho en el aspecto crítico-valorativo de la experiencia jurídica, de allí la importancia de la Filosofía del Derecho en la formación de los futuros abogados. Las facultades y escuelas de Derecho no producen gestores, o meros repetidores de leyes, producen juristas que deberán aplicar en forma justa las leyes. El conocimiento aquí de los valores jurídicos (justicia, bien común, seguridad jurídica, etc); es esencial, el cual es provisto por la filosofía jurídica. De allí el requerimiento de una docencia propiciadora de las disciplinas filosóficas dirigidas "...a la formación de juristas capacitados científicamente y responsablemente comprometidos con la construcción de una sociedad cada vez más libre y más justa" (Pérez Luño, 1996: 32).

B) La filosofía del Derecho conjuntamente con otras disciplinas como la sociología jurídica, sitúa al Derecho en la realidad social a la cual corresponde, vinculándolo a los aspectos económicos, políticos y éticos de la experiencia jurídica.

De esta manera el Derecho pasa de ese aislamiento producto de la imposición temporal de concepciones que lo desvinculaban de la realidad social como la teoría kelseniana, generadoras del "fetichismo legal", que implicaban la aceptación "a ciegas de la letra de la ley" sin cuestionamiento alguno, que la hacía incapaz de enfrentar problemas como arbitrariedades e imposibilidad del cambio sociojurídico en nombre del "apego irrestricto" a la ley (Pérez Luño, 1996).

El dogmatismo jurídico tuvo entonces que darle paso a una concepción del Derecho ajustada con los valores e intereses presentes en la realidad social, sin detrimento del respeto a la ley y a la seguridad jurídica, pero con plena consideración de los aspectos axiológicos, en lo cual la filosofía del Derecho y sus divisiones tienen un papel importante que jugar.

C) Ante la dinámica social cada vez más acelerada urge formar profesionales del Derecho preparados para el cambio social, y por ende para el cambio del Derecho y así darle respuesta a las nuevas necesidades y exigencias sociales. Es por ello que el enfoque dogmático de enseñanza del Derecho se torna ineficaz ante este reto de variación constante del estado de cosas presentes en la realidad social ya que el jurista no podría limitarse "...a ser guardián de procedimientos formales o...sistematizador de datos inertes" (Pérez Luño, 1996: 30), que se tornan obsoletos en un abrir y cerrar de ojos por el cambio social y jurídico; urge entonces una formación jusfilosófica del jurista que lo haga sensible a las nuevas realidades sociales en toda su amplitud para así contribuir a la formación de un Derecho más acorde con estas realidades.

D) La formación jusfilosófica contribuye a "desenmascarar" diversos dogmas que impiden un funcionamiento del Derecho acorde con las valoraciones, intereses y prácticas de la experiencia jurídica. Es así que se han impuesto principios como la libre competencia, contratación individual, el mercado libre, cuando la realidad es otra: monopolios, contratación colectiva, etc; se exige entonces una concepción jurídica que de respuesta a esta realidad bien sea consagrándola o en su defecto asumiendo el reto de algunos de sus aspectos para considerarlos verdaderamente para su adecuado manejo en aras del bien común.

El Derecho tiene entonces que estar consciente de esa realidad social, rechazar los dogmas que la alejan de ésta, para lo cual se hace necesario la formación jusfilosófica y sociojurídica del jurista, que lo torne crítico y racional, consciente de la realidad social en la que vive y de la influencia recíproca de la misma con el Derecho.

Finalizamos con el segundo aspecto sobre la exigencia de la capacitación jusfilosófica, la necesidad de la filosofía del Derecho en el estudio de la Informática Jurídica y éstas son las razones de tal exigencia:

A) La Informática Jurídica no es meramente una disciplina instrumental al servicio del Derecho, es más que la aplicación de programas y base de datos al servicio del Derecho, la Informática Jurídica ha impactado la temática del Derecho, habiendo producido el Derecho Informático y así mismo, las prácticas informático-jurídicas aportan nuevos elementos en la configuración del Derecho y en la aplicación del mismo, no compatibles con una concepción que la minimice a sólo una herramienta o a una auxiliar en el estudio y en la sistematización del mismo.

B) La nueva era tecnológica genera nuevos cambios y presupuestos en los distintos ámbitos de la vida social (económicos, políticos, culturales y jurídicos), para lo cual urge una nueva Teoría del Derecho que dé una respuesta conceptual a las nuevas exigencias de la humanidad en la era de la tecnología informática.

En la nueva era informática surgen nuevos problemas, que tornan obsoletos las soluciones jurídicas previstas, se hace necesario entonces nuevos instrumentos de análisis, nuevas categorías jurídicas o conceptualizaciones a lo cual la Teoría del Derecho, como rama de la Filosofía del Derecho, tiene que darle respuesta, contribuyendo con sus conceptos fundamentales al estudio de los problemas tecnológico-jurídicos.

C) La teoría de los valores de la Filosofía del Derecho o Axiología Jurídica contribuye así mismo a la formación de lo que Frossini (Citado por Pérez Luño, 1996: 35) denomina "conciencia tecnológica" en el jurista, consistente en la sensibilización de éste ante la

nueva problemática de la tecnología y sus implicaciones: valores, fines, intereses, nuevas realidades, los cuales deben acogerse y analizarse, teniendo como base las valoraciones jurídicas existentes en la realidad social concreta.

D) Por último se hace necesario profundizar en Metodología del Derecho, en virtud de la creciente influencia de los desarrollos informáticos en los mecanismos para conocer, crear y aplicar el Derecho, objeto de estudio de la Metodología Jurídica, también rama de la filosofía del Derecho.

Ya estamos al tanto de las diversas aplicaciones de los adelantos informáticos en esta área. Gracias a la informática se coadyuva a una mejor organización de los datos jurídicos que serán objeto de análisis por el jurista bien sea investigador, juez o abogado.

Los avances informáticos aplicados a la redacción de leyes y así mismo los sistemas expertos jurídicos decisionales o decisorios que han dado ciertas aportaciones en las labores de aplicación de las fuentes generales del Derecho a los problemas concretos.

La Metodología Jurídica entonces tiene que explicar estas nuevas realidades en la realización práctica del Derecho, darle respuesta a las mismas, describiéndolas y contribuir a la formación rigurosa de estos nuevos mecanismos necesarios ante esta patética realidad de aplicación de la informática a la experiencia jurídica actual.

5.- LA FILOSOFÍA DEL DERECHO (SUS DIVISIONES) Y LOS USOS INFORMÁTICO-JURÍDICOS

Conforme a Telles (1995) la Informática Jurídica constituye el conjunto de aplicaciones de la Informática en el ámbito del Derecho; entendiendo por Informática la ciencia del tratamiento lógico y automático de la información.

Analizando a Telles (1995) tenemos entonces que la informática jurídica es la disciplina que se ocupa del tratamiento lógico y sistemático de la información jurídica. Incluyendo en este tratamiento un ámbito bastante amplio referido en primer lugar a la creación y recuperación de información de datos jurídicos; en segundo lugar, el desarrollo de actividades jurídico-adjetivas que dan lugar a actos jurídicos; y en tercer lugar, la ayuda al jurista en la toma de decisiones de creación y aplicación del Derecho, así como en la educación y en la investigación jurídica; todo lo cual da lugar a las cuatro divisiones de la Informática Jurídica, de acuerdo a Rivera (1995): la informática jurídica documentaria, la informática jurídica de gestión, la informática jurídica decisional o metadocumentaria y la informática jurídica analítica.

Apreciamos entonces de la noción y división de la informática jurídica su influencia en virtud de sus aportes en el desarrollo de las labores del jurista de conocimiento, toma de decisiones y una más eficaz operatividad en sus actividades. Ahora bien, la Filosofía del Derecho por su naturaleza crítica y descriptiva de la experiencia jurídica en sus momentos generales (Delgado Ocando, 1996) así como en su actividad analítica de los métodos y mecanismos para la creación, aplicación y conocimiento del Derecho, no puede estar al margen ante los efectos producidos por la tecnología informática en el desarrollo del Derecho; se hace necesario entonces advertir la presencia de la Filosofía del Derecho, su relación con el conocimiento informático jurídico, es decir, con las diversas aplicaciones de la informática en el Derecho y así evitar posibles desviaciones en dichas aplicaciones que pudiesen atentar contra valores y fines como la libertad, la justicia, la razonabilidad, la exhaustividad, entre otros, que deben estar presentes tanto en el conocimiento, en la operativización de los procesos jurídicos y así mismo en la toma de decisiones jurídicas.

A continuación describimos una a una las implicaciones jusfilosóficas advertidas en las aplicaciones de la informática en el Derecho, definiendo primeramente las divisiones de la informática jurídica ya mencionadas conforme a Rivera (1995).

La informática jurídica documental se encarga de la sistematización de las diversas fuentes legislativas: leyes, doctrinas y jurisprudencias. Constituye una ayuda en el conocimiento y aplicación del Derecho ya que simplifica el análisis de los textos y documentos jurídicos al reducir el tiempo necesario para la búsqueda de la información jurídica correspondiente (Rivera, 1995).

La informática jurídica de gestión de acuerdo a Rivera (1995), busca agilizar los procesos mecánicos de administración de justicia y los propios de la administración pública. Se centra sobre todo en los primeros, permitiendo una más fácil y certera indentificación de los asuntos y seguimiento de los términos procesales, ayudando a una adecuada interacción entre los abogados y los juzgados.

La informática jurídica decisoria o metadocumentaria que según Telles (1995), busca ayuda en los proceso de toma de decisiones jurídicas, especialmente el judicial, simplificando el proceso de aplicación de la norma jurídica a los casos o problemas concretos que se presentan en la realidad. Ejemplo de las aplicaciones de esta división de la informática jurídica tenemos a los sistemas expertos jurídicos (SEJ) que serán analizados más adelante[2].

[2] Ir: Inf . Págs: 24-31.

Y por último la Informática Jurídica Analítica aludida por Rivera (1995) y contenida según Telles (1995) dentro de la rama decisoria o metadocumentaria, la cual aplica la Informática Jurídica a la investigación de la ciencia jurídica y a la enseñanza del Derecho.

A continuación describiremos las diversas aplicaciones y aportes de la informática en el Derecho conforme a Telles (1995):

A) Aplicaciones en las decisiones jurídicas derivadas de la informática jurídica metadocumentaria, con el fin de sistematizar aquellas "buenas razones" que transforman un juicio jurídico en un juicio objetivo, fundamentado en una norma vigente y de carácter universal, resolviendo de esta manera problemas jurídicos concretos. Entre estas aplicaciones se encuentran los ya mencionados sistemas expertos jurídicos.

B) Aplicación en la educación: Derivada de la informática jurídica analítica, que persigue realizar sus aportes en la enseñanza del Derecho, difundiendo las múltiples aplicaciones que tiene la informática en el mundo del Derecho; así mismo el logro de la enseñanza del Derecho a través de soportes informáticos que permiten un acopio heurístico de conocimientos y de experiencias jurídicas que enriquecen la formación de los estudiantes y facilitan la labor de los docentes.

C) Aplicación en la investigación: Como consecuencia también de la informática jurídica analítica, que persigue la indagación a través de los medios informáticos de las diversas fuentes respecto a una temática o a un área del Derecho.

D) Ayuda en la previsión de las decisiones jurídicas: Aspecto éste relacionado con la informática jurídica metodocumentaria, la cual trata de predecir las decisiones jurídicas a través de la consideración de los distintos factores constantes en los diversos tipos de decisiones jurídicas. Si estos factores son restringidos y se repiten en otros problemas jurídicos, se podría predecir con cierta certeza la decisión judicial en estos casos similares (Telles, 1995).

E) Ayuda en la redacción normativa: Relacionado también con la informática jurídica metadocumentaria, que aporta a los procesos de creación de leyes modelos esenciales de textos legales, así mismo programas avanzados que permiten combinar los textos de leyes esenciales con las características propias de la ley en cuestión, evitando deficiencias como lagunas, contradicciones, ambigüedades, fallas en cláusulas derogatorias, etc (Telles, 1995).

Esta aplicación del conocimiento informático a la actividad legislativa intenta resolver lo que Pagano (1996) denomina "inflación legislativa" referido al exceso de producción

normativa, causado de acuerdo al autor por el crecimiento cada vez mayor de los cometidos del Estado. Todo lo cual produce una crisis del Derecho, concretamente a uno de sus valores principales la certeza en sus diversas manifestaciones (certeza de su vigencia, de su significación, de la pertinencia de sus normas, etc).

La Informática Jurídica reacciona entonces para coadyuvar en la certeza del Derecho a través de los sistemas de búsqueda automática de datos jurídicos y la redacción automática de textos jurídicos para una optimización del proceso de creación de normas jurídicas, donde el legislador condiciona la aplicación del sistema en virtud del objeto a legislar que requiere una redacción especial y al mismo tiempo una sistematización de las leyes y demás fuentes jurídicas relacionadas con la ley en cuestión, por lo cual el sistema de búsqueda e información jurídica y el de redacción normativa deberán estar íntimamente relacionados para evitar ambigüedades, contradicciones, derogaciones confusas, etc; que puedan profundizar aún más la crisis de certeza del Derecho.

F) Ayuda en la administración de justicia, derivada de la informática jurídica documental, es lo que Pérez Luño (1996) denomina Informática Documental Judicial que trata de resolver el problema de indagación de los jueces ante la inflación normativa. La informática jurídica trata de producir un equilibrio entre el incesante flujo de datos jurídicos (jurisprudencia, doctrina, leyes) y su capacidad para asumirlos y aprovecharlos a través de una adecuada organización y sistema de acceso a esta abundancia de información jurídica.

Esta aplicación deberá garantizar la calidad de los datos jurídicos almacenados, asegurando la veracidad y objetividad de la información seleccionada, tendiendo a la mayor exhaustividad posible y a la constante actualización (Pérez Luño,1996) y así evitar los problemas indicados por Serrano y Del Pozo-Hernández relacionados con la limitación y "entubamiento" de la labor interpretativa del juez[3], lo cual garantiza la transparencia y la imparcialidad de la labor judicial informatizada.

G) La aplicación en la gestión de la administración de justicia y en las labores del profesional del Derecho, derivada de la Informática de Gestión, que según Pérez Luño (1996) persigue automatizar la gestión de todas aquellas operaciones estandarizadas y que obedecen a pautas regulares y constantes de escritura, registro, transcripción, documentación y certificación, todo lo relacionado a las labores meramente mecánicas en los procesos y operaciones en la administración de justicia. De esta manera los

[3] Ir: Sup. Págs. 5 y 6.

funcionarios judiciales y el juez mismo podrán dedicarse a actividades más exigentes donde se requiera una labor más creadora.

De acuerdo a Pérez Luño (1996), implica así mismo la incorporación de soportes informáticos a todo el proceso operativo de la administración de justicia: escritos de las partes, tramitación de distintos autos y control de los mismos, emisión de documentos y resoluciones judiciales, etc; así como de los actos producto de la relación cliente-abogado en aras de la solución de un conflicto jurídico, así como aspectos de jurisdicción voluntaria, a saber: contratos, demandas, escritos de las partes, etc.

Las críticas esgrimidas contra esta forma de gestión de la administración de justicia se refieren a una despersonalización de los casos ventilados en los bufetes de abogados y de los juzgados, ante una estandarización que pudiera atentar contra la necesidad constatada en la experiencia de individualizar los casos en aras de una decisión más justa, que puede ser sacrificada por ese afán de asimilar todas las decisiones en formatos para fomentar la celeridad en la administración de justicia.

Se aprecia entonces una vinculación estrecha entre la Informática Jurídica y el conocimiento jusfilosófico en virtud de la aplicación de éste en el ámbito jurídico, lo cual sintetizamos a continuación:

A.- En virtud de la Metodología Jurídica y concretamente la Teoría de la Argumentación Jurídica a quien le compete el ajuste, a través de sus aportes teóricos, de los mecanismos de sistematización, interpretación y justificación de las decisiones judiciales en las aplicaciones relacionadas con la informática jurídica documentaria.

B.- En virtud de la Metodología Jurídica, concretamente la técnica legislativa quien orienta la aplicación de la informática jurídica en la elaboración de los textos normativos para una cabal solución de los problemas de la "inflación normativa" (contradicción, lagunas, ambigüedades, etc).

C.- En virtud de la Metodología Jurídica, concretamente la Metodología de la Ciencia del Derecho, Teoría del Método y la Metodología Aplicada, y su soporte teórico de métodos para conocer el Derecho, los cuales constituyen una base para el aprovechamiento de los recursos informáticos en la enseñanza y la investigación jurídica.

D.- En virtud de la Axiología Jurídica o teoría de los valores jurídicos, que estima y alerta sobre las desviaciones de las prácticas informáticas en actividades de gestión

de la administración de justicia y sistematización de la información judicial que puedan atentar contra la calidad de la justicia, la libertad y la imparcialidad que deben prevalecer en los procesos judiciales.

Estos aspectos sobre la incidencia recíproca entre la Filosofía del Derecho y la Informática Jurídica a través del contenido y las divisiones de aquélla los ponemos de manifiesto en los tres puntos siguientes: Impacto de los avances informáticos en la Teoría del Derecho, la Metodología Jurídica y los avances informáticos en la sistematización y aplicación del Derecho y el papel de la Axiología Jurídica en el desarrollo de las aplicaciones informático-jurídicas.

5.1.- Impacto de los avances informáticos en la Teoría del Derecho

Sabemos que los avances tecnológicos entre ellos la informática tienen una influencia notable que va cada día creciendo sobre las diversas esferas de la vida social, entre ellas la esfera jurídica; ante este panorama, la Teoría del Derecho, área jusfilosófica encargada de la elaboración y análisis de los conceptos fundamentales del Derecho, no puede estar inerte, dada las nuevas necesidades, valoraciones intereses y exigencias producto de este avance tecnológico de repercusión jurídica (Pérez Luño, 1996). La Teoría del Derecho debe contemplar en su elaboración de conceptualización jurídica las nuevas circunstancias políticas, sociales, económicas y desde luego tecnológicas, que abrace según Frossini "una conciencia tecnológica" (Citado por Pérez Luño, 1996: 35), que no es más que una actitud crítica y responsable de los nuevos problemas jurídicos suscitados por los avances tecnológicos y que deben ser considerados por su gran impacto en las categorías jurídicas fundamentales.

Según el mismo Pérez Luño, gracias a esta posición ilustrada con la frase "conciencia tecnológica" debe surgir una Teoría del Derecho más actual, más consustanciada con los nuevas circunstancias por lo cual deba incluir indagaciones sociológicas, antropológicas, lingüísticas, lógicas y desde luego tecnológicas, configuradoras de una nueva conceptualización jurídica acorde con la nueva dinámica social; de otro modo, sería una Teoría del Derecho con conceptos y categorías caducas desajustadas de la nueva realidad jurídica. Es así que aspectos de la Teoría del Derecho como las fuentes del Derecho, la Técnica Jurídica, los sistemas jurídicos, la vigencia del Derecho, la plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico, tienen que ser repensados a la luz de las aplicaciones informáticas de gran impacto en las labores del jurista de creación y aplicación del Derecho, sin que esto signifique abandono o desnaturalización de tales categorías ya que al igual que ocurren con la Metodología y la Axiología Jurídica los aportes de la Teoría del Derecho sientan las bases de un desarrollo de las aplicaciones informáticas dentro del cauce jurídico, dentro del marco necesario de las señaladas categorías jurídicas fundamentales.

5.2.- La Metodología Jurídica y los avances informáticos en la sistematización y aplicación del Derecho (Los Sistemas Expertos Jurídicos)

En esta parte nos corresponde advertir la necesidad de incluir la Filosofía del Derecho a través de una de sus ramas, la Metodología Jurídica en los avances informáticos.

Resalta la pertinencia de utilizar los mecanismos y teorizaciones sobre aplicación del Derecho, entre los cuales se incluyen los mecanismos de interpretación y argumentación, que representan una guía en el avance de los avances informáticos para la aplicación del Derecho.

En esta parte describiremos basándonos en la posición de Rivera (1995) los aportes de la Metodología Jurídica a los desarrollos y aplicaciones del Derecho desarrollados por la Informática Jurídica, aclarando que nos centraremos en las influencias de las doctrinas y teorizaciones sobre la labor interpretativa de la norma a través de las aplicaciones informáticas relativas a la Informática Documental, de sistematización de la información jurídica a ser utilizada por el jurista a la hora de aplicar el Derecho a la realidad concreta, dejando para luego la consideración de los sistemas expertos jurídicos, también de implicaciones jusfilosóficas y de Metodología Jurídica, pero por estar relacionados con las aplicaciones de la informática jurídica decisional y metadocumental lo analizamos en otro punto aparte.

-La Metodología Jurídica y la sistematización informático-jurídica

Desde la segunda parte del presente siglo hasta el presente hay consenso entre los filósofos del Derecho, sobre una teoría interpretativa no reducida al mero formalismo, de sola consideración de normas, donde los valores y los hechos (la realidad jurídica) y las normas guardan igual importancia a la hora de aplicar el Derecho; en eso coinciden jusfilosófos latinoamericanos como Cossio (1964 y 1967), Recaséns (1956) , Reale (1973), y anglosajones como Dworkin (1999).

El Derecho entonces no es sólo norma, tal como lo entienden las teorías normativistas inspiradas en Kelsen, la realidad social con sus valores, tradiciones, fines, necesidades, etc; cuentan de una forma significativa en la aplicación del Derecho y ello se mantiene hoy en día donde la aplicación informática juega papel importante en la labor jurisdiccional.

En efecto, la información jurídica organizada gracias a los usos informáticos no puede limitar la labor jurisdiccional, igualmente el juez debe considerar los valores e intereses presentes en el caso concreto, en la realidad social, para lograr una sentencia más

acorde con los valores de justicia del ordenamiento jurídico y el contexto social, considerar entonces ese ir y venir de la experiencia y la norma tal como lo prevé Cossio (1967).

En este sentido el papel de la jurisprudencia sistematizada en los instrumentos informáticos es de gran relevancia, es necesario considerar al igual que las otras fuentes jurídicas como la ley, y la doctrina; pero sin que esto signifique abandono al análisis y confrontación de los contextos sociales, históricos y científicos, que pueden ser desplazados por la "reverencia a la autoridad", que implique una "aceptación a ciegas" del argumento jurisprudencial, sin un análisis crítico del mérito del mismo, todo propiciado por el facilismo forense de seguir ese criterio de autoridad facilitado por la sistematización y organización que brindan los sistemas de información jurídica (Rivera, 1995).

La información sistematizada gracias a la informática no puede sustituir en ningún modo la valoración jurídica completa que debe realizar el juez al aplicar el derecho al caso concreto, en este sentido Rivera afirma:

> **"...mientras...la informática documental nos permite conocer el Derecho vigente, de otra, hay que deslindar lo que es ciencia jurídica de análisis crítico, valoraciones del Derecho, conocimiento de las instituciones y de sus principios, para lo cual la aludida informática apenas sí constituye una medio para un fin: la investigación..." (1995:19)**

Por ello los aportes de la informática a través del acopio y organización de la información jurídica debe centrar al juez en labores más creadoras tendentes a una mayor calidad de su decisión, más acordes con los niveles de justicia del ordenamiento jurídico y de la sociedad.

Rivera (1995) destaca también la valoración en la aplicación del Derecho, valoración o crítica que debe llegar a todos los niveles de su aplicación, es decir, jueces y abogados, que deben estar más atentos, más sensibilizados y humanizados ante los aportes y también los perjuicios de las prácticas informático-jurídicas, manteniéndo ambos su labor dentro de los cánones de creación judicial aceptados por la doctrina interpretativa, recogidos en el siguiente texto del autor:

> **"...el operador del Derecho, sea juez o magistrado, cuando aplica la ley a una situación concreta de la vida real, la interpreta y al hacerlo, la vivifica, la adapta a las necesidades crecientes de la vida, actualiza sus disposiciones y así contribuye a la creación del Derecho, a su continua elaboración, a la formación del sistema jurídico de un país..." (Rivera, 1995: 26).**

Acogemos lo expuesto por Rivera, coincidimos entonces que efectivamente, los avances en la sistematización de la información jurídica deben tomarse como una ventaja en la labor investigativa del jurista, sin que tal aplicación minimice o limite la labor creadora valorativa y compleja de éste al aplicar el Derecho, y es allí cuando la Metodología Jurídica con sus teorizaciones sobre la interpretación judicial marca la pauta sobre la línea a seguir por el jurista ante la incorporación de los avances informáticos en la labor interpretativa.

Nos toca ahora desarrollar los aportes de la Metodología Jurídica a la aplicación e interpretación del Derecho por medios informáticos, los que conocemos como informática jurídica decisoria o metadocumental.

-La Metodología Jurídica y la Informática Jurídica Decisoria (Los Sistemas Expertos Jurídicos)

Recordemos que la informática jurídica decisoria o metadocumental, es aquella que contribuye a tomar decisiones en el ámbito jurídico, especialmente en el proceso de aplicación del Derecho a los problemas concretos que se le presentan al jurista, concretamente la labor jurisdiccional de elaboración de la norma individualizada.

Esta aplicación de la Informática Jurídica se lleva a cabo a través de los Sistemas Expertos Jurídicos (SEJ), consistentes de acuerdo a Pérez Luño (1996) en aquellas herramientas que partiendo de ciertas informaciones (jurídicas) provistas por un asesor, permite resolver problemas en un área específica, en este caso problemas de la experiencia jurídica, mediante la simulación de razonamientos que los expertos del sistema (juristas) harían utilizando la información jurídica adquirida.

El desarrollo de los sistemas expertos se debe al establecimiento de la analogía entre el razonamiento médico cuando se subsumen los signos y síntomas de una persona en un cuadro o patología y el juez cuando atribuye a unos hechos concretos las consecuencias jurídicas previstas en la norma (Pérez Luño, 1996).

La mayoría de las aplicaciones de los sistemas expertos surgen en diversos ámbitos jurídicos: liquidaciones tributarias, cálculo de indemnizaciones laborales y de seguridad social, sanciones pecuniarias en caso de impactos medioambientales, etc.

Los sistemas de expertos en el ámbito jurídico ayudan a interpretar las normas aplicables y a calificar jurídicamente un supuesto de hecho, ofreciendo dictámenes para futuras decisiones relativas al caso concreto. Es por eso que los sistemas expertos pueden ser utilizados por el profesional del Derecho como una manera de ayudar a prever las consecuencias jurídicas del problema jurídico que enfrenta y así soportar posibles

decisiones sobre el juicio, acuerdos, transacciones, o por el contrario abrir o proseguir con la vía contenciosa.

Como se aprecia los sistemas expertos jurídicos consisten en un nuevo mecanismo de interpretación jurídica y desde luego en la aplicación del Derecho al caso concreto por el jurista, bien sea juez o abogado en ejercicio; es por ello que a la Filosofía del Derecho a través de la Metodología Jurídica y la Teoría de la Argumentación le corresponde tomar partido, ampliar su marco teórico para pronunciarse sobre esta nueva forma de individualización del Derecho, encauzándola y manteniendo uno de sus postulados, la imposibilidad de delegar la función interpretativa del Derecho a agentes externos como máquinas u operadores informáticos y la consideración del juez de una gran complejidad de aspectos presentes en la experiencia jurídica. Le queda a la Metodología Jurídica el reto de aprovechar las herramientas informáticas sin menoscabo de estos principios.

De lo expuesto radica la importancia de conocer estas nuevas herramientas informáticas para luego comentar las implicaciones jusfilosóficas que surgen de su desarrollo, por ello nos toca en esta parte describir brevemente los elementos y el funcionamiento de los sistemas expertos.

De acuerdo a Telles (1995) y Pérez Luño (1996) los sistemas expertos jurídicos presentan los siguientes elementos: a) Un banco de datos bien estructurado susceptible de hacer un cálculo lógico y consistente en información sobre hechos, situaciones, normas, sentencias, doctrinas. B) Un sistema cognoscitivo o mecanismo de inferencia, relativo a los esquemas de razonamiento jurídico empleados, consistente en un software que se encarga de la correcta aplicación de dichas reglas de inferencia o deducciones automáticas que realizan los sistemas expertos y c) Una interfase que comunica al usuario o jurista con la máquina. También a través de la interfase el operador informático suministra información al banco de datos, actualizándola o corrgiéndola y enmendando los errores en el sistema a través de los resultados del mismo. Es por ello que el operador informático tiene que estar estrechamente asesorado por los especialistas en el área jurídica cuya información manejan los sistemas expertos.

El sistema experto lo activa el usuario a través de una pregunta contentiva de los caracteres esenciales del problema concreto al cual se le quiere establecer unas consecuencias jurídicas. El programa de inferencia empieza a actuar a partir de la información suministrada, aplicando reglas deductivas que dan como resultado una conclusión lógica emitida a través de la interfase.

Existen diversos tipos y aplicaciones de los sistemas expertos jurídicos, entre los más importantes de acuerdo a Pérez Luño (1996) tenemos: los de recuperación inteligente

de información jurídica, los hipertextuales, los de redacción normativa (legal drafting) y los de dictamen jurídico.

Los de recuperación inteligente sistematizan la información jurídica y optimizan la búsqueda de dicha información.

Los hipertextuales facilitan un análisis rápido del documento a través de la búsqueda de sus aspectos principales como por ejemplo en el caso de leyes: aspectos sustantivos, sanciones, procedimientos; considerando así mismo las asociaciones que usualmente el jurista hace entre los elementos de un documento y entre los documentos entre sí.

Los de redacción normativa (Telles, 1995 y Correa, 1996) llamados también (legal drafting), son de gran utilidad en la técnica legislativa, para la elaboración de normas siguiendo los parámetros adecuados de acuerdo a las reglas de técnica legislativa almacenadas en el sistema.

Y por último los de dictamen jurídico o decisionales, que califican jurídicamente un supuesto de hecho y coadyuvan a la interpretación de la norma aplicable al mismo. Estos tipos de sistemas expertos emiten una decisión o dictamen sobre el problema concreto que se le suministra o ayuda a decidir sobre las soluciones que pueden tomarse a posteriori sobre los problemas jurídicos que se le plantean, por contribuir a predecir las consecuencias jurídicas del mismo.

En este punto y a lo largo del trabajo haremos énfasis sobre este último tipo de sistema experto, por considerarlo el más importante desde el punto de vista de la Metodología Jurídica al decidir o contribuir a decidir las soluciones a los casos concretos planteados al jurista, especialmente al juez en su función interpretativa del Derecho.

Los sistemas expertos de dictámenes jurídicos presentan una serie de obstáculos, íntimamente relacionados con la naturaleza de las normas jurídicas, objetos de las inferencias lógicas que dan como resultado las conclusiones o calificaciones jurídicas, por un lado la norma en sí que es impuesta por el órgano legislativo en un proceso cuyo resultado (la norma misma) no es estrictamente lógico y en el que entran consideraciones de diversa índole que producen leyes muchas veces confusas, ambiguas, con doble significado, etc; y por otra parte la misma experiencia jurídica que por su complejidad entran aspectos ajenos a la lógica, como intereses y valoraciones, tanto del ordenamiento jurídico como del contexto social donde se aplica la norma.

Surge entonces el siguiente interrogante ¿serán verdaderamente aplicables los sistemas expertos en el ámbito jurídico, concretamente en la función de interpretación judicial?

y si la respuesta es positiva ¿cuáles son sus aportes? Para responderla se hace necesario tomar en cuenta algunas de las críticas y beneficios atribuidos a los sistemas expertos jurídicos decisionales.

Entre las críticas esgrimidas contra los sistemas expertos jurídicos conforme a Pérez Luño (1996) se señalan:

A) Los sistemas expertos no pueden comprender el real sentido de las palabras utilizadas en el lenguaje natural presentes en la experiencia jurídica; ya que estos sistemas consisten en un grupo de símbolos a los cuales se le atribuye un significado, no existiendo entonces una verdadera conexión entre el significado de las palabras presentes en la norma y el caso concreto con el sentido real que puede ser diverso y complejo y que desborda las múltiples significaciones incluidas en los sistemas expertos.

B) Los sistemas expertos están imposibilitados de considerar los aspectos culturales que condicionan la labor de interpretación jurídica.

C) La realidad jurídica rebasa uno de los basamentos de los sistemas expertos, la lógica de conjuntos, en la cual se ubican los miembros de una categoría para atribuirles la consecuencia jurídica que abarca a todos los miembros de esa categoría, lo cual no es aplicable al Derecho donde se encuentran constantemente en discusión la identidad de las personas y la pertenencia a determinada categoría o conjunto.

D) En los sistemas expertos la verdad de un enunciado depende de su correspondencia con los significados presentes en el sistema, mientras que en el derecho depende del consenso de las partes interesadas sobre el significado a distintos conceptos o categorías jurídicas, en cuya determinación asume gran protagonismo el sistema judicial a través del método jurisprudencial.

E) El basamento de los sistemas expertos (ideas abstractas y absolutas) es contrario a la realidad jurídica en la cual hay que adaptar las ideas de justicia (sobre las cuales hay consenso) al caso concreto.

F) Por también estar basados los sistemas expertos en la lógica deductiva, se hace difícil aplicarlo a la función interpretativa cuando ya es por todos sabido que esta labor va más allá de una actividad silogística, por la consideración de gran diversidad de elementos ajenos a esta actividad: elementos intuitivos, experienciales, socioculturales, valorativos, etc.

Entre los aportes atribuidos a los sistemas expertos jurídicos decisionales valen destacar los señalados por Haft (Citado por Pérez Luño, 1996: 189-190):

A) Contribuyen a racionalizar el método de interpretación judicial, en virtud de lograr la unificación de la gran diversidad de significados pertenecientes a los conceptos y categorías jurídicas que enturbian el procedimiento de interpretación.

B) Propician la exhaustividad de la información jurídica necesaria en la interpretación judicial, evitándose de esta manera la conveniencia de dejar de lado datos jurídicos importantes en el problema concreto que se intenta solucionar.

C) Pueden estar más cerca de la experiencia jurídica al construir conclusiones generales a partir del análisis de los diversos casos de la experiencia jurídica. Es decir, de discurrir a través de un método inductivo que le dé mayor veracidad a las conclusiones que emiten los sistemas expertos.

Ponderando las críticas y los aportes esgrimidos sobre los sistemas expertos jurídicos, especialmente los que nos ocupa en el trabajo los decisionales, concluimos que logran una contribución cierta pero moderada en la realización práctica del Derecho.

Los sistemas expertos aligeran la labor interpretativa del juez y del profesional del Derecho en actividades rutinarias que pueden ser preliminares, decisivas o no en la decisión jurídica de individualización de la norma. Los sistemas expertos pueden mostrarnos una solución a la controversia jurídica, pero siempre será el jurista en definitiva quien validará esa decisión, la aceptará o la desechará en este caso "a posteriori", pero también "a priori" cuando decida que el problema concreto se incluye en diversos casos rutinarios donde la labor mecánica es el fundamento principal de la decisión jurídica. En este sentido coincidimos con Pérez Luño cuando afirma:

> **"...en aspectos jurídicos rutinarios, estandarizados, formalizables, con variables predeterminadas o cerradas es posible recurrir a sistemas expertos capaces de ofrecer soluciones operativas. Pero incluso en esos casos el juez no puede abdicar de la responsabilidad de su decisión para delegarla en el ordenador" (1996: 97).**

Ahora bien ya conscientes de la existencia de los sistemas expertos y sus repercusiones en la realización práctica del Derecho, nos toca ahora ahondar sobre las implicaciones jusfilosóficas que se advierten en el desarrollo de los mismos.

Los sistemas expertos por realizar una sistematización de conceptos y categorías jurídicas presentes en la información que sistematizan y así mismo por realizar inferencias normativas sobre casos concretos, versan sobre dos tareas fundamentales de la Filosofía del Derecho, el estudio de los conceptos fundamentales y los mecanismos de aplicación del derecho. Por ello es altamente importante la función de la Filosofía del Derecho

como basamento teórico para la elaboración de los sistemas expertos, concretamente las significaciones de las categorías del Derecho que maneja y la estimación y optimización del procedimiento de interpretación jurídica.

Es por eso que varios de los enfoques jusfilosóficos han intentado analizar el problema de los sistemas expertos desde cada una de sus perspectivas.

Conforme a Pérez Luño (1996) se encuentran tres perspectivas: la lógico-formalista, la antiformalista y la integradora.

La perspectiva lógico-formalista concibe al Derecho centrado en la norma y a los sistemas jurídicos como un todo pleno y coherente, aplicable a la realidad concreta mediante un proceso lógico de subsunción y así trata de materializarlo en los datos jurídicos almacenados y sistematizados en los sistemas expertos.

La perspectiva antiformalista por su lado, agrega al elemento normativo, otros aspectos del Derecho verdaderamente presentes en la experiencia jurídica: elementos culturales, históricos, axiológicos, etc; siendo útil para denunciar las limitaciones de la concepción formalista como base de los sistemas expertos, alegando que éstos no pueden considerar los aspectos extranormativos también presentes en la experiencia jurídica. Esta perspectiva presenta la limitación de quedarse en la denuncia, al no abundar sobre las medidas a tomar para incluir los elementos extranormativos en los sistemas expertos, situándonos entonces en el desecho de estos mecanismos de individualización del Derecho.

Y por último la perspectiva integradora, consciente de los aportes y limitaciones de las dos perspectivas anteriores, que trata de aceptar los aportes de la postura formalista, pero de una forma moderada, consciente de la presencia de elementos extranormativos de la experiencia jurídica, pero que la admisión de estos elementos no implica el desecho de los sistemas expertos, sino una aceptación de los mismos con plena conciencia de sus limitaciones, para coadyuvar en la configuración de algunas decisiones jurídicas, especialmente las de índole mecánico o rutinario.

Así mismo se puede apreciar las implicaciones jusfilosóficas en la evolución de los sistemas expertos. De la narración de Barragán (1996) se desprende que dichas aplicaciones han evolucionado favorablemente gracias al aporte dado por los juristas y filósofos del Derecho que han refinado los procesos lógicos de inferencia. En efecto, estos procesos lógicos se han complejizado, yendo más allá de la actividad silogística dándole paso a argumentos analógicos que pueden darle respuesta a aspectos más complejos, mejor relacionados con factores axiológicos donde el jurista claro está presida y evalúe la actividad interpretativa.

Y por último cabe destacar los aportes de la Teoría de la Argumentación y la Metodología Jurídica a los sistemas expertos, de acuerdo a Barragán (1996), la primera le indica los requisitos que debe considerar para dar una optima respuesta que pueda ser tomada como una satisfactoria decisión jurídica y la segunda le aporta los elementos propios de los principales métodos de razonamiento jurídico, que son incluidos dentro de las inferencias realizadas por los sistemas expertos, de esta manera ambas disciplinas: la Teoría de la Argumentación y la Metodología del Derecho han logrado paulatinamente un refinamiento o mejoramiento de los sistemas expertos, complejizando gradualmente sus aplicaciones.

5.3.- El papel de la Axiología Jurídica en el desarrollo de las aplicaciones informático-jurídicas

Serrano (1975)[4], cuando apenas se vislumbraba el desarrollo de la informática en nuestro país nos alertaba sobre los posibles peligros derivados de sus aplicaciones en el campo jurídico, los cuales señalamos:

A) Como consecuencia de la posible dependencia del juez a la computadora, corremos el riesgo de condicionar la administración de justicia a un cierto número de normas, sentencias, líneas interpretativas informatizadas, que pueden no ser exhaustivas y darnos una realidad parcial y posiblemente intencionada del problema jurídico que se intenta solucionar. La cualidad de informático del dato jurídico privaría entonces sobre la calidad de los datos jurídicos.

Para Serrano se trata de un proceso de "centralización de la justicia" que puede obviar importantes datos jurídicos que son desestimados por estar fuera del acuerdo de la línea interpretativa y las preferencias del colectivo de los jueces.

B) El otro problema se encuentra referido a la tensión eficiencia-justicia. Consistiendo la eficiencia en la mayor rapidez con la cual son producidos las sentencias, en virtud de ser más expeditos los procedimientos meramente mecánicos de elaboración de decisiones. Serrano advierte que una sentencia más rápida no necesariamente será la más justa, pudiéramos estar sacrificando la calidad de la sentencia, desde el punto de vista de la justicia que presenta, en aras de la eficiencia.

C) Existe otro peligro alertado por Del Pozo y Hernández (1992) que según ellos podría poner en peligro la funcionalidad expedita de los derechos de los ciudadanos establecidos en la ley. Se refieren los autores al proceso de maximación o elaboración

[4] Tal como lo adelantamos en la página 6.

de maximarios; consistente en la extracción de principios jurídicos de las diversas fuentes de las sentencias, especialmente las más importantes por sentar precedente o por la jerarquía del tribunal que la emite. El peligro estriba en que en el proceso de maximación está siempre presente un procedimiento de selección de las sentencias relevantes y así mismo dentro de estas sentencias se seleccionan a su vez los aspectos o principios relevantes presentes en ella, con el peligro de excluir otras sentencias importantes y otros principios jurídicos presentes en el fallo, lo cual se agrava porque la labor de esta selección muchas veces es realizada únicamente por un operador de un sistema informático sin un consistente conocimiento jurídico.

Como se aprecian surgen valores presentes en todos los ordenamientos jurídicos como la igualdad, libertad, la justicia, la legalidad, urge entonces realizar continuamente un proceso de valoración de la tecnología, consistente en una constante elaboración de juicios sobre los riesgos y ventajas de cada una de las innovaciones tecnológicas como de la tecnología jurídica.

Por ello de acuerdo a Pérez Luño (1996) en el proceso de valoración de la tecnología informática deben establecerse los siguientes criterios:

A) La transparencia en la introducción y la distribución de los datos jurídicos; obviándose los problemas planteados por Serrano y Del Pozo-Hernández, sobre la selección de los datos jurídicos que serán el fundamento de las decisiones judiciales.

B) La preservación del principio de la legalidad inspirado en las palabras de Weber (Citado por Pérez Luño, 1996: 159), referido a la aplicación de las decisiones jurídicas a criterios lógicos fijados por normas generales y aplicados a través de vías procesales predeterminadas, lo cual implica el apego al Estado de Derecho cuyas garantías no pueden menoscabarse por los avances tecnológicos.

C) La preeminencia de los valores de justicia y libertad que configuren un principio ético que deberá encauzar los aportes informático-jurídicos.

D) Por la necesidad de fomentar una "conciencia tecnológica" que por un lado nos impida desechar "a priori" los avances informáticos en el Derecho y por otro lado, nos permita considerarlos en virtud de la existencia de una realidad social que también es tecnológica, con su propia racionalidad y axiología que hay que desentrañar y conciliar con los supremos valores jurídicos.

Urge entonces mantener a toda costa los valores en los cuales se inspira el ordenamiento jurídico, que los mismos no sean avasallados por los avances de la tecnología informática en sus distintas manifestaciones o aplicaciones, se hace entonces obligante

la tarea del filósofo del Derecho, como orientadora y fiscalizadora de los posibles desvíos de las prácticas informáticas frente a los criterios axiológicos contenidos en los sistemas jurídicos. Por el conocimiento de los valores jurídicos ¿quiénes más que el filósofo del Derecho y el jurista para realizar esta labor de crítica razonable sobre las aplicaciones informático-jurídicas?

A manera de conclusión

Concluimos sobre una vinculación estrecha entre la Filosofía del Derecho y el desenvolvimiento de las prácticas informático-jurídicas al quedar demostrado tres aspectos que revelan la implicación entre ambas disciplinas jurídicas, a saber:

A) La pertinencia de un enfoque jusfilosófico en la configuración de la Informática Jurídica como disciplina, por ser la perspectiva capaz de revertir las limitaciones y perjuicios causados por el sesgo computacional que desdeña el contenido y los efectos jurídicos de los usos informáticos con las consecuencias negativas en el conocimiento y aplicación del Derecho, al implementarse programas informáticos alejados de la realidad jurídica colmada de ambigüedades, contradicciones, lagunas, incongruencias; así mismo valores y conceptualizaciones propias.

B) La necesidad de la formación de un jurista formado jusfilosóficamente apto para aprovechar los usos informáticos en el desenvolvimiento del Derecho, con plena conciencia de los valores y las categorías jurídicas que informan y refinan las aplicaciones informáticas en el Derecho.

C) Y por último, en virtud de los aportes de las divisiones del conocimiento jusfilosófico en los avances informáticos y así mismo los efectos de éstos en aquellas, se redundará por un lado, en la configuración de una informática jurídica ajustada a los fines, realidades y categorizaciones de la experiencia jurídica y por otro lado, a la actualización de los conceptos fundamentales y los procesos de aplicación del mismo, ampliándose el campo de la Teoría del Derecho y la Metodología Jurídica y así mismo considerando activamente los valores jurídicos como cauces de la realidad informático-jurídica mediante la Axiología Jurídica.

Bibliografía

Barragán, Julia (1996) "Informática Jurídica". En: **Derecho y Justicia** (Compendio). Coordinado por: Manuel Reyes Mate. Madrid. Editorial Trotta. Pags: 39-52.

Correa, Carlos María (1996) "El Derecho Informático en América Latina". En: **Informática y Derecho**. Volumen 2 Ediciones De Palma. Pags: 5-30.

Cossio, Carlos (1967) **El Derecho en el Derecho Judicial**. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. Tercera Edición. 373 p.

_____(1964) **La Teoría Egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad**. Buenos Aires. Editorial Abeledo-Perrot. Segunda Edición. 821p.

Del Pozo, Luz María y Hernández, Ricardo (1972). **Informática en Derecho**. México, Biblioteca Informática para profesionistas. 191 p.

Delgado Ocando, José Manuel (1996). **Curso de Filosofía del Derecho Actual**. Caracas. Vadell Hermanos. 500 p.

Dworkin, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Barcelona. Editorial Ariel. 1999. 504 p.

Pagano, Rodolfo (1996) "La Técnica Legislativa y los Sistemas de Informática Jurídica". En: **Informática y Derecho**. Volumen 2 Ediciones De Palma. Pags: 37-96.

Pérez Luño, Antonio Enrique (1996). **Manual de Informática y Derecho**. Barcelona, Editorial Ariel. 223 p.

Reale (1973) **Il Diritto come experienza**. Milán. Giufre Editore. 494 p.

____(1972) **Filosofía do Direito**. Sao Paulo. Edicao Saraiva. 654 p.

Recaséns Siches, Luis (1975). **Tratado General de Filosofía del Derecho**. México. Porrúa. 718 p.

_____(1956). **Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho**. México. Fondo de Cultura Económica. 308 p.

Rivera, Abelardo (1995). Dimensiones de la Informática en el Derecho: Perspectivas y Problemas. Bogotá. Jurídica Radar Ediciones. 285 p.

Rodríguez, Gladys y Bozo, Ana Julia (1999). "Algunas Reflexiones Filosóficas sobre la Tecnología Moderna". En: **Frónesis**. IFD-LUZ. Vol. 6 N° 2. Pags: 39-57.

Serrano, Alberto (1975). **Computadoras y Derecho: Una introducción a la Informática Jurídica**. CEFD-LUZ. 132 p.

Telles, Julio (1995). **Derecho Informático**. México, Mc Graw Hill. 283 p.

HACIA UNA COMPRENSIÓN POSMODERNA DEL DERECHO

J. M. Delgado Ocando*

I
La Transición Paradigmática

En el siglo XX, y, en especial, a partir de la década de los ochenta se ha producido un movimiento de transición que va desde el paradigma de la modernidad hacia otro paradigma que podría llamarse de la posmodernidad.

El paradigma de la modernidad se caracteriza por el triunfo de la razón y por el despliegue de ésta en todos los aspectos de la vida humana. El signo de la racionalidad, sin embargo, no ha sido lineal ni homogéneo. Se ha distinguido por ejemplo, la racionalidad cognitivo-instrumental (científico-técnica) de la racionalidad estético-expresiva aunque ésta haya sido colonizada, en cierta forma, por la primera (p. 23).

Los principios sociales de esta hegemonía de racionalidad cognitivo-instrumental se muestran en un par normativo que puede tipificarse como principios de regulación y principios de emancipación. Los principios de regulación son el mercado, el Estado y la comunidad; y los principios de emancipación son la participación, la solidaridad y el placer felicidad (ibid).

En virtud de que la racionalidad cognitivo-instrumental ha colonizado parcialmente los modos de regulación sociales, el horizonte emancipatorio se ha visto muy reducido. Ello se debe no sólo al fortalecimiento de los principios de regulación (en especial

(*) Universidad del Zulia. Tribunal Supremo de Justicia

el mercado y el Estado) sino al hecho de que los principios de emancipación han sido distorsionados por este fortalecimiento. La representación en lugar de la participación, el Estado de bienestar en lugar de la solidaridad, y la industria del ocio y del tiempo libre en lugar del placer y la felicidad, revelan que los principios emancipatorios han sido sofocados por el mercado y el Estado.

Desde siempre, la racionalidad estético-expresiva ha resistido esta colonización parcial de la racionalidad cognitivo-instrumental, pero lo ha hecho desde una perspectiva moderna, esto es, reivindicando un estilo de comprensión del mundo inconmensurable con la visión científico-técnica. El problema, empero, es otro. Se trata de replantear los fundamentos de la racionalidad moderna y erigir a la racionalidad estético-expresiva en un ingrediente de la racionalidad misma.

En el paradigma de transición, a partir de la modernidad, la racionalidad estético-expresiva reclama la autoría (autobiografía y compromiso ético-político y artefactualidad discursiva) para resistir la colonización científico-técnica y rescatar la soberanía ética sobre ésta (p. 24).

En este empeño por dejar que el hombre, en su dimensión total, luche por la unidad del saber, más allá de los dualismo típicos del positivismo y del cientificismo, la racionalidad estético-expresiva ha propiciado el principio de comunidad con fines emancipatorios. La comunidad se vincula principalmente con la solidaridad y promueve una forma de convivencia social opuesta a la colonización política y mercantil.

Ahora bien, los principios sociales normativos surgen de pares ontognoseológicos que pueden clasificarse así: la regulación implica una trayectoria entre un estado de ignorancia (caos), y un estado de conocimiento (orden); y la emancipación implica el tránsito entre un estado de ignorancia (colonialismo o no reciprocidad) y un estado de conocimiento (solidaridad o intersubjetividad). Mientras que la ciencia reguladora (colonizadora) fomenta el colonialismo (la antropología conoce al pueblo primitivo como objeto), la ciencia emancipatoria concibe el análisis en términos intersubjetivos o recíprocos y los instala en un contexto solidario donde el pueblo primitivo es "sujeto", y el saber es autoconocimiento y autobiografía (p. 28).

Una perspectiva de esta clase propone la **artefactualización** de la naturaleza, de modo que, de alguna manera, todas las ciencias lleguen a ser sociales, y en donde el conocimiento abandone el dualismo naturaleza/cultura y renuncie a los rasgos de etnocentrismo, capitalismo y sexismo que han caracterizado el proceso racio-técnico occidental. Ello es obvio, tanto en el caso de la antropología como en otro caso, quizá de mayor relevancia para la epistemología, a saber, la primatología, cuyas versiones occidental y japonesa se oponen en la medida en que ésta concibe las relaciones entre

el hombre y el animal como **continuum** ontológico y no como proceso de diferenciación cualitativa según lo propone la primatología occidental.

En el fondo, tal oposición es el resultado de los dualismos propios de la colonización científica. Abstrato/concreto, ideal/real, sujeto/objeto, orgánico/inorgánico, humano/no humano, son, ahora, dualismos cuestionados por la ciencia posmoderna, pues ciertas características de los seres vivos como la autorregulación, el metabolismo y la autorreproducción son comunes a los sistemas precelulares de moléculas; aparte que las características que en la ciencia moderna se atribuían exclusivamente al mundo humano, como historicidad, progreso, libertad y autodeterminación, se extienden ahora a la materia, conforme se constata en las estructuras disipativas de Prigogin, la sinergética de Haken, el orden implicado de Bohm o la síntesis del misticismo y la física contemporánea de Capra (p.33). Por eso, la nueva ciencia es no dualística y el principio de la ciencia unificada se logra no a través del fisicismo sino por medio de la superación de los dualismos de la ciencia moderna. Esto es particularmente notable en Haken y Prigogin, pues ellos llegan a explicar cuasi-antropológicamente la conducta de las partículas (revoluciones, violencia, esclavitud, dominación, democracia nuclear, etc.).

II
Retórica y Revaloración de las Humanidades

La tendencia de aproximación entre las ciencias naturales y humanas se constata, también, entre estas últimas y las llamadas humanidades (historia, filología, Derecho, estudios literarios, filosofía y teología). Esta aproximación ha producido la revolución de las humanidades y de la racionalidad estético-expresiva del arte y la literatura. Y en este orden de ideas, la ciencia posmoderna admite la analogía textual y autobiográfica que busca el conocimiento indiviso y el rescate subjetivo de los excluidos.

La analogía textual exige, por ejemplo, el tratamiento del texto, el escenario y la autobiografía del autor. Reclama, en suma, el conocimiento retórico y la lucha por la constitución dialógica de la verdad (agonística). En la medida en que la verdad no es descubierta, sino **construida**, el compromiso de la nueva ciencia está en la retórica y en el manejo de las condiciones trascendentales que la hacen posible.

La crisis paradigmática de la modernidad ha permitido el renacimiento de la retórica que fue siempre, por lo menos hasta la dogmática jurídica del siglo XX, el modo de pensamiento propio del Derecho. La retórica jurídica utilizó con destreza premisas probables (entimemas, argumentos cuasilógicos en forma silogística (**topoi**, lugares comunes) no sólo para inferir soluciones razonables sino incluso para conformar los hechos jurídicamente relevantes.

Pero el rescate de la retórica no se limita hoy al campo de las humanidades, pues, en cierta forma, las ciencias naturales y humanas trabajan con un estilo agonístico, aunque, por supuesto, la retórica de la ciencia se produzca en un escenario universal donde la lucha por la verdad trasciende los límites de su contexto histórico. La audiencia relevante para la ciencia es el contexto objetivo en que el razonamiento resiste la prueba lógica, si bien el juego retórico no busca una verdad puramente sintáctica sino un cierto autoconocimiento persuasivo. Esta retórica dialógica va más allá de la ética del discurso de Habermas y Apel, y también de Perelman (para quien la argumentación es claramente técnica), ya que lo que se propone es la convicción dimanante del autoconocimiento y de la neocomunidad (audiencia de sujetos en permanente creación). Según esto, la retórica diológica no puede llegar a ser convincente si no se garantiza el acceso igual de los interlocutores al escenario agonístico y si no se promueve la competencia cognitiva y lingüística de los mismos. El problema es que el diálogo sea conducido con estilo emancipatorio, esto es, que se haga valer la solidaridad y no la colonización (pp. 44 y 46).

Aquí habría que recordar a Rorty, quien entiende la hegemonía como colonización del discurso producido por el sentido común (1991, p. 92). En verdad, los **topoi** son los resultados de la retórica practicada con propósitos reguladores, y la dignidad del diálogo reclama la constitución de un nuevo sentido común solidario.

Para comprender este proceso, es necesario que se discriminen los espacios (lugares o escenarios) de la retórica dialógica, pues la dimensión emancipatoria del diálogo depende de las condiciones de la audiencia pertinente. Estos espacios son: la familia, el taller, el mercado, la comunidad, la ciudadanía y el mundo (p. 49). El nuevo sentido común solidario depende de una ética de la responsabilidad y de una repolitización global de la vida colectiva. No hay que olvidar que uno de los tópicos de la modernidad es restringir la política al espacio de la ciudadanía ("yo no soy político", "las asociaciones de vecinos sólo deben buscar el bienestar de los asociados", etc.).

Pero esta repolitización global requiere nuevos esclarecimientos. El Estado no se legitima en términos de **orden público** sino de **orden social** y la contrapartida de la obediencia ciudadana no es la protección **(protego ergo obligo)** sino más bien el cuidado y la felicidad **(curo, ergo obligo)**. La política rescata, así, su sentido originario **(Polizei**, policía) y su función legitimadora exige, como diría Saint-Simon, utilidad y belleza. Y ello porque lo útil y lo bello son inseparables y porque la ética de la responsabilidad no puede ser antropocéntrica e individualista, ni reducirse a la busca de resultados inmediatos, sino propiciadora de que la naturaleza y las generaciones futuras devengan sujetos dignos del deber moral. La visión política global rebasa la organización del poder e incorpora a la administración pública la intendencia de la cura que es el programa del Estado social de derecho. La justicia social y la solidaridad, así

entendidas, necesitan una reforma saintsimoniana del Parlamento donde habría que agregar la Cámara de la Invención, constituida por ingenieros civiles, poetas y otros inventores literarios, pintores, escultores, arquitectos y músicos. A esta Cámara correspondería la formulación de los proyectos públicos entre los cuales se contarían infraestructuras físicas, como carreteras y puentes, que deberían construirse no sólo como medios de transporte, sino como medios de satisfacción estética para los usuarios. Es la utopía creadora que Saint-Simon opone a la utopía mecánica de la tecnología reproducida incercialment por la transformación de la ciencia en fuerza productiva, con la consiguiente neutralización de su potencial emancipatorio (p. 54).

III
La Dimensión Retórica del Derecho

Aunque el derecho parece estar signado por la retórica, en la medida en que la solución de los conflictos implica una agonística tendente a resultados persuasorios, ya desde Bolonia hasta la Escuela de los Pandectistas (siglo XIX), la recepción del derecho romano apunta a la Dogmática y, consecuentemente, al apogeo del pensamiento formal y a la proclividad al estilo de la lógica. El proceso de la recepción del derecho romano se complementa con el pensamiento filosófico-político de los siglos XVII y XVIII, en que se instauran los grandes principios de la regulación racional. Hobbes (Estado), Locke (mercado) y Rousseau (comunidad), establecen las bases de un orden jurídico-político que rechaza la retórica y aspira a una teoría del derecho público que da cuenta de la caducidad del feudalismo y el advenimiento del Estado nacional.

No es exagerado decir que la Teoría Pura del Derecho marca el punto culminante de este proceso de formalización reguladora estimulado por el fortalecimiento de las relaciones mercantiles, por la apoteosis de los Estados nacionales y por el impacto tecnológico de la Revolución industrial. Pero al entrar en crisis el paradigma de la modernidad, como efecto del crecimiento del mercado mundial y la minusvalía del Estado, el topos transcapitalista se entroniza en forma global (neoliberalismo) sobre las ruinas del socialismo real. Es el momento de la desregulación selectiva y de la neorregulación (seguridad y orden público) destinada a propiciar los procesos de privatización y a intervenir para que éstos se produzcan de manera abrigada y pacífica. La política neoliberal promueve, así, la descentralización en ciertas áreas (relaciones laborales, bienestar social), al lado de la recentralización en otras como el entrenamiento laboral, la vigilancia política, y la policía extranjera ajustada al giro de las corporaciones transnacionales (p. 88).

Frente a estos fenómenos de desregulación y neorregulación, el Derecho adapta su función normativa de modo congruente con el rescate de su oriundez retórica. Obviamente, los componentes del Derecho no pueden ser administrados en forma sólo

retórica sino que su función se cumple, también, por medio de la burocracia y la violencia. El juego de los tres componentes (retórica, burocracia y violencia), tiende a fortalecer a la sociedad civil y a debilitar al Estado, lo que hace ambiguas y confusas las relaciones entre ambos, pues el supuesto privilegio de la sociedad civil olvida que Estado y sociedad civil son dos fases de una misma constelación política, y que las relaciones de poder operan, igualmente, fuera del aparato público, a veces con mayor fuerza que dentro de éste. El cambio de la función jurídico-política requiere, pues, una nueva conceptualización de la sociedad civil y de los modos de regulación determinados por el papel de la retórica y de la consiguiente declinación de la burocracia y la violencia (pp. 98, 99 y 112).

IV
El Derecho de Pasargada

Durante los años setenta y ochenta ocurre un movimiento hacia la informalización de la justicia y un incremento de la retórica, con un recíproco decrecimiento de la burocracia y la violencia, lo cual revela un cambio en los modos de la dominación política. Lo que se constata es que puede darse una legalidad interna paralela y, a veces, en conflicto con la legalidad oficial. Es una suerte de pluralismo jurídico producido en un contexto sociológico peculiar, que fortalece el momento retórico del derecho y que propugna el desarrollo de la comunidad y no el control social, que es lo propio de la regulación por medio del derecho (p. 162).

En este respecto Boaventura de Sousa Santos da cuenta de la jurisdicción civil de la Asociación de Residentes de Pasargada (ARP)) que busca resolver los casos que implican derechos sobre las tierras y las **favelas** de un sector de Río de Janeiro, incluyendo los asuntos que suelen surgir en tales disputas, con la sola excepción de las causas criminales.

La ARP ha desarrollado una jurisdicción de derecho privado, al lado de la jurisdicción oficial (derecho del asfalto), que presenta sus propias peculiaridades normativas, pero que usa la simbolización del derecho oficial, inherente a cualquier régimen jurídico, como la tramitación de las quejas ante los representantes de la ARP, las firmas, la selladura, el archivo, los testigos, etc. que forman parte de la burocracia judicial.

Pero este derecho de Pasargada no es un sistema cerrado y autosuficiente, sino que, aparte el préstamo de la majestad simbólica al derecho del asfalto, permanece y coexiste con éste como un sistema jurídico parcial (p. 178).

Aunque el derecho de Pasargada refleja la ideología jurídica del capitalismo y cumple también un papel regulativo, la ARP maneja alternativas normativas al sistema de la

tierra en los asentamientos sin título de propiedad (invasores) y promueve una solución pacífica y progresista de los conflictos de las invasiones. Es, como dice Santos, una forma de organización autónoma de las clases populares para satisfacer sus necesidades de vivienda (derecho social) ante las condiciones de reproducción impuestas por el capitalismo.

Hay varias características del derecho de Pasargada que es bueno resaltar y que muestran la tendencia impuesta a la regulación social, a saber, la pérdida progresiva del monopolio jurídico por parte del Estado. En efecto, este derecho marginal es no profesional, accesible, participativo y consensual (pp. 242, 248). En el fondo se trata de los oficios de una autodisolución del sistema jurídico formal y colonizador, que empieza a transformar al Estado territorial con su independiente y poderosa burguesía con su clase profesional de jurista a quienes está encomendado el manejo burocrático de la justicia.

Es importante notar como Santos propone lectura alternativas del funcionamiento del Derecho, pues incluso una sociología funcionalista puede digerir el ejercicio paralelo de jurisdicciones **anómalas** siempre que no se ponga en peligro la dominación política aseguradora del sistema. Lo que se cuestiona es la naturaleza reguladora de la ciencia social burguesa y lo que se propone es el uso emancipatorio de los órdenes normativos parciales nacidos, por fuerza de la vicisitudes sociales, al lado de la legalidad establecida. Santos dice, por eso, que, al abocarse al estudio de la ARP, comenzó a pensar que la función de control social de la ciencia moderna empieza con la naturaleza represiva e insidiosa del discurso verbal contenido en entrevistas y cuestionarios (pp. 201 y 203). Y llegó a la conclusión de que, basada sobre las premisas de la producción material capitalista (propiedad privada y productividad lucrativa), la investigación social expropió el discurso autónomo cotidiano de sus objetivos a fin de construir su propio estatuto científico, lo que permite usarlo como forma de poder social (ibíd.).

Había, entonces, que proponer un manejo emancipatorio de la ciencia social reguladora y, para ello, había que adoptar una posición política solidaria y una transgresión consciente de la reglas metodológicas propias del científico convencional (pp. 231; 237). De esa manera dice Santos, "como amigo de la gente donde trabajé, hablando su misma lengua y sintonizando con sus necesidades y aspiraciones, se me dio información que ningún científico norteamericano podía obtener" (p. 203). Hizo, desde luego, un uso político de los resultados de la investigación, pero al revés de lo que hace la ciencia reguladora, orientó el análisis en sentido emancipatorio. Es así como la heterodoxia metodológica y la relativa autonomía residual concedida al científico por su propio estatuto pueden ser utilizadas para ofrecer alternativas progresistas al papel regulador de la ciencia moderna misma.

La metodología transgresiva, el arte de leer (o de "desleer" [rumiar en el sentido nietzscheano del término]), la conciencia de que el pluralismo jurídico es un intercambio desigual entre el derecho oficial y no oficial, pero que, pese a la integración de este último al giro dominante del Estado, puede realizar aspiraciones que el propio Estado declara legítimas (como los derechos sociales y económicos), haciendo posible, así, el manejo del derecho en el ambiguo intercambio de sus componentes. En la medida en que el momento retórico se fortalezca, la burocracia y la violencia decrecen, y la lucha en sentido emancipatorio se da dentro del orden establecido. Es la mejor manera de rescatar la visión solidaria del marxismo, pero es, al mismo tiempo, la sola posición correcta frente al positivismo oculto del marxismo convencional.

V
Globalización, Estados-Naciones y Campo Jurídico

Es bien conocido, dentro de la teoría de la dependencia, el análisis que Evans realiza en relación con la triple alianza de las corporaciones transnacionales (CTN) con la élite del capital nacional y la burguesía de Estado.

El ala local, la burguesía corporativa nacional, comprende la élite empresarial, gerentes de firmas, altos funcionarios del Estado, líderes políticos y profesores universitarios. Pese a su heterogeneidad, estos agentes constituyen una clase, porque, a despecho de la diversidad de sus intereses de grupo, constituyen una situación general de privilegios socioeconómicos y un interés común en las relaciones del poder político y control social inherentes al modo de producción capitalista (pp. 254 y 255).

Frente al modo de dominación política de esta alianza, las luchas sociales emancipatorias son posibles, no sólo por las vicisitudes de la heterogeneidad de la alianza misma, sino porque cuando un sistema histórico entra en crisis, las utopías surgen como tendencias ínsitas en el propio contexto social que las determina. Pero, por supuesto, Santos distingue entre lo utópico (**utopistic**) y lo "utopista" (**utopianism**), pues lo utópico es una alternativa real histórica surgida de la crisis (p. 259). Con razón Hölderling decía que "lo posible actúa", para aludir a la vocación autodisolutiva de los procesos sociales. Las estrategias emancipatorias valoran, en el momento de extremas fluctuaciones, las alternativas solidarias y las tensiones que buscan la realización de la utopía.
Es en este contexto donde habrá que diagnosticar los momentos emancipatorios del proceso de descentralización del Estado y el ascenso de la sociedad civil. Y esto es así, porque el proceso que apunta al Estado mínimo no significa un cambio cualitativo en los patrones de la regulación. Al contrario, procesos como la privatización del sector industrial del Estado requiere una compleja intervención de éste que va más allá de la privatización misma. Por eso la descentralización de la acción del Estado en

ciertas áreas (relaciones laborales, bienestar social) tiende a coexistir con la recentralización de la acción estatal en otras, como el entrenamiento laboral, la vigilancia política y la política exterior estrechamente ligada a los operaciones de las corporaciones transnacionales (p. 279).

El neoliberalismo, que se ha convertido en un **topos** regulativo global, maneja el principio del mercado en forma altamente selectiva. De allí que lo privatizable sea lo lucrativo, casi siempre bajo la forma de **joint ventures** entre el capital nacional y el transnacional.

Pero el problema no se queda en esta función selectiva sino que el derecho es usado para regular, pacíficamente, el giro de la privatización. Ningún expediente ha sido manejado con mayor eficiencia hegemónica que la defensa de los derechos humanos. En este campo los intríngulis de la dominación imperial son ominosos. EE.UU. manipula el régimen sobre derechos humanos sin ser parte de la Convención Americana de 1969. Los EE.UU, se rehúsan a ratificar los convenios sobre los derechos humanos y otros tratados análogos, y, sin embargo, aparecen como los campeones de la lucha universal por dichos derechos. Aparte de esta ambigüedad, los EE.UU. aplican estándares y procedimientos sobre derechos humanos que no aceptan para sí mismos. Santos observa, por ejemplo, que el Departamento de Estado aunque prepara informes anuales sobre la situación de los derechos humanos en muchos países del mundo rehúye rendir reportes respecto de sus propias prácticas en este campo a los organismos internacionales. Es una forma de imperialismo cultural racionalizado bajo el sentido común regulativo de un supuesto respeto a la dignidad del hombre (p. 331).

Pero así como los procesos económicos de descentralización son selectivos, también son selectivos los informes del Imperio sobre el estado de los derechos humanos en el mundo. No sólo se ignora el principio de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos (ya que el énfasis se pone en los derechos políticos) sino que la propia democracia es valorada de modo **sui géneris**. En ningún reporte de esta clase se habla de la represión en Irlanda del Norte, donde se da, además, una violación masiva de los derechos sociales (pese a estar supuestamente en el Primer Mundo), sino que la vigilancia respecto de los derechos políticos es blanda con la violencia paramilitar en Perú o Colombia, la eliminación de líderes de la oposición en México, el asesinato de los niños de la calle en Brasil o Colombia o el violento ajuste estructural en Argentina y Perú. Y es que no se puede ignorar la dimensión ideológica de la lucha por los derechos humanos, lo que es claro a partir de la Segunda Guerra Mundial, dado que dicha lucha ha estado al servicio de los intereses económicos y políticos de los Estados capitalista hegemónicos. En suma, se trata de un uso regulativo y colonizador de la lucha por tales derechos.

La crítica de Santos a esta situación no puede, sin embargo, negar la necesidad de la lucha por la vigencia de los derechos humanos. Pero esta lucha necesita una perspectiva emancipatoria y en ella va involucrada una concepción mestiza, intercultural (cross-cultural) que parta de la admisión de la incompletidad y endeblez que los **topoi** culturales asignan a dichos derechos. Santos cree que sólo una hermenéutica diatópica puede incorporar estándares capaces de llevar a cabo esta lucha de manera solidaria. El manifiesto de Santos reclama la apertura de los patrones occidentales al **dahrma** hindú y a la **umma** musulmana y, sobre todo, al aprendizaje del Sur, lo cual haría posible recuperar el potencial emancipatorio y utópico de los derechos humanos (pp. 340, 341, 342 y 345). El error de las corrientes marxistas convencionales ha estado en renegar de la lucha por los derechos humanos a causa del uso espurio y selectivo que el Imperio ha hecho de ella, pero cuando se constata el lado emancipador de la lucha, los derechos humanos se convierten en una especie de esperanto político proclive a la convergencia de muchas voluntades hacia el logro del respecto a la dignidad del hombre y la felicidad social.

Santos busca, por está vía, incorporar a la naturaleza en el juego normativo de los derechos y las obligaciones. Y en el empeño por amar al más lejano (como quería Nietzche), la mirada solidaria comprende que la gente no es pobre, sino que ha sido empobrecida, que no es hambrienta sino que ha sido hambreada, que no es marginal, sino que ha sido marginalizada, que no es víctima sino que ha sido victimizada (p. 353). Es la ética de la responsabilidad que quiebra la ecuación derecho-deber y obliga moralmente a guardar y curar a quienes la dominación política y económica despoja de sus derechos sociales y de su dignidad.

VI
Trade-Off Neoliberal y Derechos Humanos

El neoliberalismo ha impuesto el principio del mercado como topos regulativo global, pero lo ha hecho sobre la base de que el desarrollo de la periferia capitalista apunta hacia el nivel de los países hegemónicos, según una lógica interna que exige sacrificios y renuncias. Es lo que Santos llama la política del **trade-off**, conforme a la cual altas cotas de absoluta pobreza son necesarios a fin de maximizar la inversión (p. 355). De acuerdo con la igualdad **trade-off**, la desigualdad en la distribución del ingreso es condición necesaria para la rápida transición de una economía tradicional (bajo ingreso y baja desigualdad del ingreso) a una economía competitiva moderna. El **trade-off** neoliberal no sólo exige la renuncia a la relativa vigencia de los derechos sociales a cambio de perspectivas de desarrollo siempre lejanas e insatisfechas, sino que propicia incluso la idea de que el mismo disfrute de los derechos políticos, tal como los concibe el Occidente avanzado, es un lujo del cual se puede prescindir en un esfuerzo por legitimar la sumisión de los países en desarrollo. Por supuesto, que tal criterio sólo

es aceptable en la medida en que no se amenacen sus intereses económicos ni se rechace la política cónsona con éstos. Por eso, la política sobre los derechos humanos de las grandes potencias es, como se ha dicho, altamente selectiva. Se censura y hostiga a Cuba, Irak, Irán o Libia, mientras que se es condesciente con Turquía, Corea del Sur, Taiwan, Perú, México o Brasil, donde la represión policíaca y militar es parte del **trade-off** neoliberal.

Una buena parte de los investigadores sociales que aparecen comprometidos con proyectos emancipatorios del Tercer Mundo, como Jack Donnelly o Noam Chomski, denuncia este sistema por ser nocivo para el desarrollo y para el respeto de los derechos humanos. Donnelly, por ejemplo, cree que el **trade-off** propuesto por el neoliberalismo es un proyecto sin esperanza, pues el disfrute de los derechos económicos y sociales se ha convertido en una carga que ni los países de Primer Mundo pueden soportar, como resulta evidente del desmantelamiento del Estado de bienestar incluso en países como Alemania, que se define constitucionalmente como Estado social de derecho.

En el centro de la controversia, por tanto, debe estar el carácter indivisible e interdependiente de los derechos humanos y el fomento de la ética de la responsabilidad que concibe el derecho al desarrollo como derecho colectivo. Esta dimensión moral del derecho al desarrollo ha sido subrayada por la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1972 y por la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de la Asamblea General de la ONU de 1986, y es una contribución invalorable de los africanos a la filosofía política actual.

De esta perpectiva George Shepherd propone la autoconfianza como derecho humano básico, focalizado sobre la necesidades del pueblo, sobre la redistribución antes que el crecimiento y sobre la participación política y la libertad individual.

La crítica de la globalización mercantil y del **trade-off** neoliberal lleva no sólo al reconocimiento de los derechos colectivos frente a la deuda social de los países hegemónicos, sino también a la facultad de todos los pueblos del mundo a llevar al capitalismo histórico a un tribunal mundial. Representados por los agentes capitalistas centrales (Estados y CTN), el capitalismo tiene que dar cuenta de su cuota de responsabilidad por la masiva violación de los derechos humanos, incluidos, a veces, el genocidio, el empobrecimiento cultural y la destrucción ecológica, lo que les ha deparado su ingente poder militar y económico.

La respuesta al neoliberalismo tiene que ser la lucha de los grupos sociales oprimidos por una vida más decente, de acuerdo, por supuesto, con las condiciones de la globalización impuesta por el capitalismo mundial, pero con afán de cosmopolitismo y

de fidelidad a la herencia común de la humanidad. Ello significa que esa lucha sólo puede ser exitosa si se orienta hacia un nuevo modelo de desarrollo y socialidad que incluya un nuevo contrato social con la tierra, la naturaleza y las futuras generaciones (p. 365).

VII
Las Luchas Urbanas en Recife

El problema de las luchas urbanas en Recife presenta características distintas al derecho de Pasargada, pues en éste el problema radica en la legalidad interna de los asentamiento, mientras que en aquél los residentes de los asentamiento buscaban usar la legalidad del Estado en defensa de sus derechos sociales a una vivienda adecuada. El derecho de Pasargada regula conflictos intraclasistas (conflictos entre residentes de la **favelas**), a diferencia de los conflictos interclasistas (conflicto entre los pobres urbanos, por una parte, y los grandes terratenientes y el Estado, por otra) (pp. 393, 394).

Desde luego que las luchas urbanas en Recife ocurrieron durante el colapso del régimen militar y el proceso de redemocratización que hizo posible el retorno de políticas populistas, y la agencia social de líderes y organizaciones (la Iglesia brasileña, entre otras) que contribuyeron a la beligerancia de nuevas formas de movilización política. En Venezuela sucedió algo parecido, aunque sin la participación decisiva de la Iglesia, por lo menos en las luchas sociales, después de la caída de la dictadura en 1958.

En Recife, la Comisión Justicia y Paz, bajo la égida del arzobispo D. Helder Cámara, promovió el apoyo a los ocupantes ilegales (invasores), particularmente en relación con su defensa legal. Aunque el nexo local-nacional de los hechos era predominante, a veces participaban en los conflictos urbanos CTN que imprimían al problema una dimensión transnacional.

Cuando Santos analiza lo que él llama microfísica de la legalidad política en las luchas urbanas, encuentra que éstas confirman las principales hipótesis del libro que comentamos, a saber: a) la política es ubicua en la sociedad, y la especificidad del derecho no puede entenderse en términos de autonomía o **autopoiésis**; b) las grandes teorías sobre la determinación social del derecho dejan fuera de foco las condiciones dialécticas de la agencia social. Así, por ejemplo, una macrofísica del poder tiende a minusvalorar las crisis políticas que, en ciertos casos, hacen insostenibles a los regímenes más fuertes; aparte que las luchas sociales dadas en el contexto de fragmentación política e institucional de un gobierno autoritario, suelen articularse con agencias cosmopolitas transnacionales como la Iglesia católica (que más que una ONG es una CTN de servicios religiosos, con un activismo social cónsono con su proselitismo y catequesis); y c) las luchas urbanas de Recife en 1980 mostraron que los movimiento sociales concretos tienden a ser hoy más que nunca incrementados por factores complejos que Santos llama interlegalidad (p. 464). Desde este punto de vista lo que opera no es una legalidad a secas, sino una constelación de diferentes legalidades conflictivas: legalidad local informal, legalidad estatal, legalidad transnacional de derechos humanos, legalidad de derecho natural, legalidad insurgente y revolucionaria e, incluso, legalidad subversiva (terrorismo). La razón por la cual las teorías monopolistas del derecho, tanto las deterministas como las indeterministas, fallan se deben a que consideran la legalidad en un sentido puramente estatal, cuando en verdad, por lo ya dicho, de lo que se trata es de una interlegalidad abigarrada y compleja.

Lo verdaderamente peculiar en las luchas urbanas de Recife es el apoyo jurídico a los pobres para que éstos puedan librar legalmente su batalla por el reconocimiento de sus derechos sociales; pero el papel de la Comisión Justicia y Paz no se limitó a la defensa legal, sino a la articulación de ésta en una defensa política de modo que ambas defensas se libraron sinérgicamente. La estrategia emancipatoria consiste en potenciar el sentido de la justicia social para las clases subordinadas, antes de reconstruir y canalizar el conflicto en términos legales. O, como dice Santos, el conflicto tiene que ser, primero politizado, y, luego, legalizado. La utilización política del derecho estatal por los sectores pobres de Recife comprende un complejo de prácticas que se despliegan en tres momentos fundamentales, a saber, la política del hecho cumplido, la reconstrucción social del conflicto y el rescate del derecho para resolverlo (p. 386).

Las políticas del hecho cumplido se vinculan con la morosidad de la burocracia y las prácticas judiciales dilatorias, lo cual hace posible la estrategia destinada a reconstruir socialmente el conflicto, mediante procesos operados en varias direcciones, esto es, desde lo individuos hasta las clases, de los asuntos privados a los temas políticos, de las quejas concretas a la denuncia de la organización social inicua, de la disputa aislada a la serie de conflictos resultantes de las mismas condiciones sociales, del derecho positivo al derecho natural. La politización, producida por vías muy disímiles (incluidos el arte popular y la militancia de sus representantes más comprometidos con las luchas sociales), tiende a identificar las causas de la miseria, a descubrir a quienes se oponen a la justicia social, y a redefinir los intereses en pugna, a fin de hacer valer los derechos sociales de los oprimidos.

A través de tales acciones, en las que la Iglesia católica ha tenido participación fundamental (por lo menos en Brasil), aparte ONG defensoras de los derechos humanos, el conflicto es socialmente reconstruido como conflicto jurídico, aunque no sea legal **stricto sensu**, con lo que su legalización se da dentro de los límites del derecho establecido.

La tercera parte del proceso es el rescate (**seizing**) del derecho. En ella se pueden distinguir tres clases de prácticas: la producción y la distribución del tiempo judicial, la reindividualización de los conflictos colectivizados y la socialización del proceso (pp. 388/390). La expansión de la retórica jurídica (las formas y los procedimientos devienen argumentos) produce un cierto grado de informalización legal que aproxima el derecho oficial al derecho de Pasargada.

La tercera parte del proceso es el rescate (**seizing**) del derecho. En ella se pueden distinguir tres clases de prácticas: la producción y la distribución del tiempo judicial, la reindividualización de los conflictos colectivizados y la socialización del proceso (pp. 388/390). La expansión de la retórica jurídica (las formas y los procedimientos devienen argumentos) produce un cierto grado de informalización legal que aproxima el derecho oficial al derecho de Pasargada. En verdad, la lucha judicial librada en la arena retórica, obliga a los tribunales a reconocer los derechos sociales de los desposeídos y a buscar alternativas jurídicas (no simplemente policiales) en la solución de los conflictos.

Esto se debe, por supuesto, a la contingencia y contradicción de la acción estatal y al grado de tensión e inestabilidad que las luchas urbanas generan. Por eso, el destino de las luchas es incierto y no siempre favorable para quienes las libran. A veces, triunfa la ejecución forzosa, haciendo valer el derecho de propiedad "violado"; otras, se produce el diferimiento de la ejecución judicial, lo que facilita la estrategia de los ocupantes; en algunos casos, como en el conflicto llamado por los invasores **The Skylab**, las condiciones fueron tan propicias para éstos (el bajo valor de las tierras, entre otras), que se llegó a un arreglo por el cual propietarios e invasores firmaron un contrato de arrendamiento de las tierras por un período máximo de cinco años. Es lo que Santos llama el alto grado de retórica y la baja violencia del caso **The Skylab** (p. 392).

El sentido emancipatorio de las luchas urbanas en Recife se da en un juego bivalente de lucha legal y lucha por el derecho; de allí que el proceso oscila entre lo legal y lo ilegal y, aún, alegal, por una parte, y entre la regulación jurídica oficial y la ideología y la utopía, donde la acción directa y la conducta ilegal de las masas, junto con la defensa judicial de los abogados patrocinantes de los invasores, se mezclan de manera que el propio proceso es penetrado por la retórica y es politizado como un área cuya politización es siempre externa, al revés de la politización de los derechos de los propietarios que es siempre interna, pues están revestidos de forma legal y aparecen, por la misma razón, naturalizados o despolitizados (por ejemplo el reconocimiento de los derechos ciudadanos a través de la protección exclusiva de la propiedad de la tierra).

Esta ideología es lo que hace tan críticas y perturbadoras las invasiones de tierras (es uno de los casos típicos de orden público), mientras que se convencionalizan y banalizan las ilegalidades de los propietarios como la evasión de impuestos, la violación de la seguridad industrial o la devastación del medio ambiente (p. 396).

Como dice Santos, las luchas urbanas de Recife son un ejemplo de que los procesos judiciales se han hecho ambiguos, desdoblados en momentos opuestos (ideología y utopía, retrospección y anticipación, dominación y emancipación) y de que ofrecen a la acción progresista alternativas promisorias. Si algo debe alentar a la conciencia emancipatoria es la certeza de que el derecho no tiene que ser, en todo caso, un obstáculo al cambio social (p. 397).

VIII
Transición Posmoderna y Metáforas Espaciales

Perelman ha demostrado que mientras el pensamiento clásico fue dominado por metáforas espaciales, el pensamiento moderno es dominado por metáforas temporales, tales como progreso, evolución y desarrollo. Santos sugiere que la transición posmoderna implica una revaloración de las metáforas espaciales, pero no las metáforas locales viejas, sino las metáforas locales, nacionales y transnacionales nuevas. Las estructuras son campos tópicos o campos de **topoi**. La diversidad de los campos impide que la regulación sea uniforme y simétrica; más bien lo que hay es una proliferación de centros de poder con un desarrollo paralelo de zonas marginales que generan resistencias. Es la tesis foucaultiana de la microfísica del poder, que apunta a formas emancipatoria de lucha social (p. 400).

Para comprender el nexo entre derecho, poder y conocimiento, es necesario subrayar algunas cuestiones, a saber: a) el reconocimiento de una pluralidad de órdenes jurídicos, formas de poder y modos de conocimiento, que socavan los paradigmas positivistas del derecho y del Estado, de la ciencia colonizadora y de su racionalidad cognitivo- instrumental. La alternativa posmoderna, al reconocer la pluralidad de leyes, poderes y conocimientos, propugna una reconstrucción teorética de los modos de producción del poder social y del derecho. El reconocimiento de tales pluralidades no colide con la idea de centralidad del derecho estatal, poder público y conocimiento científico en las sociedades contemporáneas, sino que confirma y relativiza, al mismo tiempo, la integración de nuevas formas hegemónicas en nuevas y más amplias constelaciones de leyes, poderes y conocimientos; b) el problema de la orientación y de los obstáculos a la agencia social transformadora. Para Santos los espacios estructurales son sitios de producción de **topoi** y sentido común. Una vez reconstruidas, las estructuras pueden ser argumentos sobre la solidez y resistencia en la práctica social (a mayores obstáculos, mayor cambio, dada la superación de aquéllos), o premisa de

argumentación, zonas de fuerte consenso respecto de las posibilidades de acción. Las estructuras son espacios retóricos y también sociogeográficos, pues la geografía ya no versa sólo sobre espacios constituidos sino, además, sobre relaciones sociales espacialmente constituidas (p. 404). Este doble sentido retórico y sociogeográfico de las estructuras y los espacios muestra una insospechada sinergia entre retórica y geografía que no había sido advertida lo suficientemente hasta hoy; c) la admisión de las relaciones entre sociedades nacionales, sistema interestatal y economía mundial. La erosión del poder del Estado, específicamente en el campo económico, no implica, sin embargo, una minimización del Estado nacional o la eventual centralización del derecho internacional en el sistema interestatal. Las sociedades nacionales y el sistema mundial, más que partes de una totalidad supraordenada es un sistema de totalidades parciales, donde las sociedades nacionales resultan, en algunos aspectos, más parciales que el sistema mundial, pero en otros el mismo sistema mundial funciona de manera más parcial que aquéllas. Hay, pues, que dar cuenta de la dinámica política, social y económica, nacida de la minusvalía del derecho positivo y el poder estatal.

En relación a esto Santos dice que Foucault disloca al poder de su nicho liberal y, por eso, desde el siglo XVIII, la forma más importante del poder que empieza a circular en la sociedad es producida por la sociedad misma, no por el Estado, y según reglas, principios y necesidades totalmente autónomas respecto de éste; es el poder disciplinario de la ciencia moderna, diferente del poder del Estado moderno (p. 405). Foucault concibe el poder disciplinario no como poder jurídico del Estado, es decir, no como un poder que se ejerce desde arriba a abajo o del centro a la periferia, ni entre gobernante y gobernado, o entre amo y esclavo, ni basado en negación, prohibición o coerción; es más bien una forma de poder sin centro, ejercido horizontalmente sobre sus propios sujetos (comenzando por el cuerpo humano); los sujetos de tal poder no pueden desear o saber, pues los deseos, saberes y verdades de las instituciones disciplinarias -públicas y privadas, escuelas y hospitales, barracas y cárceles, familias y fábricas- son creados como sujetos (no objetos) de su propia sumisión.

El poder disciplinario está en todas partes y opera en la misma forma dondequiera. Sólo en un sentido trivial es la escuela distinta del hospital, o el hospital diferente de la fábrica. Y como decir que el poder disciplinario está en todas partes equivale a decir que no está en ninguna, al no haber principio de estructuración y jerarquía, tampoco hay frente a él estrategia alguna de emancipación. La microfísica del poder muestra que la resistencia misma es un momento del ejercicio del poder y que dicho momento tiende a articularse con las otras formas de poder que circulan en la sociedad y que constituyen el tejido social.

El poder, por tanto, es cualquier relación social regulada por un intercambio desigual. La hegemonía oculta esta desigualdad, porque el poder es intrínsecamente distributi-

vo, aunque al ser ejercido en constelaciones de relaciones de poder reforzadas o neutralizadas entre sí, el intercambio desigual es, en suma, el resultado último de una distribución inicua de intercambios jurídicamente iguales (pp, 407, 408, 424).

Para promover, por tanto, la luchas emancipatorias se necesita el fortalecimiento del principio de igualdad jurídica, pero también el principio de la diferencia, lo que implica un principio de distribución más amplio, que no privilegie, exclusivamente, los bienes materiales y que no encubra el intercambio desigual por medio de una justicia formal que incluya procesos de decisión, división social del trabajo y cultura. Aunque el riesgo de reificación e individualismo es mucho más alto, una vez que concebimos la distribución primariamente orientada a lo material, en un mundo donde este bienestar ha sido ampliado, una concepción más vasta de distribución corre el riesgo de confundir la posible igualdad material con la igualdad de oportunidades, lo que racionaliza el intercambio desigual. Esto es lo que ocurre con la ideología cultural del consumismo, que produce frustración y anomia en las grandes masas depauperadas, carentes de capacidad económica para la práctica del consumo. Es el espejismo del consumismo, sin su práctica, o, como dice Santos, consumismo in absentia (p. 410).

Las luchas sociales emancipatorias no pueden ignorar, sin embargo, la capacitación. Ciertamente ésta se vincula con el principio de distribución en la medida en que ambas (distribución y capacitación) son inescindibles, y en la medida en que la desigual distribución de bienes (incluidas la educación y la cultura) son negados a una gran mayoría de ciudadanos, lo que mantiene en el limbo programático los derechos sociales prometidos por la Constitución, lo que produce un déficit de administración prestacional que pone en entredicho la legitimidad del sistema democrático.

IX
Modos de Producción del Poder Social y del Derecho, Estado y Sociedad Civil

Uno de los más grandes dualismos del pensamiento occidental moderno es el de Estado/sociedad civil. La sociedad civil es una realidad "natural", al contrario del Estado que es una realidad construida, artificial, en suma, una institución moderna. Como lo ha expresado plásticamente Hayek: "las sociedades se hacen y los Estados son hechos" ("societies form, but states are made"). Pero, pese a esta diferencia esencial, el Estado, aunque realidad construida, es condición necesaria de la realidad espontánea de la sociedad civil; pues ésta es el reino de la vida económica, esto es, el conjunto de las relaciones sociales espontáneas guiadas por los intereses privados, y sólo el Estado puede crear las instituciones jurídicas y políticas que aseguren un comercio libre y civilizado. Al Estado se le asigna, por lo tanto, un papel crucial en la creación y mantenimiento de las condiciones que garanticen las relaciones societarias.

Esta concepción es contestada por Hegel, pues para éste la familia es la tesis, la sociedad civil ("sistema de necesidades", destrucción de la unidad familiar y atomización de sus miembros, es decir, el retiro de los intereses particulares y el egoísmo) es la antítesis, y el Estado (idea universal, principio unificador de los intereses privados, completamiento sumo de la conciencia moral) la síntesis.

Cualquiera sea, sin embargo, el modo en que se conciban las relaciones Estado/sociedad civil, el papel de esta última depende del grado de desarrollo de las sociedades consideradas. En los países del Tercer Mundo, la sociedad civil es, en gran medida, producto de la acción del Estado, lo cual no ha impedido que el dualismo Estado/sociedad civil haya sido utilizado como medio de lucha contra el autoritarismo político.

Hoy, a la luz de la crisis del Estado de bienestar y del colapso del socialismo real, aparte el **topos** del neoliberalismo a escala planetaria, es necesario presentar una alternativa válida a la ortodoxia conceptual del dualismo Estado/sociedad civil. La tarea no es fácil, pero aunque las alternativas puedan parecer irrealizables, la reflexión hacia un nuevo sentido común político, jurídico y epistemológico, es factible, dada la crisis del paradigma modernista.

Un asunto de extrema importancia es el carácter sintético del mercado y la hegemonía del consumismo que le es aneja. La verdad es que el consumo ya no es un epifenómeno, sino el sitio estructural autónomo de las relaciones sociales, en el cual aparecen nuevas formas de poder, conocimiento y legalidad. Antes se ha dicho que hay un desfase entre la ideología cultural del consumismo y la práctica efectiva del consumo, y que tal desfase hace patente la síntesis del mercado y el potencial autodestructivo de su artificialidad.

Santos habla, en relación con esto, de espacios estructurales y de formas de poder concomitantes (pp. 420 y 421). Respecto de los primeros hay que distinguir seis espacios estructurales, a saber, el espacio familiar, el espacio del trabajo, el espacio del mercado, el espacio comunitario, el espacio político y el espacio mundial. Cada espacio tiene sus instituciones respectivas (familia, fábrica, mercado, comunidad, Estado y sistema interestatal); sus formas jurídicas (derecho de familia, derecho de trabajo, derecho de comercio, derecho comunitario, derecho estatal y derecho sistémico); sus formas políticas (patriarcado, dominación corporativa, fetichismo de la mercancía, diferenciación, desigualdad, dominación política e intercambio desigual); sus agentes sociales (generación, clase, consumo, etnicidad, ciudadanía y Estado-nación); y sus formas epistemológicas (cultura familiar, cultura corporativa, consumismo, cultura comunitaria (tradición), cultura cívica y cultura global (ciencia, progreso universal) (p. 417).

Un estudio detallado de este mapa de agencias estructurales en el sistema capitalista maduro sería muy prolijo y complejo. Quizá habría que observar únicamente dos cosas, a saber: a) la jerarquía núcleo/periferia en el sistema mundial es el resultado de un intercambio desigual o mecanismo imperialista que opera no sólo porque el promedio productivo de los países centrales tiene una composición orgánica más alta, sino porque, sobre todo, los trabajadores de los países periféricos reciben salarios más bajos (un carpintero en los EE.UU. puede ganar hasta diez veces más que un carpintero mexicano, pese a que usan la misma tecnología). Tal intercambio permite el traslado de la plusvalía de la periferia al centro. Como lo observa A. Emmanuel, este mecanismo que reproduce tales iniquidades es inherente a la relaciones núcleo/periferia y es causa, por supuesto, de un desarrollo desigual; b) el derecho sistémico que corresponde al espacio mundial es la suma de reglas y estándares normativos que organizan la jerarquía núcleo/periferia y las relaciones entre los Estado-naciones en el sistema interestatal (p. 427). Este derecho tiende a ser fuerte en retórica y violencia y débil en burocracia. Es, según se ha visto, fuente de pluralismo jurídico y de debilitamiento del Estado-nacional, pues la **lex mercatoria** opera como **Realpolitik**, cuestión de negocios, o presión desnuda, imperialismo o abuso de poder. El giro de las investigaciones y el proceso de privatización se da dentro de esta tesitura normativa leonina en la cual la **lex mercatoria** es, a menudo, efímera, en la medida en que el contrato formado entre las CNT y sus abogados con sus contrapartes, al tener que ser aceptados por el socio más débil, no puede ser enteramente típico, dado que supone un intercambio desigual, expresivo, como dice Santos, de una forma oportunista de poder (p. 434).

En cuanto a las formas de conocimiento ya se ha visto que la tarea de la teoría crítica posmoderna es promover, a través de la retórica dialéctica, en cada uno de los racimos de relaciones sociales, la convergencia de **topoi** emancipatorios y argumentos o sentidos comunes antihegemónicos, aptos para expandirse en audiencias cada vez más amplias, hasta que lleguen, eventualmente, a convertirse en tópicos liberadores universales. Por supuesto que, en la medida en que estas luchas se den en constelaciones complejas de modos conocimiento, poder y derecho, la tarea corre el riesgo de fracasar o de ser neutralizada. Pero si la utopía surge de la crisis, la transición o **bifurcación** como la llana Prigogin ofrece una vasta situación fluctuante proclive a la voluntad de cambio (p. 445).

De hecho habrá que contar con que las sociedades capitalistas se caracterizan por la supresión hegemónica del carácter político de cualquier forma de poder, excepto la dominación, del carácter legal de las formas de derecho, excepto el derecho público y los modos compulsivos del derecho privado, y del carácter epistemológico de las formas de conocimiento, excepto la ciencia. Por eso, el nuevo sentido común emancipatorio exige identificar y caracterizar las constelaciones regulativas, es decir, los múltiples espacios de opresión en las sociedades modernas y la interconexión

tópica y oculta que se da entre ellas. La invención de significados fuera de esas constelaciones es la semilla de nuevos sentidos comunes articulables en prácticas sociales proclives a la emancipación (pp. 454 y 455).

X
El Derecho como Mapa Dislectivo (Map of Misreading).

Las luchas sociales sobre el poder, el derecho y el conocimiento tienden a ser performativas, en el sentido de que producen, más bien que reproducen, formas de poder, derecho o conocimiento.

El propósito del análisis de Santos es mostrar que las luchas sociales nunca se libran en general (otra vez la crítica de la macrofísica del poder) sino en espacios específicos, donde los límites de la estrategia parecen estar en las posibilidades que el derecho, en el sentido ya indicado, ofrece (legalidad e, incluso, ilegalidad o alegalidad) (p. 458). Santos emplea la metáfora del mapa para referirse al derecho como contexto normativo donde las luchas se producen. Los mapas distorsionan la realidad y organizan el territorio que representan por medio de correspondencias creíbles y operativas. La misma función distorsionadora puede constatarse en el poema, pues los poetas intuyen la realidad poética mediante una **dislectura** de la realidad perceptible.

Aunque por diversas razones, mapas, poemas y leyes distorsionan realidades sociales, tradiciones o territorios, su función **dislectiva** se hace conforme con ciertas reglas. Los mapas distorsionan la realidad con fines de orientación, los poemas distorsionan la realidad para crear originalidad, y el derecho distorsiona la realidad para producir exclusividad.

La **dislectura** de la realidad no es, por tanto, caótica. Las relaciones que el derecho mantiene con la realidad social son similares a las que existen entre los mapas y la realidad espacial. De hecho, las leyes son mapas, cartográficos cuando son escritas, o mapas mentales cuando son informales o consuetudinarias. La hermenéutica jurídica es congruente, entonces, no sólo con el tratamiento de los rasgos estructurales de los mapas, sino también con lo que Santos llama la fenomenología del uso de éstos (pp. 458 y 459).

Veamos el tipo de simbolización que emplea el mapa o el derecho para que resulten prácticos. En el caso de los mapas éstos representan indudablemente la realidad espacial, pero, al mismo tiempo, la distorsionan por medio de la escala, la proyección y la simbolización. La realidad de los mapas depende de una tensión permanente entre la representación y la orientación, de modo que, por ejemplo, una representación excesiva o exhaustiva haría ineficiente su función orientadora. El mapa de Borges, que

reproduce detalle a detalle el territorio representado es inútil y carece, por consiguiente, de función orientadora (p. 459).

La orientación se cumple mediante la escala que establece la **ratio** de distancia y dimensiones de un espacio para averiguar sobre el plano las medidas reales de lo representado; a través de la proyección que permite representar el elipsoide terrestre sobre una superficie plana, llamada plano de proyección, conforme a ciertas reglas geométricas, lo cual se hace según factores técnicos, pero también de acuerdo a la ideología del cartógrafo y al uso específico que se la atribuya al mapa. Dice Santos que, durante la Guerra Fría, los **mass media** occidentales solían mostrar un mapa de la URSS diseñado según la proyección cilíndrica de Mercator, en el que las latitudes alta y media aparecían exageradas en detrimento de las latitudes intertropicales, a fin de inflar el tamaño de la URRS y dramatizar la extensión del peligro comunista (p. 461). Aparte esta función ideológica, los mapas son "proyectados" respecto de una posición privilegiada, como los mapas medievales, donde Jerusalén o La Meca, se distinguían como centros, según que el mapa fuera europeo o árabe; y, por último, por medio de la simbolización que pone en símbolos gráficos los rasgos seleccionados y detalles de la realidad representada (ibíd.).

Esta digresión permite comparar la imaginación cartográfica con la imaginación jurídica. La retórica dialéctica enseña que el uso repetido de una metáfora puede conducir a una descripción literal. Hoy, como dice Santos, las leyes son mapas en sentido metafórico, quizá mañana lo sean en sentido literal (p. 462).

En cuanto a la escala, en el derecho habría que distinguir tres clases de espacios, a saber, el local, el nacional y el transnacional. Aparte el tipo de escala (legalidad de gran escala o de pequeña escala), el enfoque posmodemo subraya la circunstancia de que el derecho crea la realidad que posibilita su aplicación. Las nuevas formas de legalidad transnacional, por ejemplo, crean un espacio global que suele entrar en conflicto con el espacio nacional. Es así como la concepción de responsabilidad en las nuevas convenciones (convenios con las CTN), se hace autónoma frente al derecho nacional (p. 469). Los contratos introducen cláusulas vagas en el derecho aplicable, tales como principios generales de derecho, usos de la vida comercial, con el propósito de evadir la aplicación del derecho nacional. Por otro lado, el sistema de arbitraje suele invocarse con el mismo fin. Se suscriben, además, acuerdos o protocolos que violan abiertamente las leyes nacionales (por ejemplo, la autorización del Congreso de fecha 4 de julio de 1995 de los convenios para la exploración a riesgo de nuevas áreas y la producción de hidrocarburos, bajo el esquema de ganancias compartidas). A esto se agrega que la legislación nacional sobre transferencia de tecnología es ineficaz y que la competencia de los tribunales nacionales es sustraída en beneficio de las CTN. La violación del derecho nacional ha sido tan amplia que el propio código de ética para las CTN (del

cual los **mass media** casi se han olvidado) incluye la asombrosa cláusula de que las "corporaciones internacionales respetarán las leyes de los Estados donde operan" (ibíd.).

Escala, proyección y simbolización no son, pues, procedimientos neutrales. La opción entre ellos es la expresión de ciertos tipos de intereses y disputas, y la supresión de otros. La interlegalidad es esencialmente regulativa y el pluralismo jurídico que le es inherente puede contribuir a la creación de un nuevo sentido común normativo con alcance emancipatorio (p. 473).

XI
Utopía, Emancipación y Subjetividad

Charles Fourier decía que los científicos sociales se caracterizan por una gran distracción metódica, a saber, la de descuidar las cuestiones primordiales. Esto explica que las ciencias sociales, en su versión hegemónica, sólo busquen producir conocimiento que se adecue a la ingeniería de corto plazo, conforme a los patrones epistemológicos de las ciencias naturales. Es, por supuesto, una manera de eludir los problemas fundamentales y una forma de crear una especie de racionalización jurídica que es un **Ersatz** de la comprensión científica, devenida, gradualmente, utopía inercial.

Frente a este proceso de colonización cientificista, Santos propone una nueva clase de sentido común que podría llamarse **conocimiento prudente para una vida decente** (p.477). Pero, para ello, habría que reinventar un mapa emancipatorio resistente a la regulación hegemónica y reelaborar nuevas subjetividades individuales y colectivas aptas para usar y querer el uso de tal mapa. En el centro de este proceso de reinvención, está el crear nuevas formas de conocimiento basadas en una nueva retórica que promueva la solidaridad y la tolerancia frente al caos, pues es desde este polo ontognoseológico que puede inducirse la transición paradigmática. Santos subraya el papel del principio de comunidad, coordinado con las ideas de solidaridad, participación y placer, así como también con el principio estético-expresivo, que se basa en las ideas de autoridad y **artefactualidad** (p. 478).

El rechazo de la colonización cientificista produce una revaloración de la utopía, debido a que la utopía es una metáfora que surge del déficit de epistemología y una nueva psicología. Como nueva epistemología, la utopía rechaza la clausura de horizontes y posibilidades proclamadas por la ideología del fin de la historia, y cree en alternativas emancipatorias; y como nueva psicología, la utopía rehúsa la subjetividad del conformismo y estimula la voluntad para la lucha por el cambio (p. 481).

Lo que se propone, entonces, es cierta **heterotopía** que no sea la invención de algún lugar inexistente, sino el desplazamiento, dentro del mismo lugar (el nuestro), desde la **ortotopía** hacia la **heterotopía**, o, mejor dicho, desde el centro hacia la periferia.

En este orden de ideas, la modernidad provee muchos materiales para la construcción de un nuevo paradigma, pero lo que no provee es el diseño arquitectónico de la edificación, ni la energía suficiente para construirla. La reinvención de los mapas emancipatorios requiere la reconstrucción de subjetividades creadoras y entusiastas. La gran falla del proyecto marxista convencional parece estar en el descuido del papel que las subjetividades juegan en el proceso de cambio (p. 482).

Hay varios obstáculos que se oponen a la formación de estas nuevas subjetividades, en primer lugar, el realismo, en tanto y cuanto hijo epistemológico favorito del paradigma dominante, y que, como tal, propicia, paradójicamente, la solución moralista de los problemas sociales. Pero también el dogma del mercado que, como principio regulador hegemónico, organiza el consumo y crea las necesidades en las que basa su dominio. Por eso, el concepto de necesidades radicales es una forma de develar el fraude colonizador del Estado de bienestar, pues éste sólo se ha propuesto la integración de los trabajadores al consumo organizado conforme a la ideología del consumismo individual y sintético (p. 485).

El paradigma emergente no sólo propone reducir las necesidades artificiales, sino abolir la jerarquía Norte-Sur, e instaurar un modelo comunitario y ecosocialista de desarrollo, dentro de un sistema internacional guiado por el cosmopolitismo y la herencia común de la humanidad.

La construcción de nuevas subjetividades emancipatorias supone la emergencia de tres **topoi** mayores: la frontera, el barroco y el Sur.

En orden a caracterizar el topos de la frontera, hay que distinguir entre núcleo y periferia, entre centro y margen. El reconocimiento de la transición paradigmática implica un distanciamiento desde el centro, es constatar que la vida de la frontera no es una vida marginal, sino una vida ambigua, que supone la contingencia creadora de navegar costeando, tan cerca del paradigma dominante como del emergente. Ya Paracelso expresó metafóricamente esta ambigüedad cuando dijo que había escrito como pagano, aunque seguía siendo cristiano. Esta ambigüedad, pues, es la vivencia de la insatisfacción que produce la hegemonía de la racionalidad cognitivo-instrumental. Debido a esto Paracelso no encontraba conflicto entre la alquimia y la magia, por un lado, y la experiencia científica de la naturaleza, por otro; en suma, veía, en forma clarividente, que era posible conjugar a la **Ecclesia** con la **Mater Natura** (p. 498).

El barroco es, naturalmente, congruente con la frontera, pues, históricamente, el barroco es el Sur del Norte en el barroco europeo, así como el barroco latinoamericano es el Sur del Sur. Pero es necesario advertir que la subjetividad barroca no pertenece técnicamente al período barroco, sino más bien al romanticismo que, como se sabe, presenta afinidades esenciales con aquél.

Lo barroco se da en la temporalidad posmoderna de la interrupción y reclama el derecho a conocer a la apariencia estatuto ontológico, aunque transitivo y compensatorio. Y ello porque el paradigma dominante le pone la etiqueta de apariencia a las prácticas paradigmática anómalas. Ya Schiller y Rousseau exigían para la sujetividad plena la potencia mediadora de la forma estética, más allá de las estrecheces del cientifismo.

Santos introduce el topos del **sfumato** y el mestizaje (p. 502) para explicitar el poder del barroco en la comprensión del tránsito paradigmático. **Sfumato** es la confusión de contornos entre los objetos representados, como nubes y montañas, mar y cielo. Esta metáfora hace posible enriquecer la tesitura espiritual de la comunidad humana con el estilo de Occidente (derechos humanos), India (**dharma**) e Islam (**umma**) al mismo tiempo. América Latina es, gracias a su mestizaje, un prodigio étnico, donde el sfumato se ha dado con vena creadora. Lo que propone este mestizaje es la superación de la lógica de cada uno de los contornos y la construcción de una nueva lógica intersticial. Sería el apogeo de la ironía, para usar las palabras de Rorty.

¿Y qué decir sobre el Sur? Santos dice que es la forma de sufrimiento humano que la modernidad capitalista ha producido (p. 507). El Sur es la otredad colonizada por el Norte imperial, discriminada y segregada por la subjetividad eurocéntrica (antropología y orientalismo). Esta segregación ha sido instituida por una epistemología colonizadora que condena al "otro" a la incapacidad de representarse a sí mismo. El "otro" es así reducido a la categoría de objeto sin voz. La respuesta a esta discriminación está dada por los movimientos liberadores del Tercer Mundo, como el que expresó Ghandi desde la India sabia. "Consideramos -dijo Ghandi- que nuestra civilización es en mucho superior a la vuestra. Vuestras escuelas y vuestros tribunales no nos sirven. Queremos la restauración de nuestras escuelas y nuestros tribunales. Nuestro lenguaje no es el inglés sino el **hindi**. Si vosotros queréis hablar con nosotros tenéis que aprender el lenguaje que hablamos" (p. 511).

El momento del sufrimiento humano es el momento de la contradicción entre la experiencia del Sur y el derecho a una vida decente. Pero lo que hace ominosa esa contradicción es que la hegemonía encubre el sufrimiento humano, y, cuando el encubrimiento no es posible, el sufrimiento es neutralizado como fatalidad irredimible.

Nota Bibliográfica

Este ensayo es una exposición escoliada de la obra de Boaventura de Sousa Santos Toward a New Common Sense. Law Science and Politics in the Paradigmatic Transition, New York London, Rouledge, 1995. He señalado en el texto las páginas del libro a fin de permitir la consulta y el desarrollo de las referencias.

LA VERDAD Y LOS ENUNCIADOS JURÍDICOS

Luis Aquiles Mejía Arnal

Es posible plantear sobre el tema al menos tres preguntas diferentes:

1) ¿Son susceptibles de ser calificadas de verdaderas o falsas las disposiciones de ley?
2) ¿Tiene valor veritativo el mandato individual que emana de la sentencia?
3) ¿Los motivos que sustentan la decisión pueden ser verdaderos o falsos?

I

La respuesta más frecuente a la primera pregunta es negativa. Para von Wrigth, las leyes del estado son prescriptivas. Establecen reglamentos para la conducta e intercambio humano. No tienen valor veritativo. Su finalidad es influenciar la conducta. Cuando los hombres desobedecen las leyes, la autoridad que las respalda trata, por lo pronto, de corregir la conducta de los hombres; consideración que conduce a la afirmación de que la proposición jurídica, como tal, no es ni verdadera ni falsa, pues no representa una afirmación, sino un mandato, no está sujeta al criterio de la verdad, sino al de la «justeza» de un orden jurídico, a la justicia.

La respuesta contraria puede fundamentarse en una exigencia de coherencia del derecho positivo con supranormas que determinan el sentido del derecho en un sistema dado. Una respuesta positivista afirma que la Constitución tiene un valor normativo y que todo el ordenamiento jurídico no sólo tiene que ser conforme con el mandato constitucional, sino que, además, debe ser interpretado conforme al sentido constitucional.

Enseña Fix Zamudio (1965) que la integración de la norma se realiza en todos los casos de aplicación del Derecho por el juzgador, y no sólo en el supuesto de la existencia de las llamadas lagunas. La aplicación del Derecho Positivo no es ya una labor de fiel entendimiento de la norma; ni siquiera una actividad puramente interpretativa, sino que es integradora de la regla a ser aplicada, actividad esta que deberá considerar, además de los elementos antes señalados, el resto del ordenamiento jurídico, en cuya cúspide se encuentra la Constitución. Entendida así la actividad jurisdiccional, no puede el juez, ante la ley contraria a los derechos humanos, o cuya aplicación irreflexiva conduzca a una lesión de tales derechos, limitarse a aplicarla justificándose en el viejo aforismo dura lex, sed lex; sino que deberá escoger entre varias interpretaciones, aquella que se dirige a una solución justa; aquella que no lesiona los intereses de mayor valor en juego; y si dentro del ámbito de la norma no cabe una interpretación que conduzca a tal resultado, deberá desaplicarla por inconstitucional (Mejía 1992).

El iuspublicismo español ha seguido, en general, esta tesis en los últimos años. García de Enterría (1994) explica que la supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación –por operadores públicos o por operadores privados, por tribunales o por órganos legislativos o administrativos– en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto los generales como los específicos referentes a la materia de que se trate.

A diferencia del positivista, el iusnaturalista supone la existencia de una naturaleza humana inmanente de la cual se deducen reglas de comportamiento. Este criterio permite valorar el derecho positivo y medir la intrínseca justicia del mismo (Del Vecchio 1964).

Ahora bien, para considerar que las reglas legales pueden ser verdaderas o falsas, no basta adherir la tesis de su conformidad con un valor superior, positivo o ideal; es necesario establecer en qué sentido se afirma la existencia de las reglas legales y de la Constitución, o cuál es el valor ontológico de la afirmada naturaleza humana. En este último caso, aun los creyentes en la existencia de una naturaleza humana eterna, se verían constreñidos a aceptar que existe no en el mismo sentido que existen las percepciones sensoriales, o los objetos materiales comúnmente percibidos, sino como se afirmaría la existencia de las entidades abstractas eternas como números, los juegos, y proposiciones. (Cf. Kukla 1998)

Al tratar de relacionar los enunciados de ley con entidades abstractas, la verdad de las reglas legales se definiría como una relación de coherencia lógica entre el enunciado legal y un sistema de enunciados o creencias, y el signo de la falsedad consistiría en la imposibilidad de conectar el enunciado de ley con el sistema, lo cual presenta dos

grandes dificultades. La primera consiste en que no hay razón alguna para suponer que sólo es posible un cuerpo coherente de creencias. La otra objeción a esta definición de la verdad es que supone conocido lo que entendemos por coherencia, mientras que, de hecho, la coherencia presupone la verdad de las leyes lógicas. "Por estas dos razones, la coherencia no puede ser aceptada como algo que nos dé el sentido de la verdad, aunque sea con frecuencia una prueba muy importante de la verdad". (Russell 1975, pág. 108)

Adoptaremos, como menos problemática, la tesis de que los enunciados de ley, y las proposiciones a las cuales se refieren, no son proposiciones teóricas que describen la realidad, sino que poseen una validez –sistémica, fáctica o axiológica– (Aarnio, 1991).

1.1. A menudo, la validez sistémica de una norma jurídica es formal. Según Wróblewski (1979, 207), una norma es válida en el sentido sistémico si satisfacen las siguientes cuatro condiciones: (a) ha sido aceptada y promulgada según el procedimiento debido, (b) no ha sido derogada, (c) no contradice otra norma vigente del mismo sistema y (d) si hay una contradicción, existe una regla aceptada para solucionar el conflicto.

Este criterio coincide con el planteamiento de una relación, que es al menos de coherencia, de la norma con el ordenamiento jurídico general y en especial con la Constitución como norma de superior jerarquía, a la cual deben amoldarse todas las otras reglas legales. La Constitución, a su vez deriva su validez de una norma fundante:

> A fin de dilucidar esta cuestión, aceptemos la siguiente distinción: validez sistémica externa en el sentido formal y validez sistémica externa en el sentido material. Desde el punto de vista puramente formal, lo esencial es cómo justificar la norma fundamental misma por medio de criterios «externos». Cuando se trata este tipo de validez formal, se llega al problema de la legitimidad del sistema normativo mismo como orden jurídico. El interés en justificar (legitimar) la norma fundamental es claramente de naturaleza social. La Constitución y la norma fundamental en la que se basa (sistema normativo como jerarquía normativa) tienen también que ser legitimadas desde el punto de vista social y, lo que es importante, legitimadas como orden jurídico. (Aarnio 1991, 74)

En el mismo sentido, la "regla de reconocimiento" de Hart (1998, 118) especifica alguna característica o características cuya posesión por una regla cuya existencia debe ser determinada, debe ser considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce. La existencia de tal regla de reconocimiento puede asumir una enorme

variedad de formas, simples o complejas. Ella puede consistir simplemente en que en un documento escrito o en algún monumento público hay una lista o texto de las reglas válidas. "Lo que es crucial es el reconocimiento de la referencia a la escritura o inscripción como revestida de autoridad".

> En un sistema jurídico desarrollado las reglas de reconocimiento son, por supuesto, más complejas; en lugar de identificar las reglas exclusivamente por referencia a un texto o lista, ellas lo hacen por referencia a alguna característica general poseída por las reglas primarias. Ésta puede ser el hecho de haber sido sancionadas por un cuerpo específico, o su larga vigencia consuetudinaria, o su relación con las decisiones judiciales. Además, cuando más de una de tales características generales son consideradas como criterios de identificación, pueden establecerse normas para su posible conflicto estructurándolas en un orden de superioridad, como ocurre, por ejemplo, con la usual subordinación de la costumbre o del precedente a la ley, que es considerada una «fuente superior» de derecho. (...) Al proporcionar una marca o signo con autoridad introduce, aunque en forma embrionaria, la idea de un sistema jurídico. Porque las reglas no son ya un conjunto discreto inconexo, sino que, de una manera simple, están unificadas. Además, en la operación simple de identificar una regla dada como poseedora de la característica exigida de pertenecer a una lista de reglas a la que se atribuye autoridad, tenemos el germen de la idea de validez jurídica. (Hart 1998, 118)

En nuestro sistema judicial, muchas de estas reglas de reconocimiento están contenidas en la Constitución, por lo cual la validez de la norma, en sentido formal, estaría siempre sujeta al reconocimiento constitucional, o a su sujeción a normas de superior jerarquía, por orden constitucional.

El concepto de validez externa, en sentido material, conduce a la relación de coherencia del ordenamiento jurídico con exigencias morales mínimas, con las anotadas dificultades que implica su utilización como criterio de verdad. Este concepto puede conducir a negar valor, incluso formal a ordenamientos radicalmente injustos. "Recordemos, por ejemplo, los órdenes jurídicos durante los regímenes de Hitler o de Pol Pot. En estas situaciones uno se ve enfrentado con serios problemas de aceptabilidad del orden jurídico. En el caso extremo, todo el sistema de normas tiene que ser rechazado como orden jurídico." (Aarnio 1991, 76)

1.2. La validez fáctica del ordenamiento jurídico, denominada frecuentemente "eficacia" de la norma, depende de que los ciudadanos, y sobre todo las autoridades, las sigan frecuentemente.

> Una típica concepción de la eficacia es la representada por el Realismo jurídico, llamado también Instrumentalismo pragmático. Su concepción básica ha sido descrita muy bien por las famosas palabras de Oliver Wendell Holmes: «Lo que yo entiendo por derecho son las profecías de lo que harán realmente los jueces, y no otra cosa más pretenciosa». De acuerdo con esta posición, lo que se propone investigar la ciencia del derecho es la práctica de las autoridades y, especialmente, predecir lo que las autoridades que aplican el derecho harán en el futuro. Este punto de vista ha sido a veces descrito hablando del llamado problema del «hombre malo". Siempre es posible descubrir el contenido de una ley colocándose en la posición de quien la viola (el «hombre malo») y preguntándose no por el contenido de reglas abstractas sino acerca de las sanciones que las autoridades impondrían en el caso del violador de la ley. (Aarnio 1991, 78)

La norma es válida si las autoridades, muy especialmente los tribunales, se comportan como exige la norma. Con ello cambia el ángulo del enfoque, pues no estaríamos tratando de ver la realidad desde la regla, sino desde el punto de vista del ciudadano o del dogmático jurídico, que trata de predecir cómo decidirán los jueces. Se trata, entonces de afirmaciones sobre cuál es el derecho aplicable a un caso concreto, o sea de enunciados normativos. Un enunciado normativo es aquél que tiene como resultado que algo deba hacerse, o pueda hacerse, o tenga que no hacerse, con un fundamento veritativo, que es la existencia de una norma que ordene, permita o excluya una determinada conducta. «En términos generales, el fundamento veritativo de un enunciado normativo es la existencia de una norma» (Von Wrigth 1979, 120). Los enunciados normativos describen un estado de cosas, a diferencia de las normas jurídicas las cuales tienen un valor prescriptivo: ordenan una conducta.

En el párrafo anterior, al hablar de dogmáticos jurídicos, se hace referencia a los estudiosos del derecho, o más precisamente, de la dogmática jurídica. Niiniluoto (1997) la define como el estudio del orden jurídico dentro de alguna comunidad y denomina "proposiciones normativas" a los enunciados acerca de la validez de las normas en una determinada comunidad C.

> Como imperativos, las normas jurídicas (o las oraciones que expresan normas jurídicas) no son ni verdaderas ni falsas. Sin embargo, las proposiciones normativas [norm propositions], es decir, los enunciados que dicen que ciertas normas son válidas en C, son verdaderas o falsas. De modo que, si la tarea de la dogmática jurídica es formular y establecer proposiciones normativas acerca del orden jurídico en C, la dogmática jurídica es una ciencia descriptiva. (Niiniluoto 1979, 219)

Estas afirmaciones sobre lo que es derecho en una comunidad hacen referencia a un estado de cosas como existente, por tanto: «Es posible formular las condiciones de verdad de las proposiciones normativas en términos de la teoría de la correspondencia de la verdad (en su versión moderna tarskiana)» (Niiniluoto 1979, 220). Son enunciados que se refieren a un estado particular de cosas, cuya realidad puede ser aceptada, de manera análoga aunque no exacta, como generalmente se acepta la existencia de los objetos materiales comúnmente percibidos.

La concepción semántica de la verdad, expuesta por Tarski entre 1929 y 1933, concibe ésta como una relación de denotación entre los términos de un enunciado y las partes de un estado de cosas, a partir de la cual construye una teoría de la correspondencia, en lenguaje formalizado. El problema de la definición de la verdad adquiere un significado preciso y puede ser resuelto de una manera rigurosa, solamente para aquellos lenguajes cuya estructura haya sido claramente especificada, o sea el lenguaje formalizado de las ciencias deductivas; pero los resultados obtenidos en el lenguaje formalizado tienen, de cierta manera, validez el lenguaje natural. (Tarski 1983, 165)

La validez trata de enunciados acerca de estados de cosas sociales. De modo que una proposición normativa es verdadera, si y sólo si expresa un estado de cosas social real, es decir, expresa un hecho social (Niiniluoto 1979, 222).

Uno de los problemas más difíciles que surge aquí consiste en la respuesta a la pregunta de qué es aquello con lo que se debe corresponder el enunciado para ser verdadero; en pocas palabras: qué es un hecho. (Alexy 1997, 110)

Prescindiendo de las posiciones que exigen una imposible coincidencia de todos los factores sociales en la verdad de un enunciado, según la teoría de la verdad como correspondencia, sólo se puede designar un enunciado como verdadero si existe el estado de cosas que el enunciado expresa. Un estado de cosas que existe es un hecho. La verdad se puede, pues, definir como concordancia entre enunciados y hechos.

En conclusión, los enunciados que formulan la dogmática jurídica, o los jueces, o los ciudadanos sobre qué es el derecho en un caso concreto, son susceptibles de ser verdaderos o falsos.

1.3. La validez axiológica se vincula con el derecho natural, ya referido. Valores tales como la justicia no son meramente la pauta de una orden jurídico (positivo), sino que constituyen la base que confiere al sistema de normas su validez jurídica última. Una norma, a pesar de que nunca ha sido formalmente derogada, ya no responde a un sistema de valores generalmente aceptado. "No todas las normas jurídicas que son formalmente válidas poseen, por lo tanto, una garantía de aceptabilidad axiológica.

Aquí podemos encontrar el núcleo de la validez axiológica." (Aarnio 1991, 83).

1.4. En suma, de los tres conceptos de validez expuestos por Wróblewski, solo dos –validez sistémica y validez axiológica– se refieren a la específica validez de la norma legal, las cuales, desde otro punto de vista, sólo son susceptibles de tener una valor de verdad como coherencia a un sistema, positivo o axiológico. El otro planteamiento, de la validez fáctica o validez como eficacia, se refiere más bien a las opiniones que expresan los dogmáticos jurídicos sobre qué es el derecho en una comunidad dada, formulando enunciados susceptibles de ser verdaderos o falsos por correspondencia semántica entre enunciados normativos y un estado de cosas social.

II

La respuesta a la segunda pregunta, sobre el valor veritativo del mandato individual que emana de la sentencia, está estrechamente ligada a la consideración de que las órdenes o mandatos no describen un estado de cosas existente, con el cual puedan ser relacionados, sino que constituyen prescripciones, o lineamientos de conducta susceptibles de ser o no ser obedecidos.

Se requiere precisar que el mandato que emana de la sentencia, contenido en su parte dispositiva, no debe ser confundido con la decisión judicial en su totalidad, la cual comprende, en nuestra tradición jurídica, y en nuestro derecho positivo, tres partes: narrativa, motiva y dispositiva.

El dispositivo del fallo, que contiene la orden específica a ser cumplida, o la desestimación de la pretensión, puede ser aislado del fundamento de lo decidido, al punto de que, en determinados sistemas judiciales, está ausente. Por ejemplo Carlos III prohibió a los jueces fundamentar sus fallos y tal fue el sistema seguido en las colonias británicas. El ministro Lord Mansfield dijo al gobernador de una colonia, quien no era versado en la ley: "No hay ninguna dificultad para fallar en un juicio; sólo hay que oír ambas partes pacientemente, luego reflexionar lo que la justicia exige y, por último, decidir de acuerdo con esto; pero nunca dé las razones de su fallo, pues probablemente su juicio será correcto, pero con seguridad sus razones serán erradas." (Nagel 1981)

Entonces, el dispositivo del fallo es mandato puro. García Bacca (1959, 38), opina que «Mandar» no es función extensiva o de verdad, sino función intensiva, y "el principal carácter de las funciones intensivas consiste en que los enunciados afectados de tales funciones no son ni verdaderos ni falsos por sólo su contenido, como lo son los enunciados afectados de funciones simplemente extensionales», como lo sería, por ejemplo, sumar. Las formas jurídicas, claramente deductivas, fundamentales para el

Derecho, no son, desde su punto de vista, lógicas, sino logoides: adoptan formas parecidas a las formas lógicas, sin ser tales, por no tener ni su rigurosidad, ni la posibilidad de ser afirmadas como verdaderas o falsas.

Se preguntaba García Bacca (1959, 40): «¿No habrá una especial lógica intensiva, fuera o más allá de la clásica o moderna extensiva?» Se trataría de una lógica modal, en la línea de la lógica deóntica, propuesta por Von Wrigth (1979), y seguida entre otros por Jaako Hintikka. Este último utiliza para la construcción de un cálculo de predicados deónticos, la denominada «semántica de los mundos posibles», en la cual la noción de satisfacción de una fórmula es definida como la posibilidad de incrustar tal fórmula en un conjunto modelo que sea miembro de algún sistema modelo. Este sistema permite un cálculo deóntico que dé cuenta de las relaciones lógicas entre normas. (Gaona 1999).

Como hipótesis de trabajo, resulta más conveniente ceñirse a la afirmación inicial de que el mandato que emana del fallo constituye pura orden, respecto a la cual no se puede afirmar verdad o falsedad.

III

Pasemos ahora a la tercera pregunta: ¿Los motivos que sustentan la decisión pueden ser verdaderos o falsos?

3.1. Hasta ahora hemos constatado que el valor de verdad de las disposiciones de ley y de los mandatos judiciales es, al menos, discutible, y su aceptación generalmente, aunque no siempre, implica un concepto de verdad que excluye la correspondencia de la norma con un estado de cosas materialmente existente.

La obligación de expresar en el fallo los motivos de hecho y de derecho en los cuales se fundamenta, tal como lo ordena el ordinal 4° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, tiene dos propósitos esenciales: uno político, permitir a las partes y a la comunidad entender las razones de la decisión, de manera tal que la sentencia se cumpla no sólo por el peso de la autoridad de la cual emana, sino también porque convenza con la fuerza de la razón; y uno procesal, permitir el control de legalidad por el Juez Superior y muy especialmente por la Sala de Casación Civil, la cual al resolver el recurso por infracción de ley debe limitarse a lo expresado en el fallo de Alzada, salvo los casos de excepción en los cuales puede extender su examen al establecimiento y apreciación de los hechos.

Dicho requisito se cumple mediante la expresión de los motivos de hecho y de derecho que conducen a la declaratoria final que resuelve la controversia sometida a la

jurisdicción. Afirmaremos, de modo preliminar, que tales motivos constituyen juicios, en el sentido lógico, expresados mediante enunciados jurídicos, organizados deductivamente, en forma silogística, a partir de una premisa mayor construida por al juez.

Cada vez que el juez determina qué es el derecho en el caso concreto, el razonamiento, expresado en la sentencia comienza con una premisa mayor construida por el juez, a partir de la ley.

Afirma Henke (1979) que la premisa mayor legal y la premisa menor coinciden solamente en los casos «lisos y llanos», el juez tiene que clarificar por lo pronto el sentido de la ley dentro del marco de un llamado «silogismo de concepto singular» o sea interpretar la ley con vistas al elemento de figura legal dudoso. La interpretación se cumple desenvolviendo el elemento de figura legal mediante premisas mayores judiciales (proposiciones incidentes). Éstas proporcionan al juez el módulo especial para determinar si el caso en cuestión puede ser subordinado a la ley.

En otras palabras, tendríamos casos *fáciles*, en los cuales la premisa mayor del razonamiento es la norma legal y casos *difíciles*, en los cuales construye el juez la premisa. Sin embargo, en derecho civil, *lato sensu*, tal distinción resulta de poca utilidad, y como veremos luego, es inexacta.

Entre quienes colocan la ley como premisa mayor del silogismo judicial es frecuente la utilización de ejemplos tomados del derecho penal, pues la vigencia absoluta del principio de legalidad de la pena y la prohibición de la analogía obligan a redactar la norma legal como una proposición jurídica completa, con la forma «Si es A debe ser B». Como ejemplo se puede citar: «El que intencionalmente haya dado muerte a alguna persona, será penado con presidio de doce a dieciocho años»[1]. (Artículo 407 del Código Penal)

Tal redacción no es preponderante en los códigos civiles, en los cuales el supuesto de hecho frecuentemente está ubicado en un artículo de ley, la consecuencia jurídica en otra, la definición del concepto, en los poco usuales casos en los cuales éste es definido por la ley, en un tercero, y todavía encontraremos excepciones y causas que excluyen la excepción en otras disposiciones legales; o sea, en todos estos casos el juez tendría, al menos, que integrar la norma jurídica a ser aplicada.

Uno de los pocos casos *fáciles* en derecho civil, consistiría en la aplicación del precepto «Es mayor de edad quien haya cumplido dieciocho (18) años. (aparte) El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, con las excepciones establecidas

[1] Artículo 407 del Código Penal.

por disposiciones especiales.» (Artículo 18 del Código Civil), que ofrece poco campo a la interpretación.

Sin embargo, lo evidente del significado de la disposición de ley no excluye la elaboración por el juez de la proposición jurídica que afirma la mayoría de edad para quien haya cumplido 18 años, como la trivialidad de la afirmación de que todos los hombres son mortales, o que hay cisnes blancos no conduce a confundir la proposición con el objeto a la cual se refiere: el artículo 18 del Código Civil, en el caso de la proposición del juez, la mortalidad del hombre o la existencia de al menos un cisne blanco, en los ejemplos contrastados.

Al afirmar el juez que de acuerdo con el derecho, si alguien ha cumplido 18 años es mayor de edad, deja poco margen al error, por la simplicidad de la norma, pero aun cabría discutir el momento en que se cumplen los años, lo cual se facilita por la costumbre de celebrarlos, que no parece aclarar cuándo termina el siglo, de ahí que numerosas personas se apresten a celebrar el fin del siglo y del milenio, el 31 de diciembre de 1999, o sea al iniciarse el último año del período y no al finalizar éste.

3.2. Las aseveraciones del juez sobre el contenido del derecho, al construir la premisa mayor judicial, pueden ser verdaderas o falsas, aun en los casos *fáciles*, por lo cual son «enunciados normativos», en el sentido de Von Wrigth (1979), arriba señalado, sólo que son enunciados que emanan de una autoridad y sostienen una decisión que tendrá valor imperativo, como cosa juzgada material, y será ley de las partes, en los límites de la controversia decidida (Artículo 273 del Código de Procedimiento Civil). Pero lo que alcanza valor de cosa juzgada es el mandato, el dispositivo, los motivos no son más que afirmaciones acerca del derecho, dirigidas a sustentar la decisión, permitiendo el control de legalidad.

Así pues, la dificultad que encuentra Atienza (1997, 33), de que en el derecho los argumentos que se efectúan parten muchas veces de normas, esto es, tratan con un tipo de enunciados, respecto de los cuales no parece que tenga sentido predicar verdad o falsedad, puede quedar superada con la consideración de que el razonamiento deductivo judicial no parte de la norma legal, sino de un enunciado normativo respecto al cual, en cierto sentido, se le puede adjudicar un valor de verdad.

Tal como quedó expuesto en 1.2. (validez fáctica del derecho), los dogmáticos jurídicos formulan enunciados sobre qué es el derecho, en cuestiones concretas de aplicación de la ley. En el mismo sentido, el juez, al elaborar la premisa mayor judicial, formula enunciados normativos, acerca de la realidad. "Las proposiciones normativas son enunciados acerca de estados de cosas sociales. De modo que una proposición normativa es verdadera, si y sólo si expresa un estado de cosas social real, es decir, expresa un hecho social". (Niiniluoto 1997, 222).

Pero no todo queda en una simple descripción de un estado de cosas social, que consistiría en la convicción de la comunidad jurídica sobre lo que es el derecho, pues la motivación sustenta una proposición normativa que se traducirá luego en el mandato que constituye la ley singular, expresada en el dispositivo del fallo. Por ello no podemos soslayar que:

> La circunstancia de que las proposiciones jurídicas expresan, en ciertos contextos, razones operativas para justificar una decisión, implica que una noción normativa de derecho está presupuesta no sólo en proposiciones que se refieren a estándares, que todavía no satisfacen las condiciones estipuladas por la práctica judicial de reconocimiento, sino también en proposiciones que se refieren a leyes, precedentes, etc., que satisfacen tales condiciones. Porque también es el caso que una proposición que se refiere a un estándar comúnmente reconocido es generalmente interpretada como que expresa una razón operativa para una decisión, lo que no ocurriría si tal proposición fuera interpretada bajo un concepto descriptivo de derecho. En estos casos, las proposiciones en cuestión tienen también fuerza normativa y presuponen una concepción valorativa acerca de la legitimidad de los estándares que mencionan. (Nino 1985, 167)

3.3. La teoría de la argumentación jurídica proporciona herramientas para determinar cómo se relaciona la fundamentación de la decisión con un estado de cosas social respecto al cual se puede considerar verdaderos o falsos los motivos aducidos por quien sentencia.

El discurso jurídico, en el proceso, no es libre, sino que está limitado temporalmente y está reglamentado por medio de las reglas procesales. Las partes pueden orientarse según sus intereses. Con frecuencia, quizás como regla, no se trata de que la sentencia sea correcta o justa para las partes, sino ventajosa. (Alexy 1997, 206)

La reflexión que antecede en nada afecta la consideración de que los enunciados normativos pueden ser calificados de verdaderos o falsos, sólo influye en grado de certeza de la determinación de verdad. En lo que sigue se hablará de una «pretensión de corrección», que puede referirse a la consistencia lógica interna de los argumentos o justificación interna, cuya validez dependerá del acatamiento de los principios de la lógica formal, o a la justificación externa, o sea a su relación con estados de cosas externos a la decisión judicial.

El objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna.

A título de ejemplo, formalizaremos la disposición legal sobre el homicidio simple: "El que intencionalmente haya dado muerte a alguna persona, será penado con presidio de doce a dieciocho años." (Artículo 407 del Código Penal):

$(\forall x)\ (\mathcal{I}x \wedge \mathcal{M}x \rightarrow \mathcal{P}x)$ donde $\mathcal{I}$ es la intención, $\mathcal{M}$ dar muerte a alguna persona y **P** la sanción, cuya determinación precisa será objeto de otro razonamiento. Se obtuvo una representación de la premisa mayor del razonamiento construido por el juez para fundamentar su sentencia mediante un silogismo que sigue las reglas del *modus ponens*, así:

1.	$(\forall x)\ (\mathcal{I}x \wedge \mathcal{M}x \rightarrow \mathcal{P}x)$	Pr
2.	$\mathcal{I}j \wedge \mathcal{M}j$	Pr
3.	$(\mathcal{I}j \wedge \mathcal{M}j \rightarrow \mathcal{P}j)$	EU 1
4.	$\mathcal{P}j$	PP 2,3

El razonamiento será internamente válido, si es correcto desde el punto de vista de la lógica formal; pero también será necesario, para su validez interna la corrección de la premisa menor, en cuanto a la calificación de los actos de José, como intencionales y constitutivos de la definición legal de dar muerte a otro. La corrección de la premisa mayor y del establecimiento de los hechos en la premisa menor, o sea el dar por demostrado que José se comportó de una manera determinada, forman parte de la justificación externa.

Esta exposición se referirá, exclusivamente, a los motivos de derecho, que sustentan la construcción de la premisa mayor judicial, y no al establecimiento de los hechos por el juez. Dichos motivos tienen una garantía de corrección en el respeto a las formas de argumentos y las reglas de justificación externa, que pueden clasificarse de acuerdo con Alexy (1997, 223) en seis grupos: reglas y formas (1) de interpretación, (2) de la argumentación dogmática, (3) del uso de los precedentes, (4) de la argumentación práctica general y (5) de la argumentación empírica, así como (6) las llamadas formas especiales de argumentos jurídicos.

Dicho de otra manera, el valor de verdad de la premisa mayor judicial dependerá: (1) de la sujeción a reglas y formas de interpretación, cuya aceptación constituye un estado de cosas social; (2) del atento examen de las enseñanzas de la doctrina, para determinar cuál es la solución preponderante de la cuestión debatida en la comunidad jurídica, que también constituye un hecho social; (3) del uso de los precedentes

jurisprudenciales, o sea de las anteriores soluciones dadas por los jueces a cuestiones similares a la debatida, una vez más un hecho social; y (4) del respeto a los principios y reglas de la argumentación práctica general, de la argumentación empírica, y de las formas especiales de argumentación jurídica, cuya aceptación por la comunidad de juristas, y en el caso de las máximas de experiencia, por la comunidad general, es un estado de cosas que expresa un hecho social.

3.4. A pesar de la muy extendida negación del valor de verdad del derecho, la ley procesal adjudica un valor veritativo a los razonamientos que sustentan la sentencia al establecer:

> Se declarará con lugar el recurso de casación:
> (...)
> 2° Cuando se haya incurrido en un error de interpretación acerca del contenido y alcance de una disposición expresa de la ley, o aplicado falsamente una norma jurídica; cuando se aplique una norma que no esté vigente, o se le niegue aplicación y vigencia a una que lo esté; o cuando se haya violado una máxima de experiencia.
> En los casos de este ordinal la infracción tiene que haber sido determinante de lo dispositivo en la sentencia.

El error de interpretación resulta de una falta de correspondencia, en el sentido aceptado por Niininluoto, arriba expuesto, entre los motivos expresados por el juez, y el texto de la ley, tal como ha sido entendido por la jurisprudencia y por la doctrina, o del desacato de los principios y reglas de la argumentación.

La falsa aplicación, en su forma pura, constituye un error interno del razonamiento, por una falta de concordancia entre el supuesto abstracto, tal como fue construido por el juez, y los hechos establecidos.

La aplicación de una norma no vigente, y la falta de aplicación de normas vigentes, constituyen un desconocimiento del hecho social de la promulgación de la norma.

Por último, la violación de máximas de experiencia resulta de una falta de correspondencia entre los motivos que sustentan la decisión y las creencias comunes en una sociedad dada, lo cual, evidentemente, es un estado de cosas social.

La disposición final: «En los casos de este ordinal la infracción tiene que haber sido determinante de lo dispositivo en la sentencia», demuestra la diferencia, antes anotada, entre los motivos y el dispositivo. Lo que se examina en el recurso de casación por

infracción de ley, son los fundamentos de lo decidido, para determinar su verdad o falsedad, y casar (anular) o no el fallo.

En conclusión, los motivos de derecho que sustentan su decisión pueden ser verdaderos o falsos, de acuerdo con una relación de correspondencia con un estado de cosas social, que expresa un hecho social en una comunidad determinada, y así es reconocido por la ley, al regular la nulidad o casación del fallo por infracción de ley.

Bibliografía citada:

AARNIO 1991: Aulis Aarnio, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica* (Tr. Ernesto Garzón Valdez). Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

ALEXY 1997: Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica* (Tr. Manuel Atienza e Isabel Espejo) Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

ATIENZA 1997: Manuel Atienza, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

DEL VECCHIO 1964: Giorgio del Vecchio, *Filosofía del Derecho*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona.

GAONA 1999: Susana Isabel Gaona, *Jaakoo Hintikka: Una aproximación a la Lógica Deóntica a través de la teoría de modelos*. Trabajo de grado. Universidad Católica Andrés Bello, Facultad de Humanidades y Educación, Escuela de Filosofía Caracas. Inédito.

GARCÍA BACCA 1959: Juan David García Bacca, *Planes de Lógica Jurídica*. Editorial Sucre. Caracas.

GARCÍA DE ENTERRÍA 1994: Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas, Madrid.

HENKE 1979: Horst-Eberhard Henke, *La Cuestión de Hecho - El Concepto Indeterminado en el Derecho Civil y su Casacionabilidad*. (Tr.al. Tomás Banzhaf). Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

HART 1998: Herbert L. A. Hart, *El concepto de derecho* (Tr. Genaro Carrió). Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

KUKLA 1998): André Kukla, *Studies in scientific realism*. Oxford University Press, New York.

MEJÍA 1992: Luis Aquiles Mejía Arnal. Creación Judicial de Derecho. *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*. Imprenta Universitaria de la UCV, Caracas.

NAGEL 1981: Ernest Nagel, *La estructura de la ciencia*. Ediciones Paidós. Barcelona, España.

NIINILUOTO 1997: Ilkka Niiniluoto, Sobre la verdad de las proposiciones normativas. *La normatividad del derecho*. Aulis Aarnio, Ernesto Garzón Valdés y Jyrki Uusitalo, compiladores. Gedisa Editorial, Barcelona.

NINO 1985: Carlos Santiago Nino, *La validez del derecho*. Editorial Astrea, Buenos Aires.

RUSSELL 1975: Bertrand Russell, *Los problemas de la filosofía*. (Tr. Ing. Joaquín Xirau). Editorial Labor, Barcelona.

TARSKI 1983: Alfred Tarski, The concept of truth in formalized languages. *Logic, semantics, meta-mathematics*. Hackett Publishing Company. Indianapolis.

VON WRIGTH 1979: Georg Henrik von Wrigth. *Norma y Acción. Una Investigación Lógica* (Trad. Ing. Pedro García Ferrero). Editorial Tecnos, Madrid.

WRÓBLEWSKI 1979: Jerzy Wróblewski, «Verification and Justification in the Legal Sciences», en *Rechtstheorie*, Beiheft 1. (Citado por AARNIO 1991)

EL CONCEPTO DE LEY, FUERZA, RANGO Y VALOR DE LEY EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

José Peña Solís

1. CONCEPTO DE FUERZA, RANGO Y VALOR DE LEY.

1.1. Antes de comenzar a desarrollar la temática concerniente a las leyes en el Ordenamiento Jurídico Venezolano, resulta conveniente intentar explicar previamente las nociones mencionadas en el acápite: "**fuerza, rango y valor de Ley**". Ese intento de explicación pareciera imprescindible, en primer lugar, porque somos partidarios de la tesis que postula la estructuración en rangos de las fuentes del Derecho, de los cuales

el legal es uno de ellos, equivalente a "*rango de ley*"; en segundo lugar, porque si bien las aludidas nociones estaban ausentes en la Constitución de 1961, y sólo eran utilizadas por la vía de los hechos en algunos de los últimos decretos leyes dictados por el Presidente de la República sobre la base de lo preceptuado en el artículo 190, ord. 8º, del texto constitucional derogado, la Constitución de 1999 si las prevé expresamente; y en tercer lugar porque dichas nociones resultan muy importantes a los fines de la construcción de un marco conceptual acerca de los decretos leyes y de la jurisdicción constitucional, como veremos más adelante. De allí entonces la razón de intentar aclarar las nociones de "fuerza, rango y valor de ley" a luz del nuevo texto constitucional.

1.2. La fuerza de ley (planteamiento histórico). El triunfo de la Revolución Francesa puso fin al Estado Absoluto, y en razón de que la separación de poderes fue uno de los principios fundamentales que sirvió de fundamento a dicha Revolución, sus protagonistas reivindicaron para el Parlamento la exclusividad de la potestad normativa, asumiendo inmediatamente ese poder de dictar las leyes (normas) con el referido carácter monopólico. Sin embargo, tal potestad exclusiva le duró muy poco al Parlamento, pues, por motivos que no son del caso explicar, durante el siglo XIX las instituciones parlamentarias se vieron constreñidas algunas veces a negociar su ejercicio, y otras a aceptar compartirlo con los monarcas o los titulares del Poder Ejecutivo. Por otra parte, es preciso recordar que el concepto de ley que incorporaron los revolucionarios franceses al ordenamiento jurídico fue el formulado por ROUSSEAU en su obra *El Contrato Social*, es decir, el concepto de ley como "*expresión de la voluntad general*", que aparece obviamente vinculado a la soberanía, dado que la ley provenía del pueblo en su totalidad, y en definitiva era un mandato del soberano que la tornaba irresistible, en tanto en cuanto todos (ciudadanos y titulares de los Poderes Públicos) estaban sometidos incondicionalmente a ella. Surge entonces la idea de la primacía o supremacía de la ley, que tempranamente –Constitución de 1791- se tradujo en el concepto de **fuerza de ley**. Así, el artículo 6 de la citada Constitución pautaba "*los decretos* (de la Asamblea) *sancionados por el Rey tienen **fuerza de Ley** y llevan el nombre y título de **Ley***".

Pese a todas las negociaciones e imposiciones por parte del Poder Ejecutivo sobre el Parlamento en torno al ejercicio de la potestad normativa durante el siglo XIX y parte del XX, de todas maneras el prototipo de fuente del Derecho denominado ley formal siempre estuvo a cargo de la institución legislativa, e igualmente siempre mantuvo ese carácter superior que se traducía en la "*fuerza activa*", que le permitía innovar el ordenamiento jurídico, pudiendo derogar o modificar cualquier instrumento legislativo, incluyendo lógicamente, sobre la base del principio de sucesión cronológica, a las propias leyes, y la "*fuerza pasiva*", o de resistencia, que la tornaba inmune frente a instrumentos normativos de menor jerarquía o fuerza. En definitiva, el concepto de fuerza de ley nace con el Estado de Derecho y alude a la posición de supremacía de la ley en el ordenamiento jurídico.

1.3. **La fuerza de ley en la actualidad.** Después de la Primera Guerra Mundial las Constituciones europeas comenzaron a revestir carácter normativo, consagrando al mismo tiempo el control de constitucionalidad de las leyes, lo que irremediablemente condujo a que éstas perdieron el carácter supremo que las caracterizaba hasta esa fecha, pues, al estar sujetas al referido control, la primacía en el ordenamiento es adquirida por la Constitución. A los anteriores factores que originaron la disminución de la jerarquía de la ley, se añaden en la actualidad la existencia de un conjunto de actos normativos con la misma fuerza de ella, diferenciados por ámbitos competenciales (leyes orgánicas, normas comunitarias, etc.) o por los procedimientos de formación (decretos leyes), que como sostiene MODUGNO (1973) dieron lugar a la superación de la noción unitaria de "*fuerza de ley*". Tampoco debe olvidarse que la adopción por muchos países de la forma de Estado Federal o descentralizado regionalmente, condujo a atribuirles a los Estados o Regiones la potestad normativa, de tal suerte que sus órganos legislativos son facultados para dictar **leyes regionales**, sobre las cuales, en virtud de las cláusulas constitucionales pertinentes, tampoco resulta posible predicar la misma **fuerza de ley** de las leyes nacionales, pues las relaciones entre éstas y las regionales van a estar regidas por el principio de competencia.

Sin embargo, ha de admitirse que actualmente el concepto de fuerza de ley, pese a que aparece relativizado por los factores antes mencionados, reviste mucha importancia, en virtud de que nuestro ordenamiento es configurado, conforme al artículo 7 de la Constitución de 1999, sobre la base del principio de jerarquía normativa, revelando claramente el mencionado concepto una situación posicional de un conjunto de instrumentos normativos en ese orden jerárquico, lo que resulta un elemento de primer orden en la solución de las antinomias normativas que se configuran en el ordenamiento jurídico. De esta forma, el propio texto constitucional utiliza el concepto bajo examen como elemento vertebrador básico de los decretos leyes (Art. 236, Num. 8). Por otra parte, si se atiende a que el mismo se desagrega en la fuerza activa, por cuanto la ley deroga o modifica otras leyes y demás instrumentos de su mismo rango, así como de rango inferior (poder de ataque), y la fuerza pasiva, porque resiste o resulta inmune a la modificación o derogación por instrumentos normativos de menor fuerza, o dicho de otra manera, de rango sublegal (poder de resistencia), debe concluirse que encuentra recepción en el ordenamiento jurídico. Efectivamente, constituye expresión general de la fuerza activa el artículo 218 de la Constitución cuando estatuye que las leyes se **derogan y se modifican** por otras leyes (leyes sucesivas). En cambio la fuerza pasiva sólo puede derivarse indirectamente de los artículos 236, numeral 10, y 266, numeral 5, que permiten inferir la relación de jerarquía existente entre las leyes y los reglamentos,

o sea, la superioridad de las primeras sobre los segundos, y en consecuencia la inmunidad de las leyes frente a los reglamentos.

En todo caso es necesario destacar que tanto el poder de ataque como de resistencia que caracterizan a la noción de "*fuerza de ley*" ceden ante la fuerza superior de la Constitución, derivada de su contenido normativo, el cual origina el principio de supremacía constitucional antes mencionado. También hay que tomar en cuenta en el juego de los referidos atributos en que se desagrega el concepto, que algunas leyes o instrumentos normativos del mismo rango aparecen reforzados por obra de la Constitución, motivo por el cual dichos poderes de ataque y resistencia no operan frente a ellos. Así por ejemplo las **decisiones de la Comunidad Andina** (Art. 153) y los **Tratados Internacionales en materia de derechos humanos** (Art. 23), pese a detentar fuerza de ley no aparecen afectados por el poder de ataque de las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional, ni por los decretos leyes.

Finalmente, cabe advertir que en la interpretación de la noción conceptual de la "*fuerza de ley*" recogida en la Constitución de 1999, debe atenderse al desarrollo histórico doctrinario antes expuesto, pero sobre todo al contexto constitucional en que aparece mencionada, pues en definitiva será dicho contexto el que permitirá finalmente determinar la dimensión de los poderes de ataque y resistencia que la caracterizan.

1.4. **El valor de ley**. Es preciso advertir que éste es un concepto, que a diferencia del anterior, va a aparecer después de la consolidación de la jurisdicción constitucional en los países europeos, y todo conduce a sostener que fue consagrado por primera vez en la Constitución italiana de 1947, en su artículo 76, que condiciona la emanación de decretos con **valor de ley**, a la previa sanción por parte de las Cámaras de la correspondiente ley de delegación, así como en el artículo 134 relativo a las competencias de la Corte Constitucional. Luego comienza a figurar en otras Constituciones, como por ejemplo la española, que lo contempla en sus artículos 153.a, 161.1.a y 164.1, todos concernientes a las competencias de juzgamiento del Tribunal Constitucional, y la colombiana en su artículo 241, numeral 5, también relativo a esas mismas competencias de la Corte Constitucional. Ahora bien, tal vez por haber sido consagrado el concepto por primera vez en Italia, correspondió al autor italiano ALDO SANDULLI (1974) formularla a partir de su relación con el de "*fuerza de ley*". Dicha formulación ha tenido una recepción favorable en la doctrina del Derecho Constitucional Comparado, por lo tanto resulta importante transcribirla. En ese sentido el aludido autor expresa que: "*El valor de ley consiste en el particular régimen jurídico, en virtud del cual, aparte de la abrogación legislativa, la ley no está sujeta a otras formas de derogación o modificación que no sean aquellas derivadas de la declaración de ilegitimidad constitucional por parte de la Corte Constitucional, y* (pero no en todos los casos) *aquellas que resulten del referéndum abrogativo*".

Cabe observar que SANDULLI construye el concepto de "*valor de ley*" basándose fundamentalmente en el régimen procesal que permite únicamente a la Jurisdicción Constitucional pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las leyes. Se trata, en criterio DE ASIS ROIG (1991), del "*monopolio de rechazo ostentado por los Tribunales Constitucionales que permiten caracterizar a éstos como actos con valor de ley, los que no pueden ser enjuiciados por su validez, sino por su adecuación a la Constitución y ante la jurisdicción especial de los Tribunales Constitucionales, mientras que los demás órganos, al estar subordinados a la ley no pueden sino aplicarla*".

En definitiva, conforme a la tesis anterior el acto que ostenta **valor de ley** no puede ser juzgado por ninguna autoridad pública (jueces ordinarios, Administración), ni por los particulares. En otras palabras, el acto dotado de valor de ley configura una imposibilidad jurídica para su juzgamiento, salvo por la Jurisdicción Constitucional. Advertimos que la Constitución de 1999 alude al concepto "*valor de ley*", en el artículo 203, al definir las leyes habilitantes, y referirse a las materias que se delegan al Presidente de la República.

1.5. **Rango de ley**. El concepto aparece aparejado al de fuerza de ley, al punto que SANTAMARÍA (1991), los considera equivalentes, basándose en el tratamiento indiferenciado que le otorga la Constitución española en los artículos 163 y 164.1. Sin embargo, al igual que la fuerza de ley revela un criterio posicional en la estructura jerárquica de los Ordenamientos Jurídicos que como el nuestro están presididos por el principio de jerarquía normativa (Art. 7 const.). En ese orden de ideas el rango de ley corresponde a la posición que ocupa un conjunto de instrumentos normativos en el Ordenamiento Jurídico, la cual aparece identificada por estar inmediatamente debajo de la Constitución (subordinada), pero a la vez inmediatamente por encima de los instrumentos reglamentarios (supraordenada). Concebida simplemente así, sin entrar a examinar la eficacia de cada uno de esos instrumentos (poder de ataque y de resistencia), puede concluirse que coincide parcialmente con la concepción de fuerza de ley, que como expusimos precedentemente revela una situación posicional idéntica en el sistema de las fuentes del Derecho (subordinación a la Constitución y supraordenación a los reglamentos). Quizás en el caso venezolano convenga mantener esta diferencia formal, en virtud de que la Constitución pareciera otorgarle rango legal tanto a actos normativos como no normativos.

1.6. **La fuerza, el valor y el rango de ley en la Constitución de 1999**. Cabe reiterar que la utilización de los conceptos fuerza, valor y rango de ley resultaban inexistentes en la Constitución de 1961. En principio fueron utilizados por la doctrina para tratar de explicar la naturaleza de **las medidas extraordinarias en materia económica y financiera**, dictadas por el Presidente de la República en ejercicio de la atribución que le confería

el artículo 190, Ord. 8°, del texto constitucional derogado. Posteriormente, por lo menos a partir de la Ley que autorizó al Presidente de la República en materia económica y financiera del mes de abril de 1994, en las restantes leyes autorizatorias de dichas medidas, fueron incluidos los conceptos de "fuerza y rango de ley", en los siguientes términos:

> Artículo 2° "En ejercicio de las autorizaciones contenidas en el artículo 1° de esta Ley, el Presidente de la República en Consejo de Ministros, podrá dictar mediante Decreto con **rango y fuerza de ley** las disposiciones legales que fueren necesarias..." (énfasis añadido).

Efectivamente en las leyes posteriores de esa naturaleza (1998 y 1999) se mantuvo la tendencia a incluir un artículo de ese tenor, y ello explica que cada uno de los Decretos dictados por el Presidente de la República en ejercicio de las autorizaciones haya sido intitulado: **DECRETO CON RANGO Y FUERZA DE LEY**. Por lo tanto, aún antes de ser contemplados en la Constitución los conceptos de "*rango*" y "*fuerza*" de ley, mas no así el de **valor de ley**, habían encontrado recepción en Venezuela, en la doctrina, la jurisprudencia y el propio derecho positivo (leyes autorizatorias sancionadas a partir de 1994, y los correspondientes decretos leyes). Quizás ello pudo haber inspirado al constituyente de 1999 a darle carta de nacionalidad a los mismos, agregando el de "*valor de ley*". Decimos "*quizás*" porque del examen de los antecedentes constitucionales (Exposición de Motivos y Diario de Debates), no es posible ni siquiera derivar un atisbo de que la referida inclusión hubiera sido propuesta por lo menos por un constituyente, basándose en la realidad jurídica antes expuesta. O mejor, no existe ningún tipo de fundamentación o justificación de la misma.

Pues bien, pese a que no existe referencia alguna a esos conceptos en los mencionados antecedentes, lo cierto es que aparecen incluidos en los siguientes preceptos constitucionales:

> Artículo 203. "(Omissis) Son leyes habilitantes las sancionadas por la Asamblea Nacional por las tres quintas partes de sus integrantes, a fin de establecer las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente o Presidenta de la República con **rango y valor de ley**..." (énfasis añadido)

> Artículo 236. "Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República:
> 1. Omissis.
> 8. Dictar, previa autorización, por una ley habilitante, **decretos con fuerza de ley**". (énfasis añadido).

> Artículo 336. "Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:
> 1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con **rango de ley** de la Asamblea Nacional que colidan con esta Constitución.
> 2. Omissis.
> 3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con **rango de ley** dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con esta Constitución" (énfasis añadido).

Son esas las únicas disposiciones constitucionales en las cuales se incluyen los conceptos bajo examen, destacándose que "*valor de ley*" es mencionado una sola vez (Art. 203), "*rango de ley*" tres veces (artículos 203, 336, numerales 1 y 3), y "*fuerza de ley*", una sola vez (Art. 236). Corresponde ahora intentar darle un desarrollo sistemático a cada una de ellas atendiendo, hasta donde sea posible, al marco teórico expuesto precedentemente. Así, lo primero que se observa es que el concepto paradigmático, histórica y conceptualmente, es el de "*fuerza de ley*", dado que los otros dos surgen posteriormente aparejados, o con relación al primero. Sin embargo, pese que a los decretos que dicte el Presidente de la República, basados en una ley habilitante, se les otorga **rango y valor de ley** en el artículo 203, y **fuerza de ley** en el artículo 236, numeral 8, estimamos que la construcción dogmática acerca de dichos actos normativos debe articularse sobre la base del aludido concepto de "*fuerza de ley*", el cual como sostiene la doctrina, en cierto sentido incluye, o resulta equivalente a "*rango de ley*", pues ello conduce a postular que esos decretos, en primer lugar, están colocados en la misma situación posicional que la ley emanada de la Asamblea Nacional, y en segundo lugar, están dotados del mismo poder de ataque (innovación) y de resistencia (inmunidad) que esa ley.

Pero tal vez lo más importante sea intentar esclarecer como funciona la fuerza o el rango de ley en el sistema de fuentes del Derecho contempladas en la Constitución, específicamente, si esas fuerzas activas y pasivas (ataque y resistencia) operan de manera general y unitaria, como ocurría originariamente. En ese análisis lo primero que destaca es la repartición competencial en lo concerniente a las diversas clases de leyes que, siguiendo modelos del Derecho Comparado, aparecen consagradas en la Constitución de 1999. En efecto, en el Poder Nacional se ha pasado de la ley ordinaria, prevista en la Constitución de 1961 para regular la casi totalidad de las materias que podían ser susceptibles de normación, dado que las leyes orgánicas por denominación constitucional, que eran las únicas que tenían un ámbito de materias reservadas, apenas llegaban a veinte, a cuatro modalidades de leyes: la ordinaria, la orgánica, la habilitante y la de bases, teniendo la primera un campo acotado por las materias que se reservan a las restantes. Una situación similar se presenta en el Poder Estadal, puesto que de la ley ordinaria se pasa a las Constituciones y a las leyes de desarrollo,

manteniéndose lógicamente las ordinarias, siempre atendiendo a la aludida repartición competencial.

Por lo tanto, ha de tenerse muy en cuenta esa pluralidad de leyes sancionadas por la Asamblea Nacional, a los efectos de poder determinar en cada caso la fuerza innovativa (ataque) y de resistencia (inmunidad) en que se desagrega la fuerza de ley, e inclusive determinar la posición (rango) de cada una ellas, relacionándose lógicamente esas mismas variables con los otros actos normativos a los que doctrinariamente se le atribuye fuerza y rango de ley. Tal cuadro se presentaría como sigue:

Las leyes ordinarias y los decretos leyes tendrán la misma fuerza; por tanto, podrán operar en todos los ámbitos, salvo en los materiales correspondientes a las leyes orgánicas, habilitantes (ambas caracterizadas por el procedimiento reforzado, salvo en aquella clase de las primeras que son calificadas como tales por la propia Constitución) y las de bases. Luego, pueden modificar y derogar a las mismas leyes ordinarias y a los decretos leyes, y éstos pueden hacer lo mismo con las leyes ordinarias, y con los decretos leyes. La exclusión de los ámbitos de las leyes orgánicas, habilitantes y de bases impide que los atributos de la fuerza de ley de las leyes ordinarias y los decretos leyes incidan sobre dichas leyes (orgánicas habilitantes y de base), o sea, que no pueden ni modificarlas ni derogarlas. **Las leyes orgánicas** pueden operar en los ámbitos materiales expresamente señalados en el artículo 203, encabezamiento, (las calificadas por la Constitución, las que se dicten para organizar los poderes públicos, para desarrollar los derechos constitucionales y las que sirvan de marco normativo a otras leyes), por lo que pueden modificar o derogar a las propias leyes orgánicas, mas carecen de esa fuerza innovativa frente a las leyes ordinarias, habilitantes y de bases, porque en lugar de funcionar la fuerza derivada de la posición de primacía de estas leyes (jerarquía) funciona la competencia.

Las leyes habilitantes únicamente pueden operar en el ámbito material expresamente señalado en el artículo 203, parte *in fine* constitucional (establecer las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente de la República), razón por la cual carecen de fuerza para modificar o derogar a las leyes ordinarias, orgánicas y de bases, y obviamente, desde el punto de vista teórico, dado su carácter esencialmente temporal, su fuerza de ataque (innovativa) únicamente puede incidir sobre las propias leyes habilitantes. **Las leyes de bases** solamente pueden operar en el ámbito material especial acotado en el artículo 165 constitucional (materias de competencia concurrente de los Estados y la República), motivo por el cual su fuerza activa, innovativa o de ataque únicamente puede incidir sobre leyes de bases, mas no así sobre las leyes ordinarias, orgánicas y habilitantes. Demás está advertir que la fuerza de ley también juega un rol importante a los efectos de la determinación de las relaciones entre los distintos tipos de leyes de los Estados (Constitución, leyes ordinarias y leyes de desarrollo), pero ello escapa a los objetivos del presente trabajo.

Ha de destacarse que ninguna de las leyes previstas en el artículo 203, ni los decretos leyes contemplados en el artículo 236, Num. 8, constitucional tienen fuerza innovativa frente a los **actos normativos** (decisiones) de la Comunidad Andina, pues, de conformidad con el artículo 153 *ejusdem* dichos actos **deben ser aplicados preferentemente** sobre la legislación interna. Tampoco ejercen su poder de ataque sobre las leyes aprobatorias de Tratados Internacionales relativos a derechos humanos y los reglamentos parlamentarios.

Queda, pues, expuesto en los términos anteriores como funciona la fuerza de ley, en su faceta activa, de ataque o innovativa, en el marco de las fuentes del Derecho de carácter nacional.

Por lo que respecta a la capacidad de resistencia es claro que la fuerza de ley funciona con relación a las normas reglamentarias, en virtud de que todas las leyes y los actos con fuerza de ley resisten frente a cualquier tipo de reglamento (independientes, ejecutivos o delegados), o sea, que no son susceptibles de modificación o derogación por esta clase de instrumentos normativos.

En fin, si la fuerza de ley deriva histórica y conceptualmente su noción de la posición de primacía que ocupa la ley sancionada por el Parlamento, hoy relativizada por los factores señalados precedentemente, los cuales permiten definir dicha posición como de subordinación a la Constitución y de supraordenación con relación a las normas reglamentarias, resulta entonces que esta definición eminentemente posicional, se corresponde con un "*rango*", o sea, un escalón en el sistema jerárquico de las fuentes, por tanto, habrá que coincidir con la tesis imperante en el Derecho Comparado que postula que **fuerza y rango de ley** son conceptos equivalentes. De allí entonces que la Constitución vigente pareciera utilizarlos acertadamente, pues a diferencia de lo que hacía el legislador cuando otorgaba la autorización, o el Presidente de la República, cuando dictaba el decreto basados en el artículo 190, ordinal 8° de la Constitución derogada, que les añadían los calificativos **rango y fuerza de ley**, lo que constituía una redundancia, en los artículos 203, y 336, numerales 1 y 3, se alude únicamente al "*rango de ley*", y en el 236, numeral 8, a la "*fuerza de ley*". Por tanto, pareciera conveniente que tanto el legislador como el Presidente de la República, siguiendo la correcta orientación constitucional, en la ley habilitante o en los decretos leyes respectivos, optaran por utilizar los conceptos de **rango o fuerza de ley**, es decir, uno u otro, pues la utilización acumulativa de ambos conceptos, además de constituir una redundancia, revelaría una inconsistencia conceptual, conforme a la tesis que es posible inferir de la Constitución vigente.

Por cuanto concierne a la noción de **valor de ley**, que alude a la condición que detentan únicamente los actos normativos que están sujetos al régimen jurídico exclusivo de

impugnación por ante el órgano competente de la Jurisdicción Constitucional (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia), es preciso advertir que su recepción en el Ordenamiento Constitucional no deja de suscitar serias dudas pese, a que como se expresó precedentemente, el concepto es mencionado expresamente en el artículo 203 constitucional, para referirse al producto normativo que resulta de la sanción de las leyes habilitantes, esto es, a los decretos leyes, a los cuales se les atribuye rango y **valor de ley**, pues, más bien pareciera que el constituyente pretendió referirse a la situación posicional de los decretos leyes, lo que es clarificado más adelante (Art. 236, Num.8), cuando efectivamente se identifica con su nombre el producto o instrumento normativo que resulta de la aplicación de la ley habilitante. Es decir, a la situación posicional de subordinación a la Constitución y de supraordenación con relación a las normas reglamentarias, como ocurre con las leyes sancionadas por el Parlamento.

Intentando desarrollar esta tesis (inexistencia del concepto dogmático de **valor de ley**), tal como lo propuso SANDULLI en su tiempo, se observa que inclusive el monopolio del control concentrado de la constitucionalidad por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Art. 336, Num. 1 y 3) está referido a los **actos con rango de ley**, y no como ocurre en las Constituciones española, italiana y colombiana, que se refieren específica y claramente a **actos con valor de ley**. He allí otra razón que pudiera considerarse formal, pero que en realidad en el contexto del marco conceptual expuesto, resulta de fondo, porque cuando las mencionadas Constituciones, al regular las competencias de los órganos de la jurisdicción constitucional, aluden a actos con **valor de ley**, conscientemente se inscriben en la concepción dogmática que sobre esta figura formuló el mencionado autor italiano, la cual -se insiste- encontró recepción en la doctrina del Derecho Comparado.

Inclusive podría llegar a pensarse, teniendo muy en cuenta algunas sentencias de la Sala Plena y de la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, que el constituyente quiso, en primer lugar, montar el control de constitucionalidad de los actos normativos diferentes de las leyes, en el concepto de **rango o fuerza de ley**, y no en el de **valor de ley**, y en segundo lugar, porque tal vez pensó también en instituir el control de constitucionalidad de actos **con rango de ley**, tanto de la Asamblea Nacional, como del Poder Ejecutivo Nacional, **no normativos**. Y a tal fin pareciera intentar definirlos mediante el establecimiento de la distancia del acto a la Constitución, cuando se refiere a los actos de **ejecución directa e inmediata de la Constitución** (artículo 336, numerales 2 y 4). Así por ejemplo, de resultar acertada esta tesis podrían considerarse como **actos no normativos con rango de ley** la declaratoria de abandono del cargo por el Presidente de la República, la calificación de falta absoluta del Presidente de la República, por parte de la Asamblea Nacional (Art. 233), la designación del Procurador General de la República, sin la aprobación de la Asamblea Nacional, o la designación de una persona que no reúna los requisitos exigidos en la Constitución;

o el acto de disolución de la Asamblea Nacional (Art. 236, Num. 15 y 21), por parte del Ejecutivo Nacional, razón por la cual al ostentar "*rango de ley*" serían susceptibles de ser anulados conforme al artículo 336, numerales 1 y 3. De allí entonces que el régimen jurídico regulatorio de la jurisdicción constitucional (Sala Constitucional) pareciera montado sobre el concepto de **rango de ley**, y no como ocurre en otros ordenamientos sobre el concepto de **valor de ley**, que deben ostentar los actos que pretendan ser impugnados por ante los Tribunales Constitucionales.

A todo lo anterior habría que agregar que en Venezuela, a la luz de la Constitución de 1999, luce bastante difícil predicar la vigencia del concepto de **valor de ley** formulado por SANDULLI, en virtud de la consagración del control difuso de la constitucionalidad en el artículo 334, primer aparte, de la Constitución, que faculta a los jueces de cualquier categoría, en caso de incompatibilidad entre el texto constitucional y una ley o cualquier otra norma jurídica, para aplicar, a solicitud de parte o de oficio, de manera preferente, la disposición constitucional. En esa misma dirección apunta la declaratoria de inconstitucionalidad sobrevenida del ordenamiento preconstitucional a que se contrae la disposición derogatoria única. Sin dudas que tales preceptos contradicen la tesis del "*monopolio de rechazo*" que debería tener la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Art. 336), que supone la anulación de la norma impugnada con carácter *erga omnes*, y constituye la variable fundamental sobre la que se monta el aludido concepto de **valor de ley**, lo que en definitiva dificulta desde el punto de vista dogmático, predicar su existencia en nuestro ordenamiento constitucional.

Por otra parte, en este mismo orden de razonamiento, habría que estudiar si dada la nueva realidad de las leyes previstas en la Constitución, presidida la mayoría de ellas por los principios de repartición competencial y procedimientos agravados (leyes orgánicas, habilitantes y de bases), así como las particulares características que se le asignan a algunos actos normativos con rango de ley (Tratados en materia de derechos humanos, decisiones de la Comunidad Andina), no estaríamos en presencia de un "*bloque de la constitucionalidad*", como ocurre en España, pues en ese caso, el régimen jurídico que origina el concepto de **valor de ley**, terminaría por verse afectado, en razón de que resultaría posible juzgar la constitucionalidad de algunas leyes, utilizando como parámetros otras (por ejemplo, el caso de una Ley ordinaria que regula materias que la Constitución reserva a las leyes orgánicas, o de una ley cualquiera que colida con una ley aprobatoria de un tratado relativo a derechos humanos).

De modo, pues, que a la luz de la exposición precedente, todo pareciera conducir a sostener que en el ordenamiento constitucional venezolano, pese a la expresión contenida en el artículo 203 de la Constitución, no resulta posible considerar viable la figura del **acto con valor de ley** en el contexto doctrinario antes expuesto. Más bien, la orientación del texto fundamental permite pensar que la expresión fue utilizada como

equivalente a fuerza o rango de ley. Por lo tanto, atendiendo a todo el desarrollo dado al tema, es posible concluir que los conceptos de fuerza y rango de ley contemplados en la Constitución, encuadran, con las matizaciones especificadas, en el marco conceptual que se deriva del Derecho Comparado, y por consiguiente, pueden considerarse equivalentes, lo que aconsejaría, como expresamos antes optar por el uso de uno u otro en los instrumentos legislativos que se sancionen en el futuro. Por otra parte, el concepto de fuerza o rango de ley, permite ubicar un conjunto de actos normativos en el escalón legal, entre los cuales destacan además de los decretos leyes, los reglamentos parlamentarios, los decretos leyes derivados de la declaratoria de los Estados de Excepción, los Tratados y las Decisiones de la Comunidad Andina. Así mismo, dicho concepto (rango o fuerza de ley) pudiera contribuir a clarificar ese aspecto relativo a las competencias de la Sala Constitucional en el ejercicio del control de la constitucionalidad de los actos distintos a las leyes, pues, no luciría desacertado hacerlo corresponder con la noción de ejecución directa e inmediata de la Constitución. Finalmente, debería estudiarse la factibilidad de excluir el uso del concepto de **valor de ley**, pues, su mención constitucional pareciera estar referida al de fuerza de ley.

2. LA LEY

2.1. **acepciones y uso**. En principio cabe hacer notar que el término ley, inclusive en el lenguaje jurídico, es utilizado con varias acepciones, lo que ha generado discusiones doctrinarias en el campo de la Teoría General del Derecho, pues se ha dicho que suele confundirse el continente (la ley) con el contenido (norma jurídica), y que igualmente se confunde la parte (ley) con el todo (derecho objetivo). Sin embargo, debe admitirse que el uso forense del término, y sobre todo en los instrumentos normativos, desde las Constituciones hasta los Reglamentos, ha conducido a que se imponga la tendencia a reconocerle tres acepciones o significados atendiendo a su sentido, a saber: a) "*latissimo*" *sensu* (sentido amplísimo) equivalente a **derecho objetivo**, es decir, a toda norma jurídica que integre el ordenamiento jurídico, independientemente de quien la produzca, el Estado o la Sociedad, por lo que en este sentido será correcto llamar ley, tanto a la Constitución (norma escrita), como a la costumbre (norma consuetudinaria); b) *latu sensu* (sentido amplio) equivalente a **norma escrita**, cualquiera que sea su rango y fuente de producción. Luego, será ley, por ejemplo, tanto un Reglamento Ejecutivo o autónomo dictado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, como una ley sancionada por la Asamblea Nacional; y c) finalmente, *stricto sensu* (sentido restringido) equivalente a **ley formal**, que es el acto definido en el artículo 202 de la Constitución ("*acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador*"). Por tanto, será ley únicamente la sancionada por el Parlamento.

Es menester precisar que también sancionan leyes formales los Consejos Legislativos, cuyo ámbito de aplicación se reduce a la jurisdicción territorial de cada Estado y que

igualmente conforme a la Constitución, los Concejos Municipales dictan **ordenanzas**, las cuales han sido consideradas por una parte de la doctrina nacional, como especie de leyes locales. De modo, pues, que corresponderá al operador jurídico, teniendo presente las tres acepciones que puede adoptar el término ley, determinar, mediante la correspondiente contextualización, el uso que le dará en cada caso, bien sea legislativa, doctrinaria o jurisprudencialmente, debiendo jugar en ello un papel destacado la figura de la reserva legal.

2.2. **La generalidad de la ley**. Como expresamos anteriormente, a partir de la Revolución Francesa la ley deja de ser concebida como la expresión de la voluntad del Príncipe, y pasa a ser por influencia de la tesis de ROUSSEAU, conceptuada como "*la expresión de la voluntad general*". Aunque la idea de la generalidad como nota característica de la ley se remonta al Derecho Romano, no es sino a partir de la citada Revolución, cuando cobra importancia en el campo del Derecho Público, llegando a detentar el carácter de un verdadero dogma hasta principios del siglo XX, época en que se inicia su cuestionamiento, el cual PAREJO ALFONSO (1992) y SANTAMARÍA (1991) relacionan con el advenimiento del Estado Social y Democrático de Derecho, pues sostienen dichos autores que con el Estado Liberal Burgués de Derecho, se produjo una neta separación entre el Estado y la Sociedad, en razón de que el primero va a reducir su participación en la misma al mantenimiento del orden público y la defensa externa, o mejor como sostiene el segundo de los citados autores, el Estado "*se limitaba a ordenar el desarrollo espontáneo de la sociedad regulando abstractamente las relaciones típicas del tráfico jurídico privado*".

Pero después que el Estado asume la carga de los derechos sociales y pasa a ser un verdadero gestor del interés público, mediante la intervención directa en la vida económica y social, o indirecta, mediante el otorgamiento de concesiones, se le dificulta enormemente realizar una gestión que resulte exitosa acudiendo exclusivamente a la promulgación de normas de carácter general, razón por la cual los Parlamentos adoptaron medidas concretas en forma de ley, dando lugar a las denominadas "*Leyes Medidas*", "*Leyes Proveimientos*", "*Leyes Singulares*" o "*Actos Singulares en forma de Ley*", que es el nombre utilizado por primera vez en Venezuela por MOLES CAUBET, en los cuales no está presente la generalidad, lo que permite concluir que en la actualidad la misma no constituye una nota esencial de la ley. Aparte de esos hechos tan contundentes derivados del derecho positivo que desmienten el carácter esencial de la generalidad para la ley, predicado por la teoría clásica, también se ha llegado a señalar (DE OTTO, 1991) que el mismo término "*general*", resulta ambiguo, pues no logra especificar si alude a la generalidad objetiva (contenido de la regulación) o subjetiva (destinatarios). En ese mismo orden de ideas SANTAMARÍA, expresa que; "*...tres reproches básicos pueden hacerse al concepto de generalidad. Primero, su falta de capacidad individualizadora (Omissis). Segundo, su ambigüedad semántica*

(Omissis). Y, tercero, su flexibilidad absoluta. De modo, pues, que, tanto desde el punto de vista de la Teoría General, como del derecho positivo, debe concluirse que la generalidad como nota esencial del concepto de ley, acuñado por los revolucionarios franceses, que perduró hasta el primer tercio del siglo XX, perdió ese carácter, sin embargo ello no conduce necesariamente a colocarse en la posición contraria, esto es, predicar que las leyes deben ser particulares, pues debe reconocerse que la gran mayoría de estos instrumentos normativos siguen teniendo un carácter general.

2.3. **La supremacía de la Ley.** Antes dijimos que los revolucionarios concibieron a la ley como el más alto producto normativo, lo que resultaba perfectamente coherente con la promulgación de Constituciones sin contenido normativo, inclusive tal situación paradigmática llegó a ser reflejada en la Constitución Francesa de 1791, bajo la denominación de "*fuerza de ley*", que aún se mantiene desde el punto vista dogmático y de derecho positivo, como vimos anteriormente. Pero en el desarrollo de este acápite corresponde únicamente reiterar que también esta característica fundamental del concepto clásico de ley, se ve profundamente afectada por los cambios que se produjeron en el sistema político y constitucional de los Estados europeos a principios del siglo XX, destacándose como principalísimo el carácter normativo que van a revestir las Constituciones, y el surgimiento de diversas modalidades de leyes que atienden o bien a un reparto competencial, o a un procedimiento reforzado, todo lo cual conduce a suprimir el carácter de primacía de la Ley, y a relativizar el concepto de "*fuerza de ley*", tal como lo expusimos precedentemente.

2.4. **El monopolio legislativo del Parlamento.** Como una reacción contra la concentración del Poder en el antiguo régimen (absolutismo) por parte del monarca, los revolucionarios franceses una vez triunfantes, reivindican con carácter monopólico la potestad legislativa, pero el ejercicio de la misma les dura muy poco, pues ya durante la Constitución Napoleónica de 1800, se atribuyó expresamente la potestad reglamentaria al Podér Ejecutivo. Posteriormente después de la Restauración (1815), además de establecerse como una facultad general de los monarcas restaurados en sus tronos, la de dictar reglamentos, se llegan a acuerdos donde la potestad legislativa va a resultar de la colaboración del Parlamento con el Rey o el titular del Poder Ejecutivo. Durante todo el siglo XIX e inicio del siglo XX esa situación se va a mantener con mayores o menores diferencias, pero eso sí, conservando el Parlamento la actividad fundamental de sancionar las leyes. Después de la Segunda Guerra Mundial, la ley formal deja de ser el producto normativo único con ese rango, ya que de facto, y luego de *iure* cobran vida otros actos normativos que revisten la misma fuerza de las leyes, emanados del aludido Poder Ejecutivo (decretos leyes, decretos legislativos). De allí entonces que, también ya para la mencionada época el Parlamento pierde definitivamente el monopolio de emanación de las leyes, o mejor de los actos normativos con fuerza de ley, desapareciendo de esa manera la última nota que caracterizaba el concepto clásico de ley, nacido con la Revolución Francesa.

2.5. **Ley en sentido material y formal.** Como expusimos precedentemente el concepto clásico de ley en lo concerniente a su contenido estaba presidido por el principio de la generalidad, de tal manera que el acto del Parlamento se consideraba ley, únicamente si estaba revestido de esa característica. Ya hemos visto el cuestionamiento que sufrió tal tesis. Pero también es importante traer a colación en lo concerniente al contenido de la ley, la polémica, superada hace ya bastante tiempo, en torno a los conceptos de ley en sentido material y formal. Así, los autores sostenían que sólo podía hablarse de ley cuando su contenido estuviera formado por proposiciones jurídicas, o sea que ese contenido fuera normativo, creador de una regla de derecho independientemente de su forma de producción, o del órgano que la produjese. En ese orden de razonamiento, ley será la Constitución, el Código de Comercio, el Reglamento del Personal Docente y de Investigación de la Universidad Central de Venezuela, o sea, todo acto normativo; por argumento a contrario, no sería Ley el acto que careciera de contenido normativo, por ejemplo, la Ley sancionada por el Parlamento que ordenara pagarle una pensión a los sobrevivientes de un descendiente de un prócer de la Independencia.

Esta tesis suscitó muchas controversias, en virtud de que en no pocos casos resultaba sumamente difícil determinar la presencia o ausencia de proposiciones jurídicas en una ley sancionada por el Parlamento, o en cualquier otro acto formalmente normativo. Fue precisamente la Doctrina Alemana con ocasión de la aprobación del Presupuesto de Prusia (gastos militares) de 1862, cuya Constitución de 1850, establecía que los ingresos y gastos calculados por el Ejecutivo debían ser anualmente comprobados mediante una ley, la que dio origen al debate acerca de la necesidad de deslindar los conceptos de ley en sentido material y ley en sentido formal. En efecto, en esa oportunidad el Ejecutivo consideró que por tratarse de una ley formal (sin contenido normativo), la de Presupuesto no requería la aprobación del Parlamento, y procedió a poner en vigencia el presupuesto de guerra mediante Decreto. Correspondió a los grandes juristas alemanes PAUL LABAND en su *Derecho Público del Imperio Alemán* (1878) y a GEORG JELLINEK, en la obra *Ley y Reglamento* (1888), elaborar esta importante construcción teórica que puede resumirse así: por cuanto la función esencial del derecho es fijar límites a la libertad de las personas en sus relaciones recíprocas, el Derecho se expresa en **proposiciones jurídicas**, que "*...son exclusivamente aquellas que inciden, en cualquier forma, en las situaciones jurídicas de los súbditos, tanto en sus relaciones recíprocas cuanto en sus relaciones con el Estado, delimitando sus respectivas esferas de libertad y creando, modificando o extinguiendo sus facultades y deberes*" (SANTAMARÍA, 1991). En ese marco conceptual la ley material es definida como aquella que contiene **proposiciones jurídicas**, lo que revela que su finalidad es incidir sobre las situaciones jurídicas de las personas, independientemente del órgano de donde proviniese: Parlamento (leyes), o Administración (reglamentos jurídicos). Y la ley formal era aquella que sin afectar la condición jurídica de los individuos, precisamente porque no contenía **proposiciones jurídicas**, se limitaba a

fijar las reglas de organización o funcionamiento interno del Estado, o de sus órganos o agentes. O sea, que seguía siendo ley únicamente por su forma, en virtud de que emanaba del Parlamento, pero no por su contenido.

Hay que advertir que este aporte teórico al Derecho Público de la doctrina alemana tuvo en su tiempo mucha recepción en toda Europa, pero posteriormente fue totalmente soslayado por los problemas interpretativos que originó, los cuales señalamos al comienzo del desarrollo de este acápite, al punto que MOLES CAUBET (1968) enseña que en el año 1927 la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público, reunida en Munich, decidió prescindir de la referida teoría. Sin embargo, es necesario reconocer que la misma tuvo efectos importantes en el Derecho Público, tanto que en un régimen como el alemán (dualista) condujo a un deslindamiento de competencias entre el Parlamento y el Ejecutivo, que posibilitó la formalización de una institución –visualizada con mucha anterioridad en el Parlamentarismo Inglés- tan cara al régimen democrático y a los derechos humanos, como lo es la **reserva legal**.

Por otro lado, esta teoría permitió en la práctica llegar en los ordenamientos constitucionales a una definición pacífica de ley, colocando el énfasis en la forma, sin entrar a discutir para nada su contenido, de tal suerte que se considera ley al acto sancionado por el órgano parlamentario competente, siguiendo el procedimiento pautado en la Constitución, imponiéndose de esa manera el concepto de ley en sentido formal formulado originariamente por la doctrina alemana. Finalmente, debe admitirse que aun cuando ha sido superada toda discusión acerca del concepto de ley material y formal, la tesis sigue teniendo importancia, por lo menos desde el punto de vista didáctico y doctrinario, pues, en primer lugar, permite explicar histórica y substantivamente, el concepto de ley formal recogido en la mayoría de las Constituciones contemporáneas, en segundo lugar, igualmente permite explicar que las leyes materiales no resultan absolutamente incompatibles con las leyes formales, pues, la gran mayoría de éstas son a la vez **leyes materiales**, o sea, que contienen proposiciones jurídicas en los términos expuestos por la doctrina alemana, y en tercer lugar, la ley material resulta equivalente a uno de los significados de la ley antes señalado, esto es, el que se corresponde con la norma jurídica.

Ha de advertirse finalmente que desde hace bastante tiempo el concepto de ley formal ha privado en las Constituciones venezolanas, y la de 1999, no hace más que repetir en su artículo 202 el texto de las anteriores, cuando expresa que: "*La ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador...*".

3. LA LEY EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

3.1. **La definición de Ley**. Corresponde ahora examinar, una vez escrutados cada uno de los elementos del concepto clásico de ley, así como su modificación o supresión, producto de la evolución histórica, política y constitucional, cómo aparece regulada la ley en la Constitución. Así, lo primero que se observa es que mantiene la disposición de la Constitución de 1961 (Art. 162), mediante la cual se **define el concepto de ley, en sentido formal**. En efecto, el artículo 202, repite el 162 del texto constitucional derogado, ajustándolo únicamente a la nueva naturaleza del Parlamento, que pasa de bicameral a unicameral, por ello la definición es concebida en los siguientes términos: "*La ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador...*".

Es preciso destacar que la repetición es casi total, porque los constituyentes al igual que los de 1961, según se desprende de la Exposición de Motivos y del Diario de Debates, no llegaron a asomar ni siquiera un argumento acerca de la conveniencia o inconveniencia de incluir una definición de ley en la Constitución. Mucho menos se pasearon por las bondades o defectos de que esa inclusión estuviera referida al concepto de ley en sentido formal. De allí, pues, que esa definición (Art. 202) se articule sobre dos elementos formales: a) el órgano de donde proviene la Ley: la Asamblea Nacional (el Parlamento unicameral), al cual, en el marco de esa definición, se le confiere el monopolio de emanar leyes; y b) el modo de actuación de la Asamblea Nacional, pues únicamente cuando actúa como cuerpo legislador está facultado para sancionar leyes, y ello ocurre, de manera general, en los casos que legisla en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional (Art. 187, Num. 1), y de manera particular, cuando decreta amnistías (187, Num. 5), aprueba el proyecto de presupuesto nacional y todo proyecto de ley concerniente al régimen tributario y al crédito público (187, Num. 6), y aprueba los Tratados Internacionales (187, Num. 18).

Ciertamente que la técnica seguida por el constituyente no es la mejor, pues resulta claro que todos los casos particulares enumerados están incluidos en la competencia general a que se contrae el artículo 187, Num. 1. Pero en fin, lo que interesa destacar de la definición es que excluye el resto de las actuaciones de la Asamblea Nacional relativas al control de la Administración Pública (autorizaciones en general), al control político (voto de censura a Ministros y Vicepresidente Ejecutivo, autorización de salida del Presidente de la República del territorio nacional, etc.), de autogobierno (dictar su reglamento interno, organización del servicio de seguridad interna, calificación de sus integrantes, etc.). Por tanto, únicamente podrá predicarse la existencia de una ley cuando emane de la Asamblea Nacional, actuando ésta como cuerpo legislador. De otra manera, aun cuando el acto sea de trascendental importancia, por ejemplo, cuando aprueba el estado de excepción más grave: el de conmoción interior, o cuando se propone una reforma a la Constitución, no podrá calificársele de ley. De allí entonces que, ciertamente debe concluirse, se trata de una definición estrictamente formal de ley, articulada en los dos elementos de forma antes indicados, los cuales están claramente definidos en el texto constitucional.

Pero quizás, uno de los efectos más importantes de la definición bajo examen es que todas las leyes emanadas del Parlamento detentan la denominación de formales. Y es a partir de la aceptación de esa premisa que resulta posible examinar las particularidades de las distintas clases de leyes, nuevas y viejas, contenidas en la Constitución de 1999: ordinarias y orgánicas (viejas), habilitantes y de bases (nuevas), pues en definitiva todas ellas son formales, de tal suerte que la ley formal vendría a ser el género y las ordinarias, orgánicas, habilitantes y de bases las especies; de allí también que resulte conceptualmente correcto hablar de leyes formales ordinarias, leyes formales orgánicas, leyes formales habilitantes y leyes formales de bases.

3.2. **El carácter general de la Ley**. Ya quedó dicho que la generalidad no constituye en la actualidad una nota esencial del concepto de ley, por tanto, cuando el constituyente opta por definir la ley desde el punto de vista formal, lo que supone soslayar toda referencia al contenido de la ley, admite indirectamente la validez de leyes particulares, algunas de las cuales son específicamente indicadas en la propia Constitución, como, por ejemplo, las leyes aprobatorias de los Tratados Internacionales (Art. 187, Num. 18). Conviene insistir, pese a que el ordenamiento constitucional excluye que la generalidad sea una nota esencial de la ley, en que no es posible predicar la proscripción de las leyes generales, porque también en Venezuela, al igual que en otros países, la gran mayoría de las sancionadas por el Parlamento revisten esa característica. En suma, la Constitución de 1999 al consagrar la tipología de las leyes formales, mantiene la tendencia constitucional del derecho venezolano y comparado, que consiste en excluir la generalidad como nota esencial de la ley, por lo que coexisten válidamente en el seno del ordenamiento jurídico leyes generales que constituyen la gran mayoría, y leyes particulares cuyo número es lógicamente reducido.

Finalmente, es necesario advertir que comienzan a escucharse voces en la doctrina española del Derecho Público que propugnan la búsqueda de un concepto de ley centrado de alguna manera en la generalidad. Así, en esa línea conceptual DE ASÍS ROIG (1991) expresa: "*Esta concepción se plantea para evitar los riesgos que presentan la proliferación de normas singulares o de caso único, que en ocasiones implican la adopción de verdaderas medidas administrativas, con la diferencia respecto a éstas de que el destinatario de las mismas ve mermadas sus garantías por la falta de legitimación para el planteamiento de un proceso constitucional. Por eso la doctrina ha buscado un concepto que reconduzca a sus términos la idea de ley*".

Es necesario advertir que la tesis del autor español antes transcrita parcialmente, no encuentra recepción en nuestro ordenamiento constitucional, pues por las razones antes expuestas, no es posible inferir del mismo postura alguna que propugne establecer como regla la generalidad de la ley, y rechace a las leyes singulares o particulares.

3.3. **El monopolio de la Asamblea Nacional**. Sin duda que si se alude a la definición de ley contenida en el artículo 202 de la Constitución (acepción *stricto sensu*), debe admitirse que la Asamblea Nacional tiene el monopolio legislativo, pero es necesario enfatizar que también se trata de un "*monopolio formal*", porque el propio texto constitucional, reconoce ese valor a los textos normativos dictados por órganos distintos de ese Poder Público, como son las normas comunitarias (Art. 153), los Tratados Internacionales (Art. 23 y 154), y los decretos regulatorios de los estados de excepción (Art. 339), inclusive cuando define a las leyes habilitantes, lo hace únicamente para otorgarle viabilidad constitucional a otro producto normativo con rango o fuerza de ley, como lo es el decreto ley (Art. 203 y 236, Num. 8). En otras palabras, el monopolio es únicamente para sancionar leyes formales, porque como quedó demostrado antes, cuando la ley es conceptuada como norma jurídica escrita con rango de ley, la propia constitución extingue dicho monopolio. Por esa razón, cabe concluir que la aludida característica que acompañaba al concepto clásico de ley, aparece claramente disminuida en la Constitución de 1999.

3.4. **La supremacía de la ley**. Sólo nos limitamos a señalar en este acápite que también este rasgo del concepto clásico de ley, resulta francamente disminuido en la Constitución, al revestir ésta un claro contenido normativo, que origina la vigencia de la supremacía constitucional. Igualmente, atenta contra este atributo la pluralidad normativa consagrada en el texto constitucional. Pero en todo caso, a los fines de la exposición de los detalles acerca de cómo se presenta esta característica de la ley en la Constitución remitimos al punto 1.6. (La fuerza de ley en la Constitución de 1999).

3.5. **Las distintas acepciones de la Ley en la Constitución**. Como ocurre en las Constituciones de casi todos los países, en la de Venezuela, el término "*ley*" es uno de los más repetidos, si no es el que más se repite, y ello es así porque la técnica legislativa constitucional impone la realización de infinidad de remisiones a la ley, las cuales, dicho sea de paso, en la mayoría de los casos no parecieran formularse técnicamente, por lo que el intérprete debe desentrañar en cada caso la intención de la Constitución, lo que no deja de suscitar serios problemas si se tiene en cuenta que muchos de esos reenvíos están relacionados con la consagración de materias de reserva legal. Precisamente la calidad de las aludidas remisiones conducen a que el constituyente en la utilización del término ley, consciente o inconscientemente, lo haga en las tres acepciones antes indicadas. Así, por ejemplo ocurre en el artículo 21, que preceptúa que todas las personas son iguales ante la ley, y el 131 que establece el deber de toda persona de cumplir la Constitución y las leyes, casos en los cuales resulta sinónimo de norma jurídica. Como equivalente a norma jurídica escrita es recogido, entre otros, en los artículos 137, que estatuye que la Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos del Poder Publico, y el 142, el cual dispone que los institutos autónomos sólo podrán crearse por ley. Como equivalente a ley formal, lógicamente el artículo que

define esta categoría de acto normativo: la ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional, y entre otros, el 217 que regula la oportunidad en que debe ser promulgada la ley aprobatoria de un Tratado, y el 215 que prescribe que la ley quedará promulgada al publicarse en la Gaceta Oficial. En ese mismo orden, existen múltiples remisiones a la ley, cuyo sentido debe deducirse, en cada caso, teniendo en cuenta las tres mencionadas acepciones.

Finalmente, cabe observar que el examen de la ley en el marco de la Constitución de 1999, tomando como base los elementos que identifican la concepción clásica de la ley elaborada en los inicios del Estado de Derecho, que perduró con pocas matizaciones hasta el primer tercio del Siglo XX, revela que: a) aparece definido expresamente un concepto de ley formal; b) la generalidad no resulta una nota esencial de dicho concepto; c) pese a que el aludido concepto pudiera hacer pensar que la Asamblea Nacional detenta el monopolio de la potestad legislativa, ello no es cierto, porque la propia Constitución atribuye al Ejecutivo la competencia para dictar actos normativos con rango o fuerza de ley; d) la idea de supremacía queda sustancialmente disminuida por el carácter normativo de la Constitución y la vigencia del principio de supremacía constitucional, no obstante, tiene cabida en el ordenamiento constitucional tanto el concepto de fuerza de ley, como el de rango de ley, mas no así el de valor de ley. Y en último lugar que en el texto de la Constitución el término "*ley*" es utilizado en las tres acepciones propias del ámbito jurídico.

4. LEYES ORDINARIAS

4.1. La pluralidad de leyes en la Constitución de 1999. Reiteramos que en la Constitución de 1999 esta materia sufrió una significativa modificación tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo, interesando ahora, hacer notar el primer aspecto. En efecto, la Constitución de 1961 preveía a nivel nacional leyes ordinarias y orgánicas, y ahora se agregan a ellas las leyes habilitantes y de bases. A nivel estadal contemplaba únicamente a las leyes ordinarias, y ahora añade a la Constitución del Estado, que también es una ley, pero que se diferencia significativamente de las leyes ordinarias y las leyes de desarrollo. De modo, pues, que lo primero que se observa en el nuevo ordenamiento constitucional es la referida pluralidad normativa, la cual no obedece simplemente a una etiquetación formal de instrumentos normativos, sino más bien a un reparto competencial y al establecimiento de procedimientos agravados en su formación. Pensamos ahora estudiar al tipo de ley que hemos denominado ordinaria.

4.2. La denominación de leyes ordinarias. En principio cabe reiterar que la Constitución de 1961 no contenía, ni tampoco el Código Civil en su Título Preliminar (De las Leyes y sus efectos y de las reglas generales para su aplicación), contiene la denominación "*leyes ordinarias*", pues, la primera utilizaba únicamente el término "*ley*", sin ningún

calificativo, y excepcionalmente el de Ley Orgánica, y el segundo solamente se refiere a "*ley*" a secas. En cambio, la Constitución de 1999, como se expresó precedentemente, además de consagrar el concepto de ley formal, define como especies de la misma a las leyes orgánicas, habilitantes y de base. Pero en cambio, no menciona para nada la denominada "*ley ordinaria*", la cual, como ocurría en la Constitución de 1961 tuvo su origen en la doctrina obedece a una construcción doctrinaria.

Ahora bien, dado que las leyes orgánicas, habilitantes y de bases son definidas en la Constitución atendiendo todas ellas a un reparto competencial, además del procedimiento agravado en las dos primeras, y siendo todas especies de las leyes formales, entonces por un proceso de deducción lógica deben considerarse como ordinarias aquellas que tienen un ámbito competencial indefinido o genérico, que resulta después de excluir del mismo el acotado marco competencial de las orgánicas, habilitantes y de bases. Por otro lado, a diferencia de las dos primeras, sólo requieren para su formación seguir únicamente el procedimiento normal contemplado en el texto constitucional. Partiendo de esa especie de definición o mejor de descripción resulta concluyente que las ordinarias constituyen el grupo más numeroso de leyes, si se tiene en cuenta que la tendencia de las otras tres clases, por el contrario, es la de estar constituidas por un número cerrado.

En todo caso conviene concluir este punto señalando que la categoría de las leyes ordinarias, resulta de una elaboración de la doctrina, producto del análisis de los dispositivos constitucionales concernientes a la definición de ley formal, y a la consagración de la mencionada pluralidad normativa, razón por la cual es una especie de ley formal que en la distribución competencial que sirve para construir esa pluralidad normativa, ocupa un espacio muy superior al ocupado por las otras tres clases de leyes juntas. Desde el punto de vista práctico, a los efectos de su reconocimiento en el ordenamiento jurídico, basta seguir la muy sencilla regla de considerar como tal ley ordinaria, a toda aquella que en la Gaceta Oficial correspondiente sea denominada "*ley*" a secas.

4.3. La formación de las leyes. Dado que la Constitución de 1999 configura un órgano parlamentario en forma unicameral, a diferencia del bicameral previsto en la Constitución derogada, lo que ya de por sí permite presumir que el referido procedimiento mencionado en el acápite debe haber sufrido modificaciones importantes, pasamos a referirnos sucintamente al procedimiento legislativo, casi de manera descriptiva, pero haciendo énfasis en determinados aspectos de algunas de sus fases que nos interesa destacar. En principio observamos que en la Constitución de 1999 se mantienen las mismas fases del procedimiento ordinario contempladas en la de 1961, pero con significativas modificaciones, o sea, la iniciativa, la discusión, la sanción, la promulgación y la publicación. Las tres primeras entran, casi todas, en la esfera de competencia del Poder Legislativo y las dos últimas en la del Poder Ejecutivo.

4.3.1. **La iniciativa legislativa**. El procedimiento de formación de la ley ordinaria aparece regulado en los artículos que van del 204 al 217 de la Constitución y en el reglamento o los reglamentos parlamentarios que deberá elaborar la Asamblea Nacional. Dichos preceptos establecen que el procedimiento comienza con la presentación del proyecto de ley por ante la Asamblea, correspondiendo la titularidad de la iniciativa al Poder Ejecutivo Nacional, a la Comisión Delegada y a las Comisiones Permanentes de la Asamblea, a los integrantes de la Asamblea Nacional, en un número no menor de tres, al Tribunal Supremo de Justicia, al Poder Ciudadano, y al Poder Electoral, en materias relacionadas con su organización y funcionamiento, y la materia electoral respectivamente, al Consejo Legislativo cuando se trate de leyes relativas a los Estados, **y a los electores en un número no menor del cero coma uno por ciento de los inscritos en el Registro Civil y Electoral** (iniciativa popular). La redacción del artículo *in comento* (204) pudiera llegar a suscitar dudas, sobre todo en lo concerniente a la iniciativa para presentar proyectos de leyes por parte del Tribunal Supremo de Justicia, Poder Ciudadano, Poder Electoral y Consejo Legislativo, en virtud de que sería posible que se esgrimiese una tesis interpretativa que postulase que esos órganos tienen iniciativa exclusiva y excluyente en las materias en que la Constitución se las confiere. En nuestro criterio, resulta todo lo contrario, pues, se trata de una facultad excepcional limitada únicamente a esas materias, y a más ninguna otra, razón por la cual nada obsta para que los que tienen la titularidad de la iniciativa general, puedan presentar proyectos de ley en esas mismas materias. En otros términos la facultad de presentar proyectos de ley de los mencionados órganos en las indicadas materias resulta concurrente, con la facultad general que la Constitución confiere al Poder Ejecutivo Nacional, a la Comisión Delegada, a las Comisiones Permanentes, a los integrantes de la Asamblea Nacional, en un número menor de tres, y a los electores en un número no menor del cero como uno por ciento. Por el contrario, lo que resulta claro, en nuestro criterio es que la iniciativa del Tribunal Supremo de Justicia, del Poder Ciudadano, Poder Electoral y Concejo Legislativo queda estrictamente limitada a las materias taxativamente indicadas en la constitución, de tal manera que la pretensión de cualquiera de esos órganos o Poderes de exceder ese ámbito competencial resultaría violatoria de la Constitución.

Por otra parte, interesa hacer notar que cambió radicalmente la consagración de la iniciativa popular en la Constitución de 1999, ya que, a diferencia de la regulación contenida en la Constitución de 1961, en la cual la misma se agotaba en la mera presentación del proyecto, sin que ello generara ninguna obligación para el órgano parlamentario, en la vigente, la presentación del proyecto de ley por el grupo de electores, origina para la Asamblea Nacional, de conformidad con el artículo 205 constitucional, la obligación de comenzar a discutir dicho proyecto a más tardar en el período de sesiones ordinarias siguientes al que se haya presentado, y constituye un derecho de los ciudadanos, y una obligación para la Asamblea que esa discusión se

inicie en el referido lapso. Si ello no ocurre, es decir, si la Asamblea Nacional incumple la mencionada obligación, entonces por obra de la Constitución el proyecto deberá ser sometido a a referendo aprobatorio de conformidad con la ley. O sea, que la iniciativa popular pasó de ser un mero ritual normativo, a un verdadero y operativo derecho constitucional.

4.3.2. **La fase de discusión**. Establece la Constitución que para convertirse en Ley todo proyecto recibirá dos discusiones en días diferentes (Art. 207). En ese orden de ideas es necesario destacar que de ahora en adelante todo proyecto de ley deberá contar con una exposición de motivos, en razón de que constituye un elemento fundamental para que la Asamblea Nacional pueda evaluar en esa primera discusión los objetivos, alcance y viabilidad del proyecto, a fin de **determinar la pertinencia de la Ley**. La consagración de esta fase del procedimiento legislativo no deja de generar serias dudas, ya que cabría preguntarse qué ocurrirá en el caso de que la Asamblea después de realizar esa evaluación decida que la ley carece de pertinencia, pues la Constitución no atribuye consecuencias a una decisión de esa clase. En nuestro criterio, todo indica que sí debería tener efectos que podrían ir desde el rechazo del proyecto, lo que impediría continuar su trámite, hasta su pase a Comisión para su reformulación. Reconocemos que cualquiera de las soluciones asomadas no deja de tener complicaciones, entre las cuales cabe mencionar las derivadas de la presencia de una mayoría circunstancial que quiera diferir, o en el peor de los casos, impedir que el proyecto sea discutido. Un intento de solución podría tener cabida en el correspondiente reglamento parlamentario, siempre y cuando esté orientado a lograr las correcciones necesarias del proyecto en un tiempo perentorio, a los fines de que pueda continuar la fase de discusión. Demás está indicar que la situación resulta más grave cuando se trata de proyectos cuya discusión sea el producto de la iniciativa popular, ya que bastaría declarar que la ley no resulta pertinente para tornar nugatoria esa forma de participación popular en la formación de las leyes. También el reglamento parlamentario debería contener disposiciones tendentes a tornar efectivo ese derecho fundamental de los ciudadanos.

Cabe destacar que si bien la consideración de la Exposición de Motivos, y la evaluación de sus objetivos, alcance y viabilidad debe hacerse en la **primera discusión**, a los fines de determinar la pertinencia de la ley, reglas elementales de lógica conducen a sostener que la discusión del articulado sólo podrá iniciarse después de esa fase previa, pues en caso de que la Asamblea concluya que el texto legislativo no resulta pertinente, entonces carecería de todo sentido el examen de los artículos que integran el proyecto. Por tanto, sólo si se determina la pertinencia de la ley, podrá iniciarse la discusión de todo el articulado del proyecto, y una vez aprobado debe remitirse a la Comisión Permanente directamente relacionada con la materia de la ley, la cual tiene el deber de presentar el correspondiente informe en el lapso de treinta días consecutivos.

Cuando el proyecto esté relacionado con la esfera de competencia de varias Comisiones, será designada una Comisión mixta para realizar el estudio y elaborar el aludido informe. Una vez recibido el informe de la Comisión comienza la **segunda discusión** del proyecto de ley, artículo por artículo. Si resulta aprobado sin modificaciones, la ley quedará **sancionada**. En caso de que sufra modificaciones será enviada a la Comisión respectiva para que las incluya en un plazo no mayor de quince días continuos. Recibida la nueva versión del proyecto será leída en plenaria, y la Asamblea decidirá por mayoría de votos lo que fuere procedente con relación a los artículos en que hubiere discrepancia, así como los que tuvieren conexión con ellos. Una vez resuelta la discrepancia mediante el voto mayoritario, el Presidente de la Asamblea declarará **sancionada** la ley.

4.3.3. **La participación de la sociedad organizada en la fase de discusión de las leyes.** Quizás una de las innovaciones más trascendentes de la Constitución es que se configura una obligación tanto para la Asamblea Nacional como para las Comisiones, de **consultar durante la fase de discusión** a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos, a la sociedad organizada, es decir, a oír su opinión sobre los proyectos sometidos a discusión (Art. 211). Esta función consultiva delineada constitucionalmente tiene carácter obligatorio, esto es, que la Asamblea antes de proceder a sancionar cualquier ley está obligada –se insiste, pues no se trata de una consulta facultativa- a oír la opinión de la sociedad organizada en los términos que fije el Reglamento de la Asamblea Nacional, so pena de que si la ley es aprobada sin cumplir con este requisito, pueda quedar afectada por un vicio de inconstitucionalidad, máxime si se tiene en cuenta que el artículo 62 constitucional confiere a los ciudadanos el derecho a participar en los asuntos públicos, y el artículo 70 *ejusdem*, crea los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de la soberanía, en lo político. Y sin duda, la participación mediante la consulta por parte de la sociedad organizada en la discusión de las leyes, constituye una clara expresión de ejercicio de la soberanía.

De allí entonces que, conforme al mencionado precepto constitucional, se abra a la Asamblea Nacional una gran oportunidad para darle contenido a la democracia delineada en la Constitución, pero a la vez pensamos que su incumplimiento puede llegar a generar serios conflictos, no sólo jurídicos, sino también políticos, sin que le sea permitido al Parlamento, cuando dicte su Reglamento, pretender tornar nugatorio ese derecho de los ciudadanos, pues dicho instrumento normativo estará limitado únicamente a regular los términos de la participación de la sociedad organizada (organizaciones representativas, sectores representados, plazos para emanar la opinión, métodos para presentar la opinión, etc.). Finalmente, lo que también debe quedar claro es que el deber de la Asamblea Nacional se reduce a oír la opinión, no a aceptarla, pues de lo contrario habría que admitir que esas opiniones tendría carácter vinculante,

lo que contradice principios generales en materia de consultas y proposiciones, y lo que es más importante dicha forma de participación no está consagrado, ni podría estarlo de esa manera en la Constitución, pues ello conduciría prácticamente a la supresión de la función parlamentaria.

4.3.4. **La sanción de la ley.** Como se desprende del artículo 209 constitucional la **ley queda sancionada** cuando durante la segunda discusión se aprueba el proyecto sin modificaciones, o en la oportunidad que se resuelven las discrepancias, por mayoría de votos, sobre artículos del proyecto surgidas en la segunda discusión, una vez leída la nueva versión presentada por la Comisión. Son ésas las dos oportunidades, ambas lógicamente, al final de la segunda discusión, en que la Presidencia de la Asamblea debe declarar sancionada la Ley, como consecuencia de la aprobación del proyecto. En otras palabras, la sanción es sustantivamente la aprobación de la Ley, pero la Constitución impone el deber de declararla sancionada, lo que constituye el acto formal que torna a la ley jurídicamente válida y perfecta, pero sujeta a la solicitud de reconsideración por parte del Presidente de la República, quien puede, en el plazo de los diez días siguientes (plazo de promulgación) mediante exposición razonada, solicitar a la Asamblea Nacional que modifique algunas disposiciones de la ley, o levante la sanción a toda la Ley o a parte de ella. En ese caso la Asamblea decidirá por mayoría de votos de los diputados presentes sobre la reconsideración, pudiendo lógicamente acogerla total o parcialmente, o rechazarla y la remitirá al Presidente de la República para su promulgación, quien en caso de que estime que la ley o algunos de sus artículos está afectada de inconstitucionalidad, solicitará, dentro del mismo plazo de promulgación (diez días), a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el correspondiente pronunciamiento, la que deberá decidir en un plazo de quince días continuos, contados desde la recepción de la solicitud. En caso de que la solicitud sea rechazada o la decisión no se produzca en el plazo indicado, el Presidente de la República deberá promulgar la ley dentro de los cinco días siguientes a la decisión, o al vencimiento del lapso (Art. 214). Precisamente la consagración de la facultad presidencial de solicitar la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley **sancionada**, confirma la tesis que postula la validez y la perfección del instrumento legislativo una vez que resulta sancionado por la Asamblea Nacional, pues si éste no fuese válido y perfecto, carecería de sentido su impugnación por parte del Presidente de la República, basándose en razones de inconstitucionalidad.

4.3.5. **La promulgación y la publicación de la Ley.** GARCÍA DE ENTERRÍA (1998) estima que la promulgación no es más que el acto de proclamación formal de la Ley como tal, y el mandato dirigido genéricamente a las autoridades y ciudadanos en orden a su cumplimiento y observancia, y la publicación, el acto consistente en hacer público el contenido de la Ley. En ese orden de razonamiento cabe destacar que en el artículo 215 constitucional pareciera responder al anterior marco conceptual, cuando

expresa: "*La ley quedará promulgada al publicarse con el correspondiente "Cúmplase" en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*" (énfasis añadido), de tal suerte que la promulgación y la publicación, pese a que resulta posible deslindarlas desde el punto de vista teórico, como lo hace el citado autor, en realidad en el ordenamiento constitucional venezolano aparecen indisolublemente unidas, al punto que no puede darse la promulgación sin la publicación, pues ésta además de ser el acto que le otorga eficacia a la ley, constituye a su vez la única vía para que opere la promulgación del texto legal.

Por otra parte, en caso de negativa del Presidente de la República a cumplir con los referidos actos en los lapsos establecidos en la Constitución, corresponderá al Presidente y a los dos Vicepresidentes de la Asamblea Nacional promulgar la Ley, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiere incurrir el Presidente de la República por su omisión. Finalmente, cabe advertir que en materia de promulgación se mantiene la disposición de la Constitución de 1961, relativa a que la oportunidad en que deba ser promulgada la ley aprobatoria de un tratado internacional no se rige por los lapsos antes señalados, sino que la misma queda a discreción del Ejecutivo Nacional.

Los argumentos anteriores demuestran que la Ley es válida, mas no eficaz desde la fecha de su sanción por la Asamblea Nacional, lo que también revela el carácter formal que reviste dicha ley, pues, con la sanción concluye la actuación de la Asamblea Nacional como cuerpo legislador, y asimismo, se pone en evidencia la conjunción de las variables subjetiva y procedimental, que conforme a la Constitución resultan necesarias para que se configure válidamente la Ley formal.

4.3.6 **El referendo como método de aprobación de las leyes**. La Constitución de 1999 consagra un novedoso método de aprobación y sanción de las leyes, distinto al que se inscribe en el procedimiento que terminamos de estudiar. Se trata de que la aprobación y sanción en lugar de provenir de la Asamblea Nacional, emane del pueblo, en ejercicio directo de su soberanía, mediante el **referendo aprobatorio** contemplado en el artículo 73 del texto constitucional, conforme al cual para que resulte aprobado un texto legislativo mediante este método se requiere el ineludible cumplimiento de los siguientes requisitos: a) cuando se trate de proyectos de ley que se encuentren en el proceso de discusión en la Asamblea Nacional, ésta debe decidir con el voto favorable de por lo menos las dos terceras partes de sus integrantes, someter el proyecto a referendo aprobatorio; b) en el caso de proyectos de leyes presentados a la Asamblea Nacional por iniciativa popular, que no hayan comenzado a discutirse en el período de sesiones ordinarias siguiente a aquel de su presentación, el proyecto debe ser sometido a referendo por obra de la Constitución, por lo que no se requiere que la decisión sea adoptada por la Asamblea Nacional, y mucho menos con la mayoría calificada indicada anteriormente; c) para que el proyecto se considere sancionado como ley, es necesario que el referendo concluya con un sí aprobatorio, y que concurra a las urnas por los

menos el veinticinco por ciento de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral. De lo antes expuesto se desprende que el referendo aprobatorio tiene el mismo efecto que la aprobación en el procedimiento constitutivo de la Ley; por tanto, la interpretación sistemática de la Constitución conduce a postular que una vez que el Consejo Nacional Electoral declare que el referendo concluyó con un sí, corresponderá al Presidente de la República, ajustando los lapsos constitucionales a esta situación, promulgar y publicar la ley que resultó sancionada mediante el referendo aprobatorio.

4.3.7. **Actos singulares en forma de ley o leyes meramente formales**. Cabe advertir finalmente, en lo atinente a las leyes formales ordinarias, que la doctrina suele dividirlas en ordinarias propiamente dichas y en actos singulares en forma de ley (MOLES CAUBET, 1968). Las primeras estarían caracterizadas por la nota de la generalidad, y los segundos, como su nombre lo indica, por la de la particularidad, en virtud de estar dirigidos a regular cosas o personas concretas. A estos últimos los denomina la doctrina italiana "*leyes meramente formales*", por ser actos que siendo aprobados por el Parlamento con el procedimiento propio de las leyes, e inclusive estando sujetos a la promulgación, no parecieran constituir una expresión de ejercicio del Poder Legislativo, sino de Poderes distintos. Su función estaría limitada a atribuir eficacia a otros actos (LAVAGNA, 1976). En Venezuela se señalan como ejemplos de los mismos a la Ley aprobatoria de un Tratado Internacional (Art. 154 y 187, Num. 18 Const.), y a la Ley aprobatoria del Presupuesto (Art. 313 Const.).

Con relación a esta clase de leyes formales o actos singulares en forma de Ley, MOLES CAUBET sostenía que se suscitaban problemas de inconstitucionalidad, por cuanto podían colidir con el principio de igualdad contenido en el artículo 61 –hoy 21- de la Ley Suprema, razón por la cual estos instrumentos normativos estarían restringidos, por lo menos los referidos a personas, a los expresamente autorizados en la Constitución. Esta tesis parte de la premisa de que la generalidad es una nota esencial a la Ley, y por tal razón cuando se dictan leyes singulares se atenta contra el principio derivado de dicha premisa (la igualdad), no obstante, cabe recordar que precedentemente expusimos que la doctrina dominante rechaza la aludida tesis, en virtud de la situación que actualmente caracteriza a la Administración Pública (multiplicidad de fines), impone que para el logro de sus cometidos se dicten leyes de carácter singular, sin que por ello pierdan el carácter de tales leyes. A lo anterior, es necesario agregar que la mayoría de la doctrina italiana considera, e inclusive así lo ha declarado la propia Corte Constitucional de ese país, que son admisibles las leyes singulares cuando su emanación esté justificada por la peculiaridad de las situaciones de hecho que están destinadas a regular.

Por su parte SANTAMARÍA (1998) admite la procedencia de las leyes singulares, además de las que estén previstas en el texto constitucional, pero condicionadas al cumplimiento de los siguientes requisitos:

"i) la ley singular, en primer lugar, es una técnica que ha de respetar la distribución constitucional de competencias entre los órganos del Estado: no puede utilizarse, p. Ej., para resolver un litigio sometido al conocimiento de los tribunales;

ii) en segundo lugar, ha de ser compatible con el principio de igualdad (Art. 14 CE): las diferencias introducidas por la ley singular deben estar objetivamente fundadas en una situación de diversidad fáctica...".

Resulta evidente que estas condiciones señaladas por el citado autor, que deben ser respetadas por el Parlamento Español, para poder sancionar válidamente leyes singulares, son perfectamente aplicables en el ordenamiento venezolano.

4.3.8. **La derogación de las leyes.** Con relación a este aspecto es necesario hacer notar que la Constitución de 1999, si bien mantiene el método ordinario de derogación de las leyes contemplado en la Constitución de 1961, el cual consiste en que las leyes se derogan y reforman por otras leyes (Art. 218), introduce la figura de la **abrogación** de las leyes mediante el referendo, que tiene idénticos efectos que la derogación (pérdida de vigencia del texto legal). Hay que tener en cuenta que constituyen requisitos de procedencia del referendo abrogatorio contemplado en el artículo 74 constitucional: a) que la solicitud de abrogación, la cual puede ser **total o parcial**, de una ley, sea presentada por un número de electores no menor del diez por ciento, inscritos en el Registro Civil y Electoral, o por el Presidente de la República en Consejo de Ministros; b) cuando se solicite la abrogación de un decreto ley dictado por el Presidente de la República de conformidad con el artículo 236, numeral 8, de la Constitución, se requiere un número de electores no menor del cinco por ciento inscritos en el Registro Civil y Electoral; c) para la validez del referendo será necesaria la concurrencia a las urnas de por lo menos el cuarenta y cinco por ciento de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral; d) hay que tener presente que las leyes de presupuesto, las que establezcan o modifiquen impuestos, las de crédito público, las de amnistía, las que garanticen o desarrollen derechos humanos y las que aprueben tratados internacionales, no son susceptibles de ser sometidas a referendo abrogatorio, y en definitiva no son abrogables; e) la Constitución establece la prohibición de hacer más de un referendo abrogatorio en un período constitucional para la misma materia; f) aunque el dispositivo en comento (Art. 74) no dice nada respecto a la aprobación del referendo que da lugar a la abrogación de la ley, consideramos que resulta aplicable analógicamente el artículo 73 *ejusdem*, que regula el referendo aprobatorio de proyectos de ley, el cual exige únicamente que la consulta popular (referendo) concluya con un sí aprobatorio. De modo, pues, que si resulta mayor el número de votos afirmativos que el de los votos negativos, se considerará que el referendo conduce a la abrogación de la ley, conforme al señalado dispositivo constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

AMATO, GIULIANO Y AUGUSTO BARBERA. *Manuale di Diritto Pubblico*. Il Mulino. Bologna, 1995.

ARCAYA, MARIANO. *Constitución de la República de Venezuela*. Tomo II. Edición del Autor. Caracas, 1971.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Gaceta Constituyente* (Diario de Debates). Tomos I y II. Caracas, 2000

BASTIDA, FRANCISCO; JOAQUIN VARELA Y OTROS. *Derecho Constitucional*. Editorial Ariel. Barcelona, 1992.

CÁMARA DE DIPUTADOS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA. "Informe de la Comisión Especial de la Cámara de Diputados para el Estudio del Proyecto de Reforma General de la Constitución, para segunda discusión" (mimeografiado). Caracas, junio de 1992.

CASSESE, SABINO Y RITA PÉREZ. *Manuale di Diritto Pubblico*. La Nuova Italia Scientifica. Roma, 1995.

CENTRO DE ESTUDIOS POLITICOS Y SOCIALES. VALENCIA (ESPAÑA) *Dictamen sobre el Proyecto de Constitución de la República de Venezuela* (mimeografiado). Valencia, octubre de 1999.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *La Constitución de 1961 y la Evolución Constitucional de Venezuela* (Actas de la Comisión Redactora del Proyecto). Caracas, 1971.

CRISAFULLI, VEZIO. *Lezioni di Diritto Costituzionale*. Cedam. Padova, 1976.

CENTROS DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES. *Curso de Técnica Legislativa*. Madrid, 1989

DE ASÍS ROIG, AGUSTÍN. "La Ley como Fuente del Derecho en la Constitución de 1978. En *Estudios sobre la Constitución Española*. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. Civitas. Madrid, 1991.

DE OTTO, IGNACIO, *Derecho Constitucional*. Sistema de Fuentes. Ariel. Barcelona, 1991.

FERRARA, G. *Gli atti costituzionali.* Giappichelli. Torino, 2000.

FODERARO, SALVATORE. *Il concetto di legge.* Editorial Buizoni. Roma, 1971.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo I.* Editorial Cívitas. Madrid, 1998. Octava edición.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. "La Constitución como norma jurídica". En el libro *La Constitución Española de 1978.* Editorial Cívitas. Madrid, 1988.

GARRIDO FALLA, FERNANDO. *Tratado de Derecho Administrativo.* Tecnos. Madrid, 1992.

HENAO, JAVIER. *Constitución Política de Colombia.* Temis. Bogotá, 1991.

INSTITUTO DE ESTUDIOS POLÍTICOS DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA. *Constituciones Europeas.* Caracas, 1960.

LAVAGNA, CARLO. *Istituzioni di Diritto Pubblico.* UTET. Torino, 1976.

MARTINES, TEMISTOCLE. *Diritto Costituzionale.* Giuffrè. Milano, 1994.

MAZZONI, MARÍA LUISA. *Lezioni di Diritto Parlamentare.* Giapichelli Editore. Torino, 1995.

MODUGNO, FRANCO. *Appunti per una Teoria Generale del Diritto.* Giappichelli. Torino, 1997.

MODUGNO, FRANCO. *I Nuovi Diritti nella Giurisprudenza Costituzionale.* Giappichelli. Torino, 1995.

MODUGNO, FRANCO. "Legge in generale". En *Enciclopedia del Diritto.* Volume XXIII. Giuffrè. Milano, 1973,

MOLES CAUBET, ANTONIO. "Lecciones de Derecho Administrativo. Parte General". En Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela número 84. UCV. Caracas, 1992.

PARESCE, ENRICO. "Voce Fonti del Diritto". En *Enciclopedia del Diritto.* XVII. Giuffrè. Milano, 1968.

PINIELLA, JUAN S. *Sistema de Fuentes y Bloque de la Constitucionalidad.* Bosch. Barcelona, 1994.

PREDIERI, ALBERTO. "El Sistema de las Fuentes del Derecho". En *La Constitución Española de 1978.* Cívitas. Madrid, 1988.

SANDULLI, ALDO. *Manuale di Diritto Amministrativo.* Jovene Editori. Napoli, 1974.

SANTAMARÍA PASTOR, JUAN. *Fundamentos de Derecho Administrativo I.* Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, 1991.

SANTAMARÍA PASTOR, JUAN. *Principios de Derecho Administrativo.* Volumen I. Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, 1998. Segunda edición

SORRENTINO, FEDERICO. *Le Fonti del Diritto.* Genova. 1985.

SORRENTINO, FEDERICO. *Lezioni sulla Giustizia Costituzionale.* Giappichelli, 1998.

VIGENCIA TEMPORAL DE LA "CÉDULA DE IDENTIDAD"

Gonzalo Pérez Luciani

1. La identificación de las personas naturales en Venezuela se rige por la Ley Orgánica de Identificación de 29 de diciembre de 1972. Esta ley declara como obligatoria la identificación de las personas de modo que constituye un deber (1) para los venezolanos mayores de diez y seis años, y para los extranjeros autorizados a permanecer en el país por mas de seis meses. Los menores entre nueve (9) y diez y seis (16) años pueden exigir la expedición de su "cédula de identidad". La autoridad administrativa tiene también el deber de tramitar las solicitudes que reciba respecto de la cedulación de las personas y a otorgar el respectivo documento de identidad cuando el acto de iniciativa sea completo y se cumplan los actos de instrucción (2) que fueren necesarios.

2. La identificación de las personas se basa o fundamenta en elementos que la Ley (Art. 3) señala y que son: el nombre, el apellido, el sexo y los dibujos de las crestas papilares (digitales). En la fase decisoria del procedimiento identificatorio la declaración (3) de la Administración adopta la exteriorización que se denomina "cédula de identidad", esto es, un documento que deberá contener indispensablemente (Art. 4 de la Ley) el nombre, apellido, fecha de nacimiento, estado civil, fotografía, firma e impresión del pulgar derecho del titular, el número que se le asigne a éste de por vida y las fechas de expedición y vencimiento. La Ley señala que la Cédula de Identidad del extranjero deberá tener la mención de su nacionalidad, pero en la práctica la Cédula de Identidad de los venezolanos, hace mención de su nacionalidad. Es de observarse que aunque la Ley no lo señale de manera expresa, el instrumento o documento lleva también la firma del Director Nacional de Identificación, que no es autógrafa, sino impresa, aunque en Venezuela no existe una reglamentación de las mencionadas firmas copiadas o reproducidas por medios mecánicos que se utilizan hasta en títulos de crédito como los billetes emitidos por el Banco Central de Venezuela. No se cumple en el caso de la "Cédula de Identidad" con los requisitos de forma exigidos por el artículo

18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que requiere el nombre del funcionario que suscribe el acto (documento), el sello de la Oficina y la firma autógrafa. Esta última Ley dispone: "En el caso de aquellos actos cuya frecuencia lo justifique, se podrá disponer mediante decreto, que la firma de los funcionarios sea estampada por medios mecánicos que ofrezcan garantías de seguridad". Esta misma Ley define lo que debe entenderse por "decreto", como el acto emanado del Presidente de la República y refrendado por el Ministro o Ministros que corresponda. Falta la reglamentación por Decreto.

3. La Ley señala de manera indirecta la vigencia de la "Cédula de Identidad" (Art. 14) al disponer que los venezolanos y los extranjeros deberán renovar su cédula cada diez (10) y cinco (5) años respectivamente.

4. Tanto el deber de obtener por primera vez la "Cédula de Identidad", como el deber de renovarla viene sancionado con multas las cuales son convertibles en arresto proporcional (4).

5. Las clasificaciones o agrupaciones de los actos jurídicos son muy variadas, pero para los fines que nos proponemos, las que nos interesan se refieren a la diversidad de los efectos de los actos jurídicos.

En primer término, la expedición de la Cédula de Identidad es indudablemente un acto jurídico cuyo efecto principal es la seguridad o certidumbre respecto de la identidad de una persona. Ese documento debe exigirse para actos de carácter público como el ejercicio del derecho de sufragio, el otorgamiento de documentos ante funcionarios públicos, la toma de posesión de cualquier empleo público, etc. hasta el cobro de cheques y otorgar recibos por cantidades de dinero. De modo que el efecto jurídico de la Cédula de Identidad, más importante, consiste en la legitimación de los ciudadanos para cumplir actos de derecho público y actos de derecho privado. Como acto emanado de una autoridad administrativa mediante un procedimiento también administrativo, puede calificarse, sin duda, como un acto administrativo en sentido amplio.

6. Los efectos de todo acto jurídico son o constituyen fundamentalmente una transformación de situaciones jurídicas. Así se distinguen tradicionalmente tres figuras de transformación que son: constitución, modificación y extinción de situaciones jurídicas. Estas figuras generalmente vienen recogidas en una genérica que se llama "eficacia constitutiva", la cual es entendida como una eficacia innovativa (5).

7. Pero al lado de eficacia constitutiva de actos que producen un estado jurídico nuevo o una situación jurídica nueva, hay otros cuya función institucional y esencial consiste en declarar y conservar una situación jurídica preexistente, de allí que se califique de eficacia jurídica declarativa, contrapuesta a la anterior, constitutiva (6).

La producción de tales actos emitidos por autoridades públicas, especialmente los actos jurídicos administrativos se efectúan generalmente mediante un trámite o procedimiento que de acuerdo al acto final producido, constitutivo o declarativo según sus efectos, se distinguen procedimientos constitutivos y declarativos.

8. La doctrina señala que los procedimientos declarativos tienen un papel menos brillante que los procedimientos constitutivos, pero en la vida práctica lo tienen importantísimo.

El eje en torno al cual giran estos procedimientos declarativos es la noción de certeza, noción nueva que ha venido a sustituir la de "verdad legal", o la llamada "fe pública". La doctrina denomina a tales actos como actos de ciencia, de los cuales se han dicho que hacen conocido lo desconocido o mejor que hacen cierto lo incierto, no en el sentido ordinario de tales expresiones, sino de adquirido o no adquirido en el mundo de las realidades jurídicas. Todo el mundo puede saber que el señor "A" es realmente el señor "A", pero todavía se requiere de un funcionario de identificación que lo verifique para que jurídicamente no pueda disentirse.

Este acto de ciencia debe expresarse en una declaración que puede consignarse en un documento, aunque puede tener alguna otra exteriorización. Cuando el acto declarativo de certeza se dirige a una persona singular o a grupos fácilmente identificables la exteriorización puede adoptar diversas clases o especies: una expresión oral, un signo exterior como levantar un brazo, etc.; pero cuando el acto declarativo puede interesar a un número indeterminable de sujetos, actuales o futuros, las normas configurarán señales o símbolos materialmente permanentes, o sea, confeccionados con materiales idóneos o duraderos largo tiempo.

9. Entre los procedimientos declarativos de ciencia uno de los más sencillos es el llamado "aclaración", que supone o se caracteriza por su objeto que se refiere a hechos materiales: en el caso concreto de la cédula de identidad a la existencia de una persona, cuyos nombres y apellidos, edad o fecha de nacimiento constan de su partida del estado civil y del examen de sus huellas dactilares. Este acto de ciencia se exterioriza en un documento que está constituido por un material permanente idóneo a durar un tiempo largo, del cual se dice que es un acto de conocimiento, porque su finalidad es dar a conocer el acto de ciencia (7).

10. De modo que podemos concluir que el documento llamado "Cédula de Identidad", es la manifestación externa del acto final (llamado también "proveimiento") de un procedimiento declarativo que constituye una declaración de ciencia en el sentido indicado y que se expresa o exterioriza en dicho documento (8).

11. Se ha señalado que de menciones indirectas de la Ley Orgánica de Identificación sobre el deber de renovación de la "Cédula de Identidad", los efectos identificatorios o de certeza de la misma tienen una vigencia temporal de diez años.

Respecto de la eficacia de los actos en orden a su duración se distinguen actos con efectos instantáneos y actos con efectos duraderos. Así hay algunos actos que están destinados a permanecer mientras permanece el sujeto, otros tienen una duración indeterminada sujeta a producirse un acto o hecho cuya realización es incierta, otros cuya duración es determinada por la ley o por la autoridad que emite el acto.

12. Con relación a la "Cédula de Identidad" cuyo efecto es el de declarar con certeza la identidad de una persona, como acto emanado del Estado obliga a cualquiera a dar por cierto lo que se declara en el acto por lo que se dice que tal certeza tiene una circulación y eficacia necesaria erga omnes (9). Este efecto está sometido a una duración determinada, vencida la cual, en principio debe dejar de producirse. La "cédula" cuya duración está vencida y no ha sido renovada, pone de manifiesto o evidencia la ocurrencia de un ilícito o infracción administrativa sancionada con una pena pecuniaria (multa) o arresto proporcional en caso de insolvencia. De este modo la "Cédula de Identidad" vencida carece del efecto de certeza que le es propio y no sirve para los fines para lo que fue emitida. La Ley no prevé prórrogas de ninguna clase.

13. Hay actos declarativos como son los inscritos en Registros Públicos, cuya vigencia en el tiempo es permanente o tienen una duración indefinida. Las actas del estado civil de nacimientos tienen una duración permanente. La copia certificada o certificación de la partida de nacimiento es un traslado auténtico del acto declarativo que se asienta en el Registro de Nacimientos. En principio estas certificaciones tienen la misma vigencia que los actos certificados, esto es que la copia certificada del registro del estado civil de nacimientos tiene en principio la misma duración permanente. Sin embargo para ciertos fines las certificaciones de los actos del Registro de Nacimiento, tienen una duración limitada. Así, a los fines de la formación del expediente matrimonial el Código Civil (Art. 69) (norma derogatoria) señala que la copia de las partidas de nacimiento no deberán datar de más de seis meses antes de la celebración del matrimonio.

En cambio, las partidas de matrimonio en el Registro Civil respectivo tienen una duración indeterminada hasta que se produzca el acto de disolución del matrimonio (divorcio) o el hecho de la muerte del cónyuge.

De modo que la "Cédula de Identidad" vencida no produce el efecto de certeza que le sería propio antes del vencimiento. Cuando la Ley exige la identificación de una persona, el funcionario público o el particular obligado a exigir la identidad para ciertos fines o negocios no puede aceptar un documento cuya vigencia ha terminado.

14. Es notorio el hecho de que las autoridades electorales jerárquicamente superiores han tomado la decisión de instruir a las autoridades electorales subordinadas a admitir en el Registro Electoral y en el acto de votación a ciudadanos que presentan una "Cédula de Identidad" vencida. Esta instrucción u orden de servicio es a todas luces contraria a la Ley. La vigente Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política no prevé excepción alguna a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Identificación.

15. En determinados actos entre particulares la "Cédula de Identidad" vencida podría tener efectos probatorios derivados de una presunción hóminis. Es cierto que las presunciones no son por naturaleza pruebas, ya que no tienen en sí mismas un destino probatorio, sino que se convierten en tales por su fortuita conexión con el hecho a probar.

La existencia de un acto exteriorizado en un documento que ha dejado de producir efectos pero que conserva la característica de haber sido un acto que traduce una certeza pública, utilizada por un sujeto o persona física de la cual los elementos de identificación, tales como el nombre, apellido, edad o fecha de nacimiento y la fotografía del portador funcionarían como indicios, permitiría al particular interesado presumir la identidad de la persona con la referida en el documento vencido.

Como es propio de la naturaleza de las presunciones, su contradicción por otro medio probatorio comprometería la responsabilidad de quien se fiara de tal presunción.

En algunos casos especiales, apreciados discrecionalmente por los Registradores Públicos, la identificación de los otorgantes, puede suplirse por otros instrumentos pero a falta de ellos es admisible la identificación por dos testigos, distintos de los testigos llamados instrumentales. De modo que la prueba de presunciones hóminis es admisible cuando es admisible la prueba de testigos, de modo que ante los Registradores Públicos podría funcionar como medio de identificación la "Cédula de Identidad " vencida.

NOTAS

1. A fin de facilitar a las personas cuyo quehacer es ajeno a las cuestiones jurídicas, lo que se entiende por "deber", copiamos, o más bien traducimos, de un prestigioso maestro la explicación de ese término: "si la norma es una regla de conducta la situación del destinatario al cual está dirigida la orden, se califica como deber jurídico. En lugar de la situación de libertad que existía con anterioridad a la orden, surge una situación de necesidad (necesidad de tener aquel determinado comportamiento positivo o negativo) el que, ulteriormente

se resuelve en el sacrificio de un posible interés del sujeto a cualquier comportamiento distinto del debido. La situación de necesidad en la cual el sujeto viene a encontrarse se coloca en una natural contraposición con la situación de libertad en la que se encontraría el sujeto si aquella regla de conducta, limitadora del actuar, no existiera. Pero para definir más exactamente esta situación de necesidad, que constituye el contenido del deber jurídico, es necesario advertir que no se trata de una necesidad de orden físico o material, o sea, de una necesidad absoluta, sino de una necesidad de orden moral, deontológica y, por consiguiente, relativa. Ella no excluye ni mortifica la libertad humana, sino la presupone y, en un cierto sentido la potencia, por cuanto el sujeto que se encuentra en la situación de deber, tiene siempre la posibilidad de escoger entre el cumplimiento del deber y su violación. El deber jurídico crea, en el fondo, una situación bastante parecida a la que deriva del deber moral en cuanto limita pero no excluye la libertad del hombre y su poder de libre escogencia entre el cumplimiento y la violación ... (omissis). Naturalmente, teniendo presente la función social de la norma jurídica y la oportunidad que la orden contenida en ella se realice o cumpla, la orden misma no viene confiada, por lo que respecta a su observación, a la libre determinación del sujeto al cual está dirigida, ya que el ordenamiento jurídico predispone medios idóneos para asegurar, en los límites de lo posible, su efectiva realización. De tal manera la situación, inicialmente de necesidad relativa tiende a producir, donde falte la espontánea adhesión del sujeto al precepto normativo, a través de una serie gradual de situaciones subsiguientes a la violación del deber, a una situación final que excluye toda posibilidad diferente, o sea, cualquier resultado diverso del que se habría realizado si el deber hubiese sido espontáneamente cumplido". Los párrafos anteriores corresponden a NICOLO, ROSARIO; "Istituzioni di Diritto Privato. Dispense integrative ad uso degli studenti", Milano, 1962; págs. 3 y 4.

2. La actividad administrativa se desarrolla normalmente mediante procedimientos, los cuales desde el punto de su estructura se dividen en fases que representan los momentos jurídicamente definidos de la progresión temporal del trámite. Estas fases con ligeras diferencias se agrupan en cuatro: la de iniciativa, la de instrucción, la decisoria y la de la eficacia. Esa distribución de las fases del procedimiento corresponde a GIANNINI, MASSIMO SEVERO; "Diritto Amministrativo", Milano, 1993; Vol. II, págs. 111 y 112.

3. El término "declaración" y el más específico de "pronuncia" debe entenderse en el sentido que le da la doctrina jurídica a la cual remitimos para no causar molestias al lector. Véanse: CARNELUTTI, FRANCESCO; "Teoría General del Derecho"; trad. esp. de OSSET, FRANCISCO JAVIER; Madrid, 1955, pág. 360 y ss. y BETTI, EMILIO; "Teoría General del Negocio Jurídico"; trad. esp. de MARTÍN PÉREZ, A.; Madrid, s.f. págs. 15 y ss.

4. Como una curiosidad, la Ley Orgánica de Identificación establece como pena o sanción por el incumplimiento del deber de obtener la "Cédula de Identidad" por primera vez, una multa de treinta a cien bolívares; y para la obligación (rectius: deber) de renovarla la multa será de diez a treinta bolívares. Si se aplicara la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional (Art. 309), cuando las multas no pudieren satisfacerse se convertirán en arresto a razón de un día de arresto por cada quince bolívares de multa. Conclusión: nuestro legislador pareciera más preocupado y ocupado por cuestiones ajenas a su función primordial que consiste en legislar y cuidar que la ley no caiga en desuso y se contradiga así el precepto del artículo 7 del Código Civil de que no puede alegarse contra la observancia de la ley, el desuso.

5. Se remite al lector al trabajo de FALZEA, ANGELO; voz "Efficacia Giuridica" en "Enciclopedia del Diritto"; VARESE; 1965; Vol. XIV, pág. 432.

6. FALZEA destaca que en la doctrina francesa en la cual se ha originado la problemática tesis del efecto declarativo de algunos actos jurídicos, han aparecido dos momentos importantes: 1) la función reveladora que el acto declaratorio asume respecto a un derecho subjetivo preexistente y 2) la eficacia no innovativa del acto declarativo el cual ni constituye ni transfiere el derecho subjetivo. Así FALZEA cita respecto del primer momento una frase de L. MAZEAUD sobre el efecto declarativo el cual es comparable al de un revelador que sobre una placa fotográfica obscura, hace aparecer la imagen todavía invisible, pero ya impresa; revelar, hacer aparecer y precisar los contornos inciertos no es crearlos. Respecto del segundo momentos la cita corresponde a M. DESSERTEAU: pero son actos declarativos aquellos que no tienen un efecto propio. La situación es siempre la misma después del juicio o después del acto reconocitivo que antes. También en el mismo sentido, la frase de E. CHEVALIER de que el acto declarativo no crea nada, no transfiere nada, tiene solamente por finalidad constatar una situación anterior.

7. Todas las nociones expuestas están tomadas de la obra de GIANNINI, MASSIMO SEVERO; "Diritto Amministrativo", Milano, 1993; Vol. II, págs. 472 y ss. et passim. Es también útil recordar la definición que del acto administrativo da ZANOBINI, GUIDO: "Qualunque dichiarazoine di volontà, di desiderio, di conozcenza, di giudizio, compiuta da un soggetto della pubblica amministrazione nell'esercizio di una potestà amministrativa".

8. El acto de certeza no es una declaración de voluntad, es un acto de ciencia o de participación de conocimiento. No crea nada, sólo declara una cosa que ya existe. GIANNINI, M.S.; op. y vol. cit. pág. 536.

9. Ibídem, pág. 539.

AUDIATUR ET ALTERA PARS![1]

Eduardo Piacenza*

¡Hay que oír la otra campana! Así reza su versión como consejo de elemental prudencia en los asuntos controvertidos de la vida cotidiana. Pero quizá sea bastante más que eso. Y en el presente ensayo quisiera dejarme guiar por esta conjetura: reflexionar sobre esa máxima y su posible justificación, hacer explícitos los principios que podrían servirle de fundamento, tener a la vista diversas maneras en que esos principios podrían expresarse o materializarse en distintos ámbitos y circunstancias, y preguntarse, finalmente, sobre algunas de las consecuencias más generales que comporta el aceptarlos, podría llevarnos a cuestiones centrales, tanto sustantivas como metodológicas, para una teoría normativa de la argumentación. Y quizá no sólo para una teoría normativa de la argumentación. Porque en la medida en que se conciba la filosofía como una actividad donde la argumentación desempeña un papel no marginal, podría pensarse que tampoco será marginal el entender de una manera u otra lo que ha de estimarse como buen argumento.

Como punto de partida tal vez no esté mal poner en práctica inmediatamente esa misma máxima, autoaplicarla de entrada –por así decirlo– a esta reflexión que la toma por objeto, y comenzar por *oír* un vigoroso ataque dirigido contra ella[1], el que Plutarco le atribuye a Zenón, el estoico (*Sección I*). La consideración de este ataque sugerirá dos vertientes para nuestra reflexión: examinar las razones para impugnarla o aceptarla y preguntarse por sus variadas expresiones y consecuencias. O, para cambiar un poco la metáfora, adoptar un enfoque *aguas arriba* y otro *aguas abajo*. El viaje *aguas*

* Universidad Católica Andrés Bello y Universidad Simón Bolívar.

1 Al proceder así, no hago otra cosa que seguir la vieja práctica de la escolástica medieval. Cf. sobre esto la sección 6, más abajo.

arriba se iniciará con la identificación y crítica de cierto supuesto del que depende la objeción de Zenón (*Sección 2*). Ahondar un poco en los motivos para desecharla, permitirá, no sólo comprender mejor lo que funda nuestra máxima (*Sección 3*), sino delinear ciertas ideas capitales para una teoría normativa de la argumentación (*Sección 4*). El recorrido *aguas abajo* comenzará por observar que, a partir de estas ideas, dicha máxima puede tomarse como el emblema común para varios principios que responden, sin embargo, a preguntas de índole diversa (*Sección 5*). Desde este punto de vista, tal vez pueda aceptarse que ciertos rasgos de algunas prácticas institucionalizadas en terrenos diferentes de nuestra cultura bien pueden verse como expresiones o aplicaciones particulares de nuestro *audiatur et altera pars!* (*Sección 6*). Finalmente, cabría esbozar al menos la pregunta de qué consecuencias pudiera tener esta máxima para el discurso filosófico (*Sección 7*). Aún admitiendo que en nuestra tradición cultural pueden recibir también con cierta legitimidad el nombre de *filosofía* discursos para los cuales argumentar no es lo importante, tampoco podrá negarse que lo más común es concebirla como un discurso constitutivamente argumentativo.

1. La objeción de Zenón

En *De stoicorum repugnántiis* (1034 e 3-11), Plutarco refiere un argumento que Zenón habría dirigido contra quien dijera que el juez debe oír a ambas partes antes de dictar sentencia[2]. Si no se pretende ser literalmente fiel a todo el texto de Plutarco, aunque se respete lo esencial, ese argumento podría presentarse así: Si el actor demostró (apedeixen) realmente la justicia de su demanda, es inútil oír al demandado [porque nada de lo que éste dijera podría debilitar la firmeza de tal conclusión]. Y si el actor no logró demostrarla, hay que rechazar sin más trámite su pretensión, y no perder tiempo oyendo también al demandado. Lo que parece imponerse, pues, es la máxima contraria de la que nos ocupa: *¡no vale la pena oír nunca a la otra parte!*.

La conclusión es desconcertante. Luce como inevitable; y sin embargo, resulta muy difícil de admitir. Porque, en primer término, descalifica como irracional el proceso contradictorio, es decir, la vía seguida desde hace siglos por nuestra tradición jurídica para administrar justicia. Pero, además, ya para Plutarco esa descalificación tenía un alcance mucho más general. Pues si incluye el argumento de Zenón en un libro donde, como indica el título, recoge las contradicciones de los estoicos, es porque le parecía contradictorio que –como señala expresamente–, Zenón, no obstante ese argumento, escribiera contra la República de Platón, refutara sofismas y estimulara a sus discípulos para que aprendieran dialéctica y se volvieran capaces de hacer ellos lo mismo. "O Platón demostró o no demostró lo que defiende en la República –razona Plutarco, parodiando a Zenón–; en cualquiera de los dos casos, escribir contra él resulta innecesario, superfluo y vano. Y lo mismo puede decirse en el caso de los sofismas". En otras palabras, según Plutarco, el argumento de Zenón obligaría a condenar también como superfluas y vanas otras prácticas no menos centrales para nuestra cultura: el discurso de intención polémica, el meta-discurso dirigido a poner de manifiesto las debilidades de otro discurso (crítica de los sofismas), y más en general, la disciplina que le sirve a este último de marco y fundamento (la dialéctica).

[2] Como dirá, por ejemplo, Séneca, tres siglos después, por boca de Medea: "Qui statuit aliquid parte inaudita altera aequum licet statuerit, haud aequus fuit" ("Quien decide algo sin oír a la otra parte, aunque decidiera lo justo, no ha sido justo"). Cf *Medea*, 199-200, en *Seneca's Tragedies* (London-Cambridge, Mass.: Heinemann-Harvard, 1953), p. 246.

La amplitud de esta descalificación es, ante todo, un indicio seguro de la importancia de la máxima. Pero también es una clave para descubrir su significación: si al rechazarla son varias y heterogéneas las prácticas que pierden sentido, es porque tales prácticas se fundan, de algún modo, en el principio que la máxima expresa. De esta manera, el texto de Plutarco parece incitar a una doble indagación. Porque lo primero vuelve urgente tomarse en serio la objeción de Zenón, y, más allá de ella, preguntarse cuál podría ser la justificación de tal principio y desde qué horizonte habría que buscarla. Lo segundo sugiere que, para apreciar mejor la significación de nuestro *audiatur*, tal vez convenga empezar por dirigirse a otras prácticas de nuestra cultura, distintas de las aludidas por Plutarco, e interrogarse si también lo podrían tener por fundamento.

2. Crítica a Zenón

En el argumento de Zenón hay una palabra crucial: el verbo *demostrar* (apodeiknunai). Como se sabe, en griego tiene, al igual que en castellano, varias acepciones; y sólo algunas se refieren a la acción de justificar algo mediante razones. Pero limitándonos a éstas –que son las únicas que aquí interesan– habría que distinguir todavía entre un *sentido general*, y un *sentido más estricto*, cuasitécnico. El sentido general se aplica a cualquier género de justificación que, en las circunstancias del caso, se repute como suficiente, como lograda; el sentido estricto, en cambio, se reserva para ese tipo de justificación muy peculiar y particularmente rigurosa, ejemplificada por las demostraciones de Euclides y cuya teoría desarrolló Aristóteles en los *Segundos Analíticos*, al hablar de silogismos apodícticos como característicos de la *episteme*.

El alegato del actor en un pleito podrá ser una *demostración* en el primer sentido, pero no en el segundo. La diferencia fundamental está en lo siguiente. Para juzgar del valor de una demostración euclídea basta verificar si parte de axiomas[3] o de teoremas ya

[3] Uso aquí "axioma" en el sentido genérico de enunciado primitivo, y no en el especial que le asigna Aristóteles, de enunciado primitivo común a varias ciencias, como "el todo es mayor que la parte", equivalente a las koinai ennoiai, de Euclides.

demostrados y si los pasos inferenciales son lógicamente válidos[4]. Comprobado el cumplimiento de estos requisitos, es imposible contraponerle otro discurso que llegara a debilitarla. De ahí que una demostración de este tipo pueda decirse que es un *discurso esencialmente monológico*. Aun cuando se admita que el discriminar entre demostraciones correctas e incorrectas supone concebirlas como actividades públicas, no puramente privadas, intersubjetivas, no tendría sentido hablar propiamente de 'partes' contrapuestas a propósito de una demostración euclídea. El punto de vista del que propone una demostración y el de quien trata de comprenderla y comprobar su corrección no se diferencian. Este último debe repetir exactamente el mismo trayecto seguido por aquél al presentarla. Con los argumentos de una demanda, en cambio, sucede algo muy distinto. Hasta no conocer la respuesta del demandado, no es posible apreciar su valor para justificar la pretensión del demandante. Alcanza el ejemplo más trivial para advertirlo. Por más que quien reclame el pago de una deuda presente pruebas fehacientes de los hechos que generaron la obligación, eso no sería suficiente para condenar al demandado. Pues éste bien podría exhibir una prueba –un recibo, por ejemplo– de que ya se ha liberado de tal obligación. Por eso, podría decirse que los argumentos de un pleito ejemplifican un tipo de *discurso esencialmente dialógico*. De ahí que no sean *demostraciones* en sentido estricto; en efecto, para determinar si, en el sentido general de la palabra, *demuestran* o no la justeza de una pretensión, es preciso confrontarlos con lo que alega la parte contraria.

Desde esta perspectiva, resulta claro cuál es el error básico de Zenón: apoyándose en la ambigüedad del verbo "demostrar", habría interpretado los argumentos de un juicio como si tuvieran el mismo carácter monológico que las demostraciones euclídeas.

3. Los argumentos esencialmente dialógicos

Ahora bien, con sólo traducir a términos positivos el motivo para rechazar la objeción de Zenón queda igualmente a la vista por qué no es irracional la secular práctica jurídica del proceso contradictorio, y cuál puede ser, entonces, la justificación inmediata de la máxima, al menos en relación con este ámbito. En un litigio, los argumentos de las partes, considerados globalmente como respaldo para sus respectivas pretensiones, tienen el carácter de un discurso esencialmente dialógico, en el sentido –ya señalado– de que para evaluar su fuerza hay que tomar también en cuenta los argumentos contrarios.

[4] Como se sabe, esto es una idealización. Para comprobarlo, baste leer con atención la demostración del teorema I de los *Elementos*. Que los círculos de la correspondiente construcción se cortan, supuesto esencial para la demostración, es algo que no se deduce de los axiomas. Si Euclides no advierte que se trata de una suposición adicional es porque al trazar el dibujo, cualquiera ve que se cortan. Sin duda, la geometría de los geómetras hasta fines del siglo XIX no se ajusta perfectamente al ideal euclídeo y tiene todavía mucho de la manera como Kant se la representa.

Dada la amplitud de las consecuencias atribuidas por Plutarco al argumento de Zenón, la pregunta que esta justificación de la máxima suscita es si ese carácter esencialmente dialógico constituye un rasgo idiosincrásico de la argumentación judicial o tiene un alcance más extenso y también se verifica en otros casos. El hecho de que la máxima admita –como se vio al comienzo– una interpretación en términos de manejo prudente de los asuntos cotidianos sugiere esta segunda alternativa. Sin embargo, una respuesta más general y mejor razonada, exigiría aclarar, por un lado, lo que funda esa contraposición entre argumentos monológicos y argumentos dialógicos, y por otro, la noción misma de argumento. En esta sección intentaremos lo primero; y en la próxima, lo segundo.

La diferencia entre argumentos monológicos y argumentos dialógicos tal vez pueda iluminarse recurriendo a un par de conceptos sobre los que han llamado la atención en los últimos años los estudiosos de Inteligencia Artificial, a saber, los conceptos de *inferencia monótona* e *inferencia no-monótona*.

Tarski, entre 1929 y 1930, para desarrollar una metamatemática o metodología de las ciencias deductivas, se propuso precisar el significado de un conjunto de conceptos metamatemáticos generales y establecer sus propiedades fundamentales[5]. Naturalmente, una de las primeras nociones que Tarski estudió fue la de consecuencia lógica. Y entre las propiedades que le reconoció se encontraba lo que llamó su carácter *monótono*. Por tal cosa entendía lo siguiente: para dos conjuntos cualesquiera de oraciones de un lenguaje formal, si el primero es un subconjunto del segundo, entonces, el conjunto de las consecuencias del primero será un subconjunto del conjunto de las consecuencias del segundo. Intuitivamente hablando, lo que esto viene a significar, es, por ejemplo, que si una oración resulta ser consecuencia de un cierto conjunto de premisas, nunca dejará de serlo por más que incrementemos ese conjunto con premisas adicionales. De aquí que, una vez establecida la relación de consecuencia lógica entre premisas y conclusión, cualquier cosa que pudiera decirse adicionalmente resultaría irrelevante a su respecto y no podrá ponerla en entredicho. Es esta monotonía de la relación de consecuencia lógica lo que determina el carácter esencialmente monológico de las demostraciones matemáticas y lo que les confiere la peculiar estabilidad o seguridad que las singulariza.

Hace algunos años, en el campo de la Inteligencia Artificial, sobre todo en el marco de proyectos que buscaban automatizar los razonamientos de sentido común, algunos

[5] TARSKI, A. "On Some Fundamental Concepts of Metamathematics" en *Logic, Semantics, Metamathematics. Papers from 1923 to 1938*. (Oxford: Clarendon Press, 1956), pp. 30-37 y TARSKI, A. "Fundamental Concepts of the Methodology of the Deductive Sciences", ibid., pp. 60-109.

investigadores empezaron a advertir que no podrían alcanzar sus objetivos, si no reconocían y estudiaban relaciones de consecuencia de carácter no-monótono. En efecto, en innumerables situaciones, no podríamos vivir como lo hacemos, si no aceptáramos y reputáramos como perfectamente legítimas ciertas inferencias donde la relación entre premisas y conclusión carece de esa propiedad indicada por Tarski. Si nos dicen que un cierto individuo es un pájaro, sacamos la conclusión de que vuela, y pensamos que ésta es una conclusión enteramente razonable. Pero ello no obsta para que la tengamos como una conclusión cancelable o *derrotable* –para decirlo con un término que empezó a usarse entonces[6]– por un aumento de información. Si nos enteráramos, por ejemplo, de que ese individuo es un pingüino, ya no consideraríamos razonable sacar la conclusión de que vuela. De este modo, podría señalarse que la idea básica de las inferencias no-monótonas es que cuando se obtiene más información sobre un objeto, dejan de ser razonables algunas inferencias que antes, cuando no se contaba con esa información, indiscutiblemente lo eran. Porque sin duda lo eran. Sería por completo irrazonable, y de hecho no podríamos vivir, si, por ejemplo, al saber que algo es un pájaro, nos inhibiéramos de concluir que vuela, porque, si llegara a ser un pingüino, evidentemente no lo haría[7]. Y a partir de este reconocimiento, se desarrollaron varias estrategias para habérselas con estas inferencias no-monótonas. Así, por ejemplo, la *suposición del mundo cerrado*[8]; la

[6] El término -"defeasible"- había sido introducido por Hart en "The Adscription of Responsibility and Rights", recogido en FLEW, A. (ed.). *Logic and Language (First Series)* (Oxford: Blackwell, 1960): pp. 145-166. El término se introduce en la p. 148. Hart hablaba del carácter *defeasible* de muchos conceptos jurídicos en el siguiente sentido. Con ellos no es posible –o sería una mera maniobra verbal– asociar un conjunto bien definido de condiciones necesarias y suficientes como criterio para su aplicación, porque siempre queda abierta la posibilidad de oponer excepciones que vuelven inaplicable el concepto a la situación concreta del caso. De ahí que cualquier aplicación de ese concepto sea, en principio, *defeasible*. Para mostrar que el concepto de *contrato*, por ejemplo, es *defeasible*, Hart se remite, naturalmente, al Common Law; pero no es difícil ilustrar lo mismo con relación a nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 1141 del Código Civil venezolano dice: "Las condiciones requeridas para la existencia del contrato son: 1° Consentimiento de las partes; 2° Objeto que pueda ser materia de contrato; y 3° Causa lícita." Sin embargo, para que la existencia del contrato sea reconocida, no basta que quien la defienda pruebe que se cumplen estas tres condiciones. Porque el artículo 1142 agrega: "El contrato puede ser anulado: 1° Por incapacidad legal de las partes o una de ellas; y 2° Por vicios del consentimiento." Y esto deja abierta la posibilidad de que la contraparte alegue estas excepciones para anular el contrato.

[7] Una buena introducción a las lógicas no-monótonas es CARNOTA, R. J. "Lógica e inteligencia artificial" en ALCHOURRON, C. E. (ed.) *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía: tomo 7: Lógica* (Madrid: Trotta, 1995). Cf. también los trabajos contenidos en REINFRANK, M., J. DE KLEER, M. L. GINSBERG, & E. SANDEWALL (eds.) *Non-Monotonic Reasoning* (Berlin: Springer, 1989) y BREWKA, G. J. DIX & K. KONOLIGE, *Nonmonotonic Reasoning. An Overview* (Stanford, Cal.: Center for the Study of Language and Information, 1997).

[8] Cf. REITER, R. "On Closed World Databases" in GALLAIRE, H. & J. MINKER (eds.) *Logic and Data Bases* (New York: Plenum Press, 1978), pp. 55-76.

información que no se menciona expresamente en una base de datos ni es deducible de ella se supone que es falsa; o los *razonamientos por defecto*[9]: sacamos una cierta conclusión *por defecto*, es decir, mientras no tengamos una información más específica que nos obligue a cancelarla; o las *lógicas autoepistémicas*[10]: en realidad concluimos sobre la base del reconocimiento de nuestra ignorancia; etc. Y por otro lado, un poco en el estilo de Tarski, se prosiguió el estudio metateórico abstracto de las propiedades formales de las respectivas relaciones de inferencia que quedaban definidas a través de esas estrategias[11].

Aunque son varios los temas de teoría de la argumentación para los cuales estos desarrollos podrían suministrar valiosos instrumentos analíticos[12], ahora sólo quisiera llamar la atención sobre lo siguiente. En el caso de las inferencias no-monótonas, donde no hay garantía de que un aumento de información no las invalide, la conclusión alcanzada será tanto más segura cuanto mayor oportunidad de manifestarse hayan tenido esas informaciones que obligarían a cancelarla. Se comprende entonces por qué, siempre que se usen argumentos que incluyan inferencias no-monótonas para sustentar conclusiones verosímilmente controvertibles, esos argumentos tendrán un carácter esencialmente dialógico: para apreciar su peso hay que darle ocasión de hacerse presente a aquello que podría debilitarlos. De ahí la importancia de tomar en cuenta el discurso que se organiza para respaldar la conclusión contraria. En consecuencia, bien podría decirse que es esta circunstancia –la no-monotonía de las inferencias involucradas– lo que en último término justifica, desde un punto de vista lógico, el carácter contradictorio de los procesos como una suerte de mecanismo o

[9] Cf. REITER, R. "A Logic for Default Reasoning" *Artificial Intelligence* 13 (1980): 81-132.

[10] Cf. MOORE, R. C. "Semantical Considerations on Nonmonotonic Logic" *Artificial Intelligence* 25 (1985): 75-94.

[11] Cf., por ejemplo, MAKINSON, D. "General Theory of Cumulative Inference" en REINFRANK, M., J. DE KLEER, M. L. GINSBERG, & E. SANDEWALL (eds.) *Non-Monotonic Reasoning* (Berlin: Springer, 1989), pp. 1-18.

[12] Considérense, por ejemplo, dos ámbitos particulares de señalado interés para la teoría de la argumentación: el razonamiento del juez, en la medida en que se rige por el principio de *carga de la prueba*, y el razonamiento moral propuesto por la *'gran casuística'* (Cf. PIACENZA, E. "Para una revaluación de la casuística" *ITER. Revista de Teología* 7, 2 (1996): 59-72.). Nótese que Richard H. Gaskins, al anunciar el tema de su importante libro *Burden of Proof in Modern Discourse* (New Haven: Yale University Press, 1992), anticipa que el mismo "tells the story of a powerful strategy –the argument from ignorance– [...]" (p. xiii); y nada menos que Francisco Suárez, presenta el problema que procura resolverse con ayuda de los que luego fueron llamados *principios prácticos reflejos*, como el de partir de la duda sobre lo que hay que hacer aquí y ahora (*conscientia dubia practice*), duda que incluye "*cognitionem seu iudicium quasi reflexum, de insufficientia mediti seu rationis ad assentiendum*", para llegar a lo que hoy describiríamos como una decisión práctica no arbitraria, a pesar de la insuficiencia de los elementos de juicio directos (*conscientia practice certa quoad speculative dubia*) (Cf. SUÁREZ, F. *Opera omnia, t. IV*, Tractatus III: De bonitate et

recurso para llegar a conclusiones mejor fundadas. Y es esa misma circunstancia lo que muestra la sabiduría del consejo *"¡Oiga también la otra campana!"*. Por el contrario, a quien, como el geómetra, utiliza sólo razonamientos monótonos, no tendría sentido exigirle que oiga también a la otra parte.

De esta manera, para establecer cuál es el alcance y la importancia más general de la máxima, habría que preguntarse qué significación tienen, para la argumentación en general, estos dos tipos de inferencias. Pero para plantear esta pregunta hay que empezar por liberarse de una doble hipoteca que pesa sobre el modo en que ha sido enfocado el estudio de la argumentación.

4. Argumentos monológicos, dialógicos y argumentación en general.

Si el argumento de Zenón suena casi como una *boutade*, es porque choca con algo obvio. Y en verdad, de una u otra forma casi nunca ha dejado de reconocerse el contraste entre las demostraciones de la geometría, por un lado, y los alegatos en un pleito o los argumentos de la vida cotidiana, por otro. Sin embargo, este reconocimiento ha ido asociado generalmente con una doble preferencia de aquéllas frente a éstos. Primero, una preferencia desde el punto de vista de su valor cognoscitivo. Segundo, una preferencia como objeto de estudio por parte de la lógica. En efecto, desde la Antigüedad, y a lo largo de toda la Época Moderna, la geometría ha sido tomada, sin duda por la seguridad que resulta de la índole monótona de sus inferencias, como la realización más cumplida del ideal de conocimiento riguroso. O dicho de otro modo, tal vez aquí preferible: esa seguridad ha llevado a proponerse como ideal de conocimiento un tipo de saber cuya mejor ejemplificación está en la geometría, a inspirarse en ella para definir ese ideal epistemológico. Y correlativamente, desde este ideal, los argumentos no-monótonos han sido vistos como maneras deficientes de argumentar, como argumentos afectados de una cierta imperfección en tanto argumentos. Por otra parte, esta jerarquización en cuanto al valor epistémico seguramente es responsables de que la atención de los estudiosos de la argumentación –y sobre todo de los lógicos– se haya dirigido preferentemente, cuando no de modo exclusivo,

malitia actuum humanorum; Disputatio XII: De proxima regula bonitatis et malitiae humanorum actuum quae est recta ratio, seu conscientia; Sectio V: Quomodo possit homo licite operari cum conscientia dubia. (Paris: Vivès, 1865), pp. 447-450). Por otro lado, Robert C. MOORE, en el artículo ya citado, afirma: "Autoepistemic logic is intended to model the beliefs of an agent reflecting upon his own beliefs" (p. 80). De modo que la situación que trata de representar la lógica autoepistémica está muy próxima a la del juez que debe decidir a partir del reconocimiento de su ignorancia o a la del agente moral que también debe hacerlo a partir de sus dudas. Cf. también KOONS, R. C. & T. K. SEUNG, "Defeasible Reasoning and Moral Dilemmas. The Divorce of Ethics from Classical Logic" en NUTE, D. (ed.) *Defeasible Deontic Logic* (Dordrecht: Kluwer, 1997), pp. 205-222.

a las inferencias monótonas. Por eso sus instrumentos conceptuales han sido pensados principalmente en función de éstas, y han resultado inapropiados para captar aquellos rasgos de las inferencias no-monótonas que son decisivos cuando se busca distinguir entre buenas y malas argumentaciones.

Establecer criterios no arbitrarios para trazar esa distinción a propósito de cualquier tipo de argumentos pareciera ser la meta de una teoría normativa general de la argumentación. Ahora bien, una teoría con ese objetivo no puede partir de la aceptación acrítica de las dos señaladas preferencias. En cuanto a la primera, porque no sería legítimo dar por supuesto que la manera adecuada de concebir la relación entre argumentaciones monótonas y no-monótonas sea considerar a éstas como una variante imperfecta de aquellas. Por el contrario, ése es un problema que no puede darse por resuelto de entrada y que sólo podría discutirse con provecho sobre la base de una concepción general de la argumentación y de los correspondientes criterios normativos igualmente generales. En cuanto a la segunda, porque una teoría de la argumentación que se pretende general, salvo que explicite las razones para hacerlo, no puede arrancar ocupándose de un solo tipo de argumentos.

Más allá del rechazo inicial de esas dos preferencias, para llegar a una perspectiva adecuada desde la cual encarar el estudio de la argumentación, tal vez convenga tomar en cuenta lo que motiva ese estudio. Argumentar y evaluar argumentos son actividades omnipresentes en nuestra vida cotidiana y que están entretejidas y contribuyen a configurar las más variadas prácticas de nuestra cultura. Pero la experiencia más corriente también enseña que no basta con una evaluación espontánea de los argumentos. Porque esa evaluación espontánea es intuitiva, inmediata. Y no es raro que la intuición falle. De ahí la necesidad de pasar a una evaluación guiada por criterios más explícitos. Esta necesidad ha dado lugar, por una parte, a que esos criterios se reflejen e incorporen en normas que regulan cómo o en qué condiciones han de desarrollarse o apreciarse las argumentaciones que revisten una particular importancia institucional. Más adelante tendremos oportunidad de interpretar algunas normas procesales como ejemplos de este fenómeno. Pero además ha estimulado y sigue siempre estimulando el interés por una disciplina que se ocupe de formular expresamente y de afinar esos criterios implícitamente utilizados para evaluar argumentos, pero que también pueden encontrarse incorporados en variadas prácticas institucionales. Y desde esta perspectiva, la tarea inicial de esa disciplina es lograr una comprensión de la actividad argumentativa, que permita iluminar el sentido de tales criterios y entender lo que pudiera justificarlos.

Ahora bien, aceptada la óptica que corresponde a esta tarea, tal vez lo más básico que pueda decirse sobre la argumentación es que se trata de una actividad que se cumple y sólo resulta en general inteligible en el seno de una práctica comunicativa especial,

la discusión. De ahí que en muchos casos un argumento no será comprensible, evaluable, susceptible de ser descrito y, a veces, hasta ni siquiera reconocible como argumento, si se prescinde de la discusión en la que se inserta, o de las discusiones virtuales que podrían servirle de marco. Argumentar supone, pues, que se discute. Pero discutir, en la acepción de la palabra que aquí interesa[13], supone varias cosas: (1) que hay un desacuerdo entre dos partes; (2) que, no obstante, esas partes están de acuerdo en que sería deseable eliminar esa discrepancia; (3) que también concuerdan en que el mejor modo de eliminarla sería servirse del lenguaje para convencer a la otra parte o ser convencido por ella. Si a estos tres supuestos se les agrega, además, (4) que ambas partes igualmente admiten que no todo recurso lingüístico eficaz para persuadir es legítimamente utilizable con esa finalidad, entonces, queda configurado un tipo especial de discusiones, que quizá podrían llamarse *discusiones críticas*, *discusiones argumentativas puras o puramente argumentativas*. Este cuarto supuesto es de la mayor importancia para una teoría *normativa* de la argumentación. Si las partes no lo aceptan, se está ante otra actividad comunicativa diferente; y en relación con ella sus participantes no podrían hablar de argumentos buenos y malos como algo distinto de los argumentos que logran o no logran la persuasión. En ese caso, tal distinción sólo podría hacerla un observador exterior, que proyectara sobre esa actividad algo que en realidad es constitutivo de una práctica diversa. De esta manera, si una teoría de la argumentación tiene por objetivo establecer criterios que discriminen entre buenos y malos argumentos, para comprender la noción de argumento y sobre esa base fundar eventualmente tales criterios, no bastará que tome como marco cualquier tipo de discusión, sin que deberá remitirse más particularmente a ese tipo de discusiones que se singularizan por la aceptación del cuarto supuesto.

Nótese que en la noción de falacia esta distinción entre medios simplemente persuasivos y medios persuasivos legítimos, constitutiva del cuarto supuesto, ha sido incorporada desde antiguo a las reflexiones sobre la argumentación. Porque la idea más general de falacia es la de un argumento no legítimo pero, no obstante, persuasivo. Ahora bien, ¿qué contenido darle a esta noción legitimidad de modo que corresponda a ese mismo nivel de amplia generalidad? Porque obsérvese que, si se interpretara legitimidad como *validez*, en el sentido aclarado por la lógica, se dispondría de una noción que sólo tendría poder de discriminación aplicada a los argumentos monótonos, pues, como se sabe, los no-monótonos quedan uniformemente clasificados como no-válidos al aplicar esa noción.

[13] Como es obvio, a veces también se les llama *discusión* a otras prácticas comunicativas diferentes. Por ejmplo, muy diferentes, como la mera agresión por medios verbales; o relativamente próximas, como la negociación. La negociación obedece a una legalidad básica diferente, pero puede incluir instrumentalmente tramos de discusión en el sentido que aquí me interesa destacar.

En trabajos anteriores[14], a partir de una reinterpretación y profundización del distingo de la *Retórica* de Aristóteles entre recursos lingüísticos que persuaden por el *ethos* (i.e. por la imagen que crean del orador), por el *pathos* (por la manipulación de la afectividad del oyente) o por el *logos* (por lo que el discurso mismo muestra sobre el punto disputado), he llegado a la siguiente propuesta[15].

No sólo discutimos con otros, sino que a veces también discutimos –por así decirlo– con nosotros mismos, en nuestro fuero interno. Pero en una *discusión interiorizada* parece que sólo tendría sentido emplear el último tipo de recurso, i.e., el equivalente de la persuasión por el *logos*. Cuando deliberamos porque no sabemos qué pensar o qué querer, estamos interiormente divididos. Quisiéramos saber cómo son las cosas, pero los elementos de juicio apuntan en direcciones contrarias; quisiéramos unificar nuestro querer, pero nos sentimos tironeados en direcciones contrapuestas. En esas condiciones, si nos ponemos a reflexionar, a sopesar elementos de juicio y motivos, es porque quisiéramos –como se dice– hacerles justicia. Naturalmente, en tal situación sólo tiene sentido valerse del pensamiento que se atiene escrupulosamente al problema planteado, es decir, que tiene la misma característica que la *Retórica* le atribuye a la persuasión por el *logos*[16]. Por eso, si advirtiéramos, por ejemplo, que la afectividad nos está jugando una mala pasada, que nos está nublando la visión, –pongamos por caso, que estamos incurriendo en *wishful thinking*–, sentiríamos que se frustra el propósito que anima nuestra reflexión.

Ahora bien, pienso que esta experiencia de la discusión interiorizada y de lo que resulta compatible o no con su intención básica permite empezar a darle a la idea de legitimidad el contenido general que se estaba buscando. Un medio persuasivo ilegítimo sería aquel que, independientemente de su eficacia actual, no tendría sentido utilizar en una discusión interiorizada.

A partir de aquí me parece que puede comprenderse por qué se le asigna una significación normativa especial a las discusiones caracterizadas por la renuncia a tales expedientes. En ellas no me interesa convencer al otro por cualquier medio, sino sólo por aquellos que también usaría para 'convencerme' a mí mismo cuando estoy interiormente dividido y sólo quiero hacerles justicia a las motivaciones contrapuestas que han hecho surgir en mí ese desacuerdo. Esta restricción de los medios empleados

[14] Cf. por ejemplo, PIACENZA, E. "El ars disputandi de un manuscrito caraqueño del siglo XVIII" en GUTIÉRREZ, Carlos B. (ed.), *El trabajo filosófico de hoy en el continente. Actas del XIII Congreso Interamericano de Filosofía, Bogotá, julio 4 al 9 de 1994*. (Bogotá: Sociedad Interamericana de Filosofía-Sociedad Colombiana de Filosofía, 1995): pp. 495-502.

[15] ARISTÓTELES, *Retórica*, 1356a 1-21.

[16] ARISTÓTELES, *Retórica*, 1356a 3-4 y 20-21.

parece ser un requisito necesario para poderle otorgar al eventual cambio de opinión del otro su pleno valor como confirmación de la mía. En efecto, si el otro terminara por aceptar mi opinión porque, por ejemplo, he manipulado su afectividad, ese hecho bastaría para descalificar a mis ojos su asentimiento. Para decirlo con resonancias hegelianas, sólo si trato al otro como me trato a mí mismo puedo reconocerlo como un igual, y sólo si lo reconozco como un igual puedo reconocer el valor de su confirmación. Y esa confirmación será tanto más importante para mí cuanto más expuestas estén mis conclusiones a verse debilitadas por informaciones supervinientes. Es por eso –como vimos más arriba– que las argumentaciones no-monótonas revisten un carácter esencialmente dialógico: su valor depende de que el discurso del otro haya tenido la oportunidad de aportar, pero de hecho no haya aportado, esas informaciones.

Fijada la idea de discusión crítica, disponemos, pues, de un marco desde el cual presentar un concepto de argumento que sirva para una teoría normativa de la argumentación. Porque para hablar de argumentos, y en especial de buenos y malos argumentos, parecería inevitable considerarlos en relación con la actividad comunicativa más amplia donde se insertan, actividad que permitiría comprender su sentido y trazar también esta última distinción. Sobre esta base, podría decirse, entonces, que argumentar aparece como un acto complejo, cuya pretensión esencial es que entre su conclusión, no aceptada por la otra parte, y las premisas, que se suponen ya admitidas, o por lo menos admisibles para ella, se da una relación **R** tal que, al ser reconocida, vuelve también legítimamente más aceptable la conclusión.

Con lo dicho me parece que basta para sacar las consecuencias que importan a los efectos del presente ensayo. Recordemos el camino que nos hizo desembocar en estos temas centrales de una teoría normativa de la argumentación. Para comprender el eventual alcance de la máxima *Audiatur et...*, más allá del hecho de que puede tomarse como expresión, tanto del principio constitutivo del proceso contradictorio como de un consejo de prudencia cotidiana, y una vez establecida la distinción entre argumentos monológicos y argumentos dialógicos y conectada con la diferencia entre monotonía y no monotonía, nos preguntamos por la importancia relativa de estos dos tipos de argumentos. Más exactamente, la intención era establecer hasta qué punto la dialogicidad constituye o no un rasgo meramente idiosincrásico de los argumentos vertidos en los litigios. Ahora bien, la circunstancia de que tradicionalmente se haya acordado una doble preferencia –en cuanto a su valor congnoscitivo y como objeto de estudio– a los argumentos monológicos, nos obligó a desarrollar un enfoque que no estuviera inicialmente comprometido por ese sesgo y que suministrara un concepto de argumento que hiciera posible responder nuestra pregunta.

Apoyándose en este concepto puede comprobarse, entonces, que el carácter dialógico aparece necesariamente involucrado en varios aspectos que son esenciales

para interpretar un discurso como discurso argumentativo. Porque se trata de características de un discurso que remiten forzosamente a otro discurso, en el sentido de que sólo pueden atribuírsele al primero en virtud de un segundo discurso real o virtual que se le contrapone. Y estas características son fundamentalmente tres. Primero, la idea de conclusión como aquello no aceptado inicialmente por la otra parte pero que se trata de volver más aceptable justamente por medio del argumento. Segundo, la noción de premisa como aquello que la otra parte ya admite o podría admitir y que por eso podría tomarse como punto de partida. Tercero, la relación **R**, que al ser reconocida por la otra parte como verificada entre premisas y conclusión, vuelve esta conclusión más aceptable para aquélla. De este modo, quien adelanta un argumento, por el solo hecho de hacerlo, *pretende* varias cosas a propósito del interlocutor real o virtual a quien ese argumento se dirige: (1) que lo que presenta como conclusión es precisamente lo que el interlocutor no acepta; (2) que lo que utiliza como premisas es admitido o admisible para éste; (3) que el interlocutor reconocerá que entre premisas y conclusión se da efectivamente la relación **R**; (4) que el interlocutor admite que la existencia de esa relación volvería para él más aceptable la conclusión. Pero hasta no oír la voz del interlocutor no es posible saber si esas cuatro pretensiones a su respecto son verdaderas o falsas. Sin embargo, para evaluar el argumento, esa comprobación es decisiva, porque si dichas pretensiones se mostraran como falsas, el argumento resultaría fallido por no responder a su intención como argumento. De aquí puede concluirse, entonces, que el discurso argumentativo en general es, en principio, esencialmente dialógico en el sentido que indicamos más arriba en la sección 2: para apreciar su valor como tal es preciso tomar en cuenta también lo que dice la otra parte que participa en la discusión del caso.

¿Pero cómo se entiende, entonces, que haya discursos argumentativos esencialmente monológicos, como las demostraciones de la geometría, por ejemplo? ¿O es que constituyen algo por completo heterogéneo con respecto a la argumentación, algo a lo que sólo en forma abusiva puede llamársele 'discurso argumentativo'? Por el contrario, pienso que sólo porque esas demostraciones son espontánea y correctamente interpretadas como argumentaciones es que, por un lado, puede darse una objeción como la de Zenón y que, por otro lado, esas demostraciones pueden haber sido tomadas –ahora podemos decir– incorrectamente como el paradigma al que sería deseable ajustar cualquier argumentación. "Demostrar", en el sentido de demostrar un teorema y en el de demostrar la justicia de una pretensión, por ejemplo, no quiere decir exactamente lo mismo, pero tampoco es un puro equívoco. Habría que ubicarlo en esa clase, ya reconocida por Aristóteles, y abundantemente explotada por la Escolástica pero quizá nunca analizada con suficiente generalidad, de los términos análogos[17].

[17] Cf. por ejemplo, ARISTÓTELES, *Metafísica*, 1003a 33- 1003b 15; TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, Ia., q. 13, a. 4-5.; SUÁREZ, *Disputationes metaphysicae*, Disputatio XXVIII, s.

Sospecho que esas demostraciones, y sobre todo su papel en la historia del pensamiento, sólo pueden quedar adecuadamente iluminadas, si se las enfoca como un caso especial, como una cierta modificación de la argumentación que tiene lugar en condiciones muy particulares. La especificidad del marco dentro del cual se argumenta hace que aquellos aspectos de la argumentación que, en general, requieren ser determinados por relación con un segundo discurso, estén aquí previamente fijados por ese mismo marco, de tal suerte que ese segundo discurso se vuelve por completo superfluo. Porque la intención es llegar a resultados que valgan realmente *erga omnes*, frente a cualquier interlocutor posible. Y para lograrlo, por un lado, sólo se tiene por apropiada para conectar premisas y conclusión una relación **R** si es de carácter monótono; y por otro, sólo se aceptan como premisas enunciados que nadie dejaría de admitir (los axiomas) o que son consecuencias monótonas de aquéllos (los teoremas ya demostrados). De tal suerte, en cualquier caso particular ya está decidido de antemano, por lo menos en principio: (a) lo que puede ser objeto de 'discusión' (todo lo que no ha sido todavía demostrado ni corresponde a los axiomas requiere prueba); (b) las premisas legítimamente utilizables (los axiomas y los teoremas ya probados); y (c) el tipo de relación **R** a la que se puede apelar para pasar de las premisas a la conclusión. Las demostraciones geométricas aparecen, así, como argumentaciones especialmente atípicas, donde la *altera pars* ha perdido toda significación. A partir de aquí puede también comprenderse, entonces, la gravedad de la doble preferencia tradicional por ellas. Por un lado, una teoría que las tome como objeto principal de estudio no elaborará ni los conceptos analíticos ni los criterios de evaluación que son decisivos al considerar las argumentaciones en general. Y si se intentara aplicar directamente a éstas el enfoque desarrollado al ocuparse de aquéllas, el resultado será particularmente insatisfactorio. Por otro lado, el adoptar como ideal epistemológico de alcance general el tipo de discurso ejemplificado por las demostraciones geométricas produce una visión distorsionada de cualquier otro discurso argumentativo que no tenga lugar en las condiciones excepcionales que les sirven de marco a estás. Como sugerí en la última sección, esto tiene consecuencias de rango no despreciable. Pienso, por ejemplo, que nada menos que la idea de fundamentación o justificación, central para formular los problemas y las tareas de la filosofía, se ha visto seriamente afectada por apoyarse acríticamente en tal visión.

3. ; DESCOQS, P. *Prealectiones Theologiae Naturalis*, t. II. (Paris: Beauchesne, 1935), sec. 2, "De cognitione analogica naturae Dei", pp. 734-840. Por eso, es curioso que algunos lingüistas, al considerar la semántica de los prototipos, le llamen "aristotélico" al modelo de categorización por condiciones necesarias y suficientes. Cf. por ejemplo, KLEIBER, G. *La semántica de los prototipos. Categorías y sentido léxico.* (Madrid: Visor Libros, 1990), p. 23. Como si no fuera un componente central del pensamiento aristotélico el reconocimiento de que no todos los términos son unívocos (o puros equívocos), y entre ellos, nada menos que "ente". Debe reconocerse, sin embargo, que Kleiber escribe "respuesta clásica, 'aristotélica'", es decir, que pone el adjetivo "aristotélica" entre comillas.

Cabe observar –de paso– que esta estrategia de encarar las demostraciones geométricas como argumentaciones modificadas en algunos de sus rasgos por tener lugar en ciertas condiciones especiales es también aplicable a otros tipos de argumentación. Así, por ejemplo, la argumentación en el proceso, o la argumentación regulada por las *artes disputandi* de la escolástica postmedieval, no realizan en forma pura el prototipo de argumentación al que se puede llegar por un análisis como el que se intentó más arriba. Porque en ambos casos nos encontramos con rasgos que están determinados por el tipo de situación en el que la argumentación se desarrolla, situación que presupone un cierto compromiso entre las intenciones básicas del argumentar y otras finalidades, sociales o pedagógicas, por ejemplo. Esta concurrencia de propósitos es lo que permite –me parece– dar cuenta, pongamos por caso, del principio de preclusión procesal[18] y de la institución de la cosa juzgada[19], que resultarían arbitrarios en una discusión que no persiguiera también, como los procesos, en tanto mecanismos para la solución de conflictos, la celeridad y la estabilidad de las conclusiones[20].

5. Múltiples sentidos de la máxima

Con lo adelantado es suficiente –pienso– para comenzar el recorrido *aguas abajo*. Ante todo, nótese cómo nuestra máxima podría volverse una suerte de emblema para varios principios diferentes pero interconectados. Son diferentes porque en realidad corresponden a problemas distintos; están interconectados porque todos remiten en último término a la circunstancia de que argumentar, en la acepción que aquí interesa tomar como prototípica, es una actividad que sólo tiene sentido en el seno de una discusión donde, además, tratamos a nuestro interlocutor igual que nos trataríamos a nosotros mismos. Para darle un nombre, podría hablarse aquí de dialogicidad como *principio esencial* de la argumentación. Desde este punto de vista, *audiatur et altera*

18 "El principio de preclusión está representado por el hecho de que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiéndose el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos y consumados", dice COUTURE en *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3a. ed. (Buenos Aires: Depalma, 1981), p. 194. Esto significa, por ejemplo, que en los informes finales o alegatos de bien probado, las partes no pueden modificar sus pretensiones o introducir nuevas pruebas.

19 Agotadas las instancias de apelación y perimida la posibilidad de casación, las conclusiones logradas ya no pueden ponerse en entredicho.

20 No tendría ninguna justificación imponer esas limitaciones a una controversia que no se orientara también por esos objetivos "extraargumentativos". Es más, la posibilidad de reformular el *status quaestionis* a medida que el debate se desarrolla, por ejemplo, es uno de los rasgos más importantes de las controversias científicas o filosóficas. Cf. DASCAL, M. "Epistemología, controversias y pragmática" *Isegoría*, 12 (1995): 8-23. Nótese, por otro lado, que la *cosa juzgada* es una manera de conferirle una estabilidad extraargumentativa a una conclusión que, por pertenecer a un discuso esencialmente dialógico, no la tiene por sí misma.

pars aparece, en *primer término*, como un recordatorio de esa dialogicidad esencial. Pero, en *segundo lugar*, este principio esencial sirve de base a lo que podría denominarse un *principio crítico, axiológico o normativo* que responde al problema de los criterios para juzgar sobre el valor de los argumentos. Un argumento que de alguna manera desconoce esa dialogicidad no puede ser bueno como argumento, porque en tal caso estaría frustrando la intención constitutiva del argumentar. Se trata, obviamente, de un principio que funda criterios para fijar condiciones necesarias pero no suficientes. Por eso, encuentra sus expresiones más directas en fórmulas negativas, como las recogidas en el estudio de las falacias. En este sentido, el *audiatur et altera pars* se muestra ahora como el fundamento común que justifica por qué es en último término inaceptable, por ejemplo, una *ignoratio elenchi* o un *argumentum ad misericordiam*. Cuando argumento en favor de una conclusión en realidad diferente del punto en disputa, estoy pasando por alto lo que la otra parte efectivamente sostiene; y cuando busco la adhesión por medio de una manipulación afectiva, no estoy tratando al interlocutor como si fuera realmente un igual. Sin duda, las consecuencias del *audiatur*, entendido como principio normativo, no se reducen al estudio de las falacias ni tienen todas una manifestación negativa. En la próxima sección, habrá oportunidad de ocuparse de algunos ejemplos de ese otro género.

En *tercer lugar*, nuestro *audiatur et altera pars* puede recordar también un *principio metodológico* para la teoría de la argumentación. Si el carácter dialógico es esencial en la argumentación, contrariamente a la preferencia tradicional de los lógicos por el discurso monológico, la teoría de la argumentación ha de adoptar un enfoque que le haga justicia a dicho carácter, y tendrá que empezar por ocuparse de aquellos tipos de argumentos donde este rasgo se presente de manera más ostensible y por elaborar los conceptos requeridos para describirlos y los criterios que permitirían evaluarlos discriminadamente.

En *cuarto lugar*, la máxima podría tomarse también como emblema de un *principio hermenéutico* general, que debería guiar la interpretación de cualquier discurso que pretenda tener carácter argumentativo. En el caso de la historia de la filosofía, por ejemplo, Benedetto Croce le ha dado una expresión especialmente nítida:

> "[...] la primera regla para interpretar una proposición filosófica es preguntarse contra quién o contra qué se dirige polémicamente [...]"[21].

Finalmente, creo que la máxima también podría servir de emblema para una suerte de *principio regulador* que orientaría el planteamiento de algunos problemas filosóficos. La conjetura en que se apoya esto es que la aceptación acrítica tradicional del supuesto según el cual el discurso filosófico debe adoptar como paradigma un discurso esencialmente monológico introduce una distorsión en sus metas y conduce a plantear problemas insolubles. De esta sugerencia se ocupará la sección final de este ensayo.

[21] CROCE, B. *El carácter de la filosofía moderna* (Buenos Aires: Imán, 1959), p. 26.

6. Manifestaciones y consecuencias particulares.

En esta sección me gustaría dar algunos ejemplos concretos de lo que podría interpretarse y justificarse como consecuencias particulares de nuestra máxima, entendida ahora como principio normativo. Se trata de criterios para evaluar argumentos que, a veces, encontramos expresamente formulados en elaboraciones teóricas sobre la argumentación, y a veces, aparecen como aquello que da sentido a ciertas normas que regulan distintos tipos de discusiones.

Comencemos con un ejemplo del primer tipo: el criterio negativo que descalifica un argumento cuando cae en la falacia de *ignoratio elenchi*, de ignorancia de la refutación. Aunque Aristóteles no la describa así[22], la tradición que recogen manuales como Copi[23] coloca bajo este rótulo la falacia que se comete cuando un argumento que pretende establecer una cierta conclusión prueba en realidad una conclusión diferente. Por eso, se le ha llamado también falacia de *conclusión irrelevante* o de *ignorancia de la cuestión*. La razón para descalificar un argumento que procede de ese modo está en que contradice una de las pretensiones –vistas más arriba– que son constitutivas del argumentar, a saber, que lo que figura como conclusión del argumento es precisamente lo que la parte contraria espontáneamente no acepta. Argumentar así es no tomar en cuenta a la parte contraria, no *oírla*. De ahí que esta falacia pueda verse como una violación del principio normativo que la máxima expresa. O dicho de otra manera, este principio es lo que justifica ese criterio negativo para recusar ciertos argumentos.

Aunque la tradición no ha llamado especialmente la atención sobre ella, hay otra manera defectuosa de argumentar que tiene la misma raíz y que podría recibir el mismo nombre, *ignorancia de la refutación*. Consiste igualmente en ignorar la voz de la contraparte, pero no ya, como en el caso anterior, porque el argumento no se ajusta al

[22] Aristóteles, en las *Refutaciones Sofísticas* habla más bien de ignorancia del concepto de refutación, en el sentido de mala aplicación del mismo. La falacia consistiría en presentar como refutación algo que no cumple con lo requerido por este concepto, y, en particular, con la exigencia de que su conclusión sea realmente contradictoria con aquello que se pretende refutar. Ahora bien, entendida estrictamente así, sólo podría afectar las refutaciones.

[23] Cf. COPI, I. *Introduction to Logic*, 5a. ed. (New York: MacMillan, 1978), p. 100.

status quaestionis, a lo que está realmente en entredicho, sino porque no se toman en cuenta los argumentos contrarios, porque se prescinde de ellos como si no existieran. Y por lo dicho más arriba puede comprenderse que este defecto se vuelve particularmente grave en la medida en que se trate de un discurso esencialmente dialógico.

Pasemos ahora a un ejemplo de otro orden: la atención que se les presta a las voces discordantes con la propia en el modo de proceder característico de la *quaestio* escolástica. Basta abrir cualquier texto medieval organizado en cuestiones[24], para notar que, en el planteamiento sistemático de cualquier problema, se comienza por exponer los argumentos favorables al parecer que se rechaza; y por fin, luego de defender la propia posición, se *resuelven* o *responden* aquellos argumentos contrarios, es decir, se examinan uno a uno para mostrar en qué fallan. No creo exagerado decir que el acatamiento del *Audiatur* se ha convertido aquí en práctica literaria inveterada. Pero, sin duda, no se trata de una mera regla de estilo. Primero, porque una *quaestio* sin opinión contraria no sería propiamente una *quaestio*: no sólo carecería de interés, sino que hasta su misma formulación en muchísimos casos no llegaría a tener un contenido suficientemente definido. Segundo, porque una *quaestio* donde no se respondieran las objeciones aparecería como expresión de un pensamiento deficiente, que no se hace plenamente cargo del problema que debe resolver.

El tercer ejemplo está tomado de las *artes disputandi* de la escolástica postmedieval. Como se sabe, estas obras definen y regulan con rigor un tipo de discusiones muy especiales, que se realizan como ejercicios escolares. Pienso que es tal vez esa intención pedagógica lo que explica que la observancia del *audiatur* se lleve aquí al extremo de exigir a los participantes la repetición literal de parte de las palabras del contrario: al iniciarse la disputa, el oponente, antes de presentar su primer argumento contra la tesis que el defensor se ha comprometido a sostener, debe repetirla literalmente[25]; y el defensor también debe repetir literalmente el argumento del oponente,

[24] Como es sabido, la inmensa mayoría de los textos que presentan el pensamiento universitario medieval. Este predominio sugiere que la *quaestio* no es una mera forma literaria, sino la forma mental básica. Para un escolástico de esa época, pensar era, ante todo, discutir cuestiones. Hasta tal punto es así, que cuando Tomás de Aquino quiere, con la *Summa Theologiae*, ofrecer de su teología un resumen para principiantes (la calificación "ad eruditionem incipiéntibus" es del propio Tomás), no se le ocurre otra cosa que presentar de modo sucinto una colección de más de dos mil seiscientas de esas discusiones. Aquí debe hacerse una precisión terminológica: para lo que estoy llamando "quaestio", Tomás usa la palabra "articulus"; y reserva "quaestio" para un conjunto de *articuli* que tratan distintos aspectos de un tema.

[25] Cf. por ejemplo, JUAN DE SANTO TOMÁS, *Ars logica seu de materia et forma ratiocinandi* (Taurini: Marietti, 1930): "Praeludium primum, quo proponitur dialecticae disputationis exercitium et praxis", p. 3; o MUÑOZ, A. & alii, *Cursus philosophicus Antonii J[ose]phi Suareli de Urbina Logica*. (Maracaibo: Universidad del Zulia, 1995), p. 134, § 19.

antes de indicar qué es lo que acepta y qué es lo que rechaza del mismo[26]. Porque lo que busca, sin duda, esta norma de las repeticiones es garantizar, ya por la forma externa del diálogo, que se tomará escrupulosamente en cuenta lo que dice la otra parte y se evitará así de raíz cualquier falacia de *ignoratio elenchi*.

Finalmente, quisiera aludir, por lo menos, a algún ejemplo tomado del derecho procesal. Se trata de disposiciones cuyo sentido, desde la óptica que aquí se ha adoptado, sería el de asegurar que la sentencia esté respaldada por una argumentación donde se da al menos un acatamiento mínimo al principio normativo representado por nuestra máxima.

Ante todo el derecho a la defensa, consagrado en Venezuela a nivel constitucional por el artículo 68° de su Constitución. Si se tiene en cuenta la gravedad de las consecuencias procesales de su violación[27], aparece como uno de los principios fundamentales sobre cuya base se organiza todo el proceso. Naturalmente, se trata aquí de tutelar un derecho subjetivo; pero desde nuestra perspectiva, se trata también de garantizar que la argumentación, cuyo resultado será la sentencia, logre un nivel mínimo de calidad como argumentación. Porque una sentencia que se pronuncia *inaudita parte*, no sólo conculca un derecho subjetivo, sino que desvaloriza objetivamente la motivación en la que se funda. Más allá de proteger los intereses de las partes, esta *bilateralidad de la audiencia* –como a veces se le llama– es un mecanismo para preservar también la racionalidad de las decisiones. Si en el proceso una de las partes queda en situación de indefensión, la sentencia será arbitraria; y no dejará de serlo porque luego, un nuevo juicio, procesalmente irreprochable, culmine en un sentencia cuya parte dispositiva tenga su mismo contenido material. Ya se lo había advertido la Medea de Séneca a Creón: quien ha decidido algo sin oír a la otra parte, aunque *haya decido* lo justo, no ha sido justo[28].

También hay otras reglas procesales que resultan comprensibles como maneras de prevenir distintas modalidades de la falacia de *ignoratii elenchi*, y, en ese sentido, pueden verse como consecuencias del principio normativo de dialogicidad expresado por nuestra máxima. Por ejemplo, la disposición incluida en el numeral 5° del artículo

[26] Cf. por ejemplo, JUAN DE DE SANTO TOMÁS, *Ibid.*; o MUÑOZ, A. & alii, *Ibid.*, § 23.

[27] Que se menoscabe o no el derecho a la defensa, por ejemplo, es el criterio que fija el artículo 313 del Código de Procedimiento Civil para decidir si las infracciones u omisiones formales dan lugar o no a casación. "*Art. 313*. Se declarará con lugar el recurso de casación: 1. Cuando en el proceso se hayan quebrantado u omitido formas sustanciales de los actos que menoscaben el derecho de defensa [...]".

[28] Cf. el pasaje ya citado de *Medea*: "Qui statuit aliquid parte inaudita altera aequum licet statuerit, haud aequus fuit" *Medea*,. 199-200

243 del *Código de Procedimiento Civil* de Venezuela, según la cual la sentencia deberá contener "Decisión expresa [...] con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas [...]". Parece claro que lo que aquí se exige es que la sentencia se ajuste a lo conocido tradicionalmente como *status quaestionis*, y no incurra en esa forma de *ignoratio elenchi* que, como ya vimos, ha sido llamada de modo más preciso *ignorancia de la cuestión*.

O, por ejemplo, la norma del artículo 509 del mismo Código:

> Art. 509. Los Jueces deben analizar y juzgar todas cuantas pruebas se hayan producido, aun aquellas que a su juicio no fueran idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, expresándose siempre cuál sea el criterio del Juez respecto de ellas.

En la medida en que las pruebas producidas constituyen la base de los argumentos de las partes a propósito de la *cuestión de hecho* involucrada en un litigio, puede pensarse que esta norma busca evitar la otra forma de falacia de *ignoratii elenchi* distinguida más arriba, que consiste en desentenderse de los argumentos contrarios. Desde este punto de vista, puede considerarse como el equivalente procesal de la práctica escolástica de la *quaestio* que obligaba a tomar en cuenta los argumentos contrarios y a contestarlos uno a uno.

Por último, quisiera señalar que tal vez sea el principio de dialogicidad lo que permitiría justificar, desde el punto de vista de una teoría de la argumentación, la disposición del artículo 12 del *Código de Procedimiento Civil*, conforme a la cual el juez " [...] deberá atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados." El sentido de prohibirle al juez que se apoye al sentenciar sobre su conocimiento privado acerca de los hechos particulares del caso sería evitar que se vulnere el principio de dialogicidad. Porque en tanto privado, ese eventual conocimiento no puede ser contradicho por las partes. Y en un discurso esencialmente dialógico, las conclusiones sólo valen como meras pretensiones hasta tanto no hayan pasado por la prueba de un discurso contrapuesto que pudiera llegar a invalidarlas.

7. Consecuencias para el discurso filosófico.

¿Qué significación podría tener nuestra máxima en relación con el propio discurso filosófico? O, en otros términos, ¿qué consecuencias tendría para la filosofía el reconocimiento de la dialogicidad esencial del argumentar, reconocimiento que –como vimos– podría encontrar en esa máxima una forma de expresión? No hace falta decir que responder aquí a esta pregunta, aun de manera muy sumaria, escapa por completo

a mis posibilidades. Sin embargo, creo que, de todos modos, vale la pena insinuar algo en esa dirección. Porque se trata de una pregunta de interés no desdeñable. Para percibirlo, aún antes de toda consideración particular, basta –me parece– la siguiente reflexión general: En la medida en que la filosofía pretenda ser un discurso argumentativo, el modo como se conciba la argumentación no puede dejar de tener consecuencias en cuanto a las metas, los criterios de valor y los asuntos que ese discurso se propone.

Para sugerir lo que me interesa, apelaré aquí a una imagen –por cierto muy esquemática y que habría que precisar y matizar considerablemente– de aquellos modos de filosofar cuyo rechazo podría entenderse que la máxima propicia.

El deslumbramiento que produjo el desarrollo inicial del pensamiento geométrico tuvo consecuencias de muy largo alcance en nuestra historia intelectual. Como se sabido, Aristóteles comenzó por tomarlo como fuente de inspiración para perfilar el ideal de conocimiento rigurosamente fundado, que bajo el nombre de *episteme* nos propone en los Analíticos Segundos. El hecho de que pocos años después los *Elementos* de Euclides ofrecieran una admirable ejemplificación de ese tipo de pensamiento y que este texto se conservara y fuera generalmente conocido a lo largo de las historia posterior, seguramente también contribuyó en buena medida a la difusión y afianzamiento de ese ideal.

Ahora bien, como vimos más arriba, el discurso propio de la geometría euclídea sólo es posible a partir de condiciones muy especiales que lo convierten en un discurso esencialmente monológico. Es un caso límite de discusión, donde el interlocutor desaparece[29]. La voz del interlocutor concreto ya no es necesaria para determinar ni el punto en entredicho ni las bases compartidas sobre las que podría apoyarse la argumentación; todo eso está fijado de antemano, negativa o positivamente, por los axiomas y los teoremas ya demostrados. Además, como sólo se usan razonamientos monótonos, tampoco es necesaria esa voz para que aporte las informaciones que en el caso concreto podrían invalidarlos, o para que, al no aportarlas, confirme su legitimidad. Dentro de ese marco, los resultados se convierten entonces en algo inconmovible.

---

[29] En este sentido, Aubenque ha observado: "Le monologue scientifique est le cas-limite du dialogue: celui où il n' y a plus rien à objeter et où il ne reste plus au contradicteur virtuel qu' à se transformer en disciple". AUBENQUE, P. "La dialectique chez Aristote" en DIANO, C. (ed.) *L' attualità della problematica aristotelica. Atti del Convegno Franco-italiano su Aristotele* (Padova: Antenore, 1970), p. 17.

¿Pero en qué otro tipos de asuntos donde los hombres acuden a la argumentación para superar sus discrepancias pueden encontrarse reproducidas esas condiciones tan excepcionales? ¿En qué casos se dispone, por ejemplo, de "axiomas" cuya aceptación general puede darse por descontada? Por eso, con anterioridad a la comunicación concreta, normalmente no es posible saber ni siquiera cuál es el desacuerdo que se trata de eliminar ni en qué puede apoyarse un esfuerzo en ese sentido. Y además, si lo que realmente interesa es superar la discordancia, ¿por qué hacer ese *voto de pobreza inferencial* y rechazar los razonamientos no-monótonos, sin los cuales, obviamente, no podríamos vivir?

Y en el caso de la filosofía, ¿se dan aquellas condiciones excepcionales o pasa lo mismo que en cualquier discusión? De ser verdad esto último, por muy atractivo que luzca el ideal "euclídeo" por la estabilidad de sus resultados, debe reconocerse que adoptarlo para el discurso filosófico terminará por producir distorsiones, extravíos y frustraciones. Sin embargo, no puede negarse que tal ideal, aunque en grados y formas diferentes, ha tenido un enorme poder de seducción en la historia del pensamiento occidental.

Un indicio importante del dominio ejercido por ese ideal, hasta el punto de ser visto como la definición misma de un discurso que se somete a las máximas exigencias de responsabilidad intelectual, es lo que parece haber ocurrido con Tomás de Aquino. Como cualquier escolástico medieval, Tomás presenta su pensamiento teológico y filosófico según el célebre método de la *quaestio* que, como ya tuvimos oportunidad de ver, es muy sensible a lo requerido por la naturaleza dialógica del discurso argumentativo y le confiere una enorme importancia a las voces discrepantes con la propia. No obstante, cuando expone su teoría "oficial" más ostensible sobre el método de la teología, por ejemplo, convierte a esta disciplina en una *episteme* aristotélica, es decir, en un discurso esencialmente monológico[30]. Y el único matiz importante que a primera vista parece introducir es el que refleja la célebre doctrina de la subordinación de las ciencias, ideada para hacerse cargo de la peculiaridad de los principios de la teología[31].

[30] Cf. *Summa Theologiae*, I a, q.1, a. 2.

[31] La dificultad está en que los principios de una *episteme* como la geometría son conocidos por sí mismos, mientras que los artículos de la fe, que constituyen los principios de la teología, no lo son ("Omnis [...] scientia procedit ex principiis per se notis. Sed sacra doctrina procedit ex articulis fidei, qui non sunt per se noti" I a, q.1, a. 2. . La solución de Tomás señala que la teología sería más semejante a la perspectiva o a la teoría musical que a la geometría o a la aritmética. Sólo los principios de estas dos últimas ciencias son conocidos por la luz natural de la inteligencia; mientras que las dos primeras, como ciencias subordinadas, proceden a partir de principios tomados, respectivamente, de estas dos últimas (Cf. ibid.). Esta idea de la subordinación de las ciencias ya estaba en Aristóteles (Anal. Post. 76a 24), pero Tomás le da un giro sorprendente: la teología también es una ciencia subordinada y procede a partir de principios conocidos por la luz de una ciencia superior, la ciencia de Dios y de los bienaventurados, en la medida en que esos principios nos han sido revelados por Dios mismo y se expresan en los artículos de la fe. Cf. *Summa Theologiae*, I a, q.1, a. 1.

Podría hablarse así de una suerte de obnubilación producida por el ideal de la episteme aristotélica, obnubilación que lo lleva a propiciar un método que es tan diferente del que él mismo aplica. Sin embargo, decir esto no sería del todo exacto, pues Tomás se las ingenia para complementar su doctrina más ostensible de modo que también se le haga un cierto lugar a la práctica efectiva. En efecto, al considerar lo que puede hacer el teólogo en el caso particular de discutir con quien niegue principios de su ciencia, nos presenta una imagen más fiel que la "oficial" de lo que en realidad hace siempre[32]. Y aunque no nombre a Aristóteles, al remitirse como inspiración al comportamiento del metafísico en una situación semejante, es obvio que está aludiendo a la manera como ha procedido el Estagirita al examinar, por ejemplo, la controversia sobre el principio de contradicción en el libro G de su Metafísica.

Porque lo curioso del caso es que Aristóteles, no obstante haber contribuido, con su teoría de la *episteme*, de manera tan decisiva a la configuración y difusión de ese ideal filosófico, en realidad no se guió por él. Como no han dejado de observar sus intérpretes, el discurso de sus propias obras de ninguna manera satisface los requisitos establecidos en los *Analíticos Segundos* para la *episteme* o ciencia demostrativa. Y esto ocurre con las obras que se ocupan de temas que hoy adscribiríamos a las ciencias de la naturaleza, con las que tratan asuntos éticos y políticos, y con las que consideran problemas, como los la filosofía primera, cuya generalidad los convierte en el prototipo mismo de los problemas filosóficos. Obviamente, no puedo entrar aquí a examinar las distintas propuestas que se han sugerido para hacer frente a esa aparente inconsecuencia; pero me parece que, al menos, parte de la explicación se vincula con algo que ha escrito Aubenque:

> "[...] le régime proprement humain du discours est le dialogue, et tout monologue doit être soumis à une critique des ses conditions de validité. [...] Aristote [...], tout en reconnaissant la supériorité démonstrative du discours scientifique [i.e, la episteme] continue de la subordonner à la juridiction de la dialectique [es decir, en la terminología usada en este ensayo, el discurso argumentativo esencialmente dialógico]. Et si la dialectique s'efface devant la démostration partout où celle-ci est possible, c'est-à-dire toujorus à l' intérieur des certains limites, elle afirmera son droit le plus absolu à regir le discours humaine hors des limites de la démonstration: soit qu' il s' agisse de propositions indémonstrables –principes et définitions–, soit qu' il s' agisse de

[32] Cf. *Summa Theologiae*, I a, q.1, a. 8.

> domaines où la démontration est projetterait une necesité qui ne s' y trouve pas en fait, comme c' est le cas en étique et en politique"[33].

En otras palabras, como se ha sostenido en este ensayo, también para Aubenque el tipo general de discurso que corresponde a la condición humana es el dialógico –"el régimen propiamente humano del discurso es el diálogo", nos dice–. El discurso monológico de la *episteme* sólo es posible en el interior de ciertos límites, que corresponden a condiciones relativamente excepcionales. Cuando esas condiciones se cumplen, la inconmovible estabilidad de sus resultados hace que el discurso monológico sustituya al dialógico –la dialéctica se borra, se desvanece, dice Aubenque–. Pero fuera de ellos, el discurso ha de ser esencialmente dialógico. Y esto Aristóteles lo ha reconocido con mucha claridad: no puede haber ciencia demostrativa ni el caso de los principios, pues ellos son la base de cualquier demostración[34], ni a propósito de asuntos ético-políticos, pues aquí las proposiciones que oficiarían de principios no tienen validez estrictamente universal sino *epi to poly*, en la mayoría de los casos[35]. Por eso, la argumentación ético-política es siempre –para usar nuestros términos– no-monótona[36]. Podría decirse, entonces, que Aristóteles de hecho no acepta que su noción de *episteme* sea el ideal para un discurso que se ocupe de los temas a los que hoy nadie negaría su carácter filosófico. Y quizá sea esto lo que explique posiciones como la de Tomás de Aquino. Su admiración y su fidelidad al Estagirita lo llevan, por un lado, a concebir el conocimiento racional según las pautas de los Analíticos Segundos; y, por otro, a proceder en los hechos con la misma libertad y flexibilidad que su maestro, y a practicar así, sin resistencias, el estilo de pensamiento que se había vuelto característico de la cultura universitaria medieval.

Es esto lo que le reprocharán los pensadores modernos a los escolásticos. Wolff, por ejemplo, les recriminará que, por no haber observado la forma del método demostrativo al considerar los problemas ontológicos, el tratamiento escolástico de éstos ha resultado estéril[37], y 'hoy apenas hay otro nombre más despreciado que el de Ontolo-

[33] AUBENQUE, P. "La dialectique chez Aristote" en DIANO, C. (ed.) *L' attualità della problematica aristotelica. Atti del Convegno Franco-italiano su Aristotele* (Padova: Antenore, 1970), p. 17.

[34] Cf. *Topica*, I, 101a 37- 101b 4.

[35] Cf. *Ethica Nicomachea*, 1094b 21.

[36] Podría pensarse que el estilo de pensamiento desarrollado por la llamada 'gran casuística' es una manera de hacerse cargo de ese rasgo. Este tema lo he sugerido en PIACENZA, E. "Para una revaluación de la casuística" *ITER. Revista de Teología* 7, 2 (1996): 59-72.

[37] "Sterilis nimirum fuit tractatio Scholasticorum, quod ad forman methodi demonstrativa non attenderint [...]" WOLFF, Christian. *Philosophia Prima sive Ontologia* (Hildesheim: Georg Olms, 1962), p. 2, § 2. Esta edición reproduce facsimilarmente la 2ª edición de *Philosophia Prima, sive*

gia'[38]. Porque –nos dice–, como ésta es una ciencia[39], y la ciencia la capacidad de demostrar lo aseverado, es decir, de deducir válidamente a partir de principios seguros e inmutables, las aserciones de la Ontología deben ser demostradas[40].

Wolff tal vez constituya uno de los casos más extremos de esa voluntad de adecuar la filosofía al ideal de conocimiento riguroso inspirado en la geometría euclídea, pero quizá no sea muy exagerado decir que la filosofía moderna resultaría incomprensible si se olvidara su obsesión por ese ideal. Recordemos a Spinoza, con su *Ethica more goemetrico demonstrata* y su *Principia philosophiae Renati Cartesii*, demostrados también *more geometrico*[41]. Y al propio Descartes, que en el *Discours de la méthode*, confiesa:

> "Ces longues chaînes de raisons, toutes simples et faciles, dont les géometres ont coutume de se servir, pour parvenier á leur plus difficiles démonstrations, m'avaient doné occasion de m'imaginer que toutes les choses, qui peuvent tomber sous la connaissances des hommes, s'entre-suivrent en même façon, et que, pourvu seulement que'on s'abstienne d'en recevoir aucune pour vraie qui ne le soit, et qu'on garde toujours l'ordre qu'il faut, pour les déduire les unes des autres, il n'y en peut avoir de si éloignées, auxquelles enfin on ne parvienne, ni de si cachées qu'on ne découvre"[42].

Es interesante notar –de paso– cómo Descartes encuentra en lo que he llamado la *monotonía* de ese modo de razonar una de sus principales virtudes:

Ontologia, methodo scientifia pertractata, qua omnis cognitionis humanae principia continetur. Autore Christiano Wolfio. Frankfurto et Lipsiae, MDCCXXXVI.

[38] "Vix aliud hodie cotemtius nomen est quam Ontologiae". Ibid., p. 1, § 1.

[39] "Ontologia seu Philosophia prima est scientia entis in genere, seu quatenus ens est" Ibid., p. 1, § 1.

[40] "Quoninan scientia est habitus asserta demostrandi (§ 30 Disc. Praelim.); quae in Ontologia proponuntur, demostranda sunt". Ibid., p. 2, § 2. En el § 30 del Discurso Preliminar al que aquí remite, ya había establecido lo que entendía por "ciencia": "Per scientiam hic intelligo habitum asserta demonstrandi, hoc est, ex principiis certis et immotis per legitimam consequentiam inferendi". WOLFF, Christian. *Philosophia rationlis sive Logica, Pars* (Hildesheim: Georg Olms, 1982), que reproduce facsimilarmente la 3ª edición de *Philosophia Rationalis sive Logica, methodo scientifica pertractata ... praemittitur discursus praeliminaris de philosophia in genere.* Autore Christiano Wolfio. Francofurti et Lipsiae, MDCCXXXX.

[41] En realidad, en la edición de Amsterdam, de 1663, parece que lucía exctamente lo siguiente: "Renati Descartes Principiorum Philosophiae pars I et II, more geometrico demonstratae per Benedictum de Spinoza ...". Cf. TORRETTI, R. *Manuel Kant. Estudio sobre los fundamentos de la filosofía crítica.* (Buenos Aires: Charcas, 1980), p. 33, n. 59.

[42] DESCARTES, R. *Discours de la méthode* (Paris: Vrin, 1954), 2e. Partie, p. 66-67.

"[...] n'y ayant qu'une vérité de chaque chose, quiconque la trouve en sait autant qu'on en peut savoir; et que, par exemple, un enfant instruit en l'arithmétique, ayant fait une addition suivant ses règles, se peut assurer d'avoir trouvé, touchant la somme qu'il examinait, tout ce que l'esprit humain saurait trouver"[43].

Torretti ha expresado con particular vigor la motivación de este estilo de pensamiento:

"el afán descomedido de certeza que se adueña del pensamiento moderno después de Descartes no pudo menos que buscar satisfacción aplicando a la ciencia fundamental el procedimiento que había dado tan espléndidos resultados en la matemática"[44].

Es este *afán descomedido de certeza* lo que está en el fondo de esa suerte de *pathos de lo apodíctico,* que tan profundamente impregna la filosofía moderna. Y sin ese *pathos* sería, sin duda, ininteligible, por ejemplo, no ya la textura misma del proyecto kantiano de una crítica de la razón[45] o la empresa husserliana de una filosofía *als strenge Wissenschaft*[46], sino incluso la peculiar forma de escepticismo que encarna Hume[47]. Se anhelan con vehemencia resultados inconmovibles, adquiridos de una vez para siempre. Por eso, se sueña con un discurso esencialmente monológico, que tenga puntos de partida incuestionables, y que únicamente acepte como legítimas las inferencias monótonas. Y desde esa ensoñación, los discursos que no satisfagan tales condiciones quedarán homogéneamente descalificados como irracionales. Porque al pasar por alto el carácter esencialmente dialógico que, salvo circunstancias excepcionales, tiene la argumentación, se pierde una de las bases para evaluar las inferencias no-monótonas, y se deja de advertir que lo decisivo no es dar con puntos

[43] Ibid., p. 69.

[44] TORRETTI, R. *Manuel Kant. Estudio sobre los fundamentos de la filosofía crítica.* (Buenos Aires: Charcas, 1980), P. 33.

[45] Una de las tantas expresiones de ese *pathos* es este pasaje del Prefacio de la primera edición de la *Crítica de la razón pura*: "En lo que concierne a la *certeza*, he pronunciado para mí mismo este juicio: en este tipo de consideraciones de ningún modo está permitido el *opinar* y todo lo que se parezca a una hipótesis es mercadería prohibida, que no puede ponerse en venta ni al precio mínimo, y que apenas descubierta debe ser incautada. Pues todo conocimiento que ha de mantenerse firme *a priori* se da a conocer en que quiere se tenido por simplemente necesario, y aún más una determinación de todos los conocimientos puros *a priori*, que debe ser la medida y el ejemplo de toda certeza apodíctica (filosófica)". Cf. KANT, I. "Kritik der reinen Vernunft (1. Aufl. 1781)" en *Kant Werke. Akademie-Textausgabe.* Band IV (Berlin: de Gruyter, 1968), p. 11.

[46] Cf. por ejemplo, HUSSERL, E. *La filosofía como ciencia estricta*, 3a. ed. (Buenos Aires: Nova, 1973) o HUSSERL, E. *Méditations cartésiennes* (Paris: Vrin, 1953)

[47] Cf. POPKIN, R. H. "David Hume: His Pyrrhonism and his Critique of Pyrrhonism" en CHAPPELL, V.C.. *Hume* (London: MacMillan, 1968): 53-97.

de partida imposibles de cuestionar en general, sino puntos de partida de hecho no cuestionados en el marco de la discusión donde el argumento se ubica.

Desde esta perspectiva entonces, el *audiatur et altera pars* podría entenderse también como expresión de un claro rechazo de ese ideal filosófico que ha obsesionado al pensamiento moderno. Pero, si se da este paso de modo consecuente, ¿hasta dónde resultará transformada la práctica de la filosofía? Porque desvanecido el *pathos de lo apodíctico*[48], habría que preguntarse si todavía no nos siguen afectando sus secuelas, por ejemplo, en la noción que se da por sobrentendida de lo que constituye un discurso filosófico fundado, no arbitrario[49], o en la elección del tipo de problemas a los que –se da por descontado– debería dirigirse ante todo la filosofía. Piénsese, por ejemplo, en la ética. El debate de los últimos veinticinco años sobre las posibles maneras de restaurar la ética normativa ¿no estará aún demasiado cargado por un cierto *pathos de los fundamentos* ? Y naturalmente, no sólo en quienes proclaman o en algún momento proclamaron haber encontrado –ahora sí– una fundamentación última, sino también en muchos de sus críticos[50]. Porque en lo que unos creen haber hallado y en lo que otros les reprochan no haber logrado, y, obviamente, en la importancia que se le asigna a ese debate dentro de la escena contemporánea, parece estar presente el supuesto de que ese orden de problemas gozan de una prioridad indiscutible sobre los de la –mal llamada– ética aplicada, pues parecería que se trata de afianzar los fundamentos, y una vez conseguido esto, lo demás se daría por añadidura. No deja de ser curioso que durante tanto tiempo se haya pensado, y que algunos todavía piensen, que, por ejemplo, las divergencias en las apreciaciones de cursos de acción alternativos pudieran resolverse como las diferencias de opinión acerca de las propiedades de los objetos geométricos.

[48] Muy al pasar, podría indicarse que ese desvanecimiento se ha visto favorecido por varias circunstancias. Tal vez la decisiva haya sido el hecho –y la correspondiente percepción– de que las ciencias empíricas, a pesar de su indiscutible condición de discurso no arbitrario, no tienen nada de apodíctico en el sentido en que les hubiera gustado que lo tuvieran a los filósofos modernos. Pero también hay que contar entre ellas una atención más cuidadosa a la historia del pensamiento, las transformaciones de las matemáticas y una conciencia metodológica más afinada de las mismas. Basta sustituir los *Elementos* de Euclides por la presentación que hacen los *Grundlagen* de Hilbert de esa misma geometría, para que desaparezca toda tentación de tomarla como paradigma epistemológico universal. Ni que decir, si se toma en cuenta el estilo de pensamiento geométrico analizado por Lakatos en *Proof and Refutations*, o se presta atención a las filosofías de la matemática "neoempiristas" que se han ido consolidando en los últimos años.

[49] ¿No se seguirá pensando, acaso, en un discurso esencialmente monológico, cuyos puntos de partida están asegurados de tal forma y cuyo rigor interno es de tal índole, que garantizan de antemano su valor ante cualquier interlocutor posible, independientemente de lo que éste pudiera alegar en concreto?

[50] Cf. SASSO, Javier. "Algunas reflexiones escépticas sobre la ética restaurada" [Ponencia presentada en el Primer Encuentro Colombo-Venezolano de Filosofía, 23-25 de abril de 1996] *Revista de Filosofía* (Maracaibo), Número Especial II/III (1996): 37-47.

LEGISLACIÓN

LEGISLACIÓN POSITIVA INTERNACIONAL Y LOS DERECHOS DE LOS DETENIDOS

Carmelo Borrego

¿Tienen derechos los detenidos?

Esta ha sido la interrogante que destaca cuando existe una situación donde una persona ha de transitar el camino de la prisión, sea por algún procesamiento debido a la consumación de un delito, ora por la imposición de una condena con ocasión del juicio seguido y la sentencia que declara la responsabilidad penal.

En particular, dos escenarios claramente definidos han de considerarse como factores que pueden afectar a la libertad ambulatoria del ciudadano: 1) el procesamiento por delitos y 2) la condena efectiva a pena privativa de libertad. Al margen de las dos fórmulas anteriores, la libertad queda afectada por influjo de las medidas de policía o intervenciones del sector administrativo, actividad altamente cuestionada y con dudosa legitimación desde la perspectiva de un Estado social, democrático y respetuoso del Derecho.

Con todo y las excepciones, el caso es que basado en la justificación punitiva, el Estado se convierte en el principal aplicador de las medidas adversativas y bajo este motivo su quehacer está sometido a reglas fundamentales indesconocibles[1], reglas

---

[1] Estas pautas se dirigen en dos sentidos: a) unas de carácter exclusivamente penal a propósito de la aplicación de la ley penal, para lo cual existe toda una estructura dogmática que orienta al operador jurídico en la aplicación del texto legal sin que se afecten a los principios de legalidad, máxima lesividad, bien jurídico, lesividad, mínima intervención, *ne bis in idem*, culpabilidad y racionalidad punitiva (la proporcionalidad, la determinación y la intrascendencia de la pena) b) las otras reglas son de orden procesal orientadas a la consagración del debido proceso (due process) y alinean el

que hoy por hoy ya no pertenecen a su dominio territorial exclusivo, sino que se ubican más allá, trascienden, pues cobraron –desde hace ya algún tiempo– auge internacional y en virtud de ese postulado no pueden ser manipuladas para obscurecer su contenido y falsear los derechos que allí se reconocen[2].

A todas éstas, en qué consisten esas pautas y, sobre todo, cuál es el fundamento y naturaleza de las mismas. Desde cuándo puede decirse que a la persona que se encuentra detenida ha de preservárseles sus "derechos".

Quizás será necesario responder que esas pautas o reglas se refieren al ser humano y por el solo hecho de existir y considerarse como tal nacen igualmente esas premisas que no se pierden y que la sociedad misma no puede excluir, pues eso sería desconocer su propio progreso; por lo tanto, ello implica el reconocimiento de su existencia, enaltecimiento de sus potencialidades para contribuir con el bienestar común, la vida (en sentido extenso) como esencia, la dignidad, el libre acceso a las fuentes del conocimiento, la fluidez de expresión, la libre movilidad sin sustracciones, la creación y la contribución a edificar un mundo mejor y el respeto al pluralismo ideológico, étnico, lingüístico, de género y de origen, podrían resumir la panoplia de posibilidades para precisar una idea de cuán vasto puede ser el contenido de los derechos fundamentales.

En torno al tema mucho se ha escrito y algunos tajantemente han señalado que los derechos humanos son aquellos que el hombre posee por el mero hecho de serlo. Son relativos a las personas y se aclaman hieráticos, privativos, perennes (en el mismo sentido Rivera Beiras; 1996:267), fuera del alcance de cualquier poder político o fuerza que se empeñe en negarlos.

Ahora bien, se reconoce que al existir conflictos donde en el ejercicio de los derechos de uno se afecta a otro u otros con una o distintas conductas aflictivas, es necesario, –por demás imprescindible– imponer los correctivos adecuados que hagan solventar en la medida de lo posible la pugna; lamentablemente, en estos supuestos ha de verse

---

juicio, el pronunciamiento de la sentencia y perfilan la ejecución de la pena a partir de los estamentos penales. Ambas directivas pueden que tengan algún referente legislativo, mas es posible considerar que se trata de orientaciones, ideas, fundamentos de orden supralegal que ofrecen una metodología de trabajo para los distintos protagonistas del acontecer penal.

[2] En palabras de Beristain, el artículo 1 de la Declaración de Derechos Humanos merece más atención teórica y práctica en la extensión de países y muy especialmente a las personas que se encuentran privadas de libertad. Señala el autor: "*Su situación trágica, aunque sea legal, nos induce a reflexionar sobre el cumplimiento y desarrollo de los derechos humanos en todas las prisiones de hoy. La cárcel, como institución de la justicia, puede y debe contribuir también a la cultura de la paz, a tenor del axioma, opus justitiae pax*" (1998:213)

afectado el derecho individual del transgresor, asunto que se focaliza o ha de focalizarse bien en sus derechos patrimoniales[3] o en la libertad ambulatoria del sujeto que resulta condenado[4] (aun cuando en algunas sociedades se cambia vida por vida, el caso de los Estados Unidos de Norteamérica es el ejemplo más contundente y contradictorio –si se quiere– y le siguen países de otros derredores con menos desarrollo en la cultura: *human rights*), siempre que se justifique en atención a la forma de lesión del objeto protegido. En suma partiendo de una realidad irrefragable, la libertad –en particular en el caso extremo– ha de afectarse siempre que el bien afligido pueda tener

---

[3] La vía de la mediación, el consenso, la oportunidad y la búsqueda de resolución del conflicto por vías alternas distintas a la propuesta del Derecho penal visto ortodoxamente, han comenzado a tener nueva figuración en la sociedad actual. Pues recuérdese que en algún momento de la historia se observó acontecimientos inclinados hacia la indemnización dando lugar a los sistemas de la composición (ubicado en los años 3.000 ac). Destaca sobre todo el convenimiento en pagar cantidades de dinero por la lesión producida, siempre que la víctima asiente la propuesta reparatoria, se privilegia la indemnización antes que la sanción punitiva impuesta por el Estado.

[4] En este contexto hay que contar que los mecanismos procesales buscan garantizar la efectiva aplicación de la pena mediante medidas cautelares. Esto se ha convertido en la piedra angular del problema general que se ha vivido en los últimos tiempos en torno al tema de la cárcel, pues – aunque no se quiera reconocer o algunos se empeñen en desconocer este planteo– se adelanta la aplicación de la pena a un momento antes de la condena mediante sentencia y ello lesiona de manera importante a la presunción de inocencia (Ferrajoli, 1996:553) y crea una distorsión en atención al "sentido" y los "fines de la pena" (si es que existe algún fin o fines) que no se podrían comprender al caso de las personas que están procesadas y que por lo tanto, mientras esté presente la inocencia ninguna medida que vaya en perjuicio de los derechos del ciudadano detenido podrían afectarle; en consecuencia, este mecanismo cautelar sólo ha de aplicarse de manera excepcional y ello no implica la conculcación de los derechos que asiste al detenido y en lo posible ha de entenderse de aplicación transitoria y es fundamental buscar mecanismos distintos a la privación de libertad, mientras se sigue el trámite procesal. Por cierto que en el Encuentro Europeo de los Directores Generales de las Administraciones Penitenciarias, celebrado en Messina y Roma en el mes de noviembre de 1989 se tomó como consideración previa: "*Las sanciones no privativas de libertad tienen una mayor eficacia y un coste inferior económico y social. De ahí la necesidad de intensificar la búsqueda de sanciones alternativas, que no supongan privación de libertad y extender su aplicación*" (Pascual Martínez,1989:109). Y en general se recomendó –entre otras– a la Organización de las Naciones Unidas y hacer extensivo a los Estados miembros: "*considerar limitar el ámbito de aplicación de la ley penal en relación con las conductas antisociales y examinar en qué medida y extensión alguna de las conductas actualmente delictivas podrían ser despenalizadas*". Por su parte, el Consejo de Europa en su recomendación R (87) 18, de 17/09/87, ante la parsimonia de la justicia penal instruyó la aplicación del principio de oportunidad, la descriminalización de infracciones menores, la transacción extrajudicial, la promoción del plea guilty, evitar las formalidades inútiles, prescindir del carácter no obligatorio de la instrucción (Aguilera Morales, 1998:49).De modo que se destaca la tendencia a minimizar el camino de los juicios penales y procurar que los casos que sean sometidos a la justicia tengan relevancia o al menos una justificación importante, esto por supuesto, aunado a las otras recomendaciones antes expuestas, contribuye a evitar la detención preventiva indiscriminada y a acortar los lapsos de detención cautelar justificada.

un referente similar o de mayor cualificación social[5]. Incluso, Bricola habría señalado que sólo si el bien jurídico afectado se encontraba encuadrado en el texto preceptivo de carácter constitucional, podía llegarse a conmover a la libertad; es decir, que a partir de esta línea de pensamiento, se considera un referente positivista de rango regulado superior del derecho fundamental a la libertad y que ésta ha de ser la guía que ha de seguir el operador jurídico para imponer medidas drásticas a favor de la prisión.

De modo que una primera conclusión aproximativa en relación con la pregunta que encabeza esta entrega, da entender que –efectivamente– por el hecho de existir una situación especial de sujeción de un ciudadano al sistema penal no puede implicar la pérdida generalizada de los derechos que le son inherentes[6] (la vida, la comunicación, la preparación, la asociación, el trabajo, la información), mucho menos si se trata de una prisión cautelar[7], y esta idea nos coloca de cara al dilema de resolver la pertenencia de esos derechos y su génesis, asunto que se reconoce no es fácil deducir, habida cuenta de las distintas posturas que se han destacado.

Al respecto, en cuanto a la naturaleza o índole de los derechos humanos en particular existe una seria discusión, pues –como ya se dijo– han existido varias tendencias; en

[5] Tal lo refiere García Valdés, la cárcel y todo su significado ha pasado a ser seriamente cuestionada y ya se plantean otros caminos y métodos de reacción frente al delito y se traza dejar a los establecimientos penitenciarios para la llamada delincuencia más "*peligrosa, agresiva y violenta*" (Derecho Penitenciario. Escritos, 1982-1989: 30). Estas ideas las refiere el autor con todo y que reconoce que ha habido un avance en los sistemas penitenciarios pues se ha pasado de métodos como: el Filadélfico (aislamiento celular diurno y nocturno), el auburniano (aislamiento nocturno con trabajo común diurno y silencio absoluto), el reformatorio y el sistema de individualización científica. A la idea de tratamiento con la previa observación y clasificación de los delincuentes. El trabajo penitenciario –según García V.– se condiciona lo más que se puede al que se desenvuelve en libertad y se continúa construyendo cárceles "modernas" con inversiones importantes (ídem).

[6] Según lo indica Rivera Beiras, el Tribunal Constitucional alemán entiende que existe restricción de derechos fundamentales de la persona una vez se encuentre en el interior de un centro penitenciario cumpliendo condena y cuando sea imprescindible a objeto de alcanzar los fines valorados en la Constitución y correlativos con la comunidad (La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría: 342).

[7] Es oportuno exponer un comentario de Ferrajoli a propósito de la presunción de inocencia frente a la detención cautelar, reconociendo su carácter ilegítimo e inadmisible, argumenta el citado autor: "*La historia de la prisión cautelar del imputado en espera de juicio está estrechamente vinculada a la de presunción de inocencia, en el sentido de que los límites dentro de los que la primera ha sido admitida y practicada en cada ocasión siguen de cerca los avatares teóricos y normativos de la segunda. Así sucedió que mientras en Roma se llegó tras diversas alternativas a la total prohibición de la prisión preventiva, en la Edad Media, con el desarrollo del proceso inquisitivo se convirtió en el presupuesto ordinario de la instrucción, basada esencialmente sobre la disponibilidad del cuerpo del acusado, como medio para obtener la confesión per tormenta. Y sólo volvió a ser estigmatizada en la época de la ilustración, de forma simultánea con la reafirmación del principio nulla poena, nulla culpa sine iudicio y el redescubrimiento del proceso acusatorio.*

unas oportunidades se les considera como plasmación de ideales *iusnaturalistas* (de derecho natural), esta imagen según Bobbio –citado por Rivera Beiras– se refiere al estado de la naturaleza donde la vida, la libertad y la propiedad se presentan como un conjunto para la supervivencia (1994:48). Existe, sin embargo, una escuela de pensamiento jurídico que, además de no apreciar dicha implicación, sostiene la postura contraria, puesto que se considera que es a partir del texto legal cuando se puede hablar de un efectivo reconocimiento del derecho del ser humano, independientemente de que no se hace otra cosa que representar lo proyectado por el acontecimiento de la vida. Para algunos, los derechos humanos son una constante auténtica, con clara raigambre en el mundo antiguo; para otros, son fruto del cristianismo y de la defensa que éste hace de la persona y su dignidad. Para los más, los derechos humanos aparecen –como tales– en la edad moderna y teorías como de la llamada "construcción social" busca un nuevo enfoque donde el ser no aparece en abstracto, aislado en su concepción natural e individual, sino de un hombre y una mujer que están y se desenvuelven a partir de la sociedad a la que forman parte; y se destaca, a partir de esta idea, una expansión multiplicadora y especificadora de los derechos (Proceso de multiplicación y especificación de los mismos: Bobbio y Treves) (Rivera Beiras, 1994:54). Como hecho histórico, esto es irrebatible. Todas esas líneas plantean diversos inconvenientes, pues dependiendo del enfoque que sobre ellas se tenga, dependerá la inclinación al deber de garantía y reconocimiento, con independencia de la situación particular de sometimiento punitivo. Pero, probablemente convenga ver algo de historia para tener una mejor idea.

Algo de historia en el proceso de positivación en materia de derechos humanos

Según la reseña historiográfica, la Edad Media fue una era en la que resaltaron los derechos estamentales y se privilegiaba a los órdenes de las clases propias de la configuración social de entonces. El oscurantismo se encargó de acortar cualquier posibilidad que diera lugar a interpretar el reconocimiento del hombre en su esencia y primaron las instituciones de cerco para evitar y cercenar las controversias ideológicas. En particular, en relación con los derechos humanos comenzó a hablarse en tanto los vínculos estamentales se relajaron, y a medida que se consolidó el Estado moderno. En sus orígenes surgieron frente a periodos de intolerancia –grupos minoritarios en Francia fueron perseguidos y reclamaron la tolerancia y la libertad de conciencia– al compás de las guerras de religión. En fin todo resultó de convulsiones colectivas.

Así para Hobbes, la prisión provisional no es una pena sino un 'acto hostil' contra el ciudadano, como cualquier daño a padecer a un hombre al encadenarlo o al encerrarlo antes de que su causa haya sido oída, y que vaya más allá de lo que es necesario para asegurar su custodia, va en contra de la ley de naturaleza" (1996:552)

Precisamente, a raíz de la conflictividad francesa de finales del XVIII, la Asamblea Nacional Constituyente de aquel tiempo, comenzó su actividad y tras el clero y la nobleza renunciar a sus privilegios en la sesión celebrada durante la noche del 4 de agosto de 1789; la Asamblea aprobó una legislación por la que quedaba abolido el régimen feudal y señorial y se suprimía el diezmo. A continuación, la Asamblea Nacional Constituyente se dispuso a comenzar su principal tarea, la redacción de una Constitución. En el preámbulo, denominado Declaración de los derechos del hombre, se formularon los ideales de la Revolución, sintetizados más tarde en tres principios: *la Libertad, la Igualdad, la Fraternidad*. Aunque estos principios fundamentales constituyeron la base del liberalismo político del siglo XIX, no fueron aplicados en la Francia revolucionaria: el monarca no aceptó que sus anteriores súbditos fueran ahora soberanos, y la Asamblea Legislativa aceptó el veto del rey. Al cabo de tres años, se abolió la monarquía y se proclamó la República. Otras dos declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano fueron aprobadas posteriormente durante el transcurso de la Revolución Francesa. La Declaración de 1793 tuvo un carácter más democrático (defendía el derecho a la sublevación frente a la tiranía y prohibía la esclavitud) y precedió a la Constitución de 1793. La Declaración de 1795, más próxima a la de 1789, supuso el preámbulo de la Constitución del año III.

Sin embargo, desde el punto de vista de los valores, la Declaración definía los derechos naturales del hombre, entre los que consideraba básicos la libertad (individual, de pensamiento, de prensa y credo), la igualdad (que debía ser garantizada al ciudadano por el Estado en los ámbitos legislativo, judicial y fiscal), la seguridad y la resistencia a la tiranía.

Un acontecimiento de mucha importancia para el tema en tratamiento, es que el símbolo atacado y destruido por las turbas dieciochescas fue la fortaleza de la Bastilla situada en la zona este de París, que fue empleada como prisión estatal en los siglos XVII y XVIII. Esta prisión constituía el símbolo de los atropellos pues ella se empleó como lugar de reclusión de los presos políticos. Todo ciudadano, de cualquier clase o profesión, que cayera en desdicha ante la corte era encarcelado bajo un mandato judicial secreto, conocido como *lettres-de-cachet* y encarcelado indefinidamente por orden real, sin que mediara acusación o juicio. De modo que esta simbología enrumba la proyección de los derechos fundamentales, pues ya de antemano se venía denunciando insistentemente al sistema punitivo imperante (Beccaria* y Howard

* Este autor se mostraba contrario a la imposición de penas crueles e injustas, y afirmaba que la pena ha asignarse a cada delito debía ser lo bastante dura como para que la persona la valorara en relación con las ventajas que el delito le pudiera reportar, pero no más. Además, es necesario puntualizar que en el siglo XIX destacó Dorado Montero y su pensamiento correccionalista, cuyo fundamento se caracterizó por la idea no sancionadora, y mucho menos represora del Derecho penal, especialmente en lo referente a la función y finalidad del sistema penitenciario. Consideraba que la prevención del delito y la corrección del delincuente debían ser las máximas aspiraciones de todo ordenamiento jurídico. Asimismo, fue uno de los precursores de los proyectos para la reinserción del penado en la sociedad, en tanto que sólo la enfermedad le había hecho infringir las normas de la misma.

–citados por García Valdés– pusieron de relieve la crueldad con que se manejaba en la imposición de penas. Sobre todo, el último de los mencionados (Howard) tras recorrer lo que llama la "geografía del dolor" coincide con las denuncias dadas por Beccaria y desde aquí se intenta proyectar un Derecho punitivo más humano) (Derecho Penitenciario: 26). En definitiva, los derechos encuentran su consagración final y se recogen, más adelante, en declaraciones de derechos, que propician el tránsito de los derechos humanos a estamentos dotados de garantías (manera en que ha de materializarse la acción).

Pero años antes de la revuelta francesa y sus implicaciones políticas, sociales y culturales en general, en otra parte del globo se gestaba una revolución, específicamente la historia de Estados Unidos tiene en su seno la proclamación de la independencia de las trece colonias británicas de América del Norte el 4 de julio de 1776 (esta proclama constituye el proceso que partió del 7 de junio de 1776 cuando Richard Henry Lee, en nombre de los delegados de Virginia en el Congreso Continental, propuso la disolución de los vínculos que unían a las colonias con Gran Bretaña). La declaración expresaba las penalidades sufridas por las colonias bajo el gobierno de la Corona británica y las declaraba estados libres e independientes. La proclamación de la independencia supuso la culminación de un proceso político que había comenzado como protesta contra las restricciones impuestas por la metrópoli al comercio colonial, las manufacturas y la autonomía política, y que evolucionó hasta convertirse en una lucha revolucionaria que acabó en la creación de una nueva nación.

Justamente esta gesta revolucionaria tuvo una influencia constante durante muchos años en los procesos políticos de Europa y América. Sirvió como fuente de autoridad para la Ley de Derechos de la Constitución de Estados Unidos. Entre otras cosas se menciona que la declaración constitucional francesa acerca de los derechos del hombre parte de esta iniciativa empeñada en la Constitución norteamericana.

Ya a partir del siglo XIX el derrumbamiento de las colonias y el florecimiento de nuevas naciones independientes promueven el efecto multiplicador de los derechos humanos aunque con cierta discreción. Pero, ya a comienzos del siglo XX un empeño imperialista se apodera del escenario y no es sino a raíz de la Segunda Guerra Mundial que los derechos humanos se establecieron en el marco del Derecho Internacional como inicio de la positivación internacional (Treves citado por Ribera Beiras, 1994: 48), ya que los anteriores reconocimientos de derechos humanos se manifestaron en sedes locales,

bien en EEUU o en Francia, a pesar de que los acontecimientos revolucionarios dieron origen al movimiento libertador en América e inspiraron las constituciones regionales periféricas, específicamente la Constitución venezolana de 1811 y la de la Gran Colombia (proyecto político llevado por Bolívar para unificar a dos naciones Colombia y Venezuela, cuya capital fue –momentáneamente– Bogotá) en 1819 tenían esa inspiración. A partir de este estreno internacional, se elaboraron numerosos documentos destinados a catalogar esos derechos, propiciar su protección, declarar su importancia y la necesidad de respetarlos.

En primer lugar, hay que citar a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por las Naciones Unidas (antes: "Sociedad de Naciones") el 10 de diciembre de 1948, que distingue entre derechos relativos a la existencia misma de la persona y los tocantes a su protección y seguridad, a la vida política, social y jurídica de la misma, y los derechos de contenido económico y social. Son, asimismo, relevantes: la Declaración de Derechos del Niño, firmada el 20 de noviembre de 1959; la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, suscrita el 20 de diciembre de 1959; el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, estos dos últimos adoptados por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. En el ámbito europeo, destaca la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, nacida el 4 de noviembre de 1950, en el seno del Consejo de Europa y que cuenta con una Comisión y con el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, con competencia, llegado el caso, para proceder al examen y la resolución de conflictos relacionados con la vulneración de los derechos y libertades contenidos en la Convención. Por su parte, en América se hizo otro tanto y mediante la creación de la Organización de los Estados Americanos, se dio paso a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (1948) y posteriormente en el año 1978 se incorpora la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y entra en vigor a partir del 18 de julio de 1978, que da paso a la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos ambas con creciente desarrollo para llevar adelante el espíritu que anima y fundamenta el contenido de la Convención, hoy reconocida por todos los países americanos, menos por los Estados Unidos (la razón aparente por la que EEUU no suscribe la Convención se finca en la prohibición de la pena de muerte que se contiene en la declaración como principio básico al respeto por la vida), a pesar de que la OEA y la Corte Interamericana están ubicadas en su suelo.

A todas éstas, se cuenta con dos sistemas de protección de los derechos humanos uno en el continente americano y otro en el europeo, cada cual circunscrito a las especiales circunstancias materializadas en los acuerdos y cada vez ambos han ido tomando mayor auge e influjo en el desarrollo de la conciencia a favor de los derechos

inherentes a la persona humana, sus doctrinas y decisiones hacen sentir y cada vez ganan espacio en el acontecer jurídico internacional y regional.

De todo este proceso se destacan tres fases: una declaración de derechos que nace como conjunto de teorías políticas y filosóficas. Se tornan universales por lo que al contenido respecta y porque se refieren a cualquier hombre con abstracción de lo temporal y local; ante todo se muestran muy limitadas en lo que a eficacia se refiere, al ser (como mucho) propuestas de *lege ferenda*. Luego y en algunas ocasiones, las declaraciones de derechos llegan a ocupar espacios institucionales de orden supranacional a modo de premisas y compromisos ineludibles por los Estados miembros de una comunidad, con lo cual los derechos fundamentales ganan en concreto lo que pierden en abstracción y dispersión, es decir, se materializan en forma positiva, pasando de esta manera a influir a la legislación nacional y con ello quedan protegidos como derechos subjetivos exigibles. El Estado por compromiso internacional los reconoce de forma efectiva. Mas en la práctica existe una tendencia a desconocerlos. En suma las tres caras de los derechos fundamentales serían a la vista de lo expuesto: 1) ideologización (por vía de la concepción naturalista, eticista, convencionalista, política religiosa o cualquier otra) de los derechos fundamentales. 2) referente supraconstitucional en forma de principio (considerado a partir de la intervención internacional con miras a crear un cuerpo normativo sólido con suficiente fortaleza para imponer su respeto). 3) positivación normativa con claro horizonte constitucional y legal.

Con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 comenzó la afirmación de los citados derechos y se ubican al mismo tiempo entre la universalidad y positividad. Todos los seres humanos se reflejan en este marco de comprensión y no tan sólo los ciudadanos de uno u otro Estado, los derechos humanos no sólo serán proclamados, sino protegidos de un modo material, incluso contra el propio Estado.

La legislación internacional humanitaria a propósito de los detenidos

Ya en los anteriores párrafos se había revelado la idea de que efectivamente una persona detenida no pierde en forma generalizada los derechos que les son inmanentes. Se han construido un sin fin de planteamientos que justifican o no la necesaria imposición de medidas que chocan con la postura inicial de los derechos humanos. Tal vez éste no sea el momento de entrar a plantear toda la diatriba que circunda el problema; se gastarían muchas páginas y tinta y no se llegaría a una solución en concreto; pero, lo que sí es notable es todo un movimiento legislativo internacional que busca controlar o –al menos– influir en las conductas de los Estados para mantener una política orientada al acato de los derechos fundamentales por más que exista un sometimiento a prisión; claro, en todas ellas, se deja colar cierta timidez en cuanto al

hecho de la sujeción especial y la restricción de derechos del encarcelado. Pero, aún así, el tema no deja de tener su importancia y tal como lo indica Bueno Arus, fue Maurice Waller, quien ostentaba el cargo de Director de Prisiones de Inglaterra y Gales, que propuso a la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria Internacional, **las reglas para el tratamiento de las personas privadas de libertad** –a propósito de las corrientes reformistas de finales del siglo anterior y comienzos del que recién finaliza– en el año 1925. Luego esta versión es reelaborada en 1933 y aprobadas en el año 1934 en la XV Asamblea de la Sociedad de Naciones y se instó a todos los países miembros a adaptar el régimen penitenciario a estos postulados aprobados. Mas, esta versión no duró mucho, pues, fue reformada en el año 1951, luego de la creación de la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria formada en el año 1949 y nuevamente, según lo refiere el citado autor, los estudios de diversos grupos regionales y seminarios dieron paso a que en el primer Congreso de las Naciones Unidas en materia de Delito y Tratamiento del Delincuente en 1955 aprobaran las nuevas propuestas. Ya en estas reglas se reconocían los derechos humanos de los reclusos, aun cuando en un planteamiento muy superficial, cauteloso y poco directo a diferencia de las declaraciones de la ONU posteriores que luego se verán, y se estableció una metodología general para manejar la detención, cuestión que varió sustancialmente *a posteriori*, al tomarse otras técnicas dada por las ideas más recientes y el desarrollo tecnológico. En el preámbulo expresamente se indica:

> *1. El objeto de las reglas siguientes no es de describir en forma detallada un sistema penitenciario modelo, sino únicamente establecer, inspirándose en conceptos generalmente admitidos en nuestro tiempo y en los elementos esenciales de los sistemas contemporáneos más adecuados, los principios y las reglas de una buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos.*
>
> *2. Es evidente que debido a la gran variedad de condiciones jurídicas, sociales, económicas y geográficas existentes en el mundo, no se pueden aplicar indistintamente todas las reglas en todas partes y en todo tiempo. Sin embargo, deberán servir para estimular el esfuerzo constante por vencer las dificultades prácticas que se oponen a su aplicación, en vista de que representan en su conjunto las condiciones mínimas admitidas por las Naciones Unidas.*
>
> *3. Además, los criterios que se aplican a las materias a que se refieren estas reglas evolucionan constantemente. No tienden a excluir la posibilidad de experiencias y prácticas, siempre que éstas se ajusten a los principios y propósitos que se desprenden del texto de las reglas. Con ese espíritu, la administración penitenciaria central podrá siempre autorizar cualquier excepción a las reglas.*

Asimismo, en el año 1975 la Asamblea General de la ONU aprobó **la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes** en su resolución 3452 (XXX), de 9 de diciembre de 1975 y su contenido se dirige a condenar todo acto de tortura u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante, pues ello constituye una ofensa a la dignidad humana y en el caso de violación de la declaración el infractor será condenado –según lo describe el artículo 2 del citado documento– como infractor de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos. La declaración instruye a los Estados para que en el adiestramiento de la Policía y de los demás funcionarios responsables de las personas privadas de su libertad, se aseguraren que haya plena conciencia de la prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Por demás, la prohibición ha de ser incluida en cada caso, en las normas o instrucciones generales que se publiquen en relación con los deberes y funciones de cualquier encargado de la custodia (Art. 5).

Por otro lado, en Europa, el Comité Europeo de Problemas Criminales a partir de 1967 se planteó el estudio de las Reglas y no fue sino en el año 1973 cuando el Consejo de Europa aprobó unos principios e indicó a los países miembros que los adoptaran tanto en la legislación interna como en la práctica. Al final después de diversos acontecimientos en 1987[9] el Consejo de Europa aprueba otras recomendaciones y en ellas se establecen: reglas para asegurar condiciones humanas para la reclusión y tratamiento positivo[10] y otra serie de indicaciones dirigidas al personal penitenciario a

[9] En este mismo año se aprueban las Reglas Mínimas para el tratamiento en medio libre, aspecto regular de las medidas alternativas (Bueno Arus, 1987:12)

[10] Mucho se dice que el tratamiento y la rehabilitación de los delincuentes ha mejorado en muchas áreas, aun cuando la realidad sobrepesa esa afirmación (ello no quiere decir que en algún país funcionen las cosas de maravillas; pero en realidad existe una crítica generalizada). Aparentemente, en algunos países se intenta sostener la idea de que se ha logrado una mejor comprensión de los problemas emocionales de los condenados, que han sido estudiados y se han hecho esfuerzos para mejorar su situación; no obstante tal como lo expone Bergalli al referirse a la situación carcelaria en España: "*los usos instrumentales de prácticas penitenciarias se orientan a mantener el orden y la disciplina de la cárcel. He aquí el tratamiento como una quimera*" (1999:77). En este sentido, la formación del personal penitenciario contando con psicólogos y trabajadores sociales para ayudar a los detenidos a adaptarse y lograr la llamada "reinserción en la sociedad" a través de programas de reforma y rehabilitación dirigidos tanto a jóvenes como a adultos, son para Bergalli una máscara de protección humanitaria (1999:73). Por otro lado, el fenómeno de la delincuencia asciende y las actividades criminales de los jóvenes y los adultos, constituyen el principal producto del hundimiento o quiebre de las normas sociales, legales y convencionales, como producto de la postindustrialización,

fin de garantizar una adecuada administración de los servicios. En definitiva –según expresa Bueno Arus– las Reglas: *"tienen sin embargo un elevado valor moral y deontológico respecto de las orientaciones de los sistemas penitenciarios de los Estados miembros, estimulado por la labor de vigilancia de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa, y además valor jurídico positivo en los países cuya legislación interna ha incorporado las Reglas Mínimas o permite que sean invocadas por los interesados en defensa de sus derechos"* (1987:13). Conforme lo manifiesta el expositor las reglas europeas se fundan en los siguientes principios: **dignidad humana, principio de no discriminación, libertad religiosa y moral, finalidad de reinserción social, respeto a los derechos individuales de los reclusos, sobre todo el principio de legalidad en la ejecución de las penas** (idem).

Paralelamente, a la aprobación de las Reglas Mínimas antes señaladas, además, la ONU aprobó un conjunto de principios que se relacionan con las personas detenidas bajo cualquier forma y lleva por nominación: "Conjunto de Prińcipios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión" adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988 y dichos principios tienen por ámbito: *"la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión"*. En consecuencia:

- *No se restringirá o menoscabará ninguno de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres –so pretexto– de que el presente Conjunto de Principios no reconoce esos derechos o los reconoce en menor grado.*

Por demás en el documento de la ONU se insiste en los siguientes postulados para que los Estados miembros los acaten. Así:

Principios dirigidos a preservar la vida, integridad física y salud del detenido:

- *Toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.*
- *Ninguna persona detenida será sometida a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No podrá invocarse circunstancia alguna como*

la desurbanización, la des-culturización, el incremento de la desmovilidad y la movilidad física y social y los efectos perversos del desempleo, el hambre, la miseria, las crisis económicas operadas por los grandes capitales (la llamada globalización que se ha constituido en el mecanismo más brutal de dominación) y las guerras.

justificación de la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

- *Estará prohibido abusar de la situación de una persona detenida o presa para obligarla a confesar o declarar contra sí misma o contra cualquier otra persona.*
- *Ninguna persona detenida será sometida, durante su interrogatorio, a violencia, amenazas o cualquier otro método de interrogación que menoscabe su capacidad de decisión o su juicio.*
- *Ninguna persona detenida o presa será sometida, ni siquiera con su consentimiento, a experimentos médicos o científicos que puedan ser perjudiciales para su salud.*
- *La duración de todo interrogatorio a que se someta a una persona detenida o presa y la de los intervalos entre los interrogatorios, así como la identidad de los funcionarios que los hayan practicado y la de las demás personas presentes, serán consignadas en registros y certificadas en la forma prescrita por ley.*

Principios dirigidos a preservar el debido proceso:

- *El arresto, la detención o la prisión sólo se llevarán a cabo en estricto cumplimiento de la ley y por funcionarios competentes o personas autorizadas para ese fin.*
- *Toda forma de detención o prisión y todas las medidas que afectan a los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión deberán ser ordenadas por un juez u otra autoridad, o quedar sujetas a la fiscalización efectiva de un juez u otra autoridad.*
- *Las medidas que se apliquen con arreglo a la ley y que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y la condición especial de la mujer, en particular de las mujeres embarazadas y las madres lactantes, los niños y los jóvenes, las personas de edad, los enfermos o los impedidos, no se considerarán discriminatorias. La necesidad y la aplicación de tales medidas estarán siempre sujetas a revisión por un juez u otra autoridad.*
- *Toda persona arrestada será informada en el momento de su arresto de la razón por la que se procede a él y notificada sin demora de la acusación formulada contra ella.*
- *Nadie será mantenido en detención sin tener la posibilidad real de ser oído sin demora por un juez u otra autoridad. La persona detenida tendrá el derecho de defenderse por sí misma o ser asistida por un abogado según prescriba la ley.*
- *Las autoridades responsables del arresto, detención o prisión de una persona deberán suministrarle, en el momento del arresto y al comienzo*

del período de detención o de prisión o poco después, información y una explicación sobre sus derechos, así como sobre la manera de ejercerlos

- *Prontamente después de su arresto y después de cada traslado de un lugar de detención o prisión a otro, la persona detenida o presa tendrá derecho a notificar, o a pedir que la autoridad competente notifique, a su familia o a otras personas idóneas que él designe, su arresto, detención o prisión o su traslado y el lugar en que se encuentra bajo custodia.*
- *Si se trata de un extranjero, la persona detenida o presa será también informada prontamente de su derecho a ponerse en comunicación por los medios adecuados con una oficina consular o la misión diplomática del Estado del que sea nacional o de aquel al que, por otras razones, competa recibir esa comunicación, de conformidad con el derecho internacional o con el representante de la organización internacional competente, si se trata de un refugiado o se halla bajo la protección de una organización intergubernamental por algún otro motivo.*
- *Si la persona detenida o presa es un menor o una persona incapaz de entender cuáles son sus derechos, la autoridad competente se encargará por iniciativa propia de efectuar la notificación a que se hace referencia en este principio. Se velará en especial porque los padres o tutores sean notificados.*
- *La autoridad competente hará o permitirá que se hagan sin demora las notificaciones a que se hace referencia en el presente principio. Sin embargo, la autoridad competente podrá retrasar una notificación por un período razonable en los casos en que las necesidades excepcionales de la investigación así lo requieran*

Principios de no discriminación, comunicación, educación e información:

- *Los presentes principios se aplicarán a todas las personas en el territorio de un Estado, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia religiosa, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.*
- *Toda persona detenida o presa tendrá el derecho de ser visitada, en particular por sus familiares, y de tener correspondencia con ellos y tendrá oportunidad adecuada de comunicarse con el mundo exterior, con sujeción a las condiciones y restricciones razonables determinadas por ley o reglamentos dictados conforme a derecho.*
- *Si la persona detenida o presa lo solicita, será mantenida en lo posible en un lugar de detención o prisión situado a una distancia razonable de su lugar de residencia habitual.*

- *La persona detenida o presa, o su abogado, cuando lo disponga la ley, tendrá acceso a la información descrita en el párrafo 1 del presente principio*
- *La persona detenida o presa tendrá derecho a obtener, dentro de los límites de los recursos disponibles si se trata de fuentes públicas, cantidades razonables de materiales educacionales, culturales y de información, con sujeción a condiciones razonables que garanticen la seguridad y el orden en el lugar de detención o prisión.*

Es muy probable que la nueva orientación planteada por el Consejo de Europa en relación con las medidas sobre detenidos haya influido en el anterior documento de la ONU y un nuevo instrumento que sobre **principios básicos para el tratamiento de** reclusos se adoptó y proclamó por la Asamblea General en su resolución 45/111, del 14 de diciembre de 1990, cuyo texto grosso modo contiene normas que se dirigen al personal penitenciario y otras que se refieren a los detenidos así:

Principios dirigidos a los reclusos en resguardo de la vida, integridad física, salud, no discriminación, derecho a la educación, al trabajo y la información:

- *Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor inherentes de seres humanos.*
- *No existirá discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otros factores.*
- *Sin perjuicio de lo que antecede, es necesario respetar las creencias religiosas y los preceptos culturales del grupo a que pertenezcan los reclusos, siempre que así lo exijan las condiciones en el lugar.*
- *Con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y, cuando el Estado de que se trate sea parte, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, así como de los demás derechos estipulados en otros instrumentos de las Naciones Unidas.*
- *Todos los reclusos tendrán derecho a participar en actividades culturales y educativas encaminadas a desarrollar plenamente la personalidad humana.*
- *Se tratará de abolir o restringir el uso del aislamiento en celda de castigo como sanción disciplinaria y se alentará su abolición o restricción.*
- *Se crearán condiciones que permitan a los reclusos realizar actividades laborales remuneradas y útiles que faciliten su reinserción en el mercado*

laboral del país y les permitan contribuir al sustento económico de su familia y al suyo propio.

- *Los reclusos tendrán acceso a los servicios de salud de que disponga el país, sin discriminación por su condición jurídica.*

Reglas dirigidas al personal penitenciario:

- *El personal encargado de las cárceles cumplirá con sus obligaciones en cuanto a la custodia de los reclusos y la protección de la sociedad contra el delito de conformidad con los demás objetivos sociales del Estado y con su responsabilidad fundamental de promover el bienestar y el desarrollo de todos los miembros de la sociedad.*
- *Con la participación y ayuda de la comunidad y de instituciones sociales, y con el debido respeto de los intereses de las víctimas, se crearán condiciones favorables para la reincorporación del ex recluso a la sociedad en las mejores condiciones posibles.*
- *Los principios que anteceden serán aplicados en forma imparcial.*

Los principios expresados informan en gran medida el desarrollo y aplicación de las Reglas Mínimas y cualquier otra de las normas que tienen que ver con el régimen penitenciario; pero al lado de estas iniciativas, además, pueden contarse con otros instrumentos que se relacionan estrechamente con la situación del detenido sea desde la perspectiva del proceso (defensa y el trabajo de la autoridad del Fiscal), sea en torno a la situación procesal o lo concerniente al internamiento o las medidas no privativas de libertad, algunas también recogen aspectos que tocan con la judicatura para garantizar el cumplimiento efectivo de la Ley.

En este sentido, destaca en primer lugar **las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad** conocidas como las Reglas de Tokio, Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de fecha 14 de diciembre de 1990; en este documento se instruye entre otras cosas:

> *Las Reglas mínimas contienen una serie de principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión.*

Las Reglas tienen por objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que respecta al tratamiento del delincuente, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad.

En materia de juicio destaca el acuerdo lo siguiente:

> *Cuando así proceda y sea compatible con el ordenamiento jurídico, la policía, la fiscalía u otros organismos que se ocupen de casos penales deberán estar facultados para retirar los cargos contra el delincuente si consideran que la protección de la sociedad, la prevención del delito o la promoción del respeto a la ley y los derechos de las víctimas no exigen llevar adelante el caso. A efectos de decidir si corresponde el retiro de los cargos o la institución de actuaciones, en cada ordenamiento jurídico se formulará una serie de criterios bien definidos. En casos de poca importancia el fiscal podrá imponer las medidas adecuadas no privativas de la libertad, según corresponda.*

La prisión preventiva como último recurso

En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima.

Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 6.1 y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano.

El delincuente tendrá derecho a apelar ante una autoridad judicial u otra autoridad independiente y competente en los casos en que se imponga prisión preventiva.

En cumplimiento del acuerdo la autoridad judicial podrá sustituir la privación de libertad y tomar medidas alternas:

Imposición de sanciones

> *La autoridad judicial, que tendrá a su disposición una serie de sanciones no privativas de la libertad, al adoptar su decisión deberá tener en consideración las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima, quien será consultada cuando corresponda.*

Las autoridades competentes podrán tomar las medidas siguientes:

Sanciones verbales, como la amonestación, la reprensión y la advertencia

- Libertad condicional
- Penas privativas de derechos o inhabilitaciones
- Sanciones económicas y penas en dinero, como multas y multas sobre los ingresos calculados por días
- Incautación o confiscación
- Mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización
- Suspensión de la sentencia o condena diferida
- Régimen de prueba y vigilancia judicial
- Imposición de servicios a la comunidad
- Obligación de acudir regularmente a un centro determinado
- Arresto domiciliario
- Cualquier otro régimen que no entrañe reclusión
- Alguna combinación de las sanciones precedentes.

En cuanto a la fase de ejecución se destaca:

Fase posterior a la sentencia

Medidas posteriores a la sentencia

Se pondrá a disposición de la autoridad competente una amplia serie de medidas sustitutivas posteriores a la sentencia a fin de evitar la reclusión y prestar asistencia a los delincuentes para su pronta reinserción social

Podrán aplicarse medidas posteriores a la sentencia como las siguientes:

- Permisos y centros de transición
- Liberación con fines laborales o educativos
- Distintas formas de libertad condicional
- La remisión
- El indulto.

La decisión con respecto a las medidas posteriores a la sentencia, excepto en el caso del indulto, será sometida a la revisión de una autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente, si lo solicita el delincuente.

Se considerarán cuanto antes las posibilidades de poner en libertad al recluso de un establecimiento y asignarlo a un programa no privativo de la libertad.

Además, se destacan entre otras normas lo referente a la Disciplina e incumplimiento de las obligaciones e indicaciones sobre el tratamiento:

- *El incumplimiento de las obligaciones impuestas al delincuente puede dar lugar a la modificación o revocación de la medida no privativa de la libertad.*
- *La modificación o revocación de la medida no privativa de la libertad corresponderá a la autoridad competente; procederá a ello solamente después de haber examinado cuidadosamente los hechos aducidos por el funcionario supervisor y por el delincuente.*
- El fracaso de una medida no privativa de la libertad no constituye la imposición de una medida privativa de la libertad.
- *En caso de modificación o revocación de la medida no privativa de la libertad, la autoridad competente intentará imponer una medida sustitutiva no privativa de la libertad que sea adecuada. Sólo se podrá imponer la pena de prisión cuando no haya otras medidas sustitutivas adecuadas.*
- Cuando el obligado no cumpla con lo dispuesto, la ley determinará a quién corresponde dictar la orden de detenerlo o de mantenerlo bajo supervisión.
- En caso de modificación o revocación de la medida no privativa de la libertad, el obligado podrá recurrir ante una autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente.

En cuanto al tratamiento:

- *En el marco de una medida no privativa de la libertad determinada, cuando corresponda, se establecerán diversos sistemas, por ejemplo, ayuda psicosocial individualizada, terapia de grupo, programas residenciales y tratamiento especializado de distintas categorías de delincuentes, para atender a sus necesidades de manera más eficaz.*
- *El tratamiento deberá ser dirigido por profesionales con adecuada formación y experiencia práctica.*
- *Cuando se decida que el tratamiento es necesario, se hará todo lo posible por comprender la personalidad, las aptitudes, la inteligencia y los valores del delincuente, y especialmente las circunstancias que lo llevaron a la comisión del delito.*
- *La autoridad competente podrá hacer participar a la comunidad y a los sistemas de apoyo social en la aplicación de las medidas no privativas de la libertad.*
- *El número de casos asignados se mantendrá, en lo posible, dentro de límites compatibles con la aplicación eficaz de los programas de tratamiento.*
- *La autoridad competente abrirá y mantendrá un expediente para cada delincuente.*

En el año 1990 –a propósito del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) el 27 de agosto– se aprobó un grupo de principios en relación con la función del abogado en el proceso penal y sobre todo enfatiza el acuerdo la necesidad de acceso a la defensa a las personas que requiera este auxilio. Estos fundamentos son del siguiente tenor:

Principios Básicos sobre la Función de los Abogados

a) *Toda persona está facultada para recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y demuestre sus derechos y lo defienda en todas las fases del procedimiento penal.*

b) *Los gobiernos procurarán que se establezcan procedimientos eficientes y mecanismos adecuados para hacer posible el acceso efectivo y en condiciones de igualdad a la asistencia letrada de todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sometidas a su jurisdicción, sin ningún tipo de distinción, como discriminaciones por motivos de raza, color, origen étnico, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, situación económica u otra condición.*

c) *Los gobiernos velarán por que se faciliten fondos y otros recursos suficientes para asistencia jurídica a las personas pobres, y, en caso necesario, a otras personas desfavorecidas. Las asociaciones profesionales de abogados colaborarán en la organización y prestación de servicios, medios materiales y otros recursos.*

d) *Los gobiernos y las asociaciones profesionales de abogados promoverán programas para informar al público acerca de sus derechos y obligaciones en virtud de la ley y de la importante función que desempeñan los abogados en la protección de sus libertades fundamentales. Debe prestarse especial atención a la asistencia de las personas pobres y de otras personas menos favorecidas a fin de que puedan probar sus derechos y, cuando sea necesario, recurrir a la asistencia de un abogado.*

Específicamente en materia penal:

- *Los gobiernos velarán por que la autoridad competente informe inmediatamente a todas las personas acusadas de haber cometido un delito o arrestadas, o detenidas, de su derecho a estar asistidas por un abogado de su elección.*
- *Todas esas personas, cuando no dispongan de abogado, tendrán derecho siempre que el interés de la justicia así lo demande, a que se les asigne*

abogados con la experiencia y competencia que requiera el tipo de delito de que se trate a fin de que les presten asistencia jurídica eficaz y gratuita, si carecen de medios suficientes para pagar sus servicios.
- *Los gobiernos garantizarán, además, que todas las personas arrestadas, o detenidas, con una acusación penal o no, tengan acceso a un abogado inmediatamente, y en cualquier caso dentro de las 48 horas siguientes al arresto o a la detención.*
- *A toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación.*

En cuanto a las obligaciones de los abogados:

- Prestar asesoramiento con respecto a los derechos y obligaciones, así como con respecto al funcionamiento del ordenamiento jurídico, en tanto sea pertinente a los derechos y obligaciones de los clientes.
- Prestar asistencia en todas las formas adecuadas, y adoptar medidas jurídicas para protegerlos o defender sus intereses.
- Prestar asistencia ante los tribunales judiciales, otros tribunales u organismos administrativos, cuando corresponda.
- *Los abogados, al proteger los derechos de sus clientes y defender la causa de la justicia, procurarán apoyar los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por el derecho nacional e internacional, y en todo momento actuarán con libertad y diligencia, de conformidad con la ley y las reglas y normas éticas reconocidas que rigen su profesión.*
- Los abogados velarán lealmente en todo momento por los intereses de sus clientes.

Algunas prerrogativas que se derivan de la función serían:

a) Los abogados no serán identificados con sus clientes ni con las causas de sus clientes como consecuencia del desempeño de sus funciones.

b) Ningún tribunal ni organismo administrativo ante el que se reconozca el derecho a ser asistido por un abogado se negará a reconocer el derecho de un abogado a presentarse ante él en nombre de su cliente, salvo que el abogado haya sido inhabilitado de conformidad con las leyes y prácticas nacionales y con estos principios.

c) Los abogados gozarán de inmunidad civil y penal por las declaraciones que hagan de buena fe, por escrito o en los alegatos orales, o bien al comparecer como profesionales ante un tribunal judicial, otro tribunal u órgano jurídico o administrativo.

d) Las autoridades competentes tienen la obligación de velar por que los abogados tengan acceso a la información, los archivos y documentos pertinentes que estén en su poder o bajo su control con antelación suficiente para que puedan prestar a sus clientes una asistencia jurídica eficaz. Este acceso se facilitará lo antes posible.

e) Los gobiernos reconocerán y respetarán la confidencialidad de todas las comunicaciones y consultas entre los abogados y sus clientes, en el marco de su relación profesional.

En la misma ocasión en que se aprobaron los principios que rigen a la función del abogado en materia penal, también se establecieron las "**Directrices sobre la Función de los Fiscales**" aprobadas en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, en septiembre de 1990.

Aquí en este documento se destaca en materia de selección de los Fiscales:

- *Las personas designadas como fiscales serán personas probas e idóneas con formación y calificaciones adecuadas.*
- *Los Estados adoptarán las medidas necesarias para que:*

a) Los criterios de selección de los fiscales contengan salvaguardias contra designaciones basadas en predilecciones o prejuicios y excluyan toda discriminación en contra de una persona por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, procedencia nacional, social o étnica, situación económica, nacimiento, situación económica u otra condición, con la excepción de que no se considerará discriminatorio exigir que el candidato que postule al cargo de fiscal sea nacional del país.

b) Los fiscales tendrán una formación y capacitación adecuadas y serán conscientes de los ideales y obligaciones éticas correspondientes a su cargo, de la protección que la Constitución y las leyes brindan a los derechos del sospechoso y de la víctima, y de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

Función de los fiscales en el procedimiento penal:

1. *El cargo de fiscal estará estrictamente separado de las funciones judiciales.*
2. *Los fiscales desempeñarán un papel activo en el procedimiento penal, incluida la iniciación del procedimiento y, cuando así lo autorice la ley o se ajuste a la práctica local, en la investigación de delitos, la supervisión de la legalidad de esas investigaciones, la supervisión de la ejecución de fallos judiciales y el ejercicio de otras funciones como representantes del interés público.*
3. *Los fiscales, de conformidad con la ley, deberán cumplir sus funciones con imparcialidad, firmeza y prontitud, respetar y proteger la dignidad humana y defender los derechos humanos, contribuyendo de esa manera a asegurar el debido proceso y el buen funcionamiento del sistema de justicia penal.*
4. *En cumplimiento de sus obligaciones, los fiscales:*

   - *Desempeñarán sus funciones de manera imparcial y evitarán todo tipo de discriminación política, social, religiosa, racial, cultural, sexual o de otra índole.*
   - *Protegerán el interés público, actuarán con objetividad, tendrán debidamente en cuenta la situación del sospechoso y de la víctima, y prestarán atención a todas las circunstancias pertinentes, prescindiendo de que sean ventajosas o desventajosas para el sospechoso.*
   - *Mantendrán el carácter confidencial de los materiales que obren en su poder, salvo que requiera otra cosa el cumplimiento de su deber o las necesidades de la justicia.*
   - *Considerarán las opiniones e inquietudes de las víctimas cuando se vean afectados sus intereses personales y asegurarán que se informe a las víctimas de sus derechos con arreglo a la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder.*
5. *Los fiscales no iniciarán ni continuarán un procedimiento, o bien, harán todo lo posible por interrumpirlo, cuando una investigación imparcial demuestre que la acusación es infundada.*
6. *Los fiscales prestarán la debida atención al enjuiciamiento de los funcionarios que hayan cometido delitos, especialmente en los casos de corrupción, abuso de poder, violaciones graves de derechos humanos y otros delitos reconocidos por el derecho internacional y, cuando lo autoricen las leyes o se ajuste a la práctica local, a la investigación de esos delitos.*
7. *Cuando los fiscales tengan en su poder pruebas contra sospechosos y sepan o tengan sospechas fundadas de que fueron obtenidas por métodos ilícitos que constituyan una violación grave de los derechos humanos del*

sospechoso, especialmente torturas, tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes u otros abusos de los derechos humanos, se negarán a utilizar esas pruebas contra cualquier persona, salvo contra quienes hayan empleado esos métodos, o lo informarán a los tribunales, y adoptarán todas las medidas necesarias para asegurar que los responsables de la utilización de dichos métodos comparezcan ante la justicia.

Alternativas del enjuiciamiento conforme al derecho nacional vigente:

- *De conformidad con la legislación nacional, los fiscales considerarán debidamente la posibilidad de renunciar al enjuiciamiento, interrumpirlo condicional o incondicionalmente o procurar que el caso penal no sea considerado por el sistema judicial, respetando plenamente los derechos del sospechoso y de la víctima. A estos efectos, los Estados deben explorar plenamente la posibilidad de adoptar sistemas para reducir el número de casos que pasan la vía judicial no solamente para aliviar la carga excesiva de los tribunales, sino también para evitar el estigma que significan la prisión preventiva, la acusación y la condena, así como los posibles efectos adversos de la prisión.*
- *En los países donde los fiscales están investidos de facultades discrecionales para pronunciarse sobre el enjuiciamiento de un menor, deberá tenerse especialmente en cuenta el carácter y la gravedad del delito, la protección de la sociedad y la personalidad y los antecedentes del menor. Cuando se pronuncien, los fiscales tendrán especialmente en cuenta las posibles alternativas del enjuiciamiento de conformidad con las leyes y procedimientos pertinentes en materia de justicia de menores. Los fiscales harán todo lo posible por emprender acciones contra menores únicamente en los casos que sea estrictamente necesario.*

Un tanto paralelamente y mucho antes de todo este movimiento principista que se observa entre los años 1987 a 1990, el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán entre el 25 de agosto y el 6 de septiembre de 1985 aprobó los principios relativos a la independencia de la judicatura, documentos que fueron confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985. Al respecto se da una serie de directrices que han de fundamentar a la función judicial para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales y en especial en torno a los problemas que aquejan a la justicia penal, así:

a) *La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.*

b) *Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.*

c) *La judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley.*

d) *No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley.*

e) *Toda persona tendrá derecho a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. No se crearán tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios. El principio de la independencia de la judicatura autoriza y obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los derechos de las partes.*

f) *Cada Estado Miembro proporcionará recursos adecuados para que la judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones.*

Ahora bien, en todas las declaraciones y acuerdos propuestos por la ONU en materia de detenidos –salvo las reglas mínimas aprobadas en el año 1955– se utiliza como premisa marco la necesidad de que los pueblos del mundo se afirmen en la Carta de las Naciones Unidas y entre otras cosas, asumir la resolución de crear condiciones bajo las cuales pueda mantenerse la justicia, y proclamar como uno de sus propósitos la realización de la cooperación internacional en el desarrollo, estímulo y fomento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y se busca –antes de nada– desarrollar el contenido de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los principios que de ella dimanan, con lo cual se entiende que todos los acuerdos que se refieren a los detenidos y la situación que les circunda, se han de interpretar en

conjunción con las otras normativas sobre los derechos fundamentales; esto es que en el marco de la interpretación de las normas que se refieren a los detenidos cualquier vacío tendrá que suplirse con las restantes normas de carácter internacional y en todo caso, la progresividad en la interpretación es muy importante para avanzar en una doctrina que todavía se está construyendo, aunque con pasos lerdos. Por demás, y en aras de una mejor comprensión y fácil adecuación de las reglas sobre detenidos se ha considerado de importancia presentar a continuación las normas: tanto universales y continentales que tocan el tema de los derechos fundamentales y que forman parte –no queda ninguna duda– de todo el conjunto principista emitido por la Organización de las Naciones Unidas, por la Organización de los Estados Americanos y por el Consejo de Europa. Así:

Acuerdos internacionales sobre derechos humanos de mayor importancia[11]

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) DUdh
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) PIdcp
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) DAddh
Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) CAdh
Convenio Europeo de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950) CEDH

VIDA
CAdh, artículo 4, 1° y 2°.
DUdh, artículo 3.
PIdcp, artículo 6.
DAddh, artículo I.
Incluye: Prohibición de la pena de muerte:
CAdh, artículo 4, 2°, 3° y 4°.
CEdh artículo 2, 3

DERECHO A LA INTIMIDAD, REPUTACIÓN Y VIDA PRIVADA
CAdh, artículo 11.
DAddh, artículo V.
DUdh, artículo 12.
PIdcp, artículo 17.
CEdh artículo 8

[11] El cuadro de normas sobre dh que a continuación se presenta originalmente fue realizado por Elsa Rosales y publicado en el Libro conjunto sobre Constitución, Principios y Garantías (Carlos Simón Bello Rengifo y Carmelo Borrego), aquí se han hecho algunas modificaciones consideradas relevantes en atención al punto.

LIBERTAD, INTEGRIDAD Y SEGURIDAD PERSONALES INVIOLABLES

CAdh, artículo 5, especialmente 1°: Derecho a la integridad **física, psíquica y moral.**

CAdh, artículo 7, 1°.
DUdh, artículo 3.
PIdcp, artículo 9.
DAddh, artículo I.
CEdh, artículo 11.

PROHIBICIÓN DE DETENCIONES ARBITRARIAS

CAdh, artículo 7, 3° (detenciones arbitrarias).
DUdh, artículo 9.
PIdcp, artículo 9, 1°.
DAddh, artículo XXV.
CEdh, artículo 6.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

CAdh, artículo 9 y artículo 7, 2° y 7° (prohibición de prisión)
DAddh, artículo XXV.
PIdcp, artículo 15.
DUdh, artículo 11, 2°.
CEdh, artículo 6, 7.

DERECHO A SER INFORMADO DE LAS IMPUTACIONES

CAdh, artículo 7, 4°.
PIdcp, artículo 14, 3°, letra a; artículo 9, 2°.
CEdh, artículo 6 y numerales.

PROHIBICIÓN DE LA TORTURA Y OTROS MALTRATOS

CAdh, artículo 5, 2°. Artículo 5, 3°: **Principio de intrascendencia de la pena.**
CAdh, artículo 7, 4°: Prohibición de la incomunicación del detenido:
PIdcp, artículo 7.
DAddh, artículo XXVI.
DUdh, artículo 5.
CEdh, artículo 3.

GARANTÍAS PROCESALES PENALES

CAdh, artículo 8, 1°; artículo 7, 4°: Derecho a ser informado.
DUdh, artículo 10.
PIdcp, artículo 14, 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7° (derecho a la defensa y debido proceso).
CEdh, artículo 6 y sus numerales (garantías mínimas para el juzgamiento).

PROHIBICIÓN DE PENA DE MUERTE, INFAMANTES.

DUdh, artículo 5.
PIdcp, artículo 6 (especialmente 1°, 2°, 3°, 4°).
CAdh, artículo 4, 2° y 3°.
CEdh, artículo 3.

COSA JUZGADA

CN, artículo 60, 8°.
CAdh, artículo 8, 4°.
PIdcp, artículo 14, 7°.

IGUALDAD

CAdh, artículo 1 y 24.
DAddh, artículo II.
DUdh, artículo 1, artículo 2 y artículo 7.
PIdcp, artículo 14, 3° (igualdad ante la ley).
CEdh, artículo 14.
En relación con la **prohibición de la esclavitud u otro tipo de servidumbre**:
CAdh, artículo 6.
PIdcp, artículo 8.
CEdh, artículo 5.

INVIOLABILIDAD DEL HOGAR

CN, artículo 62.
DAddh, artículo IX.
DUdh, artículo 12.
PIdcp, artículo 17, 1°.
CEdh, artículo 8.

INVIOLABILIDAD DE LA CORRESPONDENCIA

DUdh, artículo 12.
PIdcp, artículo 17, 1°.
DAddh, artículo X.
CEdh, artículo 8.

LIBERTAD DE TRÁNSITO Y CIRCULACIÓN

CAdh, artículo 22.
DAddh, artículo VIII.
DUdh, artículo 13.
PIdcp, artículo 12.
CEdh, artículo 5.

LIBERTAD DE PENSAMIENTO, CULTO Y RELIGIÓN

CAdh, artículo 12.
DUdh, artículo 18.
PIdcp, artículo 18.
DAddh, artículo III.
CEdh, artículo 9.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN

CAdh, artículo 13.
DUdh, artículo19.
PIdcp, artículo 19.
DAddh, artículo IV.
CEdh, artículo 10.

DERECHO DE PETICIÓN

Cadh, artículo 8.
DAddh, artículo XXIV.
CEdh, artículo 6.

DERECHO A LA JUSTICIA, DEBIDO PROCESO Y DEFENSA

DAddh, artículo XVIII.
DUdh, artículo 10.

CAdh, art 7, 5°: Acceso a la justicia y celeridad.
CAdh, artículo 8, 1°: Debido proceso y duración razonable.
DAddh, artículo XXVI: Debido proceso y derecho a ser oído.
CAdh, artículo 8, 2°: Derecho a ser oído.
Además:
CADH, artículo 8, 2°, letras a,b,c,d,e,f,g,h son garantías diversas del **debido proceso** que deben ser añadidas a la reforma.

PIdcp, artículo 14. Regulación amplia del debido proceso.
CAdh, artículo 10 y
PIdcp, artículo 14, 6°.
CEdh, artículo 6.

REGULACIÓN DEL JUEZ NATURAL (COMPETENTE) Y *LEX PREVIA* (LEGALIDAD)

DUdh, artículo10 (*lex previa*); artículo 11, 2° (juez natural).
PIdcp, artículo 9, 3°.
DAddh, artículo XXV (*lex previa*).
CEdh, artículo 6 y numerales.

LIBERTAD DE ASOCIACIÓN

CAdh, artículo 16.
DUdh, artículo 20.
PIdcp, artículo 22.
DAddh, artículo XXII.
CEdh, artículo 11.

LIBERTAD DE REUNIÓN

CAdh, artículo 15.
DUdh, artículo 20.
PIdcp, artículo 21.
DAddh, artículo XXI.
CEdh, artículo 11.1.

En general, el curso de los acontecimientos narrados, más la descripción normativa que ha sido expuesta, demuestra –aparentemente– que ha habido un incesante trabajo en materia legislativa internacional para promover a los derechos humanos (que según

Rivera[12] y Bergalli ha sido utilizado este discurso como disfraz), ello quiere decir del importante interés que se le ha impreso al asunto. Sin embargo, y de manera lamentable, los distintos Estados en su fuero interno han minimizado el alcance de los derechos humanos, en algunos casos se han desconocido argumentando el privilegio de la normativa interna que muchas veces no se vincula con la internacional[13] y luego, las jurisdicciones se han encargado de contradecir el espíritu de las convenciones internacionales y las administraciones públicas no han sido formadas para comprender el significado y alcance de estos postulados humanizadores. Al contrario, como sostiene Bergalli ha habido un incesante proceso que se recrea *en las prácticas penitenciaristas de origen biologicistas*, sobre todo en España (1999:72), igual esa realidad alcanza a otras regiones.

Ahora, el desconocimiento y profundo deterioro de los derechos humanos –a propósito del comentario anterior– se observa para un espectro mayor de casos, donde ciudadanos de cualquier categoría, raza, sexo, religión, afinidad política, costumbres, nacionalidad etc, ven cada día cómo pulula la injusticia y la indolencia, la desidia, la intolerancia y demás adjetivos calificativos propician cualquier cantidad de *affaires* sin solución de continuidad y, si esto es así para la población entera, qué queda para aquellos que se encuentran en el *ojo del huracán* del sistema penitenciario. Distintos trabajos de investigación (Linares, Carranza[14], Rivera Beiras[15], Bergalli, Mapelli

[12] En palabras de Rivera Beiras, ha habido un indudable avance en el desarrollo de los procesos de positivación, internacionalización y multiplicación de los derechos humanos y afirma: "*tales procesos no han logrado todavía consolidar unos verdaderos derechos subjetivos para quienes viven privados de libertad*" (1994:72)

[13] Una nota importante a destacar es el trabajo sobre tratamiento penal de los correos de drogas en Alemania reseñado por Kai Ambos, donde se destaca todo un proceso discriminatorio adverso a la legislación internacional. Reseña el citado autor: "*(...) por regla general la prisión preventiva se decreta con más rapidez para los correos extranjeros que cuando se trata de ciudadanos alemanes. Ello se debe a que la falta de una residencia fija en Alemania hace presumir que existe un mayor peligro de fuga (...)* ***La duración de la prisión preventiva es relativamente larga, debido, entre otros factores, a la lentitud de la investigación que se practica en el extranjero. La media asciende a 9 meses de duración*** *(...) No sólo la prisión preventiva sino* ***también la ejecución de una eventual condena resulta frecuentemente más gravosa para los extranjeros que para los alemanes***" (1996:20).

[14] Destaca el citado en su trabajo los diversísimos problemas que transita la institución penitenciaria en América Latina y sobre todo el problema esencial del encarcelamiento preventivo que sobrepasa intensiblemente a la situación de los penados, ello origina un mundo de reflexiones sobre los cometidos de la prisión preventiva y la imposibilidad de llevar adelante los cometidos aparentes del llamado tratamiento (citado por Rosales, 1997).

[15] Destaca sobre todo lo siguiente: "*En el horizonte del año 2000, la cárcel continúa siendo el mismo 'contenedor' que admite toda forma posible de obscenidad. Así, y a punto de inaugurarse el nuevo milenio, la irrupción masiva de enfermedades infectocontagiosas, junto al surgimiento de las enfermedades oportunistas derivadas del SIDA, retrotraen la memoria a las descripciones de Howard respecto al archipiélago carcelario europeo de fines del siglo XVIII y principios del XIX.*

Caffarena[16], Monclus[17], Ríos Martín y Cabrera[18], Rosales[19], Ambos, entre otros) se han encargado de develar el escenario que se vive en las cárceles, tanto sea en América o en Europa (no se diga de otras regiones de los demás continentes) donde la realidad ha rebasado a los postulados que se han expuesto en el desarrollo del presente trabajo y, ello motiva que hoy se pueda hablar de un "*Derecho subterráneo*"(Aniyar de Castro) (distinto al positivo y distinto a la quimera humanitaria) que va más allá de las iniciativas garantistas, donde como lo denuncia Rivera va en procura de edificar a "*un ciudadano de segunda categoría*", debido a que sus derechos han sido *devaluados*, más porque esa *devaluación* implica la desaplicación paulatina y constante de los principios esenciales que asisten al hombre.

En síntesis, toda esta manera de actuar del oficialismo penitenciarista conlleva a un proceso de desconocimiento que cada vez más queda evidenciado y apoyado por la "*cultura de la emergencia*" (Bergalli) la "*cultura de la represión*" y otras tantas

Asimismo, estas imágenes vuelven a reconfigurar a la pena privativa de libertad con el nombre con que la misma fue concebida en su propio nacimiento (aunque los posteriores discursos científicos más adelante lo ocultarán), esto es, como una ***pena corporal***". (1999:60).

[16] En un esfuerzo por exponer la situación del tratamiento penitenciario y los derechos fundamentales en España el autor señala: "*A modo de resumen consideramos que la teoría de las relaciones especiales de sujeción tiene como presupuesto una concepción absoluta del Estado. Incluso con un discurso contradictorio la jurisprudencia emplea dicha teoría para favorecer una actividad administrativa, sobre todo en el ámbito disciplinario, ajena a los principios y exigencias constitucionales (...) en relación con el sistema penitenciario la relación de sujeción traspasa el marco disciplinario para servir de fundamento a un sistema penitenciario retributivo donde el interno ve anulado esencialmente restringidos Derechos Fundamentales que son inalienables por mandato constitucional*" (1994:34).

[17] Concluye Monclus de la manera siguiente: "*Se puede concluir afirmando que pese a todas las críticas de la doctrina a la categoría de las RSE, el TC la sigue utilizando, y en base a ella, como dice Lasagabaster se limita el alcance del principio de legalidad, se desconocen los derechos fundamentales o se reduce su alcance, se aminoran las garantías judiciales*" (1999:118).

[18] Estos dos autores son citados por Rivera hicieron una evaluación de la cárcel española que mereció el veto de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y en ese trabajo entre otras cosas interesantes que se mencionan se destaca a propósito del punto sobre: "*La muerte en la cárcel*" que: "*La opinión pública desconoce la frecuencia con que se muere en prisión y las circunstancias dramáticas en que fallecen las personas en las cárceles. El elevado número de enfermos que fallecen en las cárceles o en hospitales, momentos o pocos días después de haber sido excarcelados, es un tema que destaca el defensor del pueblo en sus informes anuales. El 87% de los encuestados dice haber conocido personas presas que han muerto en prisión: se trata por tanto de un hecho ampliamente conocido y contrastado: la gente se muere con relativa facilidad en la cárcel. Le* ***siguen a bastante distancia otras causas de muerte: los suicidios*** *27%. Los fallecidos por sobredosis 21%*". (1999:58).

[19] En un trabajo sobre Cárcel y violencia en Venezuela, destaca la autora: "*Más allá del hacinamiento, las malas condiciones del encierro y los diversos componentes que modelan la complejidad de la violencia en la prisión, ésta plantea supuestos ostensiblemente violentos u oficialmente percibidos*

culturas de orden "*facistoides*" que privilegian un determinado orden fuera del contexto democrático. Lo más grave es que el sistema carcelario –bajo este contexto– no hace distinciones y las perversiones se aplican y afectan, cual *tábula rasa*, tanto para las personas que se encuentran detenidas y procesadas como las que ya han sido condenadas mediante sentencias; incluso, puede observarse un trato muy semejante para ambos tipos de detenidos, siendo que las situaciones procesales y jurídicas son diferentes. A veces resulta más grave o peor para las personas que se hallan encarceladas y procesadas, ya que los supuestos "beneficios" del régimen penitenciario no les alcanza, si es que acaso se puede hablar de algún beneficio dentro de la prisión. Lo cierto es que el proceso de deterioro y vulneración de los derechos es cada día más visible y palpable habida cuenta de la circunstancia especial de enjuiciamiento. El deterioro pareciera ir en caminos opuestos a un ritmo equidistante; por una lado van las declaraciones de derechos y por otro, la inefable realidad[20].

Tampoco las llamadas "fórmulas alternativas a la prisión" han funcionado o al menos se ha hecho lo posible para hacerlas inoperante, ello más que nada ha venido promovido por los empeñados en la contrarreforma, pues, al ver que pierden espacio para satisfacer sus desvalorados puntos de vista, prefieren alinearse en función de las medidas extremas. Por ejemplo, en Venezuela se dio todo un proceso de reforma que privilegiaba –antes de nada– a la libertad de la persona mientras se encontrase vigente la presunción de inocencia. El sector policial comenzó a perder la cuota de dominio que le permitía detener a mansalva. El asunto llegó al extremo de que se sentaron con los brazos cruzados a esperar el curso de los acontecimientos; en efecto, hubo un incremento brutal de los delitos y la policía argumentaba que por el hecho de la reforma, ellos no

como casos particulares de violencia, reportados de manera regular en los establecimientos de reclusión, tales son: muertes violentas, suicidios, lesiones violentas, motines, riñas colectivas, fugas, huelga de hambre y decomiso de armas, municiones, herramientas o drogas. El modus operandi de la administración carcelaria es que cada establecimiento reporte mensualmente entre los sucesos acaecidos; casos como los mencionados, pero no se documenta de manera atenta el origen o causa de tales hechos. Asimismo no se registran otros sucesos violentos como los atentados a la libertad sexual, que pasan a engrosar la cifra negra de lo ocurrido en prisión. Todo ello, además de impedir evaluaciones que pongan en evidencia los verdaderos orígenes de la violencia carcelaria, oculta la eventual responsabilidad de los propios funcionarios de custodia interna" (1997:66).

[20] Según lo indica Rosales, la realidad venezolana en materia carcelaria ha sido que en muchas ocasiones reencarcelen conjuntamente a condenados y procesados y ello causa doble efecto perverso, pues a los procesados se les coloca en un contexto que no le pertenece y a los penados se les entorpece el eventual desarrollo de los programas de "tratamiento"; dada la condición de los procesados, éstos no pueden participar en los programas. Por otro lado, a los procesados que son la gran mayoría la administración penitenciaria los percibe como una carga que no es de su responsabilidad. "*De modo que en el fondo, a falta de filosofía y legislación que responsabilice y apoye la gestión penitenciaria para los procesados, la sede ejecutiva se limita a confinarlos en las pristones*" (1997:79).

podían detener y si lo hacían el presunto delincuente salía a la calle en menos de cuarenta y ocho horas[21]. Todo este proceso se ha visto atacado insistentemente por los grupos contrarios a la reforma procesal, al punto que ya se han propuesto varias reformas y de alguna manera ha de pensarse en su próxima modificación, sobre todo la propuesta que cobra más fuerza es la que extiende las posibilidades de detención preventiva y la prohibición de otorgar la libertad a personas procesadas por delitos tales como: Drogas, homicidios, robo y hurto de vehículos, porte de armas, entre otras; es decir, nuevamente florece la huida al positivismo decimonónico, ante la inoperancia del oficialismo para ofrecer soluciones distintas y decidirse por la búsqueda de salidas fáciles y de primera mano que, como se sabe, resultan efectistas en primer momento; pero que a la larga se convierten en un serio inconveniente, debido a que el sistema judicial y penitenciario –operando bajo el esquema de las prohibiciones libertarias– tienden a concentrar más personas encarceladas en calidad de procesadas y menos personas condenas en forma efectiva.

En síntesis, es improrrogable encontrar salidas a los serios problemas de desaplicación que se vienen produciendo de manera constante y recurrente en el ámbito penitenciario y carcelario en general, a objeto de no continuar creando distorsiones y desencuentros con los postulados que, mal que bien o bien que mal, existen y forman parte de un compromiso generalizado de todos y por esta sencilla razón es necesario continuar apoyando para avanzar en el desarrollo humano, no como discurso sino como una realidad tangible y apreciable. Probablemente no se elimine a la prisión como forma de aplicar las penas; pero el cometido esencial es que a esa persona sometida a detención no se le vulneren sus derechos, más allá de lo que implica la pérdida momentánea de la libertad ambulatoria.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilera Morales, Marien (1998) El Principio de Consenso. La conformidad en el proceso penal español. Cedecs Editorial. Barcelona.

[21] Cuando este artículo fue escrito todavía no se había producido la reforma del Código Orgánico Procesal Penal que entro en vigencia en los últimos días de agosto y que contiene un planteamiento completamente distinto a lo expresado en este texto. Sin embargo, la reforma apuntó más a extender el lapso de detención sin orden judicial en supuesto de flagrancia (6 días) para que opere el pronunciamiento sobre la ratificación de la detención y se introducen algunas ideas que da a pensar en la extensión del concepto de flagrancia al sustituirse la expresión "sorprendido" (infraganti) por "sospechoso", todo ello hace suponer un regreso a la llamada detención para averiguaciones, práctica inveterada de la policía en otras fechas cercanas.

Ambos, Kai (1995) El tratamiento penal de los correos de drogas en Alemania, Dinamarca, Holanda y España. En: Estudios Penales y Criminológicos. Universidad de Santiago de Compostela.

Beristain, Antonio (1998) ¿Derechos y Deberes humano-fraternales en las prisiones? En: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología. Nº 12. San Sebastián.

Bueno Arus, Francisco (1987) Revista de Estudios Penitenciario. Ministerio de Justicia. Madrid.

Garcia Valdés (sf) Derecho Penitenciario (Escritos 1982¾1989). Ministerio de Justicia. Madrid.

Rivera Beiras, Iñaki (Coordinador) y otros (1999) La Cárcel en España en el Fin del Milenio. Editorial María Jesús Bosch, SL. Barcelona.

Rivera Beiras, Iñaki (1997). La Devaluación de los Derechos Fundamentales de los Reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría. Bosch Editor. Barcelona.

Rivera Beiras, Iñaki (Coordinador) y otros (1994). Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales. Bosch Editor. Barcelona.

Rosales García, Elsie (1997) Cárcel y violencia: Una aproximación sociojurídica a la violencia penitenciaria en Venezuela. En: Capítulo Criminológico Vol .25 Nº 2. Instituto de Criminología. Universidad del Zulia. Maracaibo.

EL RECURSO DE INTERPRETACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Arcadio Delgado Rosales

I. EL RECURSO DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY

I.1. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES DEL RECURSO DE INTERPRETACIÓN

Son pocos los textos constitucionales en la historia republicana de Venezuela que expresamente han contemplado un recurso de interpretación de dispositivos legales.

En tal sentido, la Constitución de 1830 estableció en su Artículo 147, Numeral 10, que era atribución de la Corte Suprema de Justicia "Oír las dudas de los demás Tribunales sobre la inteligencia de alguna ley y consultar sobre ellas al Congreso por el conducto del Poder Ejecutivo si las considerase fundadas para la conveniente declaratoria".

Asimismo, la Constitución de 1857, en su Artículo 82, pautaba que era potestad de la Corte resolver las dudas que se le consulten, sea por el Ejecutivo o por cualquier otra autoridad o funcionario público.

También en la legislación referente al Tribunal Supremo en la materia, se encuentran disposiciones similares en su contenido a las normas constitucionales citadas. Por ejemplo, el Código Orgánico de Tribunales y Juzgados de 1850, otorgaba competencia a la Corte Suprema de Justicia para "oír las consultas que haga el Poder Ejecutivo sobre la inteligencia de alguna ley en lo judicial y, por conducto del mismo Ejecutivo, promover ante el Congreso la conveniente aclaratoria, si las dudas fueren fundadas".

Como puede observarse de estos artículos constitucionales y legales, se esboza ya el recurso de interpretación de textos legales, tal como se entiende actualmente, pero

intentado o solicitado por funcionarios (Tribunales, Poder Ejecutivo) y no por particulares. Asimismo, puede advertirse el respeto al principio de separación de poderes y a la interpretación auténtica como última instancia para resolver las dudas planteadas, cuando éstas sean fundadas, a criterio del máximo Tribunal.

I.2. LA CONSTITUCIÓN DE 1961

Esta Carta no contiene ninguna disposición que haga referencia expresa al recurso de interpretación.

I.3. LA LEY ORGÁNICA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (1976)

El Artículo 42, Ordinal 24 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (LOCSJ), le asigna a la Sala Político-Administrativa la competencia para "conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, en los casos previstos en la ley" (subrayado nuestro).

El recurso de interpretación había sido originalmente establecido en materia de carrera administrativa, como competencia del Tribunal de la Carrera Administrativa. La LOCSJ lo establece en este ordinal, con carácter general, pero sólo admisible en los casos previstos en la ley. Así, sólo podía instrumentarse en materia de carrera administrativa respecto de las dudas que surgieran en cuanto a la aplicación e interpretación de la Ley y su Reglamento, y en materia de la Ley de Licitaciones, respecto de las dudas que pudieran presentarse en casos concretos en cuanto a la inteligencia, alcance y aplicación de la Ley y como competencia de la Corte Suprema de Justicia. Asimismo, la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política vigente, en su Artículo 201, contempla el recurso de interpretación por ante la Sala Político-Administrativa en materia electoral, con fundamento en el citado Ordinal 24° del Artículo 42.

La Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, dictó recientemente una sentencia (el 05-08-99: caso LINGOTERAS DE VENEZUELA C.A. en recurso de interpretación), referida al recurso de interpretación, de acuerdo al Artículo 78 de la Ley de Licitaciones, que precisa el sentido y extensión del recurso, aclarando que el mismo se circunscribe única y exclusivamente al texto legal específico que prevé ser interpretado, proscribiendo cualquier extensión directa o indirecta que de tal labor pretenda hacerse (como extenderlo a otras leyes o normas reglamentarias que pretendan desarrollarlo).

Además de este recurso de interpretación, la LOCSJ contempla el recurso contencioso de interpretación en relación a los contratos administrativos. Este recurso está contemplado en el Numeral 14 del mismo Artículo 42 y se refiere a las cuestiones de

cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación de los contratos administrativos.

En cualquiera de estas dos modalidades del recurso de interpretación, la legitimación activa corresponde a todo el que tenga un interés legítimo, personal y directo en la interpretación del texto legal. De esta manera, por vía legislativa, se agregó esta competencia a la Corte Suprema de Justicia de acuerdo a lo previsto en el Ordinal Décimoprimero (SIC) del Artículo 215 de la Constitución de 1961, concediendo la posibilidad de que sea intentado por particulares y no sólo por funcionarios como lo establecían los textos constitucionales y legales citados como antecedentes.

I.4. EL RÉGIMEN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999

El Artículo 266, Numeral 6 de la nueva Carta, establece que es competencia del Tribunal Supremo de Justicia "conocer de los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales, en los términos contemplados en la ley".

Este reconocimiento general a nivel constitucional del recurso de interpretación, no es sólo una repetición de la previsión contemplada en el Artículo 42, Ordinal 24 de la LOCSJ. Como observamos anteriormente, la posibilidad de conocer de este recurso estaba asignada exclusivamente a la Sala Político-Administrativa y en los casos previstos en la ley. Ahora se extiende su conocimiento a cualquiera de las Salas del Tribunal, "conforme a lo previsto por esta Constitución y la ley" (Artículo 266, último aparte). Pero lo más importante, es que el recurso no se limita a los casos previstos en la ley, sino que el mismo se conocerá, "en los términos contemplados en la ley".

En nuestra opinión, esta redacción implica la competencia en materia de interpretación de textos legales, con carácter general, sin restricción a los casos expresamente autorizados por el Legislador, sino en las condiciones, circunstancias y requisitos formales y de fondo que determine la ley que regulará la actividad del máximo Tribunal de Justicia.

En ausencia de dicha ley, el Tribunal Supremo de Justicia podrá establecer requisitos y/o restricciones para el ejercicio del mismo, mientras la Asamblea Nacional dicte la Ley Orgánica que regule esta atribución.

II. EL RECURSO DE INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

De acuerdo al Artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, "el Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Consti-

tución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República" (subrayado nuestro).

De la redacción de esta disposición constitucional, debemos deducir algunas conclusiones importantes:

1) El recurso de interpretación de la Constitución es una aplicación particular del Numeral 6 del Artículo 266. En efecto, este numeral hace referencia a la competencia que tienen las distintas Salas del Tribunal para conocer de los recursos de interpretación de textos legales, a fin de determinar su contenido y alcance, en los términos contemplados en la ley (es decir, en las condiciones y según los requisitos que determine la Ley Orgánica referida en el Artículo 262; y no limitado a los casos previstos en la ley, entendida esta última como sinónimo de legislación, tal como se previó en el Ordinal 24 del Artículo 42 de la LOCSJ, según lo dispuesto en el Ordinal Decimoprimero (SIC) del Artículo 215 de la Carta de 1961).

En tal sentido, la Constitución es un texto legal, aunque su condición de ley suprema y la necesidad de asegurar su supremacía en virtud de las consecuencias de la rigidez constitucional, imponen una regulación especial en el Título correspondiente a la Protección de la Constitución (Título VIII).

2) En virtud de no encontrarse dentro de las atribuciones contenidas en el Artículo 336, no debemos concluir que la interpretación de la Constitución, en un sentido general, es de la exclusiva competencia de la Sala Constitucional. Es decir, que no debe excluirse la competencia de las otras Salas para tomar decisiones en materia constitucional e interpretar la Constitución, al aplicarla en los casos concretos que conozcan.

Esa conclusión debe derivarse de la redacción misma del Artículo 335 in fine, cuando precisa que las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre normas y principios constitucionales tienen carácter vinculante para el resto de las Salas y demás tribunales. Es decir, que las otras Salas del Tribunal pueden realizar interpretaciones de la Carta máxima, pero las que realice la Constitucional tienen carácter vinculante y valor de precedente de obligatoria aplicación.

Sin embargo, debe señalarse que la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999 expresa que "las facultades interpretativas que... se otorgan al Tribunal Supremo de Justicia, en consonancia con las características básicas de la justicia constitucional en derecho comparado, sólo pueden ser ejercidas por órgano de la Sala Constitucional, pues a ella le corresponde exclusivamente el ejercicio de la jurisdicción constitucional.

Además, con fundamento en el principio de división de poderes, tales facultades no pueden ejercerse de oficio o mediante acuerdos, sino con motivo de una acción popular de inconstitucionalidad, acción de amparo, recurso de interpretación de leyes o en otro caso concreto de carácter jurisdiccional cuya competencia esté atribuida a la Sala Constitucional".

En consecuencia, en criterio del propio Constituyente, quien es intérprete auténtico del texto fundamental, y a pesar de que la interpretación de la Constitución a nivel del máximo Tribunal es una labor que por la naturaleza de sus funciones corresponde a cada una de sus Salas, el recurso autónomo de interpretación (contencioso o de jurisdicción voluntaria) debe ser asumido por la Sala Constitucional, a los fines de garantizar "la uniforme interpretación y aplicación de la Constitución".

3) Esta previsión constitucional inédita en lo que concierne a la interpretación de las normas y principios constitucionales, no tiene ninguna regulación específica en la LOCSJ. En consecuencia, esta materia deberá ser definida por la nueva Ley Orgánica del Tribunal. Mientras tanto, sea que esta interpretación se plantee en cualquiera de los recursos contenciosos o en un recurso de interpretación de jurisdicción voluntaria, la Sala Constitucional puede asumirlo con el carácter vinculante pautado en el Artículo 335.

4) Este criterio no es sólo jurídicamente válido, sino además necesario. Debe tomarse en cuenta que la Constitución de 1961 fue aprobada por el Congreso de la República (Poder Constituido), el cual no desapareció después de su sanción y era posible que se realizara una interpretación auténtica del texto fundamental por parte de su creador.

En el caso de la Constitución de 1999, ésta fue aprobada por el Poder Constituyente, cuyo órgano cesó en sus funciones al cumplir su cometido. Esta interpretación auténtica no es, pues, posible y sabemos que la "Exposición de Motivos" no aclara la mayoría de sus novedosos preceptos. En consecuencia, se hace imprescindible que la Sala Constitucional asuma plenamente esta competencia para asegurar la "uniforme interpretación y aplicación" de la Constitución, particularmente en estos inicios del nuevo régimen político en los cuales no existe una legislación conforme con el texto fundamental.

LA TUTELA ORDINARIA DE MENORES

María Candelaria Domínguez Guillén*

El tutor está destinado a sustituir al padre y a la madre, que son los tutores naturales, los primeros y los mejores de todos."

Marcel Planiol y Georges Ripert

Sumario

* Investigador-docente. Instituto de Derecho Privado UCV. Profesora de Derecho Civil I.

Introducción

El presente estudio está referido al procedimiento de la tutela ordinaria de menores. Desde que comenzamos a dictar clases de Derecho Civil I, sentimos la necesidad de reducir un tema tan amplio como la tutela, a fin de poder cumplir con la totalidad del programa de "*Personas*". Es por ello que pensamos que una síntesis del procedimiento tutelar sería provechosa a los efectos didácticos. De manera que con este trabajo no pretendemos profundizar sobre la institución tutelar; por el contrario, nuestro objetivo es resumir, en la medida de lo posible, el referido procedimiento. Esto es, porque la premura y la escasez de tiempo no justifican el desconocimiento de uno de los regímenes de incapaces.

Tocaremos los aspectos más importantes del procedimiento tutelar y algunos elementos esenciales de la institución en general. Para ello, realizaremos un estudio teórico de la tutela con interesante doctrina nacional y extranjera. Posteriormente, haremos una breve referencia a la incidencia práctica del procedimiento en algunos tribunales del área Metropolitana de Caracas; investigación de campo realizada por nuestra colega *María Cristina Quintero Aponte*, cuando trabajamos el tema de la tutela, durante el curso de la materia "*Procedimientos de Menores*", en la Especialización de Derecho Procesal de la Universidad Central de Venezuela (primer semestre de 1999). Para finalizar, presentaremos ciertas conclusiones y recomendaciones.

1) Noción

La tutela ordinaria de menores suele considerarse como el régimen de protección de los menores no emancipados que no se encuentran sometidos a patria potestad o a las medidas de protección previstas en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente -LOPNA- (esta última elimina la tutela del Estado); y mediante el cual, el cuidado del menor es atribuido a un tercero.

Para aquellos supuestos en que falle la patria potestad, la forma más normal de proteger al menor es mediante la organización de una tutela, la cual se encargará de atender no sólo a su persona sino también a sus bienes. (Aguilar Benítez, Mariano y otros: *Lecciones de Derecho Civil Internacional*. Madrid, Edit. Tecnos, 1996, p. 65).

Rogel Vide indica que la tutela es una institución. Desde un punto de vista técnico es una situación jurídica... es una situación artificial... no es un fenómeno social espontáneo, sino que aparece fabricado por el derecho. De aquí que la tutela se organice. (Rogel Vide, Carlos: *La tutela del deficiente mental*. En: La Situación Jurídica de los Deficientes Mentales en el Derecho Español. Madrid, Departamento de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid, 1975, p. 157). La tutela es una institución jurídica, a diferencia de la patria potestad, que es una institución natural. Se presenta como una creación artificial del derecho; contempla una situación que no es espontánea pues no se deriva de los vínculos de sangre. (Carretero Pérez, Adolfo: *La Problemática Jurídica de los Subnormales en España*. Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1977, p. 87)

Para Spota, la tutela es el medio legal de protección de la persona y bienes del menor no amparado por la patria potestad o el patronato (Spota, Alberto G.: *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1990, T. II, Vol. 4, Parte Segunda, p. 353). Obsérvese que la referencia al patronato, en el derecho argentino, equivale a las medidas de protección de nuestra normativa.

Para el autor argentino Víctor Martínez la tutela de menores es "*la función que la ley confiere para representar y gobernar la persona y bienes del menor de edad no emancipado que no está sujeto a patria potestad.*" (Martínez, Víctor: *La Tutela en el Derecho Civil Argentino*. Buenos Aires, Edit. Depalma, 1959, p. 12). Escobar refiere: "Desde un punto de vista general, y según nuestro derecho positivo, la tutela es un ministerio que, deducido de la ley, se atribuye a los elementos integrantes de aquélla para la representación y protección de un individuo determinado, en el doble orden personal y patrimonial." (Escobar De La Riva, Eloy: *La Tutela*. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1943, p. 3). Por su parte, Laurent indica que se trata de un cargo civil conferido a una persona bien sea por la ley o en virtud de disposiciones, para gobernar y administrar la persona y los bienes del menor. (Laurent, F.: *Principios de Derecho Civil*. Puebla, Editor J.B. Gutiérrez, 2ª edic., 1912, T. IV, pp. 538 y 539).

Véase igualmente con relación a la doctrina nacional: Aguilar Gorrondona, José Luis: *Derecho Civil Personas*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 12ª edic., 1995, p. 230; La Roche, Alberto José: *Derecho Civil I*. Maracaibo, Edit. Metas C.A., 2da. edic., Vol. II, 1984, p. 125; Marín Echeverría, Antonio Ramón: *Derecho Civil I. Personas*. Venezuela, McGraw-Hill Interamericana, 1998, p. 169; Zerpa, Levis Ignacio: *Derecho*

Civil I Personas. Guía y materiales para su estudio por libre escolaridad. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1987, p. 159; Hung Vaillant, Francisco: *Derecho Civil I*. Valencia-Venezuela-Caracas, Vadell Hermanos Editores, 1999, p. 204. Para Vivas de Serfaty la tutela es una institución supletoria de la patria potestad cuyo supuesto es el estado de necesidad de una persona que requiere de la protección que el derecho de patria potestad presta, y que carece de quien tenga el ejercicio de ese derecho, siempre y cuando no se trate de un menor declarado en estado de abandono. (Vivas de Serfaty, Suave: *Introducción al Estudio de la Materia de Menores*. Barquisimeto, s/e, 1972, p. 63). Como indicamos, la LOPNA elimina la tutela del Estado y en consecuencia la declaratoria de estado de abandono.

La tutela atiende a la necesidad que tiene el menor no emancipado, que no cuenta con la protección de sus padres, de ser cuidado por otro sujeto capaz de desempeñar un rol semejante al de éstos, pues sus necesidades continúan siendo las mismas a pesar de la ausencia paterna.

La protección que por naturaleza reclama un niño toma especial interés en el ámbito de la tutela, porque en ella el menor no cuenta con el cuidado de sus protectores primigenios, como son los padres, sino con familiares o terceros. (Domínguez G., María C.; *La Tutela del Estado y la Reforma a la Ley Tutela de Menores*. En: De los menores a los niños, una larga trayectoria. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1998, p. 76).

A falta de particulares, el Estado debe asumir la protección del menor. De allí que nuestro sistema distinguiera hasta la entrada en vigencia de la LOPNA entre tutela ordinaria y del Estado; porque a falta de la primera, el Estado debe asumir el cuidado del menor. La LOPNA elimina la institución de la tutela del Estado, pero mantiene -como es lógico- la atención al menor a través de las medidas de protección, previstas en los Arts. 125 y ss.

2) Principios

La tutela tiene dos principios que la relacionan con la patria potestad, uno de *analogía* y otro de *diferenciación*: en virtud del primero, ambas instituciones se asemejan y poseen los mismos atributos (guarda, representación y administración), pues las necesidades del menor siguen siendo las mismas; pero en virtud del segundo, el legislador ha precedido la tutela de una serie de formalidades producto de la desconfianza hacia el tutor, en razón de no ser éste el protector natural del menor.

La tutela es una institución inspirada en la patria potestad, con ella se pretende llenar el vacío que supone la falta de los padres, intento por lo demás difícil. (Lete del Río, José Manuel: *Pasado y Presente de la Tutela o Guarda de los Menores o Incapacitados*. En: Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la Reforma del Código Civil en materia de Tutela. Madrid, Ministerio de Justicia, Tomo XI, Nº 41, enero-marzo 1984, p. 17).

El principio general que domina la institución es que el tutor reemplaza al titular de la patria potestad aunque con menos atribuciones y sujeto a una fiscalización mayor. (De Luna, Isabel M. P.: *Capacidad para contratar*. Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Sección III LXVII, 1953, p. 183).

Sobre este aspecto nos hemos pronunciado con anterioridad, véase: Domínguez Guillén, María C.: *Algunos Problemas de Interpretación en materia de tutela*. En RFCJPUCV, Nº 109, Caracas, 1998, pp. 266-268. Por aplicación del principio de la analogía vemos que el contenido de la tutela abarca los mismos atributos que la patria potestad, a saber, guarda, representación y administración; el tutor, al igual que los padres, requiere de autorización judicial para realizar actos que excedan de la simple administración. Las diferencias se acentúan en razón del principio de diferenciación, según el cual se evidencia cierta desconfianza hacia el tutor por no ser éste el protector natural del menor, en virtud de lo cual la ley exige ciertas formalidades y garantías que no tienen lugar en la patria potestad (ibid., p. 266). Véase igualmente: Hung Vaillant, ob. cit., p. 206.

Aguilar Gorrondona hace una crítica a la exagerada aplicación del principio de analogía y de diferenciación de la tutela con la patria potestad: para el autor la reglamentación de la protección de la persona del pupilo, al igual que la patria potestad es sumamente lacónica y la regla de la unidad de la administración tutelar es extrema, debido a que el tutor administra todo el patrimonio del pupilo de la misma forma que en la patria potestad; el principio de diferenciación se ha exagerado, pues la desconfianza hacia el tutor se traduce en una extraordinaria complejidad, en la constitución y desenvolvimiento en la gestión tutelar, incurriéndose en un formalismo extremo. En cuanto a los deberes de tutor el principio de diferenciación peca por defecto, al no exigir al tutor una actividad protectora como la del padre y permitir, por ejemplo, las excusas. (*Teoría General de la Tutela de Menores en el Derecho Venezolano*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Colección de Estudios Jurídicos, 1957, Vol. XX, pp. 152-155).

Por nuestra parte, con relación a la analogía entre patria potestad y tutela, nos mostramos de acuerdo en una regulación semejante de los atributos, sin ver como negativos la generalidad y la unidad de los mismos respecto de la persona del tutor, pues no resulta conveniente para el menor dividir en otros sujetos tales actividades. Pareciera más bien, haberse exagerado en cuanto a la diferenciación, debido al exceso

de formalidades exigidas al tutor. (Domínguez Guillén, *Algunos problemas*..., p. 267). Sólo a través de la concentración en una persona de las facultades y deberes atinentes a la conducta e intereses económicos del menor, se logra una situación similar equivalente a la atención que tales aspectos reciben de los padres. (Bossert, Gustavo A. y Eduardo Zannoni: *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires, Edit. Astrea, 3ª edic., 1991, p. 565).

Con relación a la posibilidad de excusas, la ley simplemente reconoce una realidad jurídica y práctica: el posible tutor no es el protector natural del menor. Por ello, si bien éste en principio está obligado a asumir el cargo si el juez no acepta la excusa, la tutela no podrá desarrollarse contra la voluntad real del llamado a asumirla.

El largo y complicado desarrollo de la tutela ordinaria de menores requiere necesariamente la voluntad de los sujetos llamados a asumir los cargos tutelares, no obstante la obligatoriedad prevista por el código en algunos casos y las sanciones consagradas en este sentido. Ello porque la naturaleza misma de una función tan delicada como la tutelar se opone a la idea de coercibilidad. (Domínguez G., María C: *La Tutela del Estado*..., p. 78).

3) Presupuestos

La doctrina ha reconocido tres presupuestos básicos de la tutela ordinaria: 1.- La existencia de un menor no emancipado; 2.- No sometido a patria potestad - la tutela es sucedánea con la patria potestad, pues no pueden coexistir simultáneamente (De Luna, ob. cit., p. 183).- y 3) No sometido a las medidas de protección previstas en la LOPNA (anteriormente se indicaba, que el menor no debía estar sometido a la tutela del Estado). Véase en este sentido: Aguilar Gorrondona, *Derecho Civil*..., p. 239; Zerpa, ob. cit., p. 160.

La tutela ordinaria de menores es subsidiaria respecto de la patria potestad, pero a su vez, tiene preeminencia sobre las medidas de protección. Antes de considerar el cuidado del menor por parte del Estado, se debe acudir necesariamente a la posibilidad de formalizar la tutela ordinaria de menores. Se encuentra así la tutela en un punto intermedio, subsidiario y preeminente, entre la patria potestad y las medidas de protección, respectivamente.

La existencia de la tutela supone igualmente la necesidad de un menor no emancipado, pues de tener lugar el matrimonio del menor, éste se libera de la patria potestad o de la tutela y entra en un régimen de asistencia y autorización, a la vez que adquiere el libre gobierno de su persona.

4) Órganos de la tutela.

Los órganos que integran el procedimiento tutelar, en el derecho venezolano son: *tutor, protutor, Consejo de Tutela y Autoridad Judicial.*

El órgano de la tutela es el ente a quien se encarga el cumplimiento de los fines de la institución. (Baqueiro Rojas, Edgard y Rosalía Buenrostro Báez: *Derecho de Familia y Sucesiones*. México, Edit. Harla, 1996, p. 241). Puede afirmarse que la tutela del menor está organizada a través de un órgano ejecutivo, como es el tutor; de un órgano contralor, como lo es el protutor y de un órgano consultivo, constituido por el Consejo de tutela. El Tribunal tiene funciones de órgano tutelar de decisión, cuando la ley requiere su intervención. (Ábreu Burelli, Alirio: *Las disposiciones del Código Civil atinentes a la minoridad, patria potestad, guarda, tutela y regímenes de administración de bienes de menores*. En: Derecho de Menores en Venezuela, Publicación N° 11. Caracas, Despacho del Fiscal General de la República, Instituto de Estudios Superiores del Ministerio Público, 1985, pp. 48 y 49).

Véase en este sentido: Abouhamad Hobaica, Chibly: *El menor en el mundo de su ley*. Colección de estudios jurídicos N° 6. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2ª edic., 1979, pp. 502 y 503; Hung Vaillant, ob. cit., pp. 206 y 207; Marín Echeverría, ob. cit., pp. 170-179; La Roche, ob. cit., pp. 148 y ss.

Veamos entonces cada uno de los órganos que conforman el procedimiento tutelar y algunas de sus funciones.

A) TUTOR: El tutor es el órgano ejecutivo del poder tutelar, y aunque depende del Consejo de familia, posee facultades independientes de iniciativa y decisión. (Rodríguez-Arias Bustamante, L.:*La Tutela*. Barcelona, s/e, 1954, p. 191). El tutor es la persona que cumple fundamentalmente en forma personal y directa los fines de la tutela. (Soto Álvarez, Clemente: *Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil*. México, Limusa Noriega Editores, 3ª edic., 1998, p. 128). El tutor tiene la **guarda** de la persona del menor, es su **representante legal y administra** sus bienes (Art. **347** CC).

Guarda: Se dice que tal atributo se encuentra más limitado que en la patria potestad: El tutor no decide en qué lugar debe ser criado el menor y su educación: tales decisiones suelen corresponder al Juez, cuando no se trate de los abuelos, previa consulta del Consejo de Tutela y escuchando la opinión del menor. De existir diferencia entre el Consejo y el Tribunal decidirá el Juez Superior, pero se cumplirá en tanto lo que decida el Tribunal (Art **348** CC). Las correcciones deben ser "moderadas" (Art. **349** CC: véase igualmente Art. **266** CC). En caso de abuso del tutor el menor lo comunica al

protutor o al Tribunal, a fin de que se tomen las medidas pertinentes (Art. **350** CC). A falta de padres, corresponde a los abuelos, dar su consentimiento para que el menor contraiga matrimonio, a falta de éstos corresponde al tutor. (Art **61** CC).

Representación: La representación corresponde en principio al tutor salvo: oposición de intereses (corresponde al protutor, Art. 337 CC), remoción (tutor interino, Art. 341 y 346 CC), procurador de menores (Art. 726 CPC), curador especial (310 y 311 CC).

Respecto a los tutores que no sepan leer y escribir, por analogía de la prohibición respecto de los padres, se nombrará un curador especial. Obsérvese que el analfabetismo no es causa de inhabilidad de la tutela, por lo que sólo impide ejercer la representación y administración.

En cuanto a la extensión del poder del tutor, cabe observar lo mismo que en la patria potestad: no se extiende a los actos para los cuales el menor tenga capacidad plena o limitada y consideramos incluidos aquí los actos estrictamente personales y los actos respecto de los cuales el tutor no tiene el poder de administración.

La representación legal que realiza el tutor, al igual que el padre que ejercer la patria potestad, es una *representación necesaria* para la expresión de la vida jurídica de los sujetos que la ley, en su interés declara incapaz de actuar. (Pérez Vargas, Víctor: *Existencia y Capacidad de las Personas*. San José, Costa Rica, Lex Loci Ltda, 1977, p. 73).

Administración: Al igual que en la patria potestad el poder de administración corresponde al tutor permanente, salvo en los mismos casos señalados para la representación; que se nombre curador especial; los bienes adquiridos contra la voluntad del tutor o donde éste era indigno de suceder, bienes producto del trabajo del menor, los subrogados a éstos, etc.

Nosotros a diferencia de Aguilar -quien sostiene la teoría de la plenitud de poderes- asumimos la teoría de los poderes de simple administración, porque como bien ha señalado la doctrina, las enumeraciones de los actos de disposición son meramente enunciativas y las facultades del tutor no pueden ser más amplias que las de los padres, en atención a la naturaleza de la propia institución. No es consecuente con la institución que estudiamos, pensar que el tutor sólo requiere autorización judicial para realizar los actos taxativamente indicados en el Art. 365 del CC pues existen otros actos que ponen en peligro el patrimonio del menor y que no se encuentran incluidos en la enumeración, por ejemplo, el arrendamiento de bienes raíces por tiempo "*indeterminado*" (el cual ciertamente presenta un riesgo mayor que el arrendamiento a tiempo *determinado*, al cual hace referencia la norma). Véase en este sentido: Domínguez Guillén, *Algunos problemas...*, pp. 268-274.

A fin de controlar la gestión administrativa del tutor, éste debe presentar *estados anuales de cuenta*, de conformidad con el Art. 377 del CC.

Puede presentarse también la figura del ***tutor interino***: éste puede surgir dentro del proceso de constitución de la tutela para atender la protección del pupilo en caso que el juez lo considere conveniente, de conformidad con los Arts. **313** y ss del CC.

En el derecho argentino se le da el nombre tutor especial a quien ejerce las funciones de curador especial en nuestra legislación (véase: Bossert y Zannoni, ob. cit., p. 568). Véase igualmente: Planiol, Marcelo y Georges Ripert: *Derecho Civil*. México, Edit. Pedagógica Iberoamericana, Colección Clásicos del Derecho, 1996, p. 291, los autores aluden a *tutor ad hoc*, aquel designado para un asunto especial. Véase en el mismo sentido, Azpiri, Jorge Osvaldo: *Manual de Derecho de Personas y de Familia*. Argentina, Azmo Editores, 1976, pp. 227 y 228, quien distingue entre tutela general y especial, la primera se ejerce sobre la persona y bienes del menor, en tanto que la segunda, se refiere a determinados asuntos de carácter patrimonial que no pueden ser ejecutados por los padres o por el tutor general. Vale indicar que en nuestro derecho lo que se denomina curador especial se debería designar como tutor especial, pues en tales casos la persona seleccionada ejerce la representación y administración del menor en el caso particular, función típica de un tutor, a diferencia del curador quien simplemente asiste.

B) **PROTUTOR** : El protutor constituye el órgano de vigilancia del tutor, desempeñando funciones diferentes a éste. Ejerce pues una labor fiscalizadora o de supervisión respecto del órgano protagónico de tutela.

Indica Raffaele Brunetti que el protutor es un órgano importante de la tutela y de la organización tutelar y debe constituirse de oficio. Tiene funciones de colaboración y de representación en caso de oposición de intereses. Es un órgano complementario y no sustituyo del tutor. (Brunetti, Raffaele: *Patria Potestá e Tutela. Nella Giurisprudenza*. Padova, edizioni Cedam, 1970, p. 422). La institución es de origen francés. (Penichet y Lugo, Francisco: *La Tutela*. Madrid, Hijos de Reus editores, 1899, p. 110).

El protutor es el órgano *contralor* de la actividad del tutor (Hung Vaillant, ob. cit., p. 207). Tiene el carácter de vigilante, de supervisor de otros miembros de la tutela (Abouhamad Hobaica, ob. cit., p. 503). Por su parte Alberto La Roche señala que el protutor es otro de los funcionarios importantes en cuanto al mecanismo de la gestión tutelar. La protutela es uno de los órganos llamados por la doctrina de Alta Tutela. El protutor cuya aparición se produce en el derecho consuetudinario francés, es una especie de fiscal, de vigilante, de supervisor de la actuación del tutor. (La Roche, ob.

cit., pp. 155 y 156). La Roche distingue entre facultades ordinarias y extraordinarias del protutor, las primeras se refieren a sus funciones de vigilancia, las segundas pueden ser divididas en dos: 1.- suplir las faltas del tutor y 2.- asistir circunstancialmente al menor en su patrimonio cuando surja oposición de intereses entre el tutor y el menor. (ibid., pp. 156 y 157). Véase igualmente: Hung Vaillant, ob. cit., p. 207; Zerpa, ob. cit., p. 165.

La figura del protutor ha sido criticada por algunos, por considerar que dificulta el engranaje tutelar. Algunos sostienen que la presencia de tal órgano en la tutela da lugar a una serie de conflictos con el tutor, optando la legislación austriaca y suiza, por su supresión. Así, en la exposición de motivos del código suizo, se indica, que el protutor puede ser indispensable en una tutela de familia, no así en donde la tutela es de autoridad, porque el control oficial de la tutela es superior al del protutor. (Rodríguez-Arias Bustamante, ob. cit. p. 213). Rodríguez-Arias Bustamante se muestra igualmente contrario a la subsistencia de esta figura, pues sus funciones pueden ser desempeñadas por el Consejo de Familia (ibid.), que en nuestro caso correspondería al Consejo de Tutela. - No obstante, nosotros como indicaremos *infra* preferimos la existencia del protutor sobre la del Consejo de Tutela.-

El Art. **335** del CC prevé igualmente la figura del ***protutor suplente***, el cual llena las faltas accidentales del protutor.

C) CONSEJO DE TUTELA: Denominado en otras legislaciones Consejo de Familia, es un organismo integrado, en principio, pero no de modo indispensable, por parientes del pupilo; funcionando como elemento esencial, autónomo y fundamental del régimen tutelar, teniendo como misión resolver los asuntos más importantes de la tutela y ejercitar la alta inspección de la misma. (Rodríguez-Arias Bustamante, ob. cit., p. 215).

Varias características distinguen al Consejo de Tutela:- Es un órgano *colegiado* (concurren siempre 4 personas); - Es un órgano *deliberante* (las decisiones se toman por mayoría absoluta de votos no calificados); -Es un órgano *permanente*. (La Roche, ob. cit., p. 158; Hung Vaillant, ob. cit., p. 206). Anteriormente a la reforma del CC en 1942 el Consejo de Tutela era accidental, se reunía para cada caso. (La Roche, ob. cit., p. 158)

Este órgano ejerce la función denominada por Aguilar Gorrondona como "supratutela", es decir, controlar las decisiones más importantes en materia de tutela, pero a título CONSULTIVO, *a requerimiento del Juez* (pero por lo general si la decisión del Juez es contraria con la del Consejo debe consultarse con el Juez Superior). (Aguilar Gorrondona, *Derecho Civil*..., p. 279). Por ejemplo, debe emitir opinión sobre la solicitud de autorización del tutor para realizar actos que requieren autorización judicial (Art. **324** CC).

Sobre el carácter consultivo del consejo de tutela, véase: Hung Vaillant, ob. cit., p. 206; Marín Echeverría, ob. cit., p. 173. Excepcionalmente la ley concede poder de decisión al Consejo de Tutela por sí solo en los casos de los Arts. **341**, **346**, **354**, **360**, **362** y **369** del CC.

De Apalatequi indica que en algunas legislaciones el Consejo de Familia es desconocido, porque en la familia moderna, fuera del vínculo estrecho del hogar, no existen los vínculos de solidaridad necesarios para la eficacia del Consejo de Tutela. El Consejo de Familia, contraría y dificulta la unidad de acción que todo poder directivo necesita, reduce al tutor a un mero ejecutor (De Apalatequi, Pedro y -la contestación de- Manuel De Bofarull y Romaná: *La Tutela de Autoridad*. Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1954, p. 60). Esta razón de lejanía afectiva unida al inconveniente práctico de reunir demasiadas personas en la toma de decisiones complica el procedimiento tutelar.

En el curso de Seminario titulado "Las *causas que afectan la capacidad de obrar*", que dictamos en la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, entre 1997-98, tuvimos ocasión de conversar personalmente con el estudiante Luis Padra, quien realizó su trabajo de seminario sobre la tutela y curiosamente estuvo largo tiempo sometido a dicha institución. Su comentario más interesante estaba referido a la incomodidad que representan tantas personas (familiares) dentro del procedimiento, pues nada más reunir al Consejo de Tutela, representaba un problema de orden práctico, en razón de que los familiares se encontraban lejanos (tanto en distancia como en afecto). Esta idea, es a todas luces acertada y perfectamente acorde con el comentario realizado por De apalatequi, según el cual, los lazos afectivos se pierden al salir del núcleo básico familiar.

Por nuestra parte, nos mostramos de acuerdo con la eliminación del Consejo de Tutela, pues pensamos que tantas personas implicadas en un procedimiento que requiere por su naturaleza celeridad, más bien tiende a complicar la institución. Por otra parte, suficiente garantía de cuidado y protección otorga el Juez y el protutor como órgano de vigilancia.

Véase igualmente, sobre la incapacidad funcional del consejo de familia: Andreoli, Marcelo: *La Riforma del Diritto Tutelare. (Considerazioni sul diritto vigente e sul progetto del nuovo codice civile)*. Italy, Cedam, Casa editrice dott. A. Milani Già Litotipo, 1931, IX, p. 10. De allí, que algunas legislaciones, como la argentina rechaza el sistema del consejo de familia, inspirado en el Código Civil francés. (Spota, ob. cit., p. 367).

D) LA AUTORIDAD JUDICIAL: El órgano jurisdiccional juega un papel esencial en el desarrollo de la tutela; veremos a lo largo del estudio de la institución que éste tiene a su cargo el desarrollo del procedimiento tutelar. La intervención judicial en la constitución de la tutela ordinaria de menores tiene por objeto actividades de control y de gestión.

La tutela es judicial en la medida que el tutor la ejerce bajo la supervigilancia del juez. Es éste el organismo de control y fiscalización natural de la actividad del tutor. (Diez-Picazo, Luis: *Las líneas de inspiración de la Reforma del Código Civil en materia de tutela*. En: Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la Reforma del Código Civil en materia de Tutela. Madrid, Ministerio de Justicia, Tomo XI, N° 41, enero-marzo 1984, p. 12).

La evolución jurídica de la tutela ha puesto especial énfasis en el cuidado de la persona del incapaz, considerando la tutela más como una función con marcado interés público. Por ello en los sistemas modernos se da la intervención del poder público a través de los jueces de menores. (Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez, ob. cit., p. 237).

5) Procedimiento tutelar

A) Apertura:

La apertura de la tutela tiene lugar en forma automática y espontánea ante la necesidad de comenzar la protección de un determinado menor. Se produce de derecho -sin necesidad de declaratoria judicial- cuando se dan las condiciones o presupuestos necesarios para que tenga lugar la tutela ordinaria de menores.

La apertura de la tutela se produce de pleno derecho desde el momento mismo en que tienen lugar los presupuestos. La apertura no está sujeta a ninguna de las notificaciones pertinentes. (Aguilar Gorrondona, José Luis: *Necesidad, Apertura y Constitución de la Tutela Ordinaria de Menores en el Derecho Venezolano*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Vol. XXVI, 1962, p. 75).

Sobre los presupuestos véase *supra* 3. Véase igualmente sobre la apertura: Aguilar Gorrondona, *Derecho Civil*..., pp. 239 y 240; Hung Vaillant, ob. cit., p. 209. Así, cuando estemos en presencia de un menor no emancipado, no sometido a patria potestad o las medidas de protección de la LOPNA, que requiera la protección del régimen que estudiamos, se abrirá de derecho la tutela. No obstante, la efectividad y aplicación de la figura requiere necesariamente de la constitución.

El problema que se plantea en nuestro medio es que muchas tutelas no trascienden a la etapa de apertura, pues se dan los presupuestos o condiciones necesarias para su existencia, pero no se procede a su constitución, y surge lo que la doctrina ha llamado "tutela de hecho". Así comenta Víctor Martínez, que hay tutela de hecho cuando una persona ejerce las funciones de tutor de un menor sin derecho, o cuando aún teniendo derecho a la tutela, entra a desempeñar el cargo sin cumplir los requisitos legales. (Martínez, ob. cit., pp. 67 y 68).

El Tribunal competente a los efectos del lugar de apertura de la tutela y por lo mismo, de su organización, es el domicilio del menor. Siendo el domicilio legal del menor el de sus padres, éste también, es en principio el lugar de apertura de la tutela. (Bonnecase, Julien: *Tratado Elemental de Derecho Civil*. México, Edit. Pedagógica Iberoamericana, 1.995, p. 190). Véase en el mismo sentido: Spota, ob. cit., p. 373; Abouhamad Hobaica, ob. cit., p. 504; Aguilar Gorrondona, *Derecho Civil*..., p. 241, en defecto de domicilio se tomará en cuenta la residencia del pupilo y supletoriamente, su paradero.

B) Constitución:

La constitución de la tutela implica la intervención del órgano jurisdiccional a fin de dar curso al procedimiento tutelar.

La tutela ha de constituirse necesariamente por vía judicial. (Moro Almaraz, María Jesús y Ignacio Sánchez Cid: *Nociones Básicas de Derecho Civil*. Madrid, Edit. Tecnos, 1999, p. 133).

Abierta la tutela, ésta debe constituirse, la constitución, abarca las siguientes fases: - la **ordenación** de la tutela; - la **designación** de los titulares del cargo; - la **asunción** de dichos cargos; - el cumplimiento de determinadas **formalidades** antes de entrar en funciones. Veamos cada una de ellas por separado.

a) Ordenación de la tutela

La etapa inicial de la tutela, tiene lugar cuando se ordena la misma. No obstante a la ordenación de la tutela le preceden ciertas actuaciones por medio de las cuales la autoridad judicial constata la apertura de la misma.

Una vez que ha tenido lugar la apertura de la tutela, se debe ***informar*** al juez de los hechos relacionados con la misma. Esta obligación de informar se le impone a dos categorías de personas: a) El funcionario que recibe la declaración sobre la muerte de quien dejó hijos menores (Art. **302** CC, multa: 1.000 Bs.); b) El tutor nombrado por los padres, el llamado por la ley a serlo, y los parientes dentro del 4° grado de consanguinidad. (Art. **303** CC, multa: 500 Bs.). El primero que informa releva de ese deber a los demás.

Las multas resultan irrisorias. Por otra parte, la ley debería ser más exigente con el cumplimiento de este deber de información porque del mismo depende la posibilidad de intervención del juez y en gran medida la eficacia de la institución.

Véase en torno al deber de información al juez sobre la apertura de la tutela; Aguilar Gorrondona, *Necesidad*..., pp. 83 y ss.

Pensamos que cualquier persona que tenga noticia de la apertura de determinada tutela, podría informale a la autoridad judicial, a fin de que ésta proceda oficiosamente.

El juez debe AVERIGUAR si se ha abierto o no la tutela ordinaria en su jurisdicción y en caso afirmativo recabar PRUEBA de ello; y luego, una vez comprobada la apertura de la tutela debe procederse a su ORDENACIÓN, es decir, a dictar un mandato judicial a fin de proceder a su CONSTITUCIÓN.

b) Designación de los titulares de los cargos

Una vez que se ordena la tutela se debe determinar quiénes son la personas aptas para determinar los cargos tutelares. Para ello debemos referirnos a dos figuras: la inhabilidad y la delación.

b.1.- **La inhabilidad**: La inhabilidad supone un impedimento legal para desempeñar el cargo tutelar. La misma se deriva de una especie de presunción de ineptitud que pesa sobre cierta categoría de personas.

La inhabilidad puede ser absoluta o relativa, según se refiera a la tutela en general o a uno o varios menores en específico.

* ***Inhabilidad absoluta***: Art. 339 CC, ords. 1 al 5 y ord. 8:

a) Los que no tengan la libre administración de sus bienes (menores, entredichos e inhabilitados).

b) Los que carecen de domicilio y no tienen residencia fija.
c) Los que hayan sido removidos de una tutela (por dolo o culpa).
d) Los que hayan sido privados de la patria potestad sobre sus hijos.
e) Los que hayan sido condenados a alguna pena que lleve consigo interdicción o inhabilitación.
f) Los que no tengan oficio o modo de vivir conocido o sean de notoria mala conducta.
g) Los adictos alcohólicos y los fármaco-dependientes habituales.

* ***Inhabilidad relativa***: Art. 339 CC, ords. 6 ,7 y 9.

a) Los que tengan o se hallen en circunstancia de tener, o cuyo padre, madre, descendiente o cónyuge, tengan o se hallen en circunstancia de tener con el menor un pleito en que se ponga en peligro el estado civil del menor o una parte de sus bienes.

b) Los jueces de primera instancia en lo Civil y los jueces de Menores, cuando el menor o sus bienes estén en el territorio de su jurisdicción.

Según Aguilar Gorrondona, esta inhabilidad tiene lugar, a fin de evitar recusaciones e inhibiciones *(Derecho Civil*..., p. 245). No obstante, nos parece que la prohibición abarca un espectro muy amplio, siendo que si el menor tiene sus bienes en el área metropolitana, por ejemplo, ningún juez de la localidad podría ser tutor, independientemente de que no tenga interés en la tutela; no vemos el inconveniente de que se aplicara a ello la figura de la recusación o inhibición pues son incidencias breves y serían excepcionales. Aquí, ante el temor, se hizo regla lo que debió ser excepción.

c) Los expresamente excluidos por los progenitores en ejercicio de la patria potestad. Esta inhabilitación se presenta como una consecuencia en negativo de la figura de la delación. Véase *infra* b.2.

b.2.- **La delación:** es la forma de determinar los titulares de los cargos tutelares.

Para Escobar De La Riva es la forma en que tiene lugar el llamamiento de la persona que ha de desempeñar el cargo tutelar (ob. cit., p. 71). La delación será paterna, legítima o dativa, según que el llamamiento proceda de los padres, de la ley o del juez. Véase en este sentido: Lacruz Berdejo, José Luis y otros: *Derecho de Familia*. Barcelona, José María Bosch editor, 3ª edic., 1989, Vol. 2, p. 297.

En doctrina extranjera suele denominarse también a la delación como los MODOS DE DEFERIRSE LA TUTELA. El Código argentino dispone que "la tutela se da, o por los padres, o por la ley o por el juez"... Las tres clases de tutela están sujetas a una gradación, de forma que la paterna tiene preferencia sobre la legítima y ésta a su vez sobre la dativa. Es así, que si un tutor legítimo se hallara en ejercicio y apareciere el testamentario, la tutela se defiere a éste. Igualmente es desplazado el tutor dativo cuando un pariente está en condiciones de ejercer la tutela legítima. (Martínez , ob. cit., p. 27).

La delación entonces puede ser: **paterna** (padres), **legítima** (ley) y **dativa** o judicial (juez). La delación es de ***orden público***, de manera que no se puede alterar por la

voluntad de los particulares. Veamos pues las distintas formas de delación, en los diferentes órganos tutelares:

* ***Tutor***:

- ***Delación paterna***: Se fundamenta en que el afecto y conocimiento paterno representa la mejor opción en la designación, por ello la ley priva de eficacia a esta última en caso de que la conducta del padre la desvirtúe.

Existe verdadera prelación respecto a este tipo de delación por el respeto que al legislador le ha merecido siempre la voluntad de los padres. (Penichet y Lugo, ob. cit., p. 31).

Debe hacerse por instrumento público o auténtico (Art. **307**, ap. único) Es impropio referirse a delación testamentaria para aludir a la delación paterna, porque el testamento no es la única forma de constituir este tipo de delación, pues puede tener lugar mediante otro documento auténtico. Ni siquiera requiere ser un acto de última voluntad, aunque suela ser lo característico.

De allí que Torres-Rivero se refiere a este tipo delación con el término "tutela voluntaria", que a su vez, subdivide en dos especies: testamentaria y por escritura pública. La primera es por testamento y la segunda es por acto *inter vivos*. (Arturo Luis Torres-Rivero: *Mis comentarios y reparos a la reforma del Código Civil en 1982*. Caracas, Universidad Central de Venezuela-Colegio de Abogados del Estado Lara, 1984, Vol. I, p. 100).

La posibilidad de hacer la designación se tiene dentro de los atributos de la patria potestad; se trata de un acto unilateral y revocable. Para su validez se que el nombramiento se haga por el padre o la madre que ejerce la patria potestad al momento de su designación y que al momento de la apertura no hayan sido privados de la misma. (Arts. **305** y **306** CC.).

Los padres no pueden designar al menor dos tutores, por la indivisibilidad de la tutela, pero sí pueden en caso de varios hermanos, nombrar un tutor a cada uno. (Art. 307 CC.). En cambio el juez no puede dividir a los hermanos a través de distintos tutores: en caso de hermanos, el juez debe nombrar al mismo tutor. (Art. **310** CC).

Señala el autor argentino Víctor Martínez, que la delación paterna, a diferencia de la legítima y de la dativa puede estar sometida a condición, pues ella tiene lugar por la voluntad del padre. No obstante, refiere que los autores italianos indican en este sentido que el cumplimiento de la condición debe referirse únicamente al tiempo en

que se abre la tutela y no después, porque la tutela debe ser única e ininterrumpida. (ob. cit., p. 25). Por ejemplo, los padres podrían condicionar el cargo de tutor al estado civil de casado al momento de aceptar el cargo, pero no pueden pretender que una vez asumido éste la persona no se pueda divorciar.

La persona designada queda llamada al cargo y en caso de nombramientos sucesivos se toma en cuenta el último (Art. **305** CC, ap. único). Indican Luis Diez -Picazo y Antonio Gullón que según el derecho español de designar el padre y la madre distintos tutores, el juez escogerá uno de ellos, según lo considere más conveniente, según decisión motivada. *(Sistema de Derecho Civil.* Madrid, Edit. Tecnos, 6ª edic., 1995, Vol. IV, pp. 316 y 317).

La delación paterna está inspirada en la presunción de afecto y conocimiento de los progenitores respecto de sus hijos, razón por la cual no sólo pueden por escritura pública designar tutor, también pueden excluir de los cargos tutelares a cualquier persona. Esto último origina una inhabilidad relativa (Art. 339, Ord. 9), según indicamos *supra* 5.b.1.

- ***Delación legítima***: Es legítima la tutela cuando es la propia ley la que designa al tutor (Saura Martínez, Fernando: *Incapacitación y Tuición.* Madrid, Edit. Tecnos, 1986, p. 61). Prevé el Art. **308** del CC, que si no hubiere tutor nombrado por el padre o la madre, *"la tutela corresponde de derecho al abuelo o a la abuela sobreviviente"*. En este caso pues, hay delación legítima, porque la ley es la que establece la persona llamada a ocupar el cargo de tutor.

Obsérvese que el único caso de delación legítima en nuestro derecho es en el supuesto de existir un solo abuelo sobreviviente, pues de existir más de uno, el juez podrá acordarla a cualquiera de los abuelos, tomando en cuenta el interés del menor (Art. 308 CC) y en tal caso hablaremos de delación dativa, porque la selección en definitiva la realiza el juez.

La tutela legítima tiene lugar cuando los padres no han nombrado tutor a sus hijos, o cuando los nombrados no entran a ejercer la tutela o niegan de serlo. (Martínez, ob. cit., p. 34).

Con anterioridad a la reforma de 1982 la delación legal era evidentemente discriminatoria, pues existía una doble preferencia a favor del hombre: Así establecía el Art. **308** del CC de 1942: ... "la tutela corresponde de derecho al abuelo paterno y, en su defecto, al materno; a falta de ambos, a las abuelas paterna y materna, en este mismo orden."

- ***Delación dativa o judicial:*** La delación dativa o judicial es la que en defecto de la paterna y de la legítima da el juez al pupilo. (Gómez De La Serna, Pedro y Juan Manuel

Montalbán: *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*. Madrid, Librería de Gabriel Sánchez, 1881, T.I, p. 487). En nuestro derecho, la delación dativa tiene lugar cuando el juez competente, selecciona al tutor. Indica el artículo **308** del CC que si existe más de un abuelo, el juez podrá acordar a cualquiera de ellos, según indicamos *supra*. Reiteramos que en este caso estamos en presencia de una delación dativa o judicial porque aunque la ley lo disponga, es el juez quien en definitiva hará la designación al cargo tutelar. Esto siempre que exista más de un abuelo sobreviviente. Existe otra hipótesis de delación dativa prevista en el artículo **309** del CC; a falta de abuelos, el juez escogerá al tutor, en igualdad de circunstancias, entre los parientes del menor dentro del cuarto grado. Se debe escuchar al Consejo de Tutela. Obsérvese que la ley no establece un orden imperativo en cuando a la selección del tutor, esto a fin de tener en cuenta las circunstancias peculiares de cada caso.

A falta de tutor designado por los padres y de tutor legítimo corresponde al Juez determinar el tutor, por lo que no se puede acudir a este tipo de delación sin agotar previamente, en primer lugar la delación paterna y en segundo lugar la delación legítima.

Recordemos que el juez sólo puede nombrar un tutor en caso de hermanos (Art. 310 CC), a diferencia de los padres (Art. 307 CC).

*** Protutor y suplente**

Sólo existe delación paterna y dativa para escoger al protutor y al suplente de éste, es decir, la ley no establece al respecto la determinación. No hay pues, personas llamadas por la ley al desempeño de la protutela. En opinión de Escobar, ello se debe, a que la ley ha querido evitar la concomitancia de parentesco entre los órganos de la tutela en razón de la labor fiscalizadora que tiene a su cargo el protutor (Escobar De La Riva, ob. cit., p. 58). Son aplicables las mismas reglas relativas al tutor en este sentido.

*** Consejo de Tutela**

Si los padres han hecho la designación el Juez hará la constitución con cuatro (4) de ellas y cuando éstas falten o estén impedidas hará su escogencia entre las otras; en el primer caso existe delación paterna y en el segundo dativa.

En caso de que los progenitores no hayan realizado designación o si tales personas no pueden asumir el cargo, el Juez procederá a constituir el Consejo de Tutela de la forma siguiente: (Art. 325 CC).

a) Se deben nombrar cuatro (4) de los parientes del menor por orden de cercanía de grado, a menos que pase del 3er grado donde se puede designar libremente. Si hubiere parientes próximos en ambas líneas se escogerán los cuatro de una y otra, siempre que fueren del mismo grado.

b) A falta de parientes de cualquier grado, el juez nombrará a personas amigas y relacionadas con la familia del menor, mayores de edad y de buen concepto público.

c) Asunción de los cargos (excusas).

Una vez seleccionada la persona que ha de asumir el cargo tutelar, se ***le debe notificar***, a fin de que ésta proceda a su aceptación o excusa al cargo. El Art. **345** del CC prevé que las excusas deben proponerse dentro de tres días siguientes a la notificación del nombramiento.

Toda persona válidamente designada para el cargo y cuya excusa no haya sido aceptada está en el deber de asumir el cargo. (Aguilar Gorrondona, *Derecho Civil*..., p. 251).

Según indicamos *supra* 2, la posibilidad de excusa responde al hecho de que en la tutela, el menor no cuenta con el apoyo de sus protectores naturales, sino con el auxilio de terceros, que si bien son parientes, no están inspirados por el mismo amor paternal.

Aguilar Gorrondona indica que "el designado no está en el deber de excusarse " (ibid., p. 252). Esta afirmación resulta obvia, pues por algo hablamos de excusas, éstas indican que no estamos en presencia de algo obligatorio.

a) Régimen de excusas del tutor, protutor y protutor suplente. Las excusas se encuentran taxativamente indicadas en el Art. 342 CC; - Los militares en servicio activo; - Los ministros de cualquier culto; - Quienes tengan bajo su patria potestad tres (3) ó más hijos (podría suceder que los hijos no estén bajo la patria potestad y sin embargo aún tenga que mantenerlos económicamente); -Pobreza; - Mal estado habitual de salud; -El tutor o curador de otra persona; - Los que no sepan leer y escribir (obsérvese que si la persona no se excusa, será tutor pero no tendrá los atributos de representación y administración; sólo tendrá la guarda. No creemos que el analfabetismo del tutor deba ser causa inhabilidad porque de mediar una gran relación afectiva con el menor, estaría impedido de orientar su conducta, en razón del carácter indelegable que presenta el atributo de la guarda); - Los impedidos.

- Procedimiento: Arts. **345 y 346** CC. Las excusas deben presentarse ante el juez antes de aceptar el cargo y dentro del lapso legal de 3 días; se debe oponer todas las excusas juntas si son más de una; debe probarse la excusa; se nombra un tutor interino; se debe apreciar el dictamen del Consejo de Tutela (la opinión no es consultiva); el

interesado puede apelar ante el Juez Superior, pero de la decisión de éste no hay recurso. El régimen de excusas de los miembros del Consejo de Tutela está previsto en el Art. 327 CC. El juez puede excusar a los miembros, tanto del cargo como de la asistencia a las sesiones, por razón de distancia u otros motivos justos.

-Sanciones en caso de no asumir los cargos tutelares: ¿Qué sucede si no obstante rechazarse la excusa la persona llamada al cargo no quiere asumirlo? Como señalamos *supra* 2, un cargo tan delicado como el tutelar, necesariamente supone la idea de voluntariedad. Por ello, aunque el cargo en principio es obligatorio y el juez puede rechazar la excusa, la tutela en sí misma se opone a la idea de coercibilidad. Así, en caso de que el tutor llamado a asumir el cargo, no cumpla con sus deberes, podrá ser ***removido*** de su cargo y podrá ***responder por daños*** ocasionados al menor (Art. 340, ord. 3 CC). La ley establece multas irrisorias en el Art. 317 CC.

d) Formalidades previas al ejercicio de la tutela

d.1.- Existencia del protutor (Art. 336, CC). El tutor no podrá entrar en el ejercicio del cargo si no existe protutor. En razón de ser el protutor el órgano de vigilancia del tutor, requiere su preexistencia a este último. El tutor debe promover su nombramiento, so pena de remoción e incurrir en daños y perjuicios.

d.2. Formación y consignación del inventario de bienes del pupilo.

El inventario es una relación exacta de todos los bienes que integran el patrimonio, debidamente particularizados uno a uno, y determinando el estado, cantidad y calidad de los mismos. (Naranjo Ochoa, Fabio: *Familia y Personas*. Colombia, Librería Jurídica Sánchez LTDA, 7ª edic., 1996, p. 277). El inventario judicial es de cumplimiento inexcusable (Spota, ob. cit., p. 378).

- ***Formación***: Lo harán el tutor, el protutor y los miembros del Consejo de Tutela personalmente, sin necesidad de asistencia del juez. (Art. 352 CC); caso de inventario de bienes situados en lugares distintos; se da comisión al Juez local para constituir un Consejo Auxiliar de Tutela. (Art. 352 CC); caso de comercio o industria en el patrimonio del menor, intervendrán las personas que el Consejo de Tutela crea conveniente llamar. (Art. 354 CC). * *Inicio*: Dentro de los 10 días siguientes a la fecha en que el tutor esté conociendo de su llamamiento (Art. 351 CC); **Contenido*: muebles, inmuebles, créditos (Art. 353 CC); * *Término:* Debe concluirse dentro de los treinta (30) días a partir de la expiración del plazo para iniciarlo. Se puede solicitar prórroga antes de expirar el término. (Art. 351 CC).

- ***Consignación***: Deben consignarlo las personas encargadas de formarlo; la ley no fija lapso pero se entiende que debe consignarse antes del término para concluirlo ante el Tribunal de la Tutela o ante el Tribunal Comisionado. Se debe juramentar a las personas que intervienen en el inventario.

- *Sanciones*: los encargados de formar y consignar el inventario responden por los perjuicios ocasionados al menor (Art. 356 CC); la misma consideración vale para los jueces (Art. 357 CC; multa de 100 Bs.); remoción del tutor (Art. 358 CC); remoción de quienes no hayan verificado el inventario (Art. 340 , Ord 2 CC).

Los bienes que el menor adquiera con posterioridad al inventario seguirán la misma formalidad (Art. 359 CC).

d.3. Constitución Garantía

El aseguramiento de las resultas de la administración del tutor consiste en la constitución de una garantía (real o personal) a fin de asegurar el crédito que podría tener eventualmente el pupilo en razón de la mala administración del tutor.

Éste deber rige para el tutor que no sea abuelo del pupilo y supone que se haya concluido el inventario. Véase Art. 360 CC.

La garantía debe constituirse por la cantidad fijada por el Juez de la constitución de la tutela (Art. 360, ap. 1). El Juez debe atender a la naturaleza y circunstancia de los bienes que forman el patrimonio del pupilo. La decisión del Juez es irrecurrible.

Según el Art. 360, ap. 3 CC, si el tutor no ofrece otro género de caución, el Consejo de Tutela, determinará los bienes de aquél sobre los cuales debe constituirse la hipoteca; y si en el mismo caso, no tuviere el tutor bienes suficientes, se procederá al nombramiento de otro. Obsérvese lo radical de la disposición indicada, pues quien no presente suficiente garantía no podrá ser tutor, al margen de la relación afectiva existente.

El tutor que no constituye garantía puede ser removido de su cargo y responder por los daños ocasionados al menor (Art. 340 , ord. 1 CC). El Juez puede variar a posteriori el monto de la garantía o cambiarla por otra (Art. 361 CC).

d.4. Discernimiento

El discernimiento en la tutela es el acto judicial que consiste en autorizar al tutor para entrar en ejercicio de sus funciones; también se le denomina así al instrumento donde consta tal autorización. De manera pues, que se diferencia esta acepción, de aquella que implica la posibilidad de distinguir o diferenciar, vinculada a la noción de capacidad natural.

Al respecto, observa Ossorio que esta palabra tiene dos acepciones; la habilitación a una persona para ejercer un cargo, por ello, *discernir* es encargar el juez a alguien la tutela de un menor. Pero en un sentido general, discernimiento quiere decir: juicio por cuyo medio percibimos y declaramos la diferencia que existe entre varias cosas. Y discernir, es entonces distinguir una cosa de otra. (Ossorio, Manuel; *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Buenos Aires, Edit. Heliasta, 1981, p. 257).

El discernimiento permite una verificación de la regularidad de la constitución de la tutela e indica el cumplimiento de las formalidades previas. No es necesario cuando el tutor es abuelo del pupilo. (Art. **312** CC).

El documento debe contener los datos del pupilo, tutor y protutor (nombre, edad, domicilio), mencionar el título por el cual el tutor es tal (delación) y declarar que se han cumplido las respectivas formalidades (Art. **413** CC). El discernimiento debe protocolizarse en el Registro Público correspondiente a la jurisdicción del domicilio del menor (Art. **413** CC) y publicarse por la prensa dentro de los 15 días después de su fecha (Art. **415** CC). A pesar de las referidas formalidades, el discernimiento no se presenta como un requisito que afecte el desempeño del cargo.

6) Remuneración y gastos de manutención

En principio, el cargo tutelar es gratuito, pero el Tribunal puede fijar una remuneración que no exceda del 15 % de la renta líquida de los bienes del pupilo. (Art. **375** CC).

En nuestra opinión la remuneración al tutor resulta positiva pues se presenta como un incentivo a una gestión por demás delicada. La patria potestad es gratuita y obligatoria porque los padres son los protectores naturales del menor, pero tal gratuidad no es imperante en la tutela; porque el tutor aun cuando pueda ser pariente del pupilo, no se ve inspirado por la misma relación paternal.

Aguilar Gorrondona indica que en razón de la posibilidad del testador de disponer de sus bienes, debe admitirse la validez de la disposición testamentaria del padre o de la madre que fije al tutor una remuneración mayor, a menos que con ello se lesione la legítima o se violen otras normas de orden público. (Aguilar Gorrondona, *Derecho Civil* ..., p. 277). Por nuestra parte pensamos que los padres no pueden disponer una remuneración superior al quince por ciento (15 %) si la misma es tomada del patrimonio del menor, porque ello ciertamente representaría un perjuicio económico para éste. Recordemos que los padres no pueden disponer de los bienes de sus hijos o beneficiarse de los mismos, razón por la cual la reforma del CC de 1982 eliminó el usufructo legal que tenían los padres sobre los bienes de los hijos. Lo que sí puede hacer el progenitor es disponer de una porción de sus propios bienes -si ello no afecta la legítima de sus herederos- a favor del posible tutor. La disposición testamentaria del padre deberá estar dirigida a sus propios bienes y no a la renta del menor; a los progenitores no les está dado exceder el límite previsto en la ley a los efectos de la remuneración del tutor, porque no pueden disponer de una renta que no les pertenece.

El tutor pierde derecho a remuneración si contrae matrimonio con el pupilo antes de la aprobación definitiva de cuentas (Art. **131**, Ord. 2 y Art. **58** CC).

Por otra parte, la ley también prevé la asignación de los gastos de manutención: el Art. 362 CC indica:

> "*Después de hecho el inventario de los bienes, el Tribunal oyendo al Consejo de Tutela, fijará el máximum de gastos que deba hacer el tutor en la manutención y educación del menor, teniendo para ello presente la posición y circunstancias del último y principalmente la renta líquida de su fortuna. Podrá alterarse esa fijación según las circunstancias, oyendo siempre al Consejo de Tutela.*
>
> *Si después del prolijo examen, el Consejo lo creyere equitativo, y el Tribunal lo encontrare suficientemente justificado, podrá acordarse la compensación de frutos por alimentos.*"

De los Arts. **375** y **362** del CC se desprenden dos figuras distintas: la ***remuneración*** al tutor y los ***gastos de manutención*** del menor. Estos últimos son tomados del patrimonio del menor para su propia subsistencia y no en retribución a la labor del tutor, como es el caso de la remuneración. Por su parte, la compensación de frutos por alimentos se refiere a la posibilidad del tutor que corre con los gastos de manutención del menor, de hacer suyos los frutos de los bienes de éste (en lugar de percibir una cantidad periódica).

La Roche considera que esta compensación no podrá exceder del quince por ciento (15 %) de la renta líquida que produzca el patrimonio del menor (La Roche, ob. cit., pp. 147 y 148).

No obstante, nosotros no consideramos que la ley impone como límite a los efectos de la compensación de frutos por alimentos, un porcentaje del quince por ciento (15 %). Ello porque dicho porcentaje está referido a la remuneración del tutor sobre la base de la renta líquida del menor y no a la compensación de frutos por alimentos; ésta dependerá de diversas circunstancias, entre las cuales se encuentra el nivel socioeconómico del menor. Lo anterior se desprende del propio Art. 362 CC que indica que en los gastos de manutención se tendrá en cuenta la posición y circunstancias

del menor y la renta líquida de su fortuna. Representarían un perjuicio para el tutor asumir los gastos de un menor que tenga un nivel económico y social elevado, y a su vez verse retribuido sólo mediante el quince por ciento de la renta de éste último.

7) Cesación

La tutela ordinaria de menores al igual que la patria potestad ha de llegar a un término. La cesación de la tutela puede ser ***absoluta o relativa***. En el primer caso, el pupilo ha dejado de estar sometido a ese régimen; en el segundo, el titular del cargo cesa en su oficio aunque el menor continúe sometido al régimen de protección.

a) *Supuestos de cesación absoluta: (están referidos al menor)*; - muerte;- mayoridad; - emancipación; - sometimiento a patria potestad; - sometimiento a medidas de protección.

b) *Supuestos de cesación relativa: (se refieren al tutor)*; - muerte; - renuncia (aceptada por el Juez); - remoción (por decisión judicial).

Remoción es la deposición o separación, mediando causa legal, del tutor designado anteriormente. (Saura Martinez, ob. cit., p. 69). **Remoción del tutor por juicio principal de remoción de la tutela.** Art. **340** CC. Causales de remoción:- No asegurar las resultas de administración; - No realizar el inventario o no hacerlo fielmente; - se condujere mal respecto de la persona o bienes del pupilo; - evadir la presentación del estado de cuentas; - Incapacidad o mala conducta; - Pena corporal; - cuando sea declarado fallido culpable o fraudulento; - abandono de la tutela; - cuando a sabienda no inscribe crédito a favor o en contra del pupilo; - cuando lo decida el Juez por no existir protutor o que el tutor no promueva el nombramiento de éste; - Cuando el tutor haya incurrido en determinadas violaciones de los derecho del pupilo (Art. **368** LOPNA: caso de obligación alimentaria si es pariente). *Legitimación activa:* parientes dentro del 4° grado de consanguinidad, Síndico Procurador Municipal y de oficio (Art. 341 CC). Los *supuestos de cesación relativa del protutor y suplente, así como del Consejo de tutela,* igualmente pueden ser: -Muerte; -Renuncia; -Remoción.

8) Obligaciones del tutor al dejar el cargo

Las dos obligaciones que surgen para el tutor al momento de dejar el cargo son: *entregar el patrimonio del pupilo y rendir cuentas.*

Concluida la tutela, el tutor debe rendir cuenta definitiva, además de las anuales, y hacer entrega de los bienes al menor. En caso de fallecimiento del tutor estas obligaciones pasan a sus herederos. (Baqueiro Rojas, Edgard: *Derecho Civil. Diccionario Jurídico Harla.* México, Edit. Harla, 1995, V. I, p. 110).

No debe confundirse esta obligación de rendir cuentas con la de presentar estados de cuenta, éstas sólo constituyen información periódica de la marcha de la tutela, en tanto que aquí se comprende toda su administración.

Todo tutor está obligado a rendir cuentas, incluyendo los abuelos, estos sólo están exonerados de presentar los estados anuales. En caso de muerte del tutor, la obligación incumbe a sus herederos. (Art. **376** encab. CC).

El tutor debe rendir cuentas en el término de dos (2) meses desde el día que ha cesado en su cargo (Art. **379** CC). Se sigue en caso judicial el procedimiento previsto en el CPC. Arts. **673** y ss. Las cuentas deben explicarse razonablemente, año por año, y dentro del ámbito de los gastos no controlados entran a jugar las presunciones hóminis. Los gastos corren a cargo del pupilo y éste no puede exonerar al tutor del deber de rendir cuentas. (Aguilar Gorrondona, *Derecho Civil*..., p. 285).

Las cuentas deben rendirse: - si la administración termina antes de la mayoridad o emancipación del menor se rinden ante el nuevo tutor con intervención del protutor - en caso de emancipación ante el menor asistido por sus padres o a falta de éstos por un curador especial - en caso de mayoridad ante el pupilo asistido por el protutor - en caso de muerte del pupilo ante los herederos. Véase Arts. **378** y **380** del CC.

Sanciones:- Procedimiento de rendición de cuentas. - Ni el tutor ni sus descendientes pueden contraer matrimonio con el sometido a su tutela hasta hacer rendición de cuentas. (Art. **58** CC), si el matrimonio se efectuó es válido pero el tutor pierde remuneración. - El tutor no podrá aprovecharse de las disposiciones testamentarias del pupilo salvo que sea pariente del mismo (Art. **844** CC). Igualmente no podrá adoptar el tutor al pupilo hasta aprobar las cuentas de la tutela (Art. 494, letra i LOPNA).

El tutor asume responsabilidad frente al expupilo por el incumplimiento de las obligaciones que la ley le impone (Spota, ob. cit., p. 416). Las acciones derivadas de la tutela prescriben a los diez años a partir de la fecha en que cesó la función. (Art. **381** CC).

9) Crítica

Si observamos el procedimiento tutelar, veremos que en ocasiones la institución se presenta lenta e ineficaz. Este aspecto lo atribuye la doctrina a las excesivas formalidades de la cual está cargada la tutela. Se indica así que la extrema carga que implica el procedimiento tutelar hace que el mismo se revierta en perjuicio de quien pretende proteger.

Véase en este sentido: Aguilar Gorrondona, *Teoría General*..., pp. 125-127: Hay muchos menores que necesitan protección tutelar y la tutela ni siquiera se ha constituido, lo que trae dudas sobre la idoneidad de la institución. También en los casos de las tutelas debidamente constituidas se duda sobre la eficacia de la figura.

Sobre este aspecto nos hemos pronunciado anteriormente, véase : Domínguez Guillén, *Algunos Problemas* ..., pp. 267 y 268: Escobar De La Riva comenta respecto al derecho español, lo complicado del procedimiento tutelar, comparándolo con un elefante de gigantescas proporciones pero lento en sus movimientos, razón por la cual se detiene ante cualquier obstáculo. (ob. cit., p. 24): Planiol y Ripert igualmente indican que se hace necesario simplificar el funcionamiento de la tutela porque el menor es quizás la primera víctima de la fiel observancia de las reglas impuestas para su protección. Las mismas son en extremo costosas y desestimulantes. (*Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. La Habana, Edit. Cultura S.A., s/f, Tomo I, p. 421). Arturo Valencia Zea refiere que prácticamente la tutela queda reducida a una tutela de bienes. (Valencia Zea, Arturo: *Derecho Civil*. Colombia, edit. Temis, 6ª edic., 1980,T. V, p. 616). "Esta falla de la institución se manifiesta sobre todo en incapaces que carecen de patrimonio". En unas jornadas recientes realizadas sobre la materia en España se indicó: La actual regulación de la tutela dificulta su ejercicio hasta el punto de ir en contra de los intereses de los propios tutelados, por ello la regulación de su ejercicio debe estar precedido por criterios de sencillez y flexibilidad. (*Deficiencia, Enfermedad Mental y Senilidad: Mecanismos Legales de Protección*. 3ª Jornada, 1995-96. En: Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad Mental. Internet: http: // www.promi.es/htmlpages/web/j3-95.htm.].

Si bien las formalidades no pueden ser eliminadas en la tutela, en virtud de la naturaleza de la misma y de la desconfianza que ocasiona la inexistencia de los protectores naturales, es necesario pensar en aligerar la institución en beneficio del propio menor. El procedimiento tutelar –sin perder sus formalidades esenciales– ha de ser eficaz y sencillo. La desconfianza hacia el tutor no puede llevarse siempre al extremo, porque el mismo hecho de que se trate de un tercero, que no es el progenitor del menor, hace que la institución tutelar se le presente como una pesada carga, difícil de llevar.

En este sentido, se debe reexaminar el contenido del Art. **360** del CC según el cual "*si el tutor no tuviere bienes suficientes se procederá al nombramiento de otro*". Si bien entendemos que la constitución de una garantía se presenta como una forma de protección al menor, se debe analizar el caso concreto, pues puede resultar contrario a los intereses del menor que alguien con una cercana relación afectiva no pueda ser tutor por su situación económica. Entonces en tal caso, la excusa prevista en el ord. 3 del Art. **342** CC se convertirá en una especie de inhabilidad (Art. **340**, Ord. 1 CC). Se debería en tal caso, sopesar las circunstancias del caso concreto, permitiéndosele al

juez cierto margen de discrecionalidad. Vale recordar que al igual que los padres, el tutor requerirá de autorización judicial para realizar actos de disposición, de conformidad con el Art. **365** CC.

Además se contará con la fiscalización y vigilancia del protutor, órgano que ciertamente debe conservarse dentro del procedimiento tutelar. Igualmente, la posibilidad de remuneración debe mantenerse como un incentivo a la gestión del tutor, porque su relación de parentesco por más cercana que sea, no puede asimilarse a la patria potestad en su gratuidad, producto del afecto y el deber innato de la relación paternal.

Como indicamos *supra* 4.C, nos mostramos en desacuerdo con la existencia del Consejo de Tutela. Podríamos pensar también si se quiere en un futuro en la exoneración de la constitución de garantía, en caso que el tutor sea hermano del menor. En este mismo sentido, los hermanos del menor deberían tener una mayor participación dentro del procedimiento tutelar. Pudiese pensarse a futuro, en una suerte de delación a favor de éstos, en forma subsidiaria a los abuelos. Para algunos la intervención de los hermanos como tutor en ocasiones sería más provechosa que la de los abuelos debido a su juventud y cercanía con el menor.

Véase en este sentido: Padra, Luis: *La Tutela Ordinaria de Menores. Críticas a la Institución y Aporte de Soluciones*, p. 24: "Los hermanos mayores del menor que estén en capacidad de ser tutores deberían equipararse a la jerarquía de los abuelos en el nombramiento de los cargos, en razón de que en muchos casos los hermanos pueden suplir mejor que los abuelos la falta de los padres, y en mejores condiciones." -Dichos comentarios fueron realizados en un trabajo de Seminario, pero además su autor pasó por la experiencia de estar sometido a tutela-.

Vale indicar que el procedimiento tutelar debe adaptarse, en la medida de lo posible, a las disposiciones de la LOPNA. Así por ejemplo, la participación del menor ha de ser activa y la opinión de éste siempre debe ser escuchada, al margen de su edad. Véase en este sentido: Arts. **80** y **87** LOPNA; art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño, referido a la necesidad de escuchar al menor en los asuntos que le afecten, al margen de su edad. Aplicando tales nociones a la tutela, concluiremos que a los efectos de la designación del tutor, el juez debe necesariamente escuchar la opinión del menor, independientemente de su edad (Art. **80** LOPNA), no obstante que el Art. **308** del CC indique que se debe escuchar si el menor tiene más de doce años o que el Art. **348** *eiusdem*, señale que se ha de escuchar la opinión del menor si tiene más de diez años. La violación de este derecho será sancionada con multa de uno a tres meses de ingreso, sin perjuicio de la nulidad del proceso, de conformidad con el Art. **221** de la LOPNA. Igualmente el menor podría acudir por sí solo ante el juez, a fin de denunciar cualquier irregularidad en torno a la gestión tutelar (Art. **87** LOPNA). El Art. **177**,

parágrafo cuarto, letra a) *eiusdem*, alude a la competencia de los tribunales con relación a los procedimientos de tutela.

Escuchar la opinión del menor al margen de su edad y de su incapacidad legal, supone el respeto y la consideración de un ser que puede hacerse un juicio propio. Se trata de tomar en cuenta la opinión del principal interesado, la cual será considerada en función de su desarrollo y de las circunstancias. Véase en este sentido: Stilerman, Marta: *Menores, Tenencia, Régimen de Visitas*. Buenos Aires, Edit. Universidad, 1991, p. 72, desde los siete (7) u (8) ocho años, el niño tiene juicios de claridad.

Finalmente como indicamos *supra* 5.B.a se debe ser más exigente con el deber de informar al juez sobre la apertura de la tutela a fin de que éste proceda a la constitución de la misma, porque de ello depende la eficacia de la institución.

Así por ejemplo en la legislación española cierta categoría de persona como los parientes, están obligados a promover la constitución de la tutela desde el momento en que conocieren el hecho que dé lugar a ella. El quebrantamiento de esta obligación hará incurrir a los obligados en la responsabilidad solidaria de indemnizar daños y perjuicios. (Saura Martínez, ob. cit., p. 53: véase Art. 229 del CC español).

10) Incidencia práctica

Resulta curioso preguntarse sobre la incidencia práctica de la tutela ordinaria de menores. Esta investigación de campo fue realizada por nuestra colega ***María Cristina Quintero Aponte***, cuando tratamos el tema de la tutela, en la materia "Procedimientos de Menores", en la Especialización de Derecho Procesal de la Universidad Central de Venezuela (primer semestre de 1999) dictada por la profesora María Cristina Parra. En este punto nos preguntamos sobre la cantidad de casos relativos a tutela que llegan a nuestros tribunales, a fin de precisar la incidencia práctica o vigencia de la institución objeto de estudio. Para ello, se escogió una muestra representativa de los tribunales de Familia y Menores del Edificio José María Vargas en los últimos cinco (5) años; se llega a un número aproximado de tutelas en cada tribunal por año, para luego hacer un promedio de tutelas en los últimos cinco años por cada tribunal y finalmente llegar a un promedio general.

Juzgado	1994	1995	1996	1997	1998	1999	Total
1°	0	1	2	3	1	1	8
2°	0	0	0	3	2	7	12
3°	0	2	2	1	3	5	13
4°	0	0	8	2	0	0	10
5°	0	0	0	0	2	1	3
6°	0	0	0	0	2	1	3
7°	5	4	4	7	4	2	26
8°	7	1	4	2	4	1	19
9°	8	4	6	1	8	6	33

Ahora bien si sumamos el número total de tutelas (127) y lo dividimos entre cinco (número de años a considerar), podemos aproximar que se formalizan alrededor de 25,4 tutelas por año, en los tribunales del área metropolitana de Caracas.

Lo anterior resulta, al parecer un número bajo, si consideramos que el número de menores que necesitan dicha institución es alto. La razón, ya la referimos *supra* 9 : tal vez los formalismos de la tutela hacen que la misma sólo se constituya respecto de menores con bienes. Sin embargo, no es un número pequeño con relación a otras instituciones jurídicas que en principio parecieran tener mayor aplicación.

- Conclusiones y recomendaciones

La tutela es el régimen de protección del menor no emancipado que no se encuentra sometido a patria potestad o a medidas de protección. El procedimiento tutelar se encuentra orientado por un principio de analogía y uno de diferenciación respecto a la patria potestad: por el primero se aprecian en la tutela los mismos atributos y excepciones que tienen lugar en ésta última; en razón del segundo, se presentan en la materia ciertas formalidades producto de la desconfianza que origina el hecho de no ser el tutor el protector natural del menor. Entre estas últimas puede citarse la existencia de un protutor, así como la necesidad de inventario, garantía y discernimiento. De los dos últimos están exonerados los abuelos del menor, en virtud de una suerte de extensión del afecto y la confianza paterna.

Entre las recomendaciones que pueden hacerse, vale indicar: sería provechoso, ser más receloso en el envío al Juez de la información de un menor necesitado de esta institución de protección, ello creando sanciones efectivas y propiciando una campaña de información. Con relación a los órganos que integran la tutela, nos mostramos

partidarios de la permanencia y necesidad del tutor (protagonista de la gestión tutelar), del protutor como vigilante de éste y de la autoridad judicial como la representación del Estado en la garantía de los intereses del menor. Vemos conveniente la eliminación del Consejo de Tutela, por considerar que el mismo resulta en muchas ocasiones inoperante y no presenta un efectivo factor de protección. Nos pronunciamos igualmente por la necesidad de sopesar en cada caso los intereses del menor y escuchar la opinión de éste. Pensamos igualmente, que puede colocarse a los hermanos en una situación semejante a la de los abuelos en razón de la cercanía afectiva que está de por medio. Finalmente, el procedimiento tutelar debe estar precedido por criterios de flexibilidad y sencillez, a fin de que las formalidades no se reviertan en perjuicio del propio menor.

La institución tutelar ha sido quizás subestimada por quienes consideran que se trata de una figura carente de aplicación práctica. Además de pasearnos por el panorama general del procedimiento tutelar pudimos constatar que la tutela sí cuenta con una tímida pero interesante incidencia en los tribunales del área metropolitana de Caracas. Obviamente, existen casos que no llegan a tribunales por diversas razones, limitándose el problema a la "tutela de hecho" pues muchas de estas tutelas no trascienden de la simple apertura y no logran alcanzar la fase de constitución, la cual, tendrá lugar en aquellos casos donde existen bienes de fortuna. Ciertamente, nuestros tribunales no recogen todos los casos que teóricamente deberían existir, sin embargo, ello no nos debe llevar a desestimar la institución: por el contrario, se debe pensar más bien, en aquellos aspectos que lograrían aligerar la figura en estudio. Así, un régimen de protección de la persona y los bienes del menor, no quedará sólo limitado a estos últimos, sino que llegaría a beneficiar a quienes reclaman una efectiva protección a su vida. La tutela ha de partir de un hecho indiscutible: el afecto paterno es irremplazable, pero la ley debe tratar que ese vacío no se presente como un abismo en el desarrollo del niño o del adolescente.

BIBLIOGRAFÍA

ABOUHAMAD HOBAICA, Chibly: *El menor en el mundo de su ley*. Colección de estudios jurídicos N° 6. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2ª edic., 1979.

ABREU BURELLI, Alirio: *Las disposiciones del Código Civil atinentes a la minoridad, patria potestad, guarda, tutela y regímenes de administración de bienes de menores*. En: Derecho de Menores en Venezuela, Publicación N° 11. Caracas, Despacho del Fiscal General de la República, Instituto de Estudios Superiores del Ministerio Público, 1985, pp. 35-54.

AGUILAR BENÍTEZ, Mariano y otros: *Lecciones de Derecho Civil Internacional*. Madrid, Edit. Tecnos, 1996.

AGUILAR GORRONDONA, José Luis: *Derecho Civil Personas*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 12ª edic., 1995.

———: *Necesidad, Apertura y Constitución de la Tutela Ordinaria de Menores en el Derecho Venezolano*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Vol. XXVI, 1962.

———: *Teoría General de la Tutela de Menores en el Derecho Venezolano*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Colección de Estudios Jurídicos, Vol. XX, 1957.

ANDREOLI, Marcelo: *La Riforma del Diritto Tutelare. (Considerazioni sul diritto vigente e sul progetto del nuovo codice civile)*. Italy, Cedam, Casa editrice dott. A. Milani Già Litotipo, 1931, IX.

AVELLO FUERTES, José Manuel: *Procedimientos de incapacidad introducidos por la Reforma del Código Civil en materia de Tutela*. En: Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la Reforma del Código Civil en materia de Tutela. Madrid, Ministerio de Justicia, Tomo XI, N° 41, enero-marzo 1984, pp. 93-108.

AZPIRI, Jorge Osvaldo: *Manual de Derecho de Personas y de Familia*. Argentina, Azmo Editores, 1976.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard: *Derecho Civil. Diccionario Jurídico Harla*. México, Edit. Harla, 1995, V. I.

——— y Rosalía Buenrostro Báez: *Derecho de Familia y Sucesiones*. México, Edit. Harla, 1996.

BONNECASE, Julien: *Tratado Elemental de Derecho Civil*. México, Edit. Pedagógica Iberoamericana, 1995.

BOSSERT, Gustavo A. y Eduardo Zannoni: *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires, Edit. Astrea, 3ª edic., 1991.

BRUNETTI, Raffaele: *Patria Potestá e Tutela. Nella Giurisprudenza*. Padova, edizioni Cedam, 1970.

CARRETERO PÉREZ, Adolfo: *La Problemática Jurídica de los Subnormales en España*. Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1977.

Deficiencia, Enfermedad Mental y Senilidad: Mecanismos Legales de Protección. 3ª Jornada, 1995-96. En: Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad Mental. Internet: http:: // www.promi.es/htmlpages/web/j3-95.htm.

DE APALATEQUI Y OCEJO, Pedro y (la contestación de) Manuel De Bofarull y Romaní: *La Tutela de Autoridad*. Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1954.

DIEZ PICAZO, Luis: *Las líneas de inspiración de la Reforma del Código Civil en materia de tutela*. En: Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la Reforma del Código Civil en materia de Tutela. Madrid, Ministerio de Justicia, Tomo XI, N° 41, enero-marzo 1984, pp. 1-12.

———— y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho Civil*. Madrid, Edit. Tecnos, 6ª edic., 1995, Vol. IV.

DE LUNA, Isabel M. P.: *Capacidad para contratar*. Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Sección III, LXVII, 1953.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María C.: *Algunos problemas de interpretación en materia de tutela*. En: RFCJPUCV, N° 109, Caracas, 1998, pp. 257-306.

————:*La Tutela del Estado y la Reforma a la Ley Tutelar de Menores*. En: De los menores a los niños una larga trayectoria. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Privado, 1999, pp. 75-102.

ESCOBAR DE LA RIVA, Eloy. *La Tutela*. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1943.

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y Juan Manuel Montalbán: *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*. Madrid, Librería de Gabriel Sánchez, 1881, T.I.

HUNG VAILLANT, Francisco: *Derecho Civil I*. Valencia-Venezuela-Caracas, Vadell Hermanos Editores, 1999.

LA ROCHE, Alberto José: *Derecho Civil I*. Maracaibo, Edit. Metas C.A., 2da. edic., Vol. II, 1984, pp. 55-61.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: *Derecho de Familia*. Barcelona, José María Bosch editor, 3ª edic., 1989, Vol. 2.

LAURENT, F.: *Principios de Derecho Civil*. Puebla, Editor J.B. Gutiérrez, 2ª edic., 1912, T. IV.

LETE DEL RÍO, José Manuel: *Pasado y Presente de la Tutela o Guarda de los Menores o Incapacitados*. En: Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la Reforma del Código Civil en materia de Tutela. Madrid, Ministerio de Justicia, Tomo XI, N° 41, enero-marzo 1984, pp.13-35.

MARÍN ECHEVERRIA, Antonio Ramón: *Derecho Civil I. Personas*. Venezuela, McGraw-Hill Interamericana, 1998.

MARTÍNEZ, Víctor: *La Tutela en el Derecho Civil Argentino*. Buenos Aires, Edit. Depalma, 1959.

MORO ALMARAZ, María Jesús y Ignacio Sánchez Cid: *Nociones Básicas de Derecho Civil*. Madrid, Edit. Tecnos, 1999.

NARANJO OCHOA, Fabio: *Familia y Personas*. Colombia, Librería Jurídica Sánchez LTDA, 7ª edic., 1996.

OSSORIO, Manuel; *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Buenos Aires, Edit. Heliasta, 1981.

PADRA MEDINA, Luis Alfonso: *La Tutela Ordinaria de Menores. Críticas a la Institución y Aporte de Soluciones*. Trabajo de seminario "Las causas que afectan la capacidad de obrar". Caracas, Universidad Central de Venezuela, Faculta de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho, 1997-98 (inédito).

PENICHET Y LUGO, Francisco: *La Tutela*. Madrid, Hijos de Reus editores, 1899.

PÉREZ VARGAS, Víctor: *Existencia y Capacidad de las Personas*. San José, Costa Rica, Lex Loci Ltda, 1977.

PLANIOL, Marcelo y Georges Ripert: *Derecho Civil*. México, Edit. Pedagógica Iberoamericana, Colección Clásicos del Derecho, 1996.

————: *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. La Habana, Edit. Cultura S.A., s/f, Tomo I.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L.: *La Tutela*. Barcelona, s/e,1954.

ROGEL VIDE, Carlos: *La tutela del deficiente mental.* En: La Situación Jurídica de los Deficientes Mentales en el Derecho Español. Madrid, Departamento de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid, 1975, pp. 153-231.

SAURA MARTÍNEZ, Fernando: *Incapacitación y Tuición.* Madrid, Edit. Tecnos, 1986.

SOTO ÁLVAREZ, Clemente: *Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil.* México, Limusa Noriega Editores, 3ª edic., 1998.

SPOTA, Alberto G.: *Tratado de Derecho Civil.* Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1990, T. II, Vol. 4, Parte Segunda.

STILERMAN, Marta: *Menores, Tenencia, Régimen de Visitas.* Buenos Aires, Edit. Universidad, 1991.

TORRES-RIVERO, Arturo Luis: *Mis comentarios y reparos a la reforma del Código Civil en 1982.* Caracas, Universidad Central de Venezuela-Colegio de Abogados del Estado Lara, 1984, Vol. I.

————: *Venta por el tutor después de muerto el pupilo.* En: RFCJPUCV, Nº 76, Caracas, 1990, pp. 109-125.

VALENCIA ZEA, Arturo: *Derecho Civil.* Colombia, Edit. Temis, 6ª edic., 1980, Tomo V.

VIVAS de SERFATY, Suave: *Introducción al Estudio de la Materia de Menores.* Barquisimeto, s/e, 1972.

ZERPA, Levis Ignacio: *Derecho Civil I Personas.* Guía y materiales para su estudio por libre escolaridad.Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1987.

LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Víctor Rafael Hernández-Mendible
Profesor de Postgrado de la Universidad
Católica Andrés Bello y de la
Universidad Central de Venezuela

INTRODUCCIÓN

El Estado de Derecho (Rechtstaat) supone un control jurisdiccional pleno de los actos de los Poderes Públicos; por ello, cuando se planteó la posibilidad de acudir a la idea de Estado de Justicia (Justizstaat) para reafirmar aquél, en cuanto al control de la legalidad administrativa, se concluyó que ello era innecesario. El rechazo de la concepción de un Estado de Justicia, produjo la afirmación de la jurisdicción contencioso-administrativa. Lo dicho anteriormente, constituye parte del debate que se produjo hace siglo y medio, sobre el sistema judicial, en lo que hoy se conoce como la República Federal de Alemania.

La evolución del Estado de Derecho ha supuesto o lleva implícito el Estado de Justicia, es decir, de la existencia de una rama independiente del Poder Público, que realice el control jurisdiccional y que garantice la tutela judicial efectiva a los justiciables. "Por eso, no hay redundancia sino absoluta precisión cuando se dice que Estado de Derecho es Estado de justicia judicial. Porque con ello se está expresando con exactitud que el derecho 'que han ido diciendo' sucesivamente y de forma cada vez más inteligible el constituyente, el legislador (a impulso del gobierno, por regla general), el gobierno mismo, sin intervención de aquél, y los restantes poderes públicos, así como cualesquiera otros operadores jurídicos, es 'canonizado' por el juez que será el que dirá –incluso de forma inapelable en un cierto momento- si ese derecho es

verdaderamente tal, porque está fundado en la justicia o en sólo una apariencia de derecho precisamente por faltarle ese fundamento". (González Navarro, Francisco. Fundamentos de la Europa Comunitaria. Revista de Derecho Administrativo Nº 3, Depalma. Buenos Aires. 1990. p. 39).

Lo anterior permite afirmar, que cuando se utiliza la expresión Estado de Derecho, se está haciendo referencia al Estado de Justicia, que en el momento de evolución en que se encuentra el mundo, necesariamente es democrático y social.

Ello así, la Constitución de 30 de diciembre de 1999, consagra un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, el cual exige por imperativo del Constituyente, la reforma de todo el sistema de justicia, para adaptarlo a los requerimientos que inspiran el nuevo orden constitucional. No obstante, la reforma de la justicia administrativa, no es sólo una exigencia constitucional, sino una necesidad ante la crisis institucional de una jurisdicción, que no ha brindado una auténtica tutela judicial efectiva y sin dilaciones indebidas, sino que se ha contentado en el mejor de los casos, con aplicar correctamente la norma jurídica, no en administrar realmente justicia, sino en aplicar una justicia formalista, aparente y sobre todo lenta, producto de la designación de algunos jueces que no han estado a la altura de los asuntos que les ha correspondido conocer y de un sistema que no supo responder a los derechos o intereses de los justiciables.

Además, la reforma se hace necesaria, para poner fin a la transitoriedad en la que se ha desarrollado el orden jurisdiccional administrativo, en nuestro Estado de Derecho. La nueva regulación tiene por objeto establecer un proceso, que permita alcanzar un sistema judicial eficaz, que brinde una justicia expedita y sin dilaciones indebidas, pues tal como lo expresa el brocárdico inglés, *justicia retrasada es justicia denegada*.

Ante esa necesidad de reforma de la justicia administrativa, se elabora este trabajo, que se ha dividido en dos grandes partes, una constituida por el texto de la conferencia dictada bajo el epígrafe "Reflexiones en torno a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", en el Foro de Nuevas Tendencias del Derecho Administrativo, organizado por la Fundación Procuraduría y la Asociación Mundial de Jóvenes Juristas y Estudiantes de Derecho, en el Centro de Estudios Latinoamericanos Rómulo Gallegos, el día 19 de mayo de 2000 (A); y la otra, por el Proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, que nos fue requerido por la Oficina de Investigación y Asesoría Jurídica del órgano legislativo, para someterlo a la discusión de la Asamblea Nacional (B).

A. REFLEXIONES EN TORNO A LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

En este subepígrafe, desarrollaremos los aspectos más importantes, a ser abordados en la redacción del proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.

1. Justificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

En los últimos cincuenta años, la jurisdicción contencioso-administrativa estuvo regulada en la Constitución de 11 de abril de 1953, bajo cuyo amparo se dictaron la Ley Orgánica de la Corte Federal, de 2 de agosto de 1953 y la Ley Orgánica de la Corte de Casación, de 16 de julio de 1956, reformada en 18 de noviembre de 1959.

Este texto constitucional fue derogado por la Constitución de 23 de enero de 1961, cuyo artículo 206 consagraba la jurisdicción contencioso-administrativa y preveía la sanción de una ley que la regulara. No obstante, hasta el 1º de enero de 1977, la Corte Suprema de Justicia establecida en esta Constitución, se siguió rigiendo por las leyes preconstitucionales, suerte que acompañó a la jurisdicción contencioso-administrativa. A partir de esta última fecha entró en vigencia la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en cuyas disposiciones transitorias se reguló parcialmente la jurisdicción contencioso-administrativa, en lo que se ha denominado el contencioso-administrativo general por contraposición al contencioso-administrativo especial, conformado por el de la carrera administrativa, el tributario, el electoral, entre otros, regulados en leyes distintas, con tribunales y procesos especiales.

La transitoriedad en el orden jurisdiccional contencioso-administrativa que se inició con la Constitución de 23 de enero de 1961, se mantuvo durante los 38 años de vigencia de ésta, en virtud de la incuria del legislador de sancionar la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Tal situación condujo a una evolución de la justicia administrativa por vía jurisprudencial, pero marcada por una gran inseguridad jurídica, producto de las interpretaciones efectuadas por los Magistrados y jueces, quienes amparados en una cláusula abierta, que les permitía una amplia discrecionalidad, fueron aplicando los procedimientos que consideraban más convenientes, de acuerdo a la naturaleza del caso o acudiendo de manera casuística, a una aplicación supletoria de las demás leyes procesales.

Si bien no se puede negar, que se fue hilvanando una jurisprudencia encaminada a brindarle a las personas una auténtica tutela judicial efectiva, ello ha sido más el producto del voluntarismo judicial y de la construcción elaborada por la doctrina

científica, que de una legislación que organizara la jurisdicción contencioso-administrativa, sistematizara los procesos y estableciese las normas que de manera diáfana, consagrasen los medios para obtener la tutela judicial efectiva.

De allí, que en el marco del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia que proclama la recién promulgada Constitución de 30 de diciembre de 1999, la cual dispone que la Asamblea Nacional, dentro del primer año, a partir de su instalación, sancione la legislación referida al Sistema Judicial (numeral 5°, de la Disposición transitoria cuarta), se presente el proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, destinado a darle plena vigencia a la nueva Constitución, como norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico, que propugna como valores superiores la libertad, la justicia y la preeminencia de los derechos humanos.

El proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa ha sido elaborado conforme a los principios rectores del sistema judicial que propicia la Constitución. Estos principios se encuentran consagrados fundamentalmente en esa atalaya establecida en el artículo 26 de la Constitución, que se conoce como la tutela judicial efectiva.

El derecho a la tutela judicial efectiva consiste en aquel que tienen todas las personas a acceder a los órganos jurisdiccionales, para solicitar la protección de sus derechos e intereses contra quienes los lesionen, y en consecuencia poder alegar y probar todo aquello que consideren pertinente, sin que en ningún caso -estado y grado del proceso- se les pueda menoscabar el derecho a la defensa. Igualmente supone el derecho a obtener una tutela cautelar adecuada y eficaz que garantice la eventual ejecución del fallo o evite que se continúe produciendo el daño irrogado por la otra parte; así como a obtener un fallo fundado en Derecho, que de resultar favorable a sus pretensiones, permita alcanzar la ejecución de la sentencia, incluso de manera forzosa, en contra de la voluntad del perdidoso.

El artículo 26 de la Constitución constituye el gran símbolo del Estado de Justicia que proclama el texto fundamental y que propugna por una justicia accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa, expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos no esenciales o reposiciones inútiles.

A los fines de alcanzar este sistema de justicia, la Constitución establece que el proceso debe constituir el instrumento fundamental para la realización del Estado de Justicia y aquél se debe realizar a través de leyes procesales que establezcan la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites, mediante la adopción de un proceso breve, oral y público.

Este espíritu es el que motiva la redacción de las normas del proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, que como todas las leyes procesales que se dicten en desarrollo de la nueva Constitución, deben propender al establecimiento de un proceso simple en el cual se garantice el derecho al debido proceso, el derecho a la defensa y a la asistencia jurídica, a la presentación de alegatos y pruebas, así como el derecho a la doble instancia, tal como lo consagra el artículo 49 de la Constitución; un proceso uniforme en el entendido que todos los conflictos del denominado contencioso general y del especial, se sustanciarán por el mismo procedimiento; todas las solicitudes de medidas cautelares se sustanciarán por un único procedimiento, eliminando la dispersión actualmente existente; la tramitación de la ejecución de la sentencia será igualmente uniforme, lo que supone la eliminación de los trámites complejos y engorrosos, a la que nos había acostumbrado, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo; un proceso con trámites eficaces, lo que lleva a proponer que el emplazamiento a los interesados mediante cartel publicado en prensa, sólo se realice en los casos de impugnación de actos generales o individuales, evitando la expedición y publicación de carteles cuando el proceso no lo amerita. También se ha propuesto la eliminación de fases no esenciales como la arcaica relación de la causa, que constituye un vestigio de nuestro derecho procesal decimonónico y que incluso el legislador preconstitucional, había eliminado del Código de Procedimiento Civil, hace quince años, por constituir un obstáculo al derecho a obtener una justicia sin dilaciones indebidas e impedir la celeridad y eficacia que proclama el sistema de justicia que exige la Constitución de 1999.

Se propone que el proceso en todos sus grados tenga fases escritas y orales, con lo que pretende garantizar la inmediación de los jueces. Se han establecido los lapsos estrictamente necesarios para que el proceso sea breve y se garantiza la publicidad en todo momento, al extremo que se elimina, la fase de reserva de los escritos de promoción de pruebas, tal como se viene aplicando en el actual proceso administrativo.

Además, se consagra el principio antiformalista y se le da preeminencia a la oralidad, quedando reducidos los actos procesales de las partes, en los cuales se exige expresamente la forma escrita, a la presentación de la acción y la contestación, así como a los eventuales escritos de pruebas.

Ello así, cabe destacar que el proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa ha sabido recoger los grandes e históricos avances alcanzados por la doctrina científica y la jurisprudencia durante el siglo que finaliza, en el cual se han experimentado importantes progresos en la tutela judicial de los derechos humanos, incluso de los no constitucionalizados y que ahora se han proyectado sobre los derechos o intereses colectivos y difusos, en el propio texto constitucional.

Ante tal situación, el proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa abreva del pasado, redefine el presente con base en el nuevo marco constitucional y proyecta el futuro de este importante orden jurisdiccional, que entra en una nueva etapa histórica, que aspira a ser mucho más progresista que su antecesora.

II. Las disposiciones fundamentales

Estas disposiciones del proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, desarrollan con carácter general los principios establecidos en la Constitución, con respecto al orden jurisdiccional contencioso administrativo.

Se plantea la cláusula del control jurisdiccional pleno, sin lagunas, de todos los actos o actuaciones ejecutadas en ejercicio del Poder Público, que quedan sometidos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, salvo aquellos casos que estén expresamente atribuidos al orden jurisdiccional constitucional.

En el proyecto se establece claramente el carácter mixto del proceso administrativo, pues si bien se señala que el proceso se inicia a instancia de parte, se le atribuye al órgano jurisdiccional una competencia suficientemente amplia para actuar de oficio, en los casos establecidos en la ley, como sería en los casos de pretensiones de anulación de los actos generales o individuales, en el proceso cautelar, en la fase de ejecución de sentencia, en la segunda instancia o en la casación.

Se reconocen los principios que informan el proceso, como el antiformalismo, la gratuidad, la brevedad, el carácter público y la oralidad, que como señalamos concurren con las actuaciones escritas. Se trata de un sistema mixto en cuanto acoge parcialmente el sistema oral y parcialmente el sistema escrito. No obstante, el carácter público del proceso, se admite que el órgano jurisdiccional establezca la realización de determinados actos a puertas cerradas, con la finalidad de garantizar los derechos humanos consagrados en el artículo 60 de la Constitución.

Además, se ratifica el deber de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos de acatar las decisiones de la Sala Constitucional y de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, que se dicten sobre el contenido y alcance o sobre la interpretación y aplicación de la Constitución, según lo dispuesto en el artículo 335 de la Constitución.

III. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa

Según lo establecido en el artículo 259 de la Constitución, el proyecto de Ley conforma la jurisdicción contencioso-administrativa en tres niveles: Uno, en el cual se encuentra

el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa; otro, en el cual se ubican los Tribunales Superiores de lo Contencios-Administrativo y el último, en donde se establecen los Tribunales de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo.

Esta norma establece una distribución competencial a nivel nacional, respecto del Tribunal Supremo de Justicia; a nivel regional, en cuanto a los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo y dentro del territorio de cada estado, a los Tribunales de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo.

En función de estos tres niveles de jurisdicción, se establece la distribución de las competencias para controlar a los órganos y a las personas que actúan en ejercicio del Poder Público.

Ahora bien, la jurisdicción contencioso-administrativa se estructura sobre tres vértices: El primero es el sujeto al que se controla, que en principio son los órganos del Poder Público y excepcionalmente, los particulares que ejercen potestades públicas; el segundo, es el objeto de control, que es la actividad o inactividad, que realizan los órganos del Poder Público o los particulares, en ejercicio de la función administrativa; el tercero, es el órgano de control, que no son otros que los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Desde el punto de vista subjetivo, están sujetos al control jurisdiccional todos los órganos del Poder Público. En el proyecto de ley se enumeran algunos sujetos como el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, los Ministros, el Procurador General de la República, el Fiscal General de la República, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, la Asamblea Nacional o la Comisión Delegada y el Banco Central de Venezuela; las autoridades de los Estados y Municipios; la Dirección Ejecutiva de la Magistratura; los órganos de la Administración Pública Descentralizada o los particulares cuando prestan servicios públicos o actúan en funciones públicas por atribución de la ley y las autoridades del Distrito Capital o del Distrito Metropolitano.

En cuanto al objeto de control, se establece que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para conocer de la anulación total o parcial de los reglamentos y demás actos administrativos generales o de los actos administrativos individuales, eliminando la distinción introducida por el legislador en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, entre actos administrativos de efectos particulares y actos de efectos generales, que no era conforme a la Constitución de 1961 y que tampoco es conforme a los artículos 266, numeral 5° y 259 de la Constitución de 1999.

Además, se establece el control jurisdiccional de la abstención o carencia, de la inactividad, de las actuaciones materiales y vías de hecho, de los contratos de cualquier naturaleza que celebren los órganos del Poder Público, de la expropiación, de los actos de regulación de alquileres, de las controversias administrativas entre órganos del Poder Público y de la autorización que solicitan las autoridades públicas, para la ejecución de los actos administrativos.

En lo atinente al órgano de control, se establece la constitución y funciones de los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, debiendo destacarse la posibilidad, que en ejercicio de su independencia, cada órgano jurisdiccional determine si lo considera necesario, la creación de un Juzgado de Sustanciación autónomo, que deberá estar constituido por un juez, de los llamados a suplir las faltas de los jueces titulares del órgano jurisdiccional.

IV. Las partes

El artículo 26 de la Constitución establece que tienen derecho a solicitar tutela judicial efectiva, quienes ostenten un derecho o interés legítimo, incluso colectivo o difuso.

Esta norma constitucional permite corregir el error en que incurrió el legislador, en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, al restringir la legitimación para recurrir, a aquellas personas que tuviesen un interés personal, legítimo y directo, en contravención al artículo 68 de la Constitución de 1961, efectuando una distinción que no hizo el Constituyente y que excluía a quienes invocasen un interés colectivo y difuso o un interés indirecto.

Por ello, para adaptar la legislación al artículo 26 de la Constitución de 1999, cuyo verdadero espíritu es ampliar la posibilidad de acceso a la justicia, se reconducen las condiciones de la legitimación activa en el proceso contencioso-administrativo, a que se ostente un derecho o un interés legítimo, incluso colectivo o difuso, que sea actual, para exigir la tutela judicial.

Además, el proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa señala como legitimados pasivos, a aquellos órganos del Poder Público que hayan realizado la actividad o que hayan omitido realizarla en lesión de los titulares de derechos e intereses legítimos; se admite la posibilidad que todas aquellas personas que no son demandantes o recurrentes, ni son los autores de las actuaciones u omisiones que han dado origen a la instauración del proceso, pero que se pueden ver afectados por la declaración del órgano jurisdiccional, deban ser citados al proceso, siempre que su cualidad se evidencie del acto o actuación recurrida o surja de los antecedentes administrativos.

También, se establece quienes pueden ejercer la defensa, representación o asistencia jurídica de los legitimados activos y pasivos, dentro del proceso administrativo, conforme a la previsión del numeral 1°, del artículo 49 de la Constitución.

V. El proceso administrativo ordinario

Tradicionalmente se concibió el proceso administrativo de anulación, que por antonomasia constituye el origen de todos los demás, como un proceso objetivo.

Tal situación suponía que mediante el recurso de anulación se atacaba un acto individual o general, siendo irrelevante para su autor, lo que decidiese el órgano jurisdiccional sobre su validez o nulidad, razón por la cual, éste no debía ser llamado al proceso a defender su decisión, pues se estaba ante lo que se conoció, como un proceso a un acto.

Actualmente, tal como lo ha destacado la doctrina científica iberoamericana más ilustrada sobre el particular, no se puede seguir sosteniendo como lo han hecho algunos rezagados autores y algunas sentencias de la extinta Corte Suprema de Justicia, el carácter objetivo del recurso contencioso-administrativo. En la actualidad, constituye un anacronismo sostener el carácter objetivo del proceso administrativo de anulación y menos aún de los demás procesos, sobre todo, si se toma en consideración, que todas las decisiones que adopte el Tribunal Supremo de Justicia y los demás órganos jurisdiccionales, tienen incidencia en la esfera jurídica de las personas u órganos que han actuado en ejercicio del Poder Público.

Pero si esto no fuera suficiente, para reconocer el carácter subjetivo de todos los procesos administrativos, también se debe mencionar que la Constitución establece varias normas procesales que garantizan los derechos de todos aquellos que intervienen en el proceso y se establece la necesidad de simplificarlo y uniformarlo, mediante el establecimiento de trámites eficaces.

Ello así, siendo la Constitución la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico, en acatamiento del artículo 257 de este texto fundamental, el proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, establece un único proceso plenamente contradictorio, absolutamente subjetivo, con fases sencillas, que garantizan a todas las partes, los derechos consagrados en el artículo 49 de la Constitución y en el que sólo se deben desarrollar los trámites que sean eficaces, para que el proceso se constituya en un auténtico instrumento que garantice la tutela judicial efectiva y permita alcanzar la justicia.

En este orden de ideas, es que se estructuran todas las fases del proceso: A cada acción se le otorga una posibilidad de reacción, cada vez que se consagra la oportunidad

de presentar un alegato o prueba, se establece la posibilidad de contraalegar y contraprobar, manteniendo la plena igualdad jurídica de las partes en el proceso.

En aras de la simplificación y la uniformidad se permite impugnar en un mismo proceso un acto administrativo individual y el acto general que le sirve de fundamento. Se admite la posibilidad de acumular varias pretensiones que no sean incompatibles entre sí, salvo cuando se solicite la resolución subsidiaria de una con respecto a la otra y se establece la posibilidad de que el órgano jurisdiccional en lugar de inadmitir la demanda o recurso, ordene la corrección o aclaración en aquellos casos en que se acumulen pretensiones incompatibles. En tal caso, se le debe notificar al accionante que no se admitirá la acción, hasta tanto no produzca lo ordenado.

Para garantizar una mayor seguridad jurídica, salvo el lapso de sentencia, todos los demás lapsos se cuentan por días de despacho, es decir, que los procesos serán mucho más breves, en función del mayor número de días que despache cada órgano jurisdiccional. Ello permite a las partes tener certeza y conocer con transparencia, cuándo se pueden realizar actos procesales y cuándo no.

VI. El proceso en primera o única instancia

El proceso ha sido estructurado a los fines de su regulación, en cuatro fases: La fase de interposición y admisión de la acción, la fase de contestación, la fase probatoria y la fase de la vista de la causa. A continuación se explicará cada una de ellas:

1. La fase de interposición y admisión de la acción

El proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa comienza admitiendo la posibilidad que la demanda o recurso se interpongan ante cualquier órgano jurisdiccional y si no se trata del competente para conocer de la acción, el actor deberá indicar que lo hace con la finalidad de que se remita al órgano jurisdiccional competente, conforme a lo previsto en la ley.

Además se introduce una auténtica novedad en el proceso contencioso-administrativo, que consiste en la presentación de la demanda o recurso de forma oral, ante el Magistrado, juez o secretario, quien ordenará extender un acta que recogerá los alegatos y pretensiones del accionante, así como la indicación de los medios de pruebas que pretenda hacer valer, en caso de que considere pertinente promover sus pruebas en esa oportunidad.

Se establecen los lapsos de caducidad para recurrir, contra las distintas actuaciones o inactividad de los órganos del Poder Público.

En la actualidad, la solicitud de los antecedentes administrativos es discrecional del órgano jurisdiccional, quien fija un "plazo prudencial" a la autoridad administrativa para su envío. Tal situación ha generado excesivos retrasos en la tramitación del proceso, pues si los antecedentes administrativos no llegan, se vuelven a solicitar y comienza un nuevo plazo, lo que va retrasando el proceso de manera innecesaria.

Es así, como otra reforma importante, consiste en el establecimiento de un plazo preclusivo previsto en el proyecto de Ley, que debe indicar el órgano jurisdiccional para la remisión de los antecedentes administrativos, vencido el cual, hayan llegado o no dichos antecedentes, el órgano jurisdiccional procederá a admitir o inadmitir la demanda en el término del tercer día de despacho siguiente.

Actualmente, cada uno de los procesos contencioso-administrativos regulados en las distintas leyes tienen diferentes causales de inadmisibilidad del recurso o demanda, nada más baste revisar la Ley de Carrera Administrativa, la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, el Código Orgánico Tributario, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, a las que se suma la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales en el caso de las acciones contencioso-administrativas con pretensiones cautelares de amparo constitucional, reguladas en el artículo 5 parágrafo único de este texto legal.

Tal como se puede observar, hay una gran dispersidad de textos legales que establecen normas que regulan los requisitos de admisibilidad en el contencioso-administrativo. Ahora, se propone como garantía del acceso a la justicia y en cumplimiento del mandato de uniformidad y simplificación de los procesos, la reducción de los requisitos de admisibilidad a los realmente esenciales.

Ello así, se elimina el requisito de la acumulación de acciones que se excluyan mutuamente, pues se establece la posibilidad de que al acumularse acciones o pretensiones que pudieran ser incompatibles, en lugar de inadmitir la demanda o recurso, el órgano jurisdiccional ordene la corrección o aclaración y también se elimina, el requisito de que los procedimientos no sean incompatibles entre sí, dado que al simplificar y unificar en un único proceso, la tramitación de cualquier acción y permitirse la acumulación de pretensiones en un mismo escrito, desaparecen los procedimientos distintos que puedan ser incompatibles; se elimina el requisito del recurso paralelo, pues además de su absoluta inutilidad, al unificarse los procesos para la tramitación de las distintas pretensiones y establecerse una sustanciación sumamente sencilla, ello lleva a que desaparezca cualquier otra vía judicial, mejor que la acción contencioso-administrativa, como medio para garantizar la tutela judicial efectiva contra los órganos del Poder Público; se elimina el requisito del agotamiento previo de la vía administrativa, así como del cumplimiento del procedimiento administrativo previo a las demandas

contra la República, pues con ello se facilita el acceso expedito a la justicia, en los términos exigidos en el artículo 26 de la Constitución, dejando a salvo, la posibilidad de que el interesado opte por acudir previamente a la vía administrativa, en cuyo caso deberá esperar el vencimiento del plazo que conforme a cada ley, tiene la autoridad administrativa para decidir o que ésta emita decisión expresa que resuelva el asunto planteado, contra cuya decisión podrá acudir directamente ante el órgano jurisdiccional o intentar el recurso administrativo siguiente.

Lo señalado es igualmente válido en lo concerniente al procedimiento administrativo previo de demandas contra la República, que pasa a ser una instancia opcional.

En razón de las consideraciones anteriormente expuestas, se han establecido los siguientes requisitos esenciales para la admisión de la acción:

1. Cuando exista falta de jurisdicción o el conocimiento del asunto compete a otro órgano jurisdiccional;
2. Cuando sea manifiesta la falta de cualidad o interés;
3. Cuando haya caducado el plazo para la interposición de la acción;
4. Cuando no se acompañen los instrumentos en que se fundamente la acción;
5. Cuando exista cosa juzgada.

En lo que respecta a la admisión, se establece que en el auto de admisión se debe ordenar siempre la notificación del Fiscal General de la República, del Defensor del Pueblo o los órganos equivalentes a nivel estadal o municipal y de la autoridad administrativa cuya actuación o ausencia de ella, ha dado origen a la acción.

La mayor novedad con respecto al proceso vigente, radica en establecer el emplazamiento para la contestación tanto de los representantes legales de las personas jurídicas que han sido accionadas, como de todas aquellas personas que al no ser los accionantes, ni los autores de la conducta que da origen al proceso, no conocen de la instauración del mismo, pero que se pueden ver afectados por el fallo, siempre y cuando tal condición se evidencie de la propia actuación accionada o de los antecedentes administrativos.

Aquí se establece un lapso preclusivo, luego de la citación, para dar contestación a la demanda o recurso y se establece la potestad discrecional al órgano jurisdiccional, para librar el cartel de emplazamiento a los interesados, cartel que será procedente única y exclusivamente en los procesos de anulación, en cuyo caso el recurrente deberá cumplir su carga procesal, so pena de ser multado de conformidad con las disposiciones sancionatorias.

Además se introduce una modificación importante, con respecto a la publicación del cartel, pues su falta de publicación y consignación no es resuelta con la declaratoria de desistimiento, sino que se ha optado por sancionar al recurrente por no acatar el auto de admisión del recurso, obligación esta que le viene impuesta por el artículo 131 de la Constitución y adicionalmente se ha dispuesto, la publicación del cartel por el órgano jurisdiccional con cargo al recurrente, para garantizar el derecho de los interesados a formular alegatos y pruebas, ante la eventualidad de una sentencia que pueda afectarlos.

Por ello, en lugar de declarar el desistimiento, se ha tenido en consideración el principio constitucional que considera al proceso como un instrumento para alcanzar la justicia y teniendo por objeto el cartel de emplazamiento, darle la mayor publicidad al proceso, para que todos los que consideren que tienen algo que alegar y probar con respecto al asunto que se debate, puedan ejercer sus derechos dentro del mismo, si lo consideran pertinente, se ha optado por continuar la sustanciación hasta sentencia definitiva.

Además se establece expresamente, la posibilidad de reformar la demanda o recurso, por una sola vez, antes de la contestación, lo que no se encontraba expresamente previsto en la ley.

2. La fase de la contestación

El proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa introduce una novedad en esta fase, pues establece la contestación con carácter general, en todos los procesos administrativos, la cual se deberá presentar por escrito, debiendo formularse todas las defensas previas y de fondo, asunto que deberá ser resuelto por el órgano jurisdiccional en la sentencia definitiva.

Se establece que en la oportunidad de la contestación, se promuevan todos los instrumentos probatorios que se vayan a utilizar en el proceso y además en esa oportunidad se deberá proponer la reconvención y el llamado de los terceros al proceso.

Una de las consecuencias más importantes, de establecer un lapso preclusivo para la contestación, consiste en determinar los términos en los cuales se traba la litis, es decir, conocer los hechos y el derecho que van a constituir el tema a decidir.

Tal situación lleva a reconocer la posibilidad de la admisión de los hechos, así como si el demandado o recurrido conviene o se allana a las pretensiones del actor.

Igualmente se establece la consecuencia de la no contestación, en el plazo oportuno, indicando que ello implica la admisión de los hechos y en caso de que no se promuevan

en el lapso respectivo, los medios probatorios que favorezcan al legitimado pasivo, el proceso se pasará a estado de sentencia sin más trámites.

3. La fase de pruebas

Se regulan expresamente las fases de la etapa probatoria de promoción, oposición, admisión y evacuación, siendo posible que ésta pueda ser prorrogada. Con la finalidad de garantizar el derecho a la defensa, se admiten todos los medios de pruebas establecido en las leyes de la República, con excepción de la posibilidad de promover aquellos medios, a través de los cuales se pretenda obtener la confesión forzosa de las autoridades o funcionarios, así como de los representantes o apoderados judiciales de los órganos accionados, conforme a lo previsto en el numeral 5°, del artículo 49 de la Constitución.

Se establecen las reglas de valoración y apreciación de los medios probatorios, por el órgano jurisdiccional.

4. La vista de la causa

Una de las novedades más importante que consagra el proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, consiste en la eliminación de la relación de la causa, etapa esta que constituye un trámite no eficaz y una manifestación evidente de retardo procesal, que lejos de contribuir a una justicia accesible, transparente, expedita y sin dilaciones indebidas, es contraria a los artículos 26 y 257 de la Constitución.

Ello así, se establece la oportunidad de designar ponente y de fijar el día y hora para la realización de la audiencia oral, en la cual, las partes presentarán sus alegaciones y podrán hacer uso del derecho de réplica o contrarréplica y luego de finalizada la audiencia, la causa entrará en estado de sentencia.

VII. La terminación del proceso

En el proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa se consagran varias formas de terminación del proceso. La normal representada por la sentencia definitiva o sentencia de fondo y las anormales constituidas por los otros modos de terminación del proceso.

En lo que concierne a la sentencia, se le otorga al órgano jurisdiccional plenos poderes, al momento de dictar su fallo para decidir las pretensiones y excepciones realizadas por las partes y se señala que toda sentencia deberá indicar con absoluta precisión, en los casos en que requiera ejecución, la persona o autoridad responsable de darle

cumplimiento, el plazo para realizar la ejecución voluntaria y las actuaciones que se deberán realizar para cumplir la sentencia.

Se señala la obligación de los Magistrados y jueces de consignar los votos concurrentes o particulares y los votos salvados en el plazo establecido en la ley y la oportunidad para la publicación de la sentencia.

Por otra parte, los otros modos de terminación del proceso, están constituidos por la satisfacción extraprocesal de la pretensión; la transacción, en los casos en que sea procedente; la posibilidad de desistimiento de la acción o si se considera pertinente, del proceso; así como la terminación por la perención de la instancia, la cual se producirá por la paralización de la causa, durante el transcurso de seis meses, contados a partir de que se realice la última actuación, que corresponde a alguna de las partes.

VIII. Los procesos administrativos especiales

El proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, también regula los procesos especiales que deben ser desarrollados por disposición constitucional, como medios para la resolución de controversias. Aquí se introducen instituciones que aun cuando no son totalmente desconocidas en el proceso administrativo, han sido escasamente utilizadas y menos aún, utilizadas para agilizar el funcionamiento del sistema judicial.

Por ello, en la eterna búsqueda del equilibrio entre las potestades de los órganos del Poder Público y los derechos de los ciudadanos, se proponen como instrumentos a los cuales se puede acudir para garantizar unos y otros, los procesos administrativos especiales que se mencionarán seguidamente.

IX. El arbitraje

En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la institución procesal del arbitraje no ha tenido una aceptación expresa. De allí que la misma, se esté introduciendo en el proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, en desarrollo de lo establecido en el artículo 258 de la Constitución.

Se comienza por admitir, que los órganos del Poder Público en sus relaciones con los particulares pueden someterse a arbitraje, antes del inicio de un proceso o incluso una vez que lo hayan iniciado. Para ello, las partes deben celebrar un compromiso de arbitraje, que deberá constar por escrito y en el cual podrán regular los asuntos y las condiciones que involucra el arbitraje.

El proyecto de Ley establece las materias que no pueden ser objeto de arbitraje y se realiza una remisión expresa en esta materia a la Ley de Arbitraje Comercial y al Código de Procedimiento Civil.

X. La conciliación

Al igual que el arbitraje, también por el mandato establecido en el artículo 258 de la Constitución, se regula la conciliación en el proceso administrativo.

En tal sentido se señala que será posible conciliar en las controversias entre los órganos del Poder Público y los particulares que tengan contenido patrimonial.

Se establece que luego de contestada la demanda o recurso y mientras no se haya dictado la sentencia que ponga fin a la controversia, el órgano jurisdiccional podrá conminar a la conciliación, mediante auto, bien de oficio o a solicitud de una de las partes, siempre que el asunto debatido admita la posibilidad de transacción. La tramitación de la conciliación se realizará en pieza separada y no suspenderá la sustanciación del proceso.

XI. La autorización para la ejecución forzosa de actos administrativos que ameriten entrada al hogar doméstico, el domicilio y cualquier otro recinto privado

Uno de los problemas a los que históricamente se han enfrentado los órganos del Poder Público en la ejecución de los actos administrativos es la interdicción de la inviolabilidad del hogar doméstico y de cualquier otro recinto privado, según lo dispuesto en la Constitución.

Tal situación ha conducido a que las autoridades administrativas se hayan visto imposibilitadas de ejecutar las órdenes de demolición, por la realización de obras que infringen el ordenamiento jurídico o la aprehensión de algún bien, que se encuentra en el hogar doméstico, el domicilio o cualquier otro recinto privado de la persona destinataria del acto administrativo individual, que aun, habiendo quedado definitivamente firme, se resiste a su ejecución voluntaria, tornándose inejecutable.

Ahora bien, la Constitución admite la posibilidad que mediante una orden de un órgano jurisdiccional, se pueda autorizar la entrada al hogar doméstico, el domicilio o cualquier otro recinto privado para cumplir una decisión de acuerdo con la ley.

Tal situación, ha llevado a establecer un procedimiento breve, público y con audiencia oral, en el cual el órgano jurisdiccional resolverá si autoriza o niega a la autoridad administrativa, la entrada o el ingreso al recinto privado, con el objeto de ejecutar la resolución administrativa.

XII. Los recursos

En términos generales se establecen los efectos de la interposición de los recursos contra las sentencias, los autos o cualquier otro acto que tengan fuerza de tales. Así, el proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa establece la prohibición de innovar, cuando los recursos de apelación o casación hayan sido oídos en efecto suspensivo y devolutivo. Se señala expresamente, los casos en los cuales los recursos sólo tienen efecto devolutivo.

XIII. La apelación

En el proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, se establece el principio de la doble instancia, en desarrollo de lo establecido en el numeral 1°, del artículo 49 de la Constitución. En consecuencia, todas las decisiones que dictan los órganos jurisdiccionales en primera instancia tienen apelación, salvo, claro está, cuando emanan de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en cuyo caso de dictan en primera y única instancia, por la jerarquía del órgano jurisdiccional.

Se reconoce de manera expresa en el proyecto de Ley, un principio que ha existido siempre en el proceso civil, que consiste en la posibilidad de apelar, que tiene no sólo la parte a la cual no se le haya dado todo lo solicitado, sino los terceros que tengan interés inmediato en el proceso.

XIV. El proceso en segunda instancia

En la sustanciación de la segunda instancia se han planteado modificaciones, destinadas a abreviar el procedimiento en esta instancia. En tal sentido, luego de recibido el expediente en el órgano jurisdiccional de segunda instancia, se establece un lapso común para presentar la fundamentación de la apelación, es decir, señalar los vicios que tiene la sentencia, así como para que la parte vencedora en la primera instancia presente sus argumentos, en contra de la apelación y a favor de la sentencia o para resaltar algún aspecto particular de sus alegatos. Al haberse eliminado la reserva de los escritos de promoción de pruebas, se establece que en el lapso común que se concede a las partes para presentar sus escritos, se podrán promover todos los medios de pruebas admisibles en la primera instancia.

Lo dicho supone una ampliación de los medios probatorios, actualmente admisibles en la segunda instancia, con la finalidad de garantizar el derecho al debido proceso y a la defensa, en los términos establecidos en el numeral 1°, del artículo 49 de la Constitución.

Finalizado el lapso de promoción, se establece expresamente el lapso para la oposición a los medios de prueba y para la admisión, los cuales se han venido aplicando por vía analógica, en virtud de la remisión que realiza la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia al Código de Procedimiento Civil. Por último se establece un plazo para la evacuación y se regula la fase de la vista oral de la causa, con la réplica y la contrarréplica y el lapso para dictar sentencia.

XV. La casación administrativa

En nuestro contencioso-administrativo no se encuentra regulado la institución de la casación administrativa, como sí ha sucedido en el Derecho administrativo continental europeo.

Tal situación, la ausencia de regulación, que había sido cuestionada por nuestra doctrina científica, se debió entre otras cosas, a la ausencia de una ley que regulase la jurisdicción contencioso-administrativa.

La nueva Constitución para salvar esa discusión estableció de manera diáfana, en el artículo 266, numeral 8°, que "Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia: Conocer del recurso de casación", correspondiendo conocer de este recurso, a todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

En desarrollo de esta norma constitucional, el proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa consagra la institución de la casación administrativa, contra las sentencias o los autos dictados en segunda instancia, que expresamente se indican en el texto legal y por los motivos de fondo que allí se señalan.

Se establece el procedimiento para la sustanciación del recurso de casación, comprendido por una fase escrita y una fase oral y se establece que la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia resuelva el fondo de la controversia, por lo que, además de establecerse la casación sin reenvío, se admite la casación de oficio.

XVI. Las disposiciones comunes

En el título de las disposiciones comunes, se consagra la posibilidad de reducir los plazos en caso de urgencia o cuando el asunto sea de pleno derecho y además se regulan los poderes del órgano jurisdiccional para ordenar de oficio, la evacuación de los medios de pruebas que sean necesarios para resolver la controversia.

Se regulan dentro de estas disposiciones, la ejecución de sentencias, el proceso cautelar y la excepción de ilegalidad.

XVII. La ejecución de sentencias

Uno de los problemas más álgidos del proceso administrativo, consiste en los escasos poderes del órgano jurisdiccional para ejecutar la sentencia. Cuando se efectúa un estudio de la evolución de los poderes de ejecución de la sentencia, se observa que los órganos jurisdiccionales no han tenido los poderes necesarios para hacer ejecutar sus fallos. De hecho, en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, no se establece procedimiento alguno para la ejecución de la sentencia.

Es así, como el Máximo Tribunal de la República ha ido concediendo la ejecución de sus sentencias, de manera casuística, aplicando por analogía distintos procedimientos, como el consagrado en la Ley Orgánica de Régimen, en el Código de Procedimiento Civil o incluso, en supuesta aplicación del artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, ninguno de estos procedimientos han sido totalmente eficientes para lograr ejecutar los fallos, lo que ha conducido a que en muchos casos, obtener la ejecución de una sentencia contra los órganos del Poder Público, suponga una tramitación que supere el tiempo del proceso de cognición, llegando en algunos casos, a un período aproximado de una década.

La doctrina científica del derecho procesal-administrativo iberoamericano ha señalado que para garantizar la tutela judicial efectiva, se debe establecer en el ordenamiento jurídico, las siguientes normas:

1. El reconocimiento expreso a los órganos jurisdiccionales, de la potestad de hacer ejecutar lo juzgado frente a los poderes públicos;
2. El procedimiento de ejecución forzosa, en el cual puedan adoptarse medidas destinadas a la plena realización de los fallos;
3. El establecimiento de las multas coercitivas a las autoridades que sean responsables del cumplimiento y que obstruyan la ejecución de la sentencia.

En este orden de ideas, en desarrollo de la Constitución, que establece la tutela judicial efectiva, cuyo contenido esencial comprende el reconocimiento del derecho de las personas a solicitar y obtener la ejecución del fallo, se establece la potestad del órgano jurisdiccional para ejecutar y hacer ejecutar sus sentencias.

Ello así, se establece en el proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, que el órgano jurisdiccional podrá hacer ejecutar sus decisiones de manera forzosa y para ello puede hacer uso de la fuerza pública, e incluso acudir a la imposición de multas coercitivas.

Se establece la nulidad de todos los actos o actuaciones que se dicten para eludir o contravenir las decisiones del órgano jurisdiccional y se consagran los mecanismos para proceder a la ejecución forzosa de la sentencia, los autos o cualquier otro acto que tenga fuerza de tal, cuando se haya establecido el pago de sumas de dinero, así como cuando se haya dispuesto la realización de obligaciones de hacer o no hacer y se reconocen los poderes del órgano jurisdiccional para ordenar la realización de cualquier actuación complementaria, destinada a asegurar la efectiva ejecución del fallo.

XVIII. El proceso cautelar

El mayor avance del Derecho procesal-administrativo en nuestro país, se ha dado en la última década del siglo XX, con la expansión de la tutela cautelar.

La doctrina científica ha dado buena cuenta de ello, al analizar y estudiar los grandes bloques de medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo, como la suspensión de la ejecución, el amparo cautelar y las medidas cautelares innominadas, previstas cada una, en distintos textos legales y con procedimientos diferentes para su tramitación.

Ahora, la nueva Constitución ordena la simplificación y uniformidad de los procedimientos, lo que ha llevado a establecer un único proceso cautelar para otorgar todas las medidas cautelares idóneas y necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva.

Uno de los aspectos que se pretenden corregir, son los absurdos criterios establecidos en algunas sentencias cautelares que exigían cuatro requisitos para la concesión de la tutela cautelar, requisitos estos no establecidos en el Código de Procedimiento Civil y que condujeron a que en la práctica, se analizaran como un mero ejercicio académico, carente de justificación y que sólo contribuían a crear incertidumbre e inseguridad en los justiciables al momento de solicitar la tutela cautelar.

Si bien es cierto que la doctrina científica condenó tal situación, por absurda, innecesaria y caprichosa, ello no ha sido óbice para que los órganos jurisdiccionales exigiesen el despliegue de una actividad procesal innecesaria, no esencial y que sólo ha servido para disuadir a quienes aspiran a obtener la tutela cautelar o para negarla sin justificación jurídica alguna.

El proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa comienza por admitir que la pretensión cautelar, se puede realizar en cualquier estado y grado del proceso, se establecen como requisitos de procedencia únicamente la apariencia del derecho

cuya tutela judicial se reclama (fumus boni iuris) y el riesgo de que quede ilusoria la ejecución de la sentencia (periculum in mora).

Además, se admite la posibilidad de conceder la tutela cautelar, sin que se cumplan los extremos antes mencionados, cuando el solicitante ofrezca y constituya caución o garantía suficiente.

También se admite la posibilidad de solicitar medidas cautelares, incluso antes de la interposición de la demanda o recurso, pero se somete la vigencia de la medida cautelar, a la interposición de la demanda o recurso en el plazo perentorio de quince días de despacho siguientes a la notificación de su concesión.

Al órgano jurisdiccional se le establecen las más amplias potestades para otorgar las medidas cautelares de suspensión de la ejecución, tanto de los actos generales o actos individuales, así como para adoptar cualquier clase de medida cautelar, incluso de ordenar el pago de sumas de dinero, con la finalidad de asegurar la tutela judicial definitiva.

Finalmente, se establece el procedimiento que garantiza el derecho al debido proceso de los órganos del Poder Público, para oponerse, promover y producir pruebas y que, con fundamento en ello, el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre el levantamiento, modificación o confirmación de la medida cautelar.

XIX. La excepción de ilegalidad

El proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa regula por vez primera, de manera completa la excepción de ilegalidad. Actualmente, sólo existe una mera referencia a esta institución procesal, en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Ahora, siguiendo a la doctrina científica, se establece que la excepción de ilegalidad puede ser planteada por el actor en su demanda o recurso, como parte de su acción, así como por la parte recurrida o accionada en su escrito de contestación, como fundamento de su defensa.

Se señala que la excepción de ilegalidad debe fundamentarse en la contrariedad a Derecho, es decir, a la Constitución o al resto del ordenamiento jurídico, admitiéndose que puede ser planteada en cualquier estado y grado del proceso.

Finalmente se establecen los poderes que tiene el órgano jurisdiccional, al momento de adoptar su decisión, para pronunciarse sobre la excepción de ilegalidad.

XX. Las costas

En nuestro derecho procesal se ha evolucionado del régimen de exclusión absoluta de las costas contra los órganos del Poder Público, hacia una progresiva introducción, aunque parcial, de las costas contra algunos entes públicos.

La exención absoluta de la condenatoria en costas previstas con carácter general, a comienzos del siglo, en la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional para evitar que los órganos jurisdiccionales condenaran al tesoro nacional, cuando los órganos del Poder Público perdiesen los juicios; ha sido modificada justamente en materia tributaria, con la finalidad permitir la condenatoria en costas contra la Administración tributaria. En la Ley Orgánica de Régimen Municipal, también se ha establecido la condenatoria en costas de los municipios, pero limitada.

El proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa introduce una importante innovación al cambiar el régimen de las costas procesales, pues establece la procedencia de la condenatoria en costas, contra todos los órganos del Poder Público y por supuesto, contra los particulares.

La idea que inspira la regulación de las costas es que quien pierde paga y el único supuesto para imponer la condenatoria en costas, es que el órgano jurisdiccional haya desestimado las pretensiones de las partes, bien en primera instancia, en la apelación o en la casación.

XXI. Las sanciones

En el proyecto de Ley se establece el régimen de las sanciones que pueden imponer los órganos jurisdiccionales por el desacato a sus decisiones, así como las sanciones que podrá imponer al recurrente, que incumpla la carga procesal de retirar, publicar y consignar el cartel de emplazamiento en los plazos establecidos en la ley.

XXII. Las disposiciones transitorias

En las disposiciones transitorias se establece la tramitación que deberá darse a las causas en curso, para el momento de entrada en vigencia de la ley y también se establece la remisión que deberán hacer los tribunales que desaparezcan, de las causas que tengan conocimiento, a los nuevos tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

XXIII. Las disposiciones derogatorias

Las disposiciones derogatorias, se han redactado en el entendido que el mandato constitucional de uniformidad y simplificación de los procesos, lleva a eliminar la

dispersidad tanto de los procedimientos como de los órganos jurisdiccionales y con la finalidad de dejar claramente regulado lo que ha quedado derogado o eliminado, se establecen las disposiciones derogatorias de manera expresa en el proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.

XXIV. Las disposiciones finales

En las disposiciones finales se crean los nuevos Tribunales de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo y también se crean los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo con competencia exclusiva en esta materia, dentro de sus respectivas circunscripciones y se crea un Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo, con competencia en lo económico, que se encargará de controlar a los entes reguladores de la actividad económica, en nuestro ordenamiento jurídico.

Los Tribunales de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo en cada uno de los Estados, tienen un doble objetivo: Uno, persigue garantizar el acceso real y efectivo al sistema de justicia, a todos los justiciables, en el lugar donde se encuentran (artículo 26 de la Constitución); y el otro, tiene como finalidad descentralizar la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 269 de la Constitución).

Igualmente, los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo en cada una de las regiones, tienen la finalidad de desconcentrar y descentralizar el orden jurisdiccional-administrativo, que ha estado concentrado y centralizado en su nivel intermedio en un órgano jurisdiccional, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, cuya extinción se propone para dar paso a estos nuevos tribunales; los cuales, cada uno en su circunscripción, al estar descentralizados, serán más accesibles a las personas y permitirán una justicia más expedita, al evitar la acumulación de causas, en un único órgano jurisdiccional.

Además, la creación de un Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo, con competencia en lo económico, persigue establecer un órgano jurisdiccional constituido por jueces especializados técnica y jurídicamente, en las áreas de la actividad económica que les corresponda conocer. Ello garantiza el postulado constitucional, de una justicia en la cual el fondo se imponga sobre las formas no esenciales, que sea realmente responsable y no meramente retórica, en fin, una justicia administrada por jueces formados no sólo jurídica, sino técnicamente para juzgar.

Por último, se señala la supletoriedad con carácter general, del Código de Procedimiento Civil y se establece el plazo para la entrada en vigencia de la ley.

B. EL PROYECTO DE LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Las anteriores reflexiones nos llevaron a articular, el proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, que nos fue requerido por la Oficina de Investigación y Asesoría Jurídica del órgano legislativo, para presentarlo a la discusión de la Asamblea Nacional.

El proyecto que hemos elaborado, esperamos que motive un gran debate, tanto parlamentario como en la doctrina científica, que conduzca a la sanción de la mejor Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. El texto del proyecto es el siguiente:

La Asamblea Nacional

Decreta:

la siguiente,

LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Título Preliminar
Disposiciones Fundamentales

Artículo 1. La jurisdicción contencioso-administrativa la ejercen el Tribunal Supremo de Justicia y los demás órganos jurisdiccionales que determine la ley.

Artículo 2. 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 perjuicios derivados de la responsabilidad contractual y extracontractual de la Administración, así como por actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones o carencias; conocer de las acciones por la actividad o inactividad administrativa de los demás órganos del Poder Público; conocer de reclamos por la prestación normal o anormal de los servicios públicos y disponer el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva lesionada por los órganos del Poder Público.

Artículo 3. Los actos procesales se regirán por el principio del antiformalismo, por ello, salvo en aquellos casos en los cuales la ley señale una forma esencial para su realización, serán válidas todas aquellas que el órgano jurisdiccional considere idóneas para alcanzar sus fines.

Artículo 4. Los órganos jurisdiccionales conocerán de los asuntos de su competencia a instancia de parte, pero podrá proceder de oficio, cuando la ley lo autorice para ello o cuando se encuentre involucrado el orden público.

Artículo 5. Los órganos jurisdiccionales deben impulsar el proceso de oficio hasta dictar sentencia definitiva, sin perjuicio de que conforme a los casos previstos en esta ley, el proceso se paralice o suspenda en espera del cumplimiento de algún trámite o acto esencial para su resolución.

Artículo 6. Los órganos jurisdiccionales deberán acatar todas las sentencias, autos y decretos, dictados por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales o sobre la interpretación y aplicación de la Constitución, que realice la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

Artículo 7. El proceso se rige por los principios de gratuidad, brevedad, publicidad y oralidad, salvo aquellos en los cuales esta ley exija la formalidad escrita o cuando por razones de decencia pública, el órgano jurisdiccional ordene su realización a puertas cerradas, para garantizar el honor, la vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación de las personas.

Título I
De la organización de la jurisdicción contencioso-administrativa

Capítulo I
De la constitución y funcionamiento del órgano jurisdiccional

Artículo 8. La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde ejercerla a los siguientes órganos jurisdiccionales:

1. El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa;
2. Los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo;
3. Los Tribunales de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo.

El órgano jurisdiccional a que se refiere el ordinal 1° de este artículo, tiene competencia en todo el territorio nacional; los órganos jurisdiccionales a los que se refiere el ordinal 2° de este artículo, tienen competencia en las circunscripciones que se establecen en las disposiciones finales de esta Ley; en tanto que los órganos jurisdiccionales a que se refiere el ordinal 3° de este artículo, tienen competencia en la circunscripción donde se encuentre ubicada su sede.

Artículo 9. Todos los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo serán colegiados y estarán constituidos de la siguiente manera:

1. La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, por los Magistrados que establezca la respectiva Ley.
2. Los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo, por un número impar, que no será menor de cinco jueces.
3. Los Tribunales de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo, por un número impar, que no será menor de tres jueces.

Artículo 10. Todos los jueces, el secretario y el alguacil del órgano jurisdiccional serán designados conforme a lo establecido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Carrera Judicial.

Artículo 11. El Presidente, el Secretario y el Alguacil constituyen el Juzgado de Sustanciación del órgano jurisdiccional.

Artículo 12. Cada órgano jurisdiccional podrá determinar que el Juzgado de Sustanciación sea constituido por personas distintas de las señaladas en el artículo precedente.

En tal caso, el juez de sustanciación deberá ser escogido de la lista de los jueces suplentes del órgano jurisdiccional.

Artículo 13. Los órganos jurisdiccionales podrán contratar, como auxiliares, a profesionales y técnicos.

Capítulo II
De las competencias

Artículo 14. La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia será competente para conocer:

1. De las acciones de anulación total o parcial, de los reglamentos y demás actos administrativos generales o individuales, del Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo y los Ministros, que sean contrarios a Derecho, cuando sean dictados en ejecución indirecta y mediata de la Constitución.

2. De las acciones de anulación total o parcial, de los actos administrativos generales o individuales emanados del Procurador General de la República, el Fiscal General de la República, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, el Consejo de Estado, el Consejo Federal de Gobierno, la Asamblea Nacional o la Comisión Delegada y el Banco Central de Venezuela, que sean contrarios a Derecho, siempre que sean dictados en ejecución indirecta y mediata de la Constitución.

3. De las acciones de anulación total o parcial, de las normas de las Constituciones estadales, las leyes estadales, las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios, que sean contrarias a Derecho, cuando sean dictadas en ejecución indirecta y mediata de la Constitución de la República.

4. De las acciones por la omisión del Ejecutivo Nacional, a reglamentar total o parcialmente las leyes.

5. De las acciones contra la abstención o carencia del Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, los Ministros, el Procurador General de la República, el Fiscal General de la República, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, el Consejo de Estado, el Consejo Federal de Gobierno, la Asamblea Nacional o la Comisión Delegada y el Banco Central de Venezuela, a cumplir las obligaciones derivadas de la Constitución de la República, leyes nacionales o actos administrativos.

6. De las acciones contra las actuaciones materiales y vías de hecho del Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, los Ministros, el Procurador General de la República, el Fiscal General de la República, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, el Consejo de Estado, el Consejo Federal de Gobierno, la Asamblea Nacional o la Comisión Delegada y el Banco Central de Venezuela.

7. De las controversias administrativas y dirimirlas, cuando se susciten entre la República, algún Estado, Municipio u otro ente público y la otra parte sea alguno de estos entes; salvo, lo previsto en el ordinal 10° del artículo 16 de esta ley.

8. De las acciones contra los actos administrativos generales o individuales, las actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones o carencia de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura.

9. De las acciones contra la actividad e inactividad de los órganos del Poder Público Nacional, en la prestación de los servicios públicos.

10. De las acciones relacionadas con los contratos de cualquier naturaleza, celebrados por los órganos de la República.

11. De las acciones que se propongan contra la República por error judicial, omisión injustificada, retardo o dilaciones indebidas en el funcionamiento del Poder Judicial.

12. De cualquier acción que se proponga contra la República, los Estados, los Municipios y demás personas de derecho público o privado estatales, si su cuantía excede de diez mil (10.000) unidades tributarias y su conocimiento no se encuentra atribuido por ley, a otro órgano jurisdiccional.

13. De los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales, en los casos previstos en las Leyes.

14. De las apelaciones que se interpongan contra las decisiones de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos o de los tribunales ordinarios o especiales, cuando su conocimiento no estuviere atribuido a otro órgano jurisdiccional.

15. Del recurso de casación administrativa.

16. De las apelaciones que se interpongan contra las decisiones de los órganos jurisdiccionales en los procesos de expropiación.

17. De los recursos de hecho que se interpongan ante ella.

18. De la declaración de fuerza ejecutoria de las sentencias de autoridades extranjeras, conforme a lo previsto en los tratados internacionales o en la ley.

19. De las causas por hechos ocurridos en alta mar, en el espacio internacional o en puertos o territorios extranjeros, que puedan ser promovidas en la República, cuando su conocimiento no estuviere atribuido a otro órgano jurisdiccional.

20. De las causas que se sigan contra los representantes diplomáticos acreditados en la República, en los casos permitidos por los tratados internacionales.

21. De las causas de presa.

22. De la solicitud de avocamiento de algún asunto, que curse ante otro órgano del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, cuando lo considere conveniente.

23. De cualquier controversia o asunto litigioso que le atribuya la ley o que le corresponda como máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Artículo 15. Los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo serán competentes para conocer:

1. De las acciones de anulación, total o parcial de los actos administrativos generales o individuales emanados de las autoridades nacionales, distintas a las enumeradas en los ordinales 1° y 2° del artículo 14 de esta Ley, que sean contrarios a Derecho, si su conocimiento no estuviere atribuido a otro órgano jurisdiccional.

2. De las acciones de abstención o carencia de las autoridades nacionales, distintas a las enumeradas en el ordinal 6° del artículo 14 de esta Ley, a cumplir las obligaciones derivadas de la Constitución de la República, leyes nacionales o actos administrativos.

3. De las acciones contra las actuaciones materiales y vías de hecho de las autoridades nacionales, distintas a las enumeradas en el ordinal 7° del artículo 14 de esta Ley.

4. De las acciones contra los órganos públicos no estatales o las autoridades de las personas jurídicas de derecho privado, que actuando por atribución legal y en el ejercicio de potestades administrativas, emanan actos administrativos generales o individuales, que sean contrarios a Derecho, incurran en actuaciones materiales, vías de hecho, así como en abstenciones o carencias a cumplir las obligaciones derivadas de la Constitución de la República, leyes nacionales o actos administrativos.

5. De las acciones contra los actos administrativos generales o individuales, emanados de las autoridades del Distrito Capital o del Distrito Metropolitano, que sean contrarios a Derecho, así como contra las actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones o carencias a cumplir las obligaciones derivadas de la Constitución de la República, leyes nacionales o actos administrativos, dentro de su circunscripción judicial.

6. De las acciones relacionadas con los contratos de cualquier naturaleza, celebrados por los órganos descentralizados del Poder Público Nacional.

7. De las acciones contra la actividad o inactividad de los concesionarios de los órganos del Poder Público Nacional, por la prestación de los servicios públicos.

8. De los juicios de expropiación intentados por la República.

9. De las controversias que se susciten con motivo de la adquisición, goce, ejercicio o pérdida de la nacionalidad o del goce, ejercicio, suspensión o pérdida de la ciudadanía.

10. De cualquier acción que se proponga contra la República, los Estados, los Municipios y demás personas de derecho público o privado estatales, si su cuantía excede de cinco mil (5.000) unidades tributarias, pero no pasa de diez mil (10.000) unidades tributarias y su conocimiento no se encuentra atribuido por ley, a otro órgano jurisdiccional.

11. De los conflictos de competencia que surjan entre los órganos jurisdiccionales, de cuyas decisiones le corresponda conocer en apelación.

12. De los recursos de hecho intentados contras las decisiones relativas a la admisibilidad de la apelación, en las causas cuyo conocimiento le corresponda conocer en segunda instancia.

13. De las apelaciones que se interpongan contra las decisiones dictadas por los Tribunales de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo o de aquellos que conozcan de acciones especiales contencioso-administrativas.

14. De cualquier otra acción o recurso que le atribuya la ley.

Artículo 16. Los Tribunales de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo serán competentes para conocer:

1. De las acciones de anulación total o parcial, de los actos administrativos generales o individuales, que sean contrarios a Derecho, emanados de las autoridades estadales, municipales o de los órganos equivalentes a nivel estadal o municipal a la Defensoría del Pueblo, dentro de su jurisdicción.

2. De las acciones de abstención o carencia de las autoridades estadales o municipales a cumplir las obligaciones derivadas de la Constitución de la República, las constituciones de los Estados, las leyes nacionales, estadales y municipales o de actos administrativos.

3. De las acciones contra la actividad o inactividad de los órganos de la administración estadal, municipal o de sus concesionarios, por la prestación de los servicios públicos.

4. De las acciones contra las actuaciones materiales y vías de hecho, de las autoridades estadales o municipales.

5. De las acciones relacionadas con los contratos de cualquier naturaleza celebrados por los Estados, los Municipios o los órganos descentralizados de éstos.

6. De las acciones de cualquier naturaleza relacionadas con la función pública de los órganos de la República, los Estados, los Municipios y demás personas de derecho público o privado estatales, cuya prestación se realice dentro de su jurisdicción.

7. De los juicios de expropiación intentados por los Estados, los Municipios, los Institutos Autónomos o cualquier otra persona que actúe en ejercicio de la potestad expropiatoria, salvo que su competencia sea atribuida a otro órgano jurisdiccional.

8. De cualquier acción que se proponga contra la República, los Estados, los Municipios y demás personas de derecho público o privado estatales, si su cuantía no excede de

cinco mil (5.000) unidades tributarias y su conocimiento no se encuentra atribuido por ley, a otro órgano jurisdiccional.

9. De las acciones de anulación de los actos administrativos de regulación de alquileres, que dicten las autoridades administrativas nacionales, estadales o municipales, dentro de su jurisdicción.

10. Dirimir las controversias administrativas que se susciten entre Municipios de un mismo Estado, que se encuentren sometidos a su jurisdicción.

11. De las solicitudes de autorización de las autoridades administrativas nacionales, estadales o municipales, cuando se requiera el acceso para la entrada al hogar doméstico, el domicilio y cualquier otro recinto privado, siempre que sea necesario para la ejecución forzosa de los actos administrativos firmes.

12. De cualquier otra acción o recurso que le atribuya la ley.

Título II
De las partes

Capítulo I
De la legitimación

Artículo 17. Son legitimados para accionar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

1. Todas las personas que tengan un derecho o interés jurídico actual, así como cuando actúen en representación de derechos o intereses colectivos y difusos.

2. El Fiscal General de la República, en aquellos casos en que esté involucrado o se afecte el interés general.

3. El Defensor del Pueblo, en defensa de los derechos o intereses colectivos y difusos.

4. Los órganos del Poder Público cuando ostente un derecho o interés jurídico actual, siempre que no accionen contra sus propios actos.

Artículo 18. Son legitimados pasivos ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

1. Los órganos del Poder Público autores de los actos, actuaciones, contratos, abstenciones, carencias, inactividad y vías de hecho accionados.

2. Las personas cuyos derechos o intereses jurídicos se puedan ver afectados por el fallo, que en el proceso recayere.

Capítulo II
De la representación

Artículo 19. Los titulares de derechos o intereses jurídicos actuales podrán comparecer por sí mismos, asistidos de abogados o conferir su representación mediante mandato a abogados.

Artículo 20. La representación o asistencia jurídica de los legitimados activos podrá efectuarla:

1. El abogado o los apoderados judiciales que designe el accionante.
2. El accionante se puede presentar sin poder, por los demás titulares de derechos o intereses jurídicos actuales, que se encuentren afectados por el mismo título jurídico, que ha originado la acción.

Artículo 21. La defensa y asistencia jurídica de los legitimados pasivos podrán efectuarla:

1. La Procuraduría General de la República, la Procuraduría del Estado o la Sindicatura Municipal, en representación y defensa de los órganos constitucionales de la República, los Estados y los Municipios respectivamente.

2. Las máximas autoridades podrán encomendar la representación y defensa de los órganos constitucionales del Poder Público, a los apoderados judiciales que se designen para tales fines.

3. Los abogados de las respectivas consultorías jurídicas y los apoderados judiciales que se designen para tales fines, realizarán la representación y defensa de los órganos de la Administración Descentralizada.

4. Los legitimados pasivos podrán ser representados y defendidos sin poder, por cualquiera que reúna las cualidades necesarias para ser apoderado judicial, no pudiendo en tal caso, efectuar actos de disposición o autocomposición procesal y quedando sujeto a las responsabilidades que establezca la ley.

Artículo 22. Si alguna de las partes alega la ilegitimidad de la persona que se presente como apoderado o representante de la otra, por no tener la capacidad necesaria para ejercer poderes en juicio, por no tener la representación que se atribuye o porque el

poder no esté otorgado en forma legal o sea insuficiente, el órgano jurisdiccional se pronunciará al respecto y en caso de existir el defecto, lo notificará a la parte a quien le corresponda subsanarlo y le indicará un plazo para ello, advirtiéndole que vencido el mismo, la causa quedará paralizada hasta tanto se produzca la subsanación.

Título III
Del proceso administrativo ordinario

Capítulo I
Disposiciones Generales

Artículo 23. Todos los asuntos que competan al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, se sustanciarán por el proceso contencioso-administrativo ordinario, salvo lo que disponga esta Ley, para los procesos especiales.

Artículo 24. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo individual y al mismo tiempo la del acto general que le sirve de fundamento, ambas pretensiones podrán acumularse en un mismo recurso, correspondiéndole conocer de la acción, al órgano jurisdiccional que sea competente para conocer de la impugnación del acto general.

Artículo 25. En una misma demanda o recurso se podrán acumular varias pretensiones que no sean incompatibles entre sí; pero sí será admisible dicha acumulación, cuando se pretenda que sean resueltas una de manera subsidiaria de la otra.

Artículo 26. Cuando se acumulen pretensiones en contravención de lo establecido en el artículo anterior, el órgano jurisdiccional lo notificará al accionante para que proceda a corregir o aclarar su demanda o recurso, advirtiéndole que aquélla o éste no se admitirán hasta que no se produzca lo ordenado por el órgano jurisdiccional.

Capítulo II
Del proceso en primera o única instancia

Sección Primera
De la interposición y admisión de la acción

Artículo 27. El proceso se iniciará por demanda o recurso escrito, que se propondrá ante el órgano jurisdiccional competente o ante cualquier otro en la República, en cuyo caso, éste dejará constancia del lugar, fecha y hora de la presentación tanto al pie del escrito como en el Libro Diario y lo remitirá al órgano jurisdiccional competente, el día de despacho siguiente.

Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, se podrá proponer la demanda, o el recurso de forma oral, ante el Magistrado, Juez o Secretario, quien ordenará levantar un acta, que será suscrita por el accionante y el abogado asistente, así como por el secretario del tribunal.

Artículo 28. La demanda, el recurso o el acta que se extienda, deberá contener todas los alegatos de hecho y de derecho, con las respectivas pretensiones que las partes formulen contra los órganos del Poder Público, autores de la norma, acto, contrato, actuación, vía de hecho, abstención, carencia, interpretación o controversias.

Artículo 29. Se podrá intentar la demanda o el recurso:

1. En cualquier tiempo, contra los actos generales o en los casos de controversias administrativas entre autoridades.

2. En el lapso de caducidad de seis meses, contados a partir de la publicación o notificación a los destinatarios, de los actos administrativos individuales o de los demás actos individuales. Si se trata de actos de efectos temporales, la acción caducará en el lapso de un mes.

El interesado podrá interponer la demanda o recurso dentro de estos lapsos, cuando habiendo optado por intentar los recursos en vía administrativa, éstos hayan sido resueltos en sentido distinto a lo solicitado o no hayan sido resueltos oportunamente, en los plazos establecidos en la ley.

3. En el lapso de caducidad de tres meses, cuando se trate de una actuación material, vía de hecho, abstención, carencia o inactividad de los órganos del Poder Público o de los particulares que gestionan los servicios públicos. Este lapso comenzará a partir de que se haya producido la actividad o inactividad lesiva que genera el ejercicio de la acción.

4. En el lapso de caducidad de un año, a partir de que se produzca la conducta o el hecho que ha generado la acción, en los casos de responsabilidad contractual o extracontractual.

Artículo 30. El órgano jurisdiccional el mismo día o el día de despacho siguiente a la recepción de la demanda o recurso, dará cuenta y solicitará los antecedentes administrativos cuando sea procedente, los cuales deberán ser remitidos por la autoridad administrativa requerida, en original o en copia certificada, en el lapso de ocho días siguientes a la recepción del oficio que contiene la solicitud de remisión.

Artículo 31. El órgano jurisdiccional admitirá la demanda o recurso, al tercer día de despacho siguiente, de recibido los antecedentes administrativos o de vencido el plazo indicado en el artículo anterior. Sólo se declarará inadmisible la acción:

1. Cuando exista falta de jurisdicción o el conocimiento del asunto competa a otro órgano jurisdiccional.

2. Cuando sea manifiesta la falta de cualidad o interés.

3. Cuando haya caducado el plazo para la interposición de la acción.

4. Cuando no se acompañen los instrumentos en que se fundamente la acción.

5. Cuando exista cosa juzgada.

Artículo 32. En el auto de admisión el órgano jurisdiccional ordenará la notificación del Fiscal General de la República, del Defensor del Pueblo o de los órganos equivalentes a nivel estadal o municipal y de la autoridad administrativa cuya conducta haya generado la acción.

Artículo 33. También se dispondrá la orden de comparecencia, para la contestación de la demanda del Procurador General de la República, del Procurador General del Estado, del Síndico Procurador Municipal o del representante legal del órgano accionado, así como de todas aquellas personas que se puedan ver afectados por el fallo, que en el proceso recayere, cuando éstas se mencionen en el acto recurrido o se evidencien de los antecedentes administrativos.

La copia certificada con la orden de comparecencia será entregada a los legitimados pasivos, para que comparezcan dentro del lapso de quince días de despacho siguientes, a que conste en el expediente la última de las citaciones, a dar contestación a la demanda.

Artículo 34. En los procesos cuya pretensión sea la anulación total o parcial de un acto general o de un acto administrativo individual, el auto de admisión podrá disponer el emplazamiento de los interesados, mediante un cartel que será publicado en un periódico de circulación nacional.

El cartel deberá ser expedido el día de despacho siguiente a la admisión y deberá ser retirado, publicado y consignado por el recurrente dentro de los diez días de despacho siguientes a su expedición. Si el recurrente no cumple dentro de este lapso con su carga procesal, el órgano jurisdiccional ordenará el día de despacho siguiente, la

publicación del cartel a través de la Secretaría y que luego sea agregado al expediente, sin perjuicio de las sanciones previstas en esta Ley.

Artículo 35. Los interesados podrán comparecer para darse por citados durante el lapso de emplazamiento para la contestación y alegar lo que consideren pertinente. Su comparecencia se podrá realizar con posterioridad a este lapso, hasta la oportunidad en que se realicen los informes orales, pero en tal caso, los interesados sólo podrán efectuar la actuación que corresponda al estado del proceso, en el cual comparezcan.

Artículo 36. La demanda o recurso podrá ser reformado, por una sola vez, aun cuando el legitimado pasivo haya sido citado, siempre que no se haya dado la contestación, en cuyo caso se le otorgarán otros quince días de despacho para la contestación, sin que sea necesario realizar nueva citación.

Sección Segunda
De la Contestación

Artículo 37. La contestación de la demanda o recurso deberá presentarse por escrito, a cualquier hora en las que el órgano jurisdiccional tenga destinadas para despachar y en ella se formularán todas las excepciones o defensas previas y de fondo, las cuales deberán ser resueltas por el órgano jurisdiccional en la oportunidad de dictar sentencia definitiva. En esta oportunidad se deberán acompañar todos los instrumentos probatorios que se pretendan hacer valer en el proceso.

En la oportunidad de la contestación, se deberá proponer la reconvención o el llamado de un tercero al proceso.

Artículo 38. En el escrito de la contestación de la demanda o recurso se deberá expresar si se admiten o contradicen los hechos, así como si se conviene o allana total o parcialmente a las pretensiones.

Artículo 39. La no contestación de la demanda o recurso en el plazo establecido, supondrá la admisión de los hechos y si no se promovieren medios probatorios que favorezcan al legitimado pasivo, una vez vencido el lapso de promoción de pruebas, el proceso entrará en estado de sentencia.

Artículo 40. Luego de efectuada la contestación o finalizado el lapso para la misma, aun cuando ésta no se haya realizado, no serán admisibles nuevos alegatos de hecho por las partes o los interesados, ni la reconvención, ni el llamado de terceros.

Artículo 41. En el caso de producirse la reconvención o el llamado de terceros al proceso, se aplicará lo dispuesto sobre la materia en el Código de Procedimiento Civil.

Sección Tercera
De las pruebas

Artículo 42. El proceso quedará abierto a pruebas de pleno y las partes podrán promover todos los medios de pruebas que quieran hacer valer en esta instancia, dentro del lapso de cinco días de despacho, la oposición podrá ser formulada al primer día de despacho, deberán ser admitidos dentro de los tres días de despacho siguientes y evacuados en el lapso de diez días de despacho, lapso que podrá ser prorrogado mediante auto, de oficio o a solicitud de parte, por un período igual cuando las circunstancias así lo requieran.

Artículo 43. En esta instancia son admisibles todos los medios de pruebas establecidos en el Código de Procedimiento Civil, Código Civil y en las demás leyes de la República, siempre que no estén prohibidos expresamente por esta ley.

Artículo 44. No se admitirán los medios probatorios cuyo objeto sea obtener la confesión forzosa de las autoridades o funcionarios públicos, así como de los representantes o apoderados judiciales de los órganos accionados.

Artículo 45. Las partes que quieran hacer valer en el proceso los instrumentos que cursan en el expediente administrativo, deberán indicar expresamente cuáles desean promover y qué hechos pretenden probar con ellos.

Artículo 46. La falta de remisión del expediente administrativo, la remisión incompleta o sin cumplir con las formalidades exigidas en la ley, deberá ser apreciada por el órgano jurisdiccional conforme a las reglas de la sana crítica.

Artículo 47. El órgano jurisdiccional deberá analizar y juzgar todos los medios probatorios que hayan producido las partes o se hayan evacuado por requerimiento de éste, aun cuando no fueren idóneas para producirle convicción acerca de los hechos controvertidos.

Artículo 48. El órgano jurisdiccional utilizará las reglas de apreciación de los medios probatorios, establecidos en el Código de Procedimiento Civil y las demás leyes de la República, con las particularidades establecidas en esta ley.

Sección Cuarta
De la vista de la causa

Artículo 49. Cuando quede firme el auto de inadmisión de los medios probatorios, se hayan promovido medios probatorios que no requieren evacuación, se haya finalizado

el lapso de evacuación, de los escritos presentados por las partes, se evidencie que el asunto versa sobre cuestiones de mero derecho o cuando se trate de conflicto de autoridades administrativas se dará cuenta a la Presidencia del órgano jurisdiccional, y ese mismo día, mediante auto se designará ponente, se fijará el día y la hora para la realización de la audiencia oral de la causa, dentro del plazo de cinco días de despacho siguientes.

Artículo 50. Si unas de las partes solicita que la causa se resuelva con los medios probatorios producidos con la demanda o recurso y con los producidos con la contestación u oposición y la otra no se opone expresamente a ello, o cuando en la contestación se produzca el convenimiento o allanamiento en la demanda o recurso, el órgano jurisdiccional procederá conforme a lo establecido en el artículo precedente, una vez finalizado el lapso de emplazamiento.

Artículo 51. En la audiencia oral, las partes presentarán sus alegaciones finales sobre los hechos y las razones de derecho que hayan sido objeto de la controversia y el órgano jurisdiccional, según la complejidad del caso, le señalará a las partes el tiempo del cual dispondrán para informar, así como para efectuar la réplica y la contrarréplica.

El órgano jurisdiccional podrá formular a las partes, las preguntas y repreguntas que considere pertinentes, sobre los hechos que en su criterio sea necesario realizar aclaraciones o precisiones.

Finalizada la audiencia oral, la causa entrará en estado de sentencia, sin perjuicio de que las partes puedan presentar conclusiones escritas, en el lapso de tres días de despacho.

Artículo 52. La sentencia deberá ser dictada dentro del lapso de treinta días continuos a la audiencia oral, el cual podrá ser prorrogado por una sola vez, por un lapso máximo de quince días continuos.

Artículo 53. El lapso de sentencia o su prórroga, cuando haya sido acordada, se dejarán transcurrir íntegramente, a los fines de la interposición del recurso de apelación.

Capítulo III
De la terminación del proceso

Sección Primera
De la sentencia

Artículo 54. El órgano jurisdiccional tiene plenos poderes, para pronunciarse sobre todos los asuntos que hayan sido objeto del proceso.

El órgano jurisdiccional, en la oportunidad de dictar sentencia definitiva, podrá declarar inadmisible la acción, desestimarla o declarar la procedencia de la acción, total o parcialmente, en cuyo caso deberá:

1. Anular los actos generales o individuales, que sean contrarios a Derecho y establecer los efectos de la nulidad en el tiempo;

2. Establecer, en los casos que se declare la anulación, que se conserven aquellas actuaciones o actos que no sean contrarios a Derecho;

3. Condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios, derivados de la responsabilidad contractual y extracontractual de las personas o los órganos, que actúan en ejercicio del Poder Público;

4. Adoptar todas las medidas necesarias para el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva lesionada, por las personas o los órganos que actúan en ejercicio del Poder Público;

5. Disponer la realización de todas aquellas actuaciones, destinadas a satisfacer los reclamos, por la actividad o inactividad, en la prestación de los servicios públicos;

6. Dictar las órdenes de hacer y fijar el plazo para cumplir lo dispuesto, en los casos de omisiones, abstenciones o carencias, de los órganos del Poder Público;

7. Ordenar el cese o continuación, de la ejecución de las actuaciones materiales y vías de hecho, de las personas y los órganos que actúen en ejercicio del Poder Público.

Artículo 55. La sentencia deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil y además indicar con absoluta precisión, las siguientes especificaciones, a los fines de su ejecución:

1. La persona o autoridad responsable de dar cumplimiento a la sentencia, el auto o cualquier otro acto que tenga fuerza de tal.

2. El plazo para la ejecución voluntaria, luego que haya quedado definitivamente firme, que no deberá exceder de quince días de despacho.

3. Las actuaciones o actividades que deberán realizarse, para cumplir la sentencia, el auto y cualquier otro acto que tenga fuerza de tal.

Artículo 56. La sentencia deberá contener la firma de todos los Magistrados o jueces, salvo que en virtud de una causa prevista en la ley, se encuentre permitida su inasistencia a la sesión o su retiro de la misma, cuando esté debidamente justificado.

Artículo 57. La sentencia deberá ser publicada el mismo día de su firma, salvo en los casos que se anuncie el voto salvado y el voto concurrente, según sea el caso.

Tanto los votos concurrentes o particulares, como los votos salvados deberán ser consignados en el plazo máximo improrrogable de cinco días de despacho, siguientes a la aprobación de la sentencia.

La no consignación de los votos concurrentes y salvados, en el plazo anterior presupone que se está conforme con la mayoría.

Artículo 58. La sentencia será publicada al día siguiente de que finalice el lapso para la consignación de los votos concurrentes y de los votos salvados, según sea el caso, aun cuando éstos no hayan sido consignados.

Sección Segunda
De los otros modos de terminación del proceso

Artículo 59. Si el legitimado pasivo satisface extraprocesalmente la pretensión del accionante, cualquiera de las partes deberá comunicarlo al órgano jurisdiccional y éste declarará finalizado el proceso, ordenará el archivo del expediente y la devolución de los antecedentes administrativos.

Artículo 60. Las partes podrán transar en cualquier estado y grado del proceso, siempre que los derechos o intereses en litigio sean de contenido patrimonial y no versen sobre la nulidad de un acto general o individual o sobre un conflicto administrativo de autoridades.

Artículo 61. El actor podrá en cualquier estado y grado de la causa desistir de la acción o del proceso y el apoderado del accionado convenir en ello, salvo que exista violación de normas de orden público, en cuyo caso el órgano jurisdiccional ordenará la continuación del proceso, de oficio.

En el caso de los procesos de anulación, el órgano jurisdiccional deberá oír los alegatos de los interesados, en caso de que hayan intervenido en el proceso, antes de homologar el desistimiento.

Artículo 62. La instancia se extingue de pleno derecho, por la paralización de la causa, durante el transcurso de seis meses, sin que se haya ejecutado ningún acto de procedimiento por las partes. Vencido dicho plazo, el órgano jurisdiccional declarará consumada la perención, de oficio o a instancia de parte. Luego de la audiencia oral, no se producirá la perención de la instancia.

Artículo 63. El desistimiento de la demanda o recurso, así como la perención de la instancia dejan firmen el acto o actuación accionada y el desistimiento de la apelación o del recurso de casación, dejan firme la sentencia recurrida y el órgano jurisdiccional devolverá el expediente al órgano jurisdiccional que haya conocido en primera instancia.

Artículo 64. En caso de terminación del proceso por transacción o desistimiento, el órgano jurisdiccional dictará auto en el cual homologará aquélla o éste y en caso de perención, declarará extinguida la instancia, ordenará el archivo del expediente y la devolución de los antecedentes administrativos.

Título IV
De los procesos administrativos especiales

Capítulo I
Del arbitraje

Artículo 65. Los órganos del Poder Público en sus relaciones con los particulares pueden someterse a arbitraje, antes de la incoación del proceso o durante éste, de conformidad con lo establecido en esta Ley.

Artículo 66. El compromiso de arbitraje es la manifestación inequívoca de voluntad de las partes, de querer resolver mediante arbitraje los asuntos controvertidos, que hayan surgido o que eventualmente puedan surgir, con respecto a una relación jurídica contractual o extracontractual.

El compromiso de arbitraje se hará constar por escrito, en instrumento de cualquier naturaleza.

Artículo 67. Las partes deberán establecer en el compromiso arbitral las cuestiones que se someterán a arbitraje, el número de los árbitros, el carácter con que éstos actuarán, las formas y reglas del proceso que deberán seguir los árbitros, el lapso para sentenciar, la posibilidad de apelación y cualquier otro aspecto que se considere pertinente.

Artículo 68. Si surgiere la controversia, cualquiera de las partes deberá presentar el compromiso de arbitraje ante el órgano jurisdiccional, al que hubiese correspondido conocer del proceso en primera instancia, el cual deberá convocar a los árbitros, conocer de la manifestación de aceptación que efectúen los árbitros y la constitución del tribunal arbitral.

Artículo 69. Son materias objeto de arbitraje, las controversias en las que se encuentren involucrados intereses patrimoniales de las partes, con las excepciones que establezca esta ley.

Artículo 70. No podrá ser objeto de arbitraje los siguientes asuntos:

1. Los referidos a las controversias administrativas entre los órganos del Poder Público;
2. Los referidos a la anulación de actos generales o individuales;
3. Los referidos a la función pública;
4. Los referidos a la expropiación;
5. Los referidos a aquellos otros asuntos que por su naturaleza, no puedan ser sometidos a transacción.

Artículo 71. El arbitraje será solamente de derecho y en todo aquello no previsto expresamente en el compromiso arbitral y en esta Ley, se aplicarán supletoriamente la Ley de Arbitraje Comercial y el Código de Procedimiento Civil, en cuanto sean aplicables.

Capítulo II
De la conciliación

Artículo 72. La conciliación será procedente en los asuntos de contenido patrimonial que sean competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Artículo 73. El órgano jurisdiccional, de oficio o a instancia de parte, luego de contestada la demanda o recurso y mientras no se haya dictado sentencia, podrá conminar a las partes a la conciliación, tanto sobre lo principal como sobre las incidencias, siempre que se trate de un proceso que verse sobre asuntos en los cuales es admisible la transacción.

Artículo 74. La representación y defensa de los órganos del Poder Público deberán actuar mediante facultad expresa, que le será otorgada por la máxima autoridad del órgano demandado o recurrido de conformidad con la ley.

Artículo 75. Cuando el órgano jurisdiccional considere pertinente formular la propuesta, dictará un auto en el cual exhortará a las partes a conciliar sobre el asunto litigioso. La tramitación de la conciliación no suspenderá el curso de la causa.

Artículo 76. En el acto de conciliación estarán presentes las partes y los Magistrados o jueces que componen el órgano jurisdiccional y del acto de conciliación se levantará un acta, se produzca ésta o no, que se agregará al expediente.

En caso de que se produzca la conciliación se procederá como lo indica el artículo siguiente y en caso de que no se logre, se dejará constancia en el acta de que no fue posible lograrla.

Artículo 77. Lograda la conciliación, el órgano jurisdiccional dictará un auto que pondrá fin al proceso, ordenará el archivo del expediente y la devolución de los antecedentes administrativos.

Capítulo III

De la autorización para la ejecución forzosa de actos administrativos que ameriten entrada al hogar doméstico, el domicilio y cualquier otro recinto privado

Artículo 78. Las solicitudes de autorización de las autoridades administrativas nacionales, estadales o municipales, para la ejecución forzosa de los actos administrativos firmes, cuando se requiera el acceso al hogar doméstico, el domicilio y cualquier otro recinto privado se realizarán ante el órgano jurisdiccional de primera instancia, en la circunscripción donde corresponda dicha ejecución.

Artículo 79. El solicitante deberá efectuar su solicitud de autorización por escrito, que deberá cumplir todos los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil. En el escrito se deberán expresar las razones de hecho y de derecho, que motivan la solicitud y se deberá acompañar el acto administrativo cuya ejecución se pretende.

Artículo 80. Al día siguiente de recibida la solicitud, el órgano jurisdiccional la admitirá y emplazará a todas las personas contra las cuales se pretenda ejecutar el acto administrativo, apercibiéndolas que de no comparecer en la oportunidad establecida, el órgano jurisdiccional decidirá dentro de los tres días de despacho siguientes, sobre la orden de entrada al hogar doméstico, el domicilio y cualquier otro recinto privado para realizar la ejecución del acto administrativo.

Artículo 81. Las personas emplazadas deberán comparecer ante el órgano jurisdiccional, en el quinto día de despacho siguiente, para que en audiencia pública y oral, expongan las razones y presenten los medios de prueba, que justifican su no acatamiento voluntario, a lo dispuesto en la decisión administrativa o la improcedencia de la solicitud.

Artículo 82. En esa audiencia pública, las partes podrán hacer uso del derecho de réplica y contrarréplica y una vez finalizadas sus exposiciones, el órgano jurisdiccional en la misma audiencia, resolverá si autoriza o niega la entrada al hogar doméstico, el domicilio y cualquier otro recinto privado, para la ejecución de la resolución administrativa.

Artículo 83. La sentencia deberá ser publicada dentro de los dos días de despacho siguientes, a la finalización de la audiencia y podrá ser recurrida en apelación, de conformidad con lo establecido en esta Ley.

Título V
De los recursos

Artículo 84. No se realizará ningún acto o providencia que directa o indirectamente pueda producir innovación en el objeto del proceso, mientras esté pendiente la decisión de la apelación o del recurso de casación que se haya intentando contra la sentencia, auto o cualquier otro acto que tenga fuerza de tal, siempre que éstos hayan sido admitidos en ambos efectos.

Artículo 85. La apelación o el recurso de casación sólo tendrá efecto devolutivo cuando se apele o recurra contra el auto que resuelva sobre las medidas cautelares, de aquel que admita la acción o que admita los medios probatorios.

Capítulo I
De la apelación

Artículo 86. Las sentencias, autos o cualquier otro acto que tenga fuerza de tal, dictados por los órganos jurisdiccionales en primera instancia, se podrán apelar, salvo disposición expresa de la ley.

Artículo 87. El lapso para intentar la apelación es de cinco días de despacho, salvo disposición especial.

Artículo 88. Los demás jueces que conforman el órgano jurisdiccional serán competentes para conocer de la apelación, contra los autos dictados por el Juzgado de Sustanciación y deberán resolver en el plazo máximo de quince días de despacho.

Artículo 89. La apelación se interpondrá por escrito ante el órgano jurisdiccional que pronunció la sentencia, auto o cualquier otro acto que tenga fuerza de tal y éste la admitirá o negará el día de despacho siguiente, al vencimiento del lapso para la apelación.

Artículo 90. La apelación contra las sentencias, autos o cualquier otro acto que tenga fuerza de tal se oirá en ambos efectos, salvo lo previsto en esta Ley.

Artículo 91. Cuando se admita la apelación en ambos efectos, se remitirá el expediente al órgano jurisdiccional que le corresponda conocer, en el lapso de tres días de despacho y cuando se admita en el solo efecto devolutivo, se remitirán las copias certificadas que indique el apelante, dentro del lapso señalado.

Artículo 92. Tienen derecho a apelar contra la sentencia, el auto o cualquier otro acto que tenga fuerza de tal, la parte a la que no se le haya concedido todo lo solicitado.

También tienen derecho a apelar, los terceros que tengan interés inmediato en lo que sea objeto del proceso o resulten perjudicados por el fallo, bien porque pueda hacerse ejecutorio contra sí o porque haga nugatorio su derecho, lo menoscabe o desmejore.

Artículo 93. El recurso de hecho se interpondrá en los plazos, términos y condiciones establecidos en el Código de Procedimiento Civil.

Capítulo II
Del proceso en segunda instancia

Artículo 94. Una vez recibido el expediente en el órgano jurisdiccional, el Secretario dará cuenta al Presidente y en esa misma oportunidad, se dejará constancia del comienzo de un lapso único de diez días de despacho, en el cual las partes podrán presentar escrito de fundamentación de la apelación o de oposición a la apelación. En este lapso, en el mismo escrito de fundamentación o por escrito separado, las partes deberán presentar la promoción de los medios de pruebas que consideren pertinentes.

Artículo 95. En segunda instancia se podrán promover todos los medios de pruebas admisibles en primera instancia, la oposición podrá ser formulada el primer día de despacho siguiente, al establecido en el artículo anterior, deberán ser admitidas dentro de los tres días de despacho siguientes y evacuadas en el lapso de diez días de despacho, lapso que podrá ser prorrogado mediante auto, a solicitud de parte o de oficio, por un período igual cuando las circunstancias así lo requieran.

Artículo 96. Cuando quede firme el auto de inadmisión de pruebas, se hayan promovido pruebas que no requieran evacuación, haya finalizado el lapso de evacuación o de los escritos presentados por las partes, se evidencie que el asunto versa sobre cuestiones de mero derecho, se dictará el auto en el cual se designará ponente, se fijará el día y la hora para la realización de la audiencia oral de la causa, dentro del plazo de cinco días de despacho.

Artículo 97. En la audiencia oral, el órgano jurisdiccional le señalará a las partes, según la complejidad del caso, el tiempo del cual dispondrán para informar, así como para efectuar la réplica y la contrarréplica.

El órgano jurisdiccional podrá formular a las partes, las preguntas y repreguntas que considere pertinentes, sobre aquellos hechos que en su criterio sea necesario realizar aclaraciones o precisiones.

Finalizada la audiencia oral, la causa entrará en estado de sentencia, sin perjuicio de que las partes puedan presentar conclusiones escritas dentro del lapso de tres días de despacho.

Artículo 98. La sentencia deberá ser dictada dentro del lapso de treinta días continuos, el cual podrá ser prorrogado por una sola vez, por un lapso máximo de quince días continuos.

Artículo 99. El lapso de sentencia o su prórroga, cuando haya sido acordada, se dejarán transcurrir íntegramente, a los fines del anuncio del recurso de casación, en los casos en que sea procedente.

Artículo 100. Vencido el lapso de sentencia o su prórroga, comenzará el lapso para el anuncio el recurso de casación. Si vencido este lapso no se hubiere anunciado dicho recurso, el órgano jurisdiccional al día siguiente, remitirá el expediente al Tribunal que corresponda la ejecución de la sentencia.

Capítulo III
De la casación administrativa

Artículo 101. El recurso de casación sólo procederá contra las sentencias o los autos de los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo, cuando resuelvan los asuntos de su competencia, en segunda instancia.

Artículo 102. El recurso de casación puede proponerse:

1. Contra las sentencias que pongan fin a los procesos de contenido patrimonial, excepto los referidos a la anulación de actos generales o individuales y los referidos a la función pública.

2. Contra las sentencias recaídas en los procesos de arbitraje, conciliación y autorización para la ejecución forzosa de los actos administrativos.

3. Contra los autos de inadmisión de la acción, el auto de inadmisión de pruebas, el auto que pongan fin a la sustanciación del proceso, el auto que resuelva sobre las medidas cautelares o el auto de ejecución de sentencia que resuelva puntos esenciales no controvertidos en el proceso, ni decididos en él; así como contra el auto que provea contra lo ejecutoriado o lo modifique de manera sustancial; cuando cualquiera de éstos, hayan sido dictados en los procesos indicados en los ordinales 1° y 2° de este artículo.

Artículo 103. El recurso de casación se declarará con lugar cuando:

1. La sentencia o el auto hayan menoscabado, desconocido o lesionado derechos constitucionales o derechos inherentes a la persona humana, aun cuando no estén consagrados en la Constitución o en los tratados internacionales.

2. La sentencia o el auto hayan desconocido algún precedente del Tribunal Supremo de Justicia, sobre la interpretación, aplicación, contenido y alcance de las normas y principios constitucionales.

3. La sentencia o el auto hayan aplicado una norma constitucional, un tratado internacional o una norma legal que no esté vigente.

4. La sentencia o el auto le nieguen aplicación y vigencia a una norma constitucional, un tratado internacional o una norma legal que lo esté.

5. La sentencia o el auto le otorguen efecto retroactivo a una norma constitucional, un tratado internacional o una norma legal, salvo el supuesto establecido en el artículo 24 de la Constitución.

6. La sentencia o el auto hayan incurrido en violación de normas de orden público.

Artículo 104. El recurso de casación se anunciará ante el Tribunal Superior que dictó la sentencia o el auto contra el cual se recurre, dentro del lapso de diez días de despacho siguientes, al establecido en el artículo 98 de esta Ley.

Artículo 105. El Tribunal Superior admitirá o negará la admisión del recurso de casación, al día siguiente de que finalice el lapso señalado en el artículo anterior.

Artículo 106. Si anunciado el recurso de casación el órgano jurisdiccional lo admitiere, se remitirá el expediente al día siguiente a la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Si anunciado el recurso de casación no se admitiere, el órgano jurisdiccional dejará transcurrir el lapso de cinco días de despacho siguiente para el ejercicio del recurso de hecho, que se propondrá ante el órgano jurisdiccional que negó la admisión del recurso, quien lo remitirá al día siguiente de su interposición a la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, para que éste decida en el plazo de quince días de despacho siguientes a que hayan sido recibidos los autos, con preferencia a cualquier otro asunto.

Artículo 107. Si el recurso de hecho fuere declarado con lugar, se notificará a las partes y se les indicará el lapso para la formalización y el término de la distancia, que comenzará a correr una vez que conste en el expediente la última de las notificaciones.

Si el recurso de hecho fuere declarado sin lugar, se remitirá el expediente al órgano jurisdiccional que corresponda la ejecución de la sentencia.

Artículo 108. Al día siguiente de admitido el recurso de casación o que conste en el expediente la última de las notificaciones de la declaratoria con lugar del recurso de

hecho, comenzará a correr el lapso de quince días de despacho, más el término de la distancia que haya establecido el Tribunal Supremo de Justicia entre éste y la sede del órgano jurisdiccional que dictó la sentencia recurrida, en cuyo caso la parte recurrente deberá consignar el escrito de formalización, en el cual deberá indicar:

1. El auto o sentencia recurrido;

2. La exposición de las razones que demuestren algunas de las infracciones, establecidas en el artículo 103 de esta Ley.

Artículo 109. Si se hubiere formalizado el recurso dentro del plazo establecido en el artículo anterior, más el término de la distancia, la contraparte podrá contestar la formalización dentro del lapso de diez días de despacho siguientes, señalando las razones que en su criterio hacen improcedente el recurso de casación.

Si se produce la contestación de la formalización, se fijará el quinto día de despacho siguiente para que en audiencia pública, las partes ejerzan ante el órgano jurisdiccional la réplica y contrarréplica.

Artículo 110. Si no se produce la contestación de la formalización o si finaliza la sustanciación del recurso, la causa entrará en estado de sentencia y la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia deberá dictar sentencia dentro del lapso de treinta días continuos.

Artículo 111. La sentencia casará el fallo sin reenvío, debiendo pronunciarse sobre las infracciones denunciadas y resolver el fondo del litigio aplicando correctamente el Derecho, sin modificar los hechos establecidos por los órganos jurisdiccionales de instancia.

Artículo 112. Si no se formalizare el recurso de casación en el lapso establecido para ello o si no se indican las infracciones cometidas en el auto o sentencia recurrida, se declarará perecido el recurso de casación.

Artículo 113. El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa podrá casar de oficio, la sentencia o el auto, cuando detecte que se ha incurrido en violación de la Constitución o del orden público, aun cuando no haya sido denunciado, por el formalizante.

Artículo 114. Luego de sentenciado el recurso de casación, la Sala Político-Administrativa remitirá el expediente al tribunal de primera, al que corresponda la ejecución de la sentencia.

Título VI
De las disposiciones comunes

Artículo 115. El órgano jurisdiccional, en cualquier estado y grado del proceso, a instancia de parte o de oficio, podrá reducir los plazos previstos en esta Ley, cuando existan razones de urgencia, las partes expresamente convengan en ello o de las actas del expediente se evidencie que el asunto es de mero derecho.

Artículo 116. El órgano jurisdiccional, en cualquier estado y grado del proceso, podrá ordenar de oficio, la evacuación de los medios probatorios que considere pertinentes, para la resolución de la controversia.

Capítulo I
De la ejecución de sentencias

Artículo 117. Corresponde a los órganos jurisdiccionales la potestad de hacer ejecutar las sentencias, los autos y cualquier otro acto que tenga fuerza de tal, en los asuntos que hayan conocido en primera instancia.

En el caso de arbitraje, la ejecución corresponderá al órgano jurisdiccional, al que hubiese correspondido conocer del asunto, de no haberse efectuado el arbitraje.

Los órganos jurisdiccionales que conozcan en segunda instancia y la Sala Político-Administrativa cuando conozca del recurso de casación, gozarán de plenos poderes para hacer ejecutar sus sentencias, autos o cualquier otro acto que tenga fuerza de tal, de naturaleza incidental o cautelar.

Artículo 118. La sentencia, el auto o cualquier otro acto que tenga fuerza de tal, se deberá cumplir en sus propios términos y el desacato de los mismos, acarreará la imposición de las sanciones previstas en esta Ley.

Artículo 119. Todos los actos o actuaciones realizados en contravención a lo dispuesto en una sentencia o auto, así como los que se dicten o ejecuten con la finalidad de eludir el cumplimiento de lo dispuesto por el órgano jurisdiccional, serán nulos.

En caso de producirse el supuesto establecido en el parágrafo anterior, el órgano jurisdiccional declarará la nulidad de lo realizado en contravención de fallo, a instancia de parte.

Artículo 120. Una vez que la sentencia, el auto o cualquier otro acto que tenga fuerza de tal haya quedado definitivamente firme y siempre que no se ha producido el

cumplimiento voluntario en el plazo fijado en el fallo, el órgano jurisdiccional, a petición de parte e incluso de oficio, dictará un decreto ordenando la ejecución forzosa.

Artículo 121. La sentencia que declare la anulación de un acto general, deberá ser publicada en el órgano de divulgación oficial, donde se publican los actos de la autoridad recurrida.

Si la sentencia anulase un acto individual, el órgano jurisdiccional podrá disponer su publicación en diarios o periódicos, a costa de la persona u órgano ejecutado, cuando ello sea necesario para restablecer la situación jurídica infringida.

Artículo 122. Cuando se pretenda la ejecución forzosa de una sentencia condenatoria de pago de sumas de dinero, se procederá de la siguiente manera:

1. Si la ejecución consiste en el pago de una cantidad de dinero líquida, el funcionario encargado del cumplimiento de la sentencia, hará la gestión para la expedición de la orden de pago con cargo a la partida presupuestaria, que se establecerá en la ley de presupuesto anual, para el cumplimiento de las sentencias condenatorias de pagos de sumas de dinero.

El órgano jurisdiccional establecerá el plazo en el cual se deberá proceder al pago de crédito, el cual no podrá exceder de cuarenta y cinco días continuos y en caso de no efectuarse el pago en dicho plazo, procederá a realizar la ejecución mediante el embargo de sumas de dinero, que se encuentren en las cuentas de los órganos del Poder Público.

2. Si no existiese suficiencia presupuestaria, el órgano jurisdiccional podrá solicitar al obligado que le informe si posee suficiencia presupuestaria en otras partidas y de ser positiva la respuesta, ordenará el traspaso del monto necesario para el cumplimiento del fallo.

Si la respuesta fuese negativa, el órgano jurisdiccional deberá ordenar la inclusión del crédito, con los respectivos intereses que transcurran desde que se dictó el fallo hasta la oportunidad en que efectivamente se efectúe el pago, en el presupuesto de gastos anuales, del órgano obligado, correspondiente al próximo ejercicio fiscal.

Artículo 123. A solicitud de parte interesada, el órgano jurisdiccional podrá disponer que las cantidades a pagar, así como sus respectivos intereses, sean compensados total o parcialmente con créditos fiscales tributarios o no, que los órganos del Poder Público posean o llegaren a poseer contra el acreedor.

Artículo 124. Cuando se pretenda la ejecución forzosa de una sentencia condenatoria de obligaciones de hacer o no hacer, se procederá de la siguiente manera:

1. Si se trata de la emanación de un acto, se podrá ordenar a cualquier funcionario público del ente recurrido, que en cumplimiento de la sentencia emita el acto, dentro del lapso máximo de diez días siguientes a su notificación.
2. Si se trata de hacer cesar o prohibir la continuación de la ejecución de actuaciones materiales y vías de hecho, se podrá hacer uso de la fuerza pública, si fuere necesario.

Artículo 125. El órgano jurisdiccional podrá ordenar la realización de cualquier actuación complementaria, a las mencionadas en los artículos precedentes, destinadas a asegurar la efectiva ejecución de la sentencia.

Artículo 126. El mandamiento de ejecución forzosa de las sentencias, de los autos o de cualquier otro acto que tenga fuerza de tal, prescribirán luego de transcurrido el lapso de diez años, a partir de su expedición.

Capítulo II
Del proceso cautelar

Artículo 127. Las partes podrán solicitar en cualquier estado y grado del proceso, las medidas cautelares idóneas y eficaces para garantizar la efectividad de la sentencia definitiva.

Artículo 128. El órgano jurisdiccional, una vez recibido el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, ordenará abrir un cuaderno separado para la tramitación de la incidencia cautelar, a los fines de que no se paralice o suspenda la causa principal.

Artículo 129. El órgano jurisdiccional decretará las medidas cautelares cuando las partes aleguen y prueben que existe apariencia del derecho cuya tutela judicial se reclama y riesgo de que pueda quedar ilusoria la ejecución de la sentencia definitiva.

Artículo 130. El órgano jurisdiccional tendrá los más amplios poderes para otorgar las medidas cautelares, pudiendo suspender la ejecución de los actos generales o individuales, dictar órdenes de autorización de la realización de determinadas actividades o de la prohibición de ejecución de determinados actos o actuaciones, disponer el pago de sumas de dinero y adoptar cualquier otra medida necesaria, para asegurar la efectividad de la sentencia definitiva.

La medida cautelar que ordene la suspensión de la ejecución de un acto general, sólo beneficiará a los solicitantes.

Artículo 131. El órgano jurisdiccional al decretar la medida cautelar, podrá exigir que la parte solicitante preste caución o garantía suficiente para garantizar los daños y perjuicios, que pueda ocasionarle a la parte contra quien se dirija la ejecución de la medida cautelar.

El órgano jurisdiccional también podrá decretar las medidas cautelares, sin estar llenos los extremos del artículo 129 de esta Ley, cuando el solicitante ofrezca y constituya caución o garantía suficiente, en los términos establecidos en la ley. Consignada en el expediente la caución o garantía, el órgano jurisdiccional deberá decidir si la acepta o no, en el lapso de cinco días de despacho siguientes.

Artículo 132. Las partes podrán solicitar las medidas cautelares previstas en esta Ley, antes de la interposición de la demanda o recurso, siempre que las soliciten al órgano jurisdiccional competente para conocer del proceso.

Artículo 133. El órgano jurisdiccional podrá conceder las medidas cautelares solicitadas conforme al artículo anterior, dentro del plazo de diez días de despacho siguientes a la solicitud y le indicará a la parte solicitante, que tiene quince días de despacho siguientes a la notificación, para intentar la demanda o recurso, oportunidad en la cual deberá ratificar la solicitud de medidas cautelares.

La falta de impulso procesal en el plazo señalado producirá que las medidas otorgadas pierdan su eficacia, lo cual podrá ser declarado por el órgano jurisdiccional, de oficio o a instancia de parte interesada, sin perjuicio de que en tal caso, se puedan volver a solicitar las medidas cautelares, en la oportunidad indicada en el artículo 127 de esta Ley.

Los plazos establecidos en este artículo, no modificarán o prorrogarán los lapsos de caducidad establecidos en la ley.

Artículo 134. El órgano jurisdiccional decretará la medida cautelar inmediatamente y procederá a la ejecución en el plazo máximo de tres días de despacho siguientes, conforme a lo establecido en esta Ley, para la ejecución de la sentencia.

Artículo 135. La parte contra la cual opere la medida cautelar podrá oponerse a ella dentro de los tres días de despacho siguientes a su ejecución, cuando estuviese citada o dentro de los tres días de despacho siguientes a que conste en el expediente, la notificación de la última de las partes, en caso de que no se hubiese incoado el proceso. Si estuviere ya citada, podrá oponerse el mismo día de la ejecución o dentro de los tres días de despacho siguientes.

Finalizado el lapso de oposición se abrirá una articulación probatoria de ocho días de despacho, para promover y evacuar las pruebas que las partes consideren pertinentes de conformidad con esta Ley. Si la medida cautelar se hubiese ejecutado previa constitución de caución o fianza, no habrá lugar a la oposición.

El órgano jurisdiccional resolverá el incidente cautelar, modificando, confirmando o revocando la medida cautelar, dentro del lapso de tres días de despacho.

Artículo 136. Cuando el proceso se encuentre en segunda instancia o en sustanciación del recurso de casación y se soliciten medidas cautelares, la tramitación de la incidencia cautelar se hará conforme al proceso establecido en el artículo precedente.

Artículo 137. El auto que resuelva la incidencia cautelar podrá ser apelado o recurrido en casación, conforme a lo establecido en esta Ley.

Capítulo III
De la excepción de ilegalidad

Artículo 138. La ilegalidad podrá oponerse por vía de excepción, como acción o como defensa, contra los contratos del Poder Público o los actos generales o individuales, salvo que la ley disponga lo contrario.

Artículo 139. El órgano jurisdiccional competente para conocer de la excepción de ilegalidad, es aquel que sea competente para decidir sobre la impugnación del acto o contrato por vía principal.

Artículo 140. La excepción de ilegalidad puede ser planteada en cualquier estado y grado del proceso.

Artículo 141. La excepción de ilegalidad puede alegarla el recurrente cuando el acto o contrato cuya nulidad se solicita por vía principal, haya sido dictado en ejecución de aquél cuya ilegalidad se invoca por vía de excepción, siempre que la legalidad del primero esté subordinada a la legalidad de este último.

Artículo 142. El demandado o recurrido puede alegar como defensa a las pretensiones del accionante, la excepción de ilegalidad de un acto que constituya el fundamento de la obligación cuyo cumplimiento se reclama por vía principal.

Artículo 143. Las partes deberán fundamentar la excepción de ilegalidad en la contrariedad a Derecho del acto incidentalmente atacado.

Artículo 144. El órgano jurisdiccional podrá declarar la ilegalidad del acto contrario a Derecho y desaplicarlo en la sentencia definitiva.

Al resolver la acción principal, el órgano jurisdiccional se pronunciará sobre la influencia de la ilegalidad declarada por vía de excepción y declarará si procede la nulidad del acto o contrato accionado por vía principal.

Capítulo IV
De las costas

Artículo 145. Las costas proceden contra todos los órganos del Poder Público y demás personas que sean partes en los procesos administrativos, cuando sus pretensiones hayan sido desestimadas por algún auto o sentencia definitiva.

Artículo 146. No se impondrán las costas contra el Fiscal General de la República, el Defensor del Pueblo o de los órganos equivalentes a nivel estadal o municipal, cuando éstos intervengan en el proceso, en su condición de garantes del interés general o de los derechos humanos. Sí se le impondrán las costas, cuando actúen como legitimados pasivos del proceso.

Artículo 147. La condenatoria en costas no excederá del veinte por ciento (20%) de la cuantía de la demanda o recurso.

Si el asunto no tiene una cuantía determinada, el órgano jurisdiccional fijará prudencialmente las costas.

Artículo 148. Las costas en favor de los órganos del Poder Público serán enterados en la hacienda pública nacional, estadal o municipal, según corresponda.

Artículo 149. Las costas proceden contra aquel que haya sido vencido, en la apelación o en la casación.

La condenatoria en costas del recurso de casación procederá cuando se produzca el desistimiento o cuando se le deje perecer.

Título VII
De las sanciones

Artículo 150. El desacato de las sentencias, los autos, los decretos o las providencias del órgano jurisdiccional podrá ser sancionada con multa coercitiva entre una a cinco unidades tributarias, que se impondrá a las autoridades o funcionarios administrativos

o jurisdiccionales, que estando obligados a acatar sus órdenes, ejecutar sus fallos o suministrar los expedientes administrativos o la información que se le solicitare, incurran en incumplimiento de las mismas.

La multa se reiterará cada vez que transcurran cinco días de desacato y si el desacato proviene de un órgano colegiado, se sancionará a cada uno de los responsables individualmente imponiéndoles la multa.

Artículo 151. El órgano jurisdiccional deberá oficiar lo conducente al Ministerio Público, para que ejerza las acciones penales correspondientes, sin perjuicio de la potestad de seguir imponiendo multas sucesivas, en caso de contumacia de los funcionarios o autoridades a cumplir los requerimientos del órgano jurisdiccional o al pago de las multas que éste les haya impuesto.

Artículo 152. El recurrente que incumpla la carga procesal de retirar, publicar y consignar el cartel de emplazamiento en los procesos de impugnación de actos generales o individuales podrá ser sancionado con multa de una a cinco unidades tributarias.

Artículo 153. El pago de las multas impuestas por el órgano jurisdiccional, serán pagadas a favor del tesoro nacional.

Artículo 154. El órgano jurisdiccional podrá ordenar que se devuelva a su autor, todos los escritos irrespetuosos a la majestad del orden jurisdiccional o que sean indecentes.

Artículo 155. El órgano jurisdiccional podrá mandar a desalojar el recinto, cuando se produzcan alteraciones que impidan su normal funcionamiento y en caso de estarse desarrollando algún acto, disponer que se continúe en privado.

Artículo 156. El órgano jurisdiccional deberá garantizar la defensa del presunto infractor, notificándole de la apertura del procedimiento, el lapso para ejercer sus defensas y luego de analizadas las circunstancias del caso, impondrá la sanción de multa conforme a lo dispuesto en esta Ley. A partir de la iniciación, el plazo máximo para la sustanciación y resolución de este procedimiento será de treinta días continuos.

Título VIII
Disposiciones Transitorias

Artículo 157. La presente Ley se aplicará desde su entrada en vigencia, incluso a los procesos que se encuentren en curso. Los actos jurisdiccionales realizados y sus efectos procesales que no se hayan verificado al momento de entrar en vigencia, se regularán por la ley que los regía en la oportunidad de su realización.

Artículo 158. Las causas que se encuentren en curso en los Juzgados Superiores en lo Civil con competencia en lo Contencioso-Administrativo serán remitidas en el estado en que se encuentren al momento de entrada en vigencia de esta Ley, a los Tribunales de Primera de lo Contencioso-Administrativo competentes de conformidad con la respectiva circunscripción.

Artículo 159. Las causas que cursaban en la Corte Primera de la Contencioso-Administrativo, serán remitidas en el estado en que se encuentren, a los Tribunales de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo y a los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo de la circunscripción correspondiente, conforme a la materia, la cuantía y el territorio.

Artículo 160. Las causas que cursaban en el Tribunal de la Carrera Administrativa serán remitidas en el estado en que se encuentren, a los Tribunales de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo de la circunscripción judicial correspondiente.

Título IX
Disposiciones Derogatorias

Artículo 161. Quedan derogadas todas las normas que contraríen la presente Ley, y se declaran derogadas expresamente las siguientes disposiciones:

1. Los artículos 81 al 145, 155 al 170 y 180 al 187 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.
2. El parágrafo único del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.
3. Los artículos 71 al 83 de la Ley de Carrera Administrativa.
4. Los artículos 78 y 79 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.
5. Los artículos 185 al 196 y 215 al 217 del Código Orgánico Tributario.

Artículo 162. Con la entrada en vigencia de esta Ley, quedan eliminados el Tribunal de la Carrera Administrativa y la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, que se encontraban ubicados en Caracas y tenían competencia nacional.

Título X
Disposiciones Finales

Artículo 163. Se crean los Tribunales de Primera Instancia en lo Contencioso-Administrativo, con competencia en la circunscripción judicial de cada uno los Estados y con sede en la capital de los mismos.

Artículo 164. Se crean los Tribunales Superiores en lo Contencioso-Administrativo, los cuales tendrán competencia en las siguientes circunscripciones judiciales:

1. La región capital, constituida por los Distritos Capital y Metropolitano, así como por los Estados Miranda y Vargas, con sede en Caracas;
2. La región oriental, constituida por los Estados Anzoátegui, Monagas, Nueva Esparta y Sucre, con sede en Barcelona;
3. La región sur, constituida por los Estados Amazonas, Bolívar y Delta Amacuro, con sede en Puerto Ordaz;
4. La región central, constituida por los Estados Aragua, Carabobo, Cojedes, Guárico y Apure, con sede en Valencia;
5. La región centrooccidental, constituida por los Estados Lara, Portuguesa y Yaracuy, con sede en Barquisimeto;
6. La región occidental, constituida por los Estados Zulia y Falcón, con sede en Maracaibo;
7. La región andina, constituida por los Estados Barinas, Mérida, Táchira y Trujillo, con sede en Mérida.

Parágrafo único: En la región capital se establecerán dos Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo, uno tendrá las competencias establecidas a todos los órganos jurisdiccionales de su jerarquía, con excepción de la materia económica cuya competencia sería atribuida de manera exclusiva al otro Tribunal Superior, en los términos que se determinarán en el artículo siguiente.

Artículo 165. El Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo, con competencia en lo económico, conocerá en primera instancia, de las acciones de cualquier naturaleza que se intenten contra los órganos que se mencionan a continuación:

1. Bolsa de Valores
2. Comisión Nacional de Valores
3. Junta de Regulación Financiera
4. Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras
5. Superintendencia de Seguros y Reaseguros
6. Superintendencia para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia
7. Superintendencia del Subsistema de Pensiones
8. Superintendencia del Subsistema de Vivienda
9. Ente Nacional del Gas
10. Comisión Nacional de Energía Eléctrica
11. Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico
12. Comisión Antidumping
13. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual

14. Cualquier otro órgano o ente de similar naturaleza con competencia administrativa económica, siempre que su conocimiento no estuviere atribuido por ley, a otro órgano jurisdiccional.

Artículo 166. La Dirección Ejecutiva de la Magistratura podrá modificar estas circunscripciones, así como crear nuevos Tribunales de Primera Instancia o Superiores de lo Contencioso-Administrativo, cuando lo considere pertinente.

Artículo 167. En lo no previsto expresamente en esta Ley, regirán supletoriamente las normas del Código de Procedimiento Civil.

Artículo 168. La presente Ley entrará en vigencia, el primero de enero del año dos mil uno.

Dada, firmada y sellada, en el Palacio Federal Legislativo, en Caracas a los _____ días del mes de _____ del año dos mil. 190° de la Independencia y 141° de la Federación.

NOTAS SOBRE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES A LA LUZ DE LA LOPNA*

Francisco Hung V.

1) Introducción; 2) Planteamiento general; 3) Principios que rigen la capacidad; 4) Regímenes para incapaces; 5) Reglas generales que rigen la capacidad y la incapacidad; 6) Incapacidad negocial; 6.1) La capacidad en materia negocial; 6.2) La capacidad procesal; 7) La LOPNA y la Convención sobre los Derechos del Niño; 8) Conclusiones.

I. Introducción

Con motivo del desarrollo del tema de la capacidad jurídica como parte del programa de Derecho Civil I, hemos tenido necesidad de analizar ciertas normas de la Ley Orgánica de Protección al Niño y al Adolescente que ha incidido en el tratamiento tradicional de la capacidad de las personas que no han llegado a la mayoría de edad. Las presentes notas constituyen un intento de exégesis de las normas respectivas para tratar de delinear lo que podría ser nuestro nuevo sistema de capacidad / incapacidad para personas que no han cumplido los 18 años de edad. [1] Sentimos que no hemos podido llegar a conclusiones definitivas ni indiscutibles y que los resultados provisionales de

* Ley Orgánica de Protección al Niño y al Adolescente.

[1] Como acertadamente señala BAUMEISTER TOLEDO, nada obsta para seguir denominado con el término menores a las personas que no han llegado a la mayoridad. Este término tiene fuerte arraigo en nuestra doctrina civilista entre la cual -que sepamos- carece de las connotaciones peyorativas y de minusvalía que algunos han pretendido endilgarle. Ver A. BAUMEISTER TOLEDO, "Anotaciones sobre la nueva normativa de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente con los Procedimientos en materia de Familia y Menores en III Jornadas de Derecho Procesal Civil Dr. Aristides Rengel Romberg. Universidad Católica Andrés Bello. Fundación Pérez-Llantada. Caracas, 2000, p.93.

la investigación, en lugar de plantear respuestas satisfactorias, conducen a interrogantes cuya respuesta definitiva deberán dar los órganos jurisdiccionales encargados de aplicar la nueva ley y tomando en consideración -como el propio texto ordena- los principios del interés superior del niño (artículo 8 LOPNA) y de prioridad absoluta (artículo 7 ejusdem). En el desarrollo del tema hemos tratado de coordinar las normas aplicables de la Constitución, el Código Civil, la Ley Orgánica de Protección al Niño y al Adolescente y la Ley de Aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley Orgánica del Trabajo procurando establecer una interpretación sistemática del tema concreto analizado. Esperamos con estas notas abrir campo a la discusión y al análisis que conduzcan a un definitivo esclarecimiento del derecho aplicable.

2. Planteamiento general

De acuerdo al primer significado que le otorga el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la voz capacidad significa "espacio hueco de alguna cosa, suficiente para contener otra u otras"; circunstancia que lleva al Profesor AGUILAR GORRONDONA a afirmar que la voz "capacidad" alude a "lo que cabe", dándole su sentido ordinario de medida de la aptitud para contener que tiene un continente; sentido que ha pasado a tener en el campo jurídico la significación específica que más adelante señalaremos.[2]

Nuestro Código Civil utiliza la voz capacidad en los artículos 19 y 18 del Código Civil. El artículo 19 enumera las personas jurídicas (en sentido estricto) y declara que ellas "son capaces de obligaciones y derechos". El artículo 18 fija la mayoridad en los 18 años y dispone, como consecuencia de la mayoridad, la capacidad del individuo "para todos los actos de la vida civil con las excepciones establecidas por disposiciones especiales". Para nosotros resulta evidente que la alusión al término capacidad no está utilizada en el mismo sentido en las dos normas legales mencionadas. En efecto, en el artículo 18 la voz "capaz" tiene la connotación de facultad para **realizar o ejecutar** actos jurídicos; es decir, nos acercamos al concepto de capacidad jurídica como **medida** (mayor o menor) de la aptitud para **la actuación** de derechos y deberes jurídicos; mientras que en el artículo 19 el vocablo "capaces" tiene el sentido de simple **aptitud** para ser titular de derechos y deberes jurídicos. En ésta última norma legal nos acercamos a la connotación de **vocación para llegar a tener** la titularidad de dichos derechos y deberes. Un autor español expresa que "...personalidad y capacidad son realmente dos ideas muy afines, pero se diferencian en que la primera implica aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones **en general**, mientras que la segunda se refiere a

[2] AGUILAR GORRONDONA, J.L. Derecho Civil I. Manual de Derecho. Personas. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1997. 13ª Edición, p.158.

derechos y obligaciones **necesariamente determinados**. La capacidad está sujeta a oscilaciones cuantitativas. Se puede ser incapaz para tomar dinero en préstamo, para suceder, pero **no por ello se es** más o menos persona".[3]

En conclusión, si entendemos por capacidad jurídica (legal o de goce) la medida de la aptitud (o la extensión de la aptitud) para ser titular de deberes y derechos jurídicos, la **capacidad de obrar** sería la medida de la aptitud para **producir plenos efectos jurídicos mediante actos de la propia voluntad**. La capacidad de obrar así entendida, comprendería la producción de efectos jurídicos en el ámbito de los negocios jurídicos (capacidad negocial o de ejercicio); la producción de efectos jurídicos en materia de hechos ilícitos (capacidad delictual o de imputación) y la producción de efectos jurídicos en el campo procesal (capacidad procesal). De tal manera que la definición de las capacidades que constituyen **la subdivisión de la capacidad de obrar** serían: a) Capacidad **negocial o de ejercicio**: es la medida de la aptitud para **realizar en nombre propio** negocios jurídicos válidos; b) Capacidad **delictual o de imputación**: es la medida de la aptitud para **quedar obligado por los propios hechos ilícitos**; y, c) Capacidad **procesal**: es la medida de la aptitud para **realizar actos procesales válidos**.

3. Principios que rigen la capacidad

El artículo 18 del Código Civil al establecer que es "mayor de edad quien haya cumplido dieciocho (18) años", implícitamente clasifica a las personas naturales en mayores de edad y menores de edad. Por otra parte, cuando la misma norma expresa que "el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, con las excepciones establecidas por disposiciones especiales", nos informa acerca de la existencia de una diferencia entre las personas físicas en el campo de la **realización o ejecución de actos en el mundo del Derecho**. En otras palabras, de la norma en comento se infiere que algunas personas físicas tienen la facultad de ejercer o realizar válidamente toda clase de actos jurídicos o la facultad de producir con sus actos efectos jurídicos, y a otra categoría de personas físicas le está vedada la posibilidad de producir, con los actos propios, efectos jurídicos de cierta clase. En resumen, del artículo 18 CC emerge una clasificación de las personas entre aquellas que tienen aptitud para producir plenos efectos jurídicos mediante actos de la propia voluntad (personas **capaces**) y aquellos cuya aptitud para producir efectos jurídicos mediante actos de la propia voluntad es nula o está disminuida (**incapaces**).

El propio artículo 18 nos indica que, en relación con la **capacidad de obrar**, el principio general consiste en que **la capacidad es la regla** (en principio, todos los mayores de

[3] DUERO, citado en Diccionario de Derecho Civil. Editorial Labor, S.A. Barcelona, 1954. Reimpresión. T. I, p.768. Destacados nuestros.

edad gozan de capacidad); mientras que la **incapacidad es la excepción** (existen mayores de edad incapacitados legalmente). De la misma manera, de la norma legal mencionada se desprende que **quienes no han alcanzado la edad de la mayoridad están, en principio, afectados de cierto grado de incapacidad**. Del principio enunciado la doctrina deduce tres consecuencias: a) No hay incapacidad sin texto legal que la establezca; b) Las normas que establecen la incapacidad son de interpretación restrictiva y c) Quien afirma la incapacidad (propia o ajena) tiene la **carga** de probarla.[4]

Del segundo aparte del artículo 18 CC se desprende que las personas, en cuanto a la capacidad se refiere, se clasifican en **capaces e incapaces** y que una de las condiciones de las personas que inciden en la determinación de su capacidad es la mayoría de edad; resultando que, en principio, las personas mayores de edad son personas capaces. No obstante, de la misma norma legal se evidencia que además de la edad, existen otros factores o condiciones de las personas que inciden en el mayor o menor grado de incapacidad que las afecta. A tales personas se refieren las excepciones contenidas en la última disposición del artículo 18; excepciones que no están tratadas en el Código Civil en forma orgánica sino que se encuentran dispersas.

Siguiendo al Profesor AGUILAR GORRONDONA, hemos acogido aquella clasificación de la capacidad que la divide en capacidad **jurídica o de goce** y capacidad **de obrar o de ejercicio**.[5] Las incapacidades se corresponden igualmente a dicha clasificación. En otras palabras, existen **incapacidades de goce** (falta de aptitud para ser titular de **ciertos** derechos y deberes) e **incapacidades de obrar** (falta de aptitud para producir plenos efectos jurídicos mediante actos de la propia voluntad).

Entre las incapacidades de obrar se distinguen la **incapacidad de obrar en el campo negocial** que afecta en principio a las personas que no han alcanzado la mayoridad, los menores, a los entredichos y a los inhabilitados y la **incapacidad en materia delictual**, la cual afecta a las personas que no tienen discernimiento (facultad de entender o distinguir entre lo bueno y lo malo de sus acciones) en el momento de ejecutar el hecho ilícito.

La incapacidad de obrar acepta subclasificaciones; subclasificaciones que están determinadas por su origen: a) **incapacidad natural**, la cual deriva de la propia naturaleza de la persona (ej: la incapacidad del enajenado mental o del menor de corta edad) y la **incapacidad civil** que es la establecida por efecto de la ley y la cual necesita ser declarada por la autoridad competente (ej: caso del enajenado mental no entredicho).

[4] AGUILAR GORRONDONA, J.L. Obra Citada. p.162.
[5] AGUILAR GORRONDONA, J.L. Obra Citada. p.161.

Las incapacidades de goce afectan únicamente a determinadas personas en relación a determinados eventos, entre los cuales los principales son: a) en materia sucesión ab intestato[6]; b) en materia sucesión testada[7]; c) en materia donación[8]; d) en la adquisición de bienes inmuebles[9]; e) en materia de compraventa[10] y f) en materia de tutela[11].

4. Regímenes para incapaces

Los regímenes para incapaces son regímenes establecidos por la ley con la finalidad de lograr que puedan ser realizados negocios jurídicos válidos que produzcan efectos en la esfera jurídica de los incapaces. Dicho de otro modo, la ley no se puede limitar - ni se limita- a declarar incapaces a las personas que se encuentran en la imposibilidad de atender a sus propios negocios e intereses; por el contrario, establece un mecanismo jurídico para superar la incapacidad negocial que las afecta. Los mecanismos consisten en organizar la intervención de determinados terceros en la celebración de negocios jurídicos que interesan y afectan al incapaz. En algunos regímenes, el tercero que interviene **sustituye** en la actuación jurídica al incapaz: el tercero **realiza** los negocios jurídicos **en nombre** del incapaz y éste no interviene en forma alguna en la celebración del negocio, aun cuando recibe la totalidad de los efectos jurídicos del negocio (regímenes de **representación**). En otros regímenes, el tercero no sustituye al incapaz en la celebración del negocio, sino que para la validez de éste la ley requiere la **intervención conjunta** del tercero y el incapaz (**regímenes de asistencia**) o bien el incapaz actúa con la **aprobación** del tercero (**regímenes de autorización**).

Finalmente, existe gran cantidad de casos (la mayoría) en los cuales no sólo es necesaria la protección del incapaz en el ámbito o la esfera **negocial**; sino que es necesario además proveer al **gobierno y dirección de la persona** del incapaz. En estos casos el incapaz está **sometido** a la **potestad de otra persona:** el tercero encargado de la representación del incapaz gobierna en beneficio e interés del incapaz, la persona de éste. Estos son los casos del menor no emancipado y de los entredichos por defecto intelectual.

5. Reglas generales que rigen la capacidad y la incapacidad

Del conjunto de dispositivos técnicos mencionados, se desprende que nuestro Derecho

[6] Ver entre otros: artículos 809, 810, 811 y 813 CC.
[7] Ver entre otros: artículos 841 ord. 1° y 2°, 844, 845, 846, 847, 848 y 1144 CC.
[8] Ver artículo 1436 CC.
[9] Ver artículo 1144 CC.
[10] Ver artículos 1481 y 1482 CC.
[11] Ver artículos 370 y 397 CC.

considera la edad como un factor decisivo para determinar la capacidad negocial de las personas físicas. Igualmente se deduce de ellos que la regla general consiste en que los mayores de edad tienen una capacidad negocial plena para todos los actos y la regla inversa se aplica a las personas que no han alcanzado la mayoridad. Ambas reglas **no son absolutas y tienen sus excepciones.**

Desde un punto de vista teórico general, la capacidad negocial de las personas debería depender del grado de su madurez de entendimiento; es decir, de la conciencia que la persona tenga de los actos jurídicos que realiza o pretende realizar y de la exacta y cabal comprensión de la importancia de los efectos de los actos jurídicos que ejecuta. Sin embargo, tal método (que resultaría el más justo por adecuado a la realidad), deviene en el más impráctico en razón de que aun cuando se estuviere de acuerdo en el exacto grado de madurez que debería ser requerido a los efectos de reconocer a las personas en general la capacidad de obrar o de ejercicio, sería muy difícil medir con exactitud el grado de madurez de cada individuo en el caso concreto (para reconocerle o no la capacidad) y sería asimismo difícil probar el grado de madurez que tenía una persona en un momento determinado (a los efectos de establecer la posibilidad de anulabilidad del acto celebrado por tal persona). Con vistas al panorama descrito, resultan obvios los inconvenientes que un sistema de capacidad de ejercicio basado en la madurez de la persona y su exacta apreciación y comprensión de la realidad que le rodea, involucraría para la seguridad y estabilidad de las relaciones jurídicas negociales.

Tratando de lograr el mayor grado de seguridad jurídica, la generalidad de los sistemas positivos han optado, como en nuestro caso, por el recurso de determinar la capacidad de las personas naturales mediante un método objetivo como lo es la edad; creando una regla general de **capacidad** negocial para los **mayores de edad** y una regla general de **incapacidad** negocial para quienes **no han llegado a la mayoridad**; y estableciendo, en ambos casos, determinadas excepciones.

La edad, como tiempo de vida de la persona, le da oportunidad a ésta para su desarrollo físico e intelectual; extremos que tienen indudable trascendencia a los fines de dotar a la persona de experiencia vital y madurez de entendimiento. Lo común en esta materia se refleja en la circunstancia de que mientras mayor es el tiempo de vida de la persona, más oportunidades tiene de recibir la influencia del medio que le rodea y acumular mayor cantidad de experiencia vital; mayor oportunidad de comprender causas y efectos y relacionarlas; mayor posibilidad de discernir y decidir correctamente ante las alternativas a que la cotidianidad lo expone. Lo expuesto tiene su efecto más importante en el campo de la capacidad negocial; es decir, en el campo de la aptitud para realizar, en nombre propio, negocios jurídicos válidos; solución que es igualmente aplicable en el caso de la capacidad procesal de acuerdo con lo previsto en el artículo 136 CPC.

En efecto, conforme a esta norma, son capaces de obrar en juicio las personas que tengan el libre ejercicio de sus derechos, salvo las limitaciones establecidas en la Ley. En materia de capacidad delictual o de imputación, el factor determinante no es la edad sino el discernimiento; o sea, la capacidad para distinguir entre el bien y el mal: la aptitud del individuo para comprender cabalmente el alcance de sus acciones. En esta materia debe recordarse que la vigente Ley Orgánica de Protección al Niño y al Adolescente (LOPNA) hace coincidir la imputabilidad con la adolescencia; en consecuencia y en principio, los mayores de trece años son imputables penalmente aun cuando en forma diferenciada a aquella en la cual responden los adultos (artículos 528 y 2 LOPNA). Antes de dicha edad, el menor es inimputable.

6. Incapacidad negocial

Hasta la entrada en vigencia de la LOPNA, hacer referencia a la capacidad negocial y procesal de las personas resultaba relativamente sencillo. En efecto, para distinguir -en términos generales- entre personas capaces y personas incapaces, podíamos acudir al simple expediente de indagar si la persona de que se trataba en el caso concreto había llegado o no a la mayoridad. Desde el punto de vista indicado, lo normal consistía en distinguir (entre quienes no habían llegado a la mayoridad), si se trataba de un menor **no emancipado** o de un menor **emancipado**. Este último tiene señalado en el Código Civil un grado de capacidad mayor que el primero. Los menores **no emancipados** (los cuales constituyen la mayor parte de los menores), están sometidos a una **incapacidad negocial general** (se extiende en principio a todos los negocios jurídicos); **plena** (sólo puede ser subsanada mediante régimen de representación); y **uniforme** (afecta por igual a todos los menores no emancipados cualquiera que sea su sexo, edad o condición). Como consecuencia de la citada incapacidad negocial general, plena y uniforme, los menores no emancipados -conforme al régimen tradicional- no pueden celebrar contratos (Art. 1144 CC), ni obligarse por gestión de negocios (Art. 1173, segundo aparte, CC). Tampoco pueden recibir el pago de lo que se le deba, ni hacer confesión judicial (Arts. 1400 a 1405 CC y 403 a 419 CPC), ni contraer matrimonio, ni otorgar testamento. No obstante, esta categoría de menores puede asumir ciertas obligaciones tales como las derivadas del enriquecimiento sin causa (Art. 1184 CC) y aquellas obligaciones que estén establecidas expresamente en una disposición legal. La razón de que en estos dos últimos supuestos el menor no emancipado quede obligado, consiste en que en dichos casos la obligación no se origina directamente de la voluntad del obligado; tales casos **no presuponen un acto voluntario** del menor. En otras palabras, la obligatoriedad del acto no deriva de la voluntad del menor que queda obligado, sino directamente de la Ley.

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente que comenzó a regir a partir del día primero de abril del año 2000 introduce curiosas modificaciones al sistema

general de incapacidad de los menores de edad previsto en el Código Civil y al cual antes hemos hecho referencia. En efecto en la Exposición de Motivos de la LOPNA[12] se expresa: "En este Capítulo se reconoce a niños y adolescentes el **ejercicio progresivo** de sus derechos y garantías, así como el cumplimiento de sus deberes... (omissis)... Ahora bien, este régimen progresivo **no implica que el niño o el adolescente pueda ejercer de forma inmediata**, después de la vigencia de la ley, **todos sus derechos y garantías**. Por el contrario, consagra un régimen en el cual el niño y el adolescente se **le va reconociendo el ejercicio de sus derechos y garantías conforme a su desarrollo** o evolución de sus facultades... (omissis)... En definitiva, **no se trata de otorgar capacidad plena** a los niños y adolescentes, **sino más bien de reconocer el ejercicio personal** de sus derechos y garantías con la debida orientación. Adicionalmente, es necesario señalar que en **ciertos derechos**, usualmente en **aquellos vinculados a la defensa de otros derechos**, se ha considerado pertinente establecer expresamente que a partir de determinada edad los niños o adolescentes **pueden ejercerlos por sí mismos**, ya que ello implica una garantía adicional de protección" (destacados nuestros). Aparentemente, la Exposición de Motivos hace referencia en el párrafo parcialmente transcrito, principalmente, al contenido del artículo 13, al Parágrafo Segundo del Art. 84 y a los Arts. 85, 86, 87, todos de la LOPNA.

La primera duda de carácter interpretativo que sugiere la lectura de los transcritos párrafos de la Exposición de Motivos y la lectura del artículo 13 LOPNA puede concretarse en los términos siguientes: Parecería que el nuevo texto legal pretendió dar un viraje total (con relación al derecho anterior) en materia de capacidad de ejercicio de las personas que no han llegado a la mayoridad. En tal orden de ideas, se elimina (o pretende eliminar) el modelo de la incapacidad general, plena y uniforme para tales personas y se le sustituye por una "capacidad evolutiva" (artículo 13 LOPNA) que "se le va reconociendo ...conforme a su desarrollo o evolución de sus facultades..." (EM). Parecería que los proyectistas primero y el legislador después, no quisieron someter a todos los niños y adolescentes a idéntico grado de capacidad o incapacidad; sino que cada niño o adolescente específico podría tener una mayor o menor medida de aptitud para ser titular y ejercer derechos y deberes jurídicos. El sentido de la reforma -en términos teóricos abstractos- no parece prestarse a objeciones serias. En puridad, la capacidad como consecuencia del grado de madurez de entendimiento y de la conciencia de la importancia y efectos que originan los propios actos no depende, inexorablemente, de la edad de la persona. Por otra parte, no todas las personas de la misma edad poseen idéntico grado de evolución de entendimiento. Sin embargo, la pretendida solución no parece ser tal en la práctica. Dicho de otro modo, parecería que el texto legal no nos suministra elementos completos para llegar a conclusiones ciertas,

[12] Ver G.O. No.5.266 Extraordinario del 02.10.98, p.5. En lo sucesivo EM.

seguras e indiscutibles en los casos concretos. En el sentido indicado resulta procedente preguntarse: ¿Cuáles factores debe el intérprete tomar en consideración para constatar, en cada caso concreto, la "progresividad" y la "evolución" de la capacidad del niño o adolescente? ¿Contra cuál modelo debemos hacer la necesaria comparación? ¿Cuáles son los instrumentos de medición de la "evolución progresiva" de la capacidad de la persona?

La reforma de la capacidad de las personas naturales introducida en nuestro sistema positivo por la LOPNA se proyecta, básicamente, en dos órdenes de actuación de niños y adolescentes. En efecto, por un lado, la nueva normativa presenta variantes en la esfera de al capacidad negocial; y, por la otra, presenta variantes en lo que se refiere a la capacidad procesal. En los párrafos siguientes trataremos de exponer cada uno de dichos puntos. En términos bastante generales, alguna doctrina, sin señalar mayor argumentación, ha asentado: "En consecuencia, no deben ser tratados como si fueran incapaces plenos, absolutos y uniformes; como personas carentes de raciocinio. Por el contrario, tampoco deben ser considerados como adultos. Hacer cualquiera de las dos cosas sería ilegal e inconstitucional. Ni lo uno ni lo otro, niños y adolescentes tienen una condición específica (?), pues están en crecimiento y evolución".[13]

6.1. La capacidad en materia negocial

Para nosotros resulta indudable -sin que ello implique un juicio de valor al respecto- que el artículo 84 LOPNA pretendió otorgar a los niños y adolescentes capacidad negocial para ser socios y asociados de entidades que tengan como objeto, finalidades de índole social, cultural, deportiva, recreativa, religiosa, política y laboral (asociaciones) e incluso, fines económicos (sociedades). Tal capacidad negocial se extiende no sólo a la posibilidad de ser socio o asociado; sino también a la de formar parte de los órganos directivos de las sociedades y asociaciones en las cuales participe de conformidad con el citado artículo 84. La facultad mencionada en último término se reconduce en la posibilidad de que niños y adolescentes tengan el poder de representación de las citadas sociedades y asociaciones específicas; circunstancia que no es extraña en nuestro sistema positivo el cual reconoce en el artículo 1172 (en materia de representación) y en el artículo 1690 (en materia de mandato) -ambos del Código Civil- la posibilidad de conferir a personas afectadas de incapacidad negocial, poder de representación en negocios ajenos.

No obstante, es de señalar que la norma en comento contiene en sus Parágrafos Primero y Tercero, ciertas menciones que originan dudas para una cabal comprensión

[13] PERRET GENTIL., Obra Citada, p.63.

del nuevo sistema. En efecto, el Parágrafo Primero asienta que los derechos reconocidos a niños y menores por el encabezamiento y los literales "a" y "b" del artículo 84 LOPNA, lo son para que dichas personas los ejerzan en forma **personal** y **directa**; sin embargo, se hace mención a un límite para tal "ejercicio personal y directo": los límites "derivados de las facultades legales que corresponden a sus padres, representantes o responsables".

La frase antes transcrita causa perplejidad por cuanto las "facultades legales" que podrían corresponder en dichos supuestos a los padres, representantes o responsables de los niños y adolescentes, serían -precisamente- las **facultades de representación** a que se refieren los artículos 267 y 347 del Código Civil y 349 de la LOPNA. Como consecuencia de ello, el intérprete se encuentra en la disyuntiva de admitir una variación en la capacidad negocial del menor y considerar que la última disposición del Parágrafo Primero del artículo 84 LOPNA constituye una "inelegancia del legislador" y debe entender no escrita dicha disposición; o, por el contrario, admitir una incongruencia total de la norma y negar la capacidad -en el caso en análisis- a niños y adolescentes.

En el tema que venimos analizando, la propia EM introduce elementos de confusión para los efectos de conocer la finalidad de la norma. En efecto, haciendo referencia al Capítulo I del Título II señala que el mismo "reconoce a niños y adolescentes el **ejercicio progresivo** de sus derechos y garantías". Más adelante agrega: "Ahora bien, este régimen progesivo **no implica** que el niño o el adolescente **pueda ejercer de forma inmediata, después de la vigencia de la ley**, todos sus derechos y garantías. Por el contrario, se consagra un régimen en el cual el niño y el adolescente **se le va reconociendo** el ejercicio de sus derechos y garantías **conforme a su desarrollo o evolución de facultades**, ..." ...(omissis)... "En definitiva, **no se trata de otorgar capacidad plena** a los niños y adolescentes, sino más bien de reconocer **el ejercicio personal de sus derechos y garantías con la debida orientación**".[14]

Si analizamos la EM para indagar la intención del proyectista y del legislador en el tema objeto de nuestra inquietud, parece obligado concluir en que la LOPNA no confiere en general capacidad de ejercicio a todos los niños y adolescentes -al menos en lo que se refiere a los derechos reconocidos por sus artículos 84 y 85-. En las citadas normas, en forma congruente con la manifestación de la EM, se establece como límite para la posibilidad del ejercicio personal y directo de los derechos por parte de los niños y de los adolescentes, la "debida orientación" que corresponde a los padres, representantes o responsables; o como se expresa más claramente en las citadas normas, los límites **"derivados de las facultades legales que corresponden a sus padres, representantes o responsables"**.

[14] Obra Citada, p.40. Destacados nuestros.

La interpretación de los artículos 84 y 85 LOPNA en el sentido de que los derechos allí reconocidos deben ser ejercitados con la asistencia -según el caso- de padres, representantes o responsables del niño o del adolescente de que se trate, resulta congruente con un conjunto de disposiciones de la LACDN; disposiciones que necesariamente deben ser coordinadas para establecer un sistema coherente en la materia; no sólo por constituir derecho interno vigente en materia de personas que no han alcanzado la mayoridad, sino también por la declarada finalidad y necesidad de adaptar el derecho interno a la CDN. Bajo el aspecto indicado, es procedente señalar en este lugar que un conjunto de normas de la LACDN repiten insistentemente que los derechos concedidos al niño deben tomar en cuenta los **derechos y deberes de sus padres, tutores y otras personas responsables de él ante la ley** (artículos 3.2 y 5 LACDN). Más aún, el artículo 12.2, al regular el derecho del niño a expresar su opinión libremente, establece la obligación de escucharlo en todo procedimiento judicial o administrativo "ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado".

En otro orden de ideas, entendemos que el sentido del Parágrafo Tercero no puede ser otro que el de requerir la constitución de un garante para las obligaciones patrimoniales que asuma el ente (sociedad o asociación); garante que necesariamente será una persona "con plena capacidad civil"; expresión que debería interpretarse en el sentido sugerido por la lectura coordinada de los artículos 18, 1143 y 1144 del Código Civil. Dicho de otro modo, las agrupaciones constituidas al amparo del artículo 84 LOPNA deben tener un garante mayor de edad, no entredicho ni inhabilitado, que se haga responsable personalmente (con su propio patrimonio) de las obligaciones patrimoniales que asume el ente.

En relación a la capacidad de ejercicio a que se refiere el artículo 84 LOPNA, parece no ser congruente una interpretación en el sentido de que el derecho de asociación no pueda ser ejercido en forma personal y directa por los niños y adolescentes sin intervención alguna de padres, representantes o responsables. En efecto, las conclusiones restrictivas deben ser, a nuestro modo de ver, matizadas. En efecto, en un campo más delicado como lo es el de la capacidad para celebrar contratos de trabajo, encontramos que, en forma expresa y sin dejar posibilidades para dudas interpretativas, el artículo 100 LOPNA reconoce a los adolescentes que han cumplido catorce años capacidad para celebrar válidamente **actos, contratos y convenciones colectivas relacionadas con su actividad laboral** y económica y el artículo 101 ejusdem, les reconoce el derecho a la libertad sindical y a **constituir libremente** las organizaciones sindicales que estimen convenientes, así como el derecho de **afiliarse** a las organizaciones sindicales de su preferencia. El contenido de los artículos 100 y 101 LOPNA no pueden ser más claro en lo referente a la capacidad negocial especial (en materia laboral y de asociación sindical) y resulta evidente su contraste con el contenido

del Parágrafo Primero del artículo 84 ejusdem y del último aparte del artículo 85 del mismo texto legal. Desde otro punto de vista, pero siempre dentro del análisis de la capacidad negocial en el ámbito de la LOPNA, es de subrayar que el artículo 684 LOPNA deroga expresamente, entre otros, los artículos 247 y 248 de la Ley Orgánica del Trabajo. La primera de las normas de la LOT derogada prohibía el trabajo (en ciertas tareas) de personas que no hubieren cumplido catorce años y dejaba al INAM y a las Autoridades del Trabajo, la facultad de autorizar el trabajo de personas con edades comprendidas entre los doce y catorce años, siempre que la prestación del servicio fuere adecuada al estado físico de la persona y además se les garantizare la educación. Finalmente, la misma norma facultaba al Ejecutivo Nacional para decretar una edad inferior a los catorce años como edad mínima para poder trabajar. Por su parte, el artículo 248 LOT establecía la posibilidad de celebrar contratos de trabajo a las personas con edades comprendidas entre los catorce y dieciséis años de edad; sin embargo, en este supuesto la persona necesitaba la autorización de su representante legal y a falta de éste la autorización del Juez de Menores, del INAM o de la Primera Autoridad Civil. El contraste entre el contenido de los derogados artículos 247 y 248 LOT con el texto del vigente artículo 100 LOPNA es evidente: no se puede negar que los adolescentes con catorce años de edad cumplidos, tienen capacidad negocial en materia laboral.

De todo lo expuesto se deduce que la exégesis que parece ser correcta en materia de capacidad negocial de niños y adolescentes estaría enmarcada dentro de los parámetros siguientes: a) Los adolescentes de catorce años o más tienen capacidad plena para celebrar actos, contratos y convenciones colectivas relacionadas con su actividad laboral; b) Los adolescentes de catorce años o más tienen capacidad para crear sindicatos y para afiliarse a ellos siempre y cuando, según el caso, sus padres, representantes o responsables no se opongan a ello (deducción de la última disposición del artículo 101 LOPNA); c) Los niños y los adolescentes menores de catorce años pueden ejercer su derecho de asociación en forma personal y directa, siempre y cuando, según el caso, sus padres, representantes o responsables, no se opongan a ello; d) En todo caso de oposición por parte de padres, representantes o responsables del niño o adolescente, en los supuestos "b" y "c", se decidirá lo conducente tomando en consideración el principio del interés superior del niño (artículo 8 LOPNA)[15]; e) Fuera de los casos indicados en los artículos 84 y 100 LOPNA, niños y adolescentes carecen de capacidad negocial, la cual se regirá por los principios generales de la capacidad de las personas naturales contenidas en el Código Civil.[16]

[15] Sobre este principio puede verse el comentario de YURI EMILIO BUAIZ VALERA. "Introducción a la doctrina para la protección integral de los niños" en Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Obra Colectiva, pp. 16-17.

[16] Entendemos que continúa sin modificación alguna la capacidad negocial especial en materia de derecho de autor, establecida en el artículo 31 de la Ley sobre el Derecho de Autor.

6.2. La capacidad procesal

El artículo 85 LOPNA consagra a favor de niños y adolescentes el denominado derecho de petición; derecho que, por lo demás, se encuentra reconocido con carácter general en el artículo 51 de la Constitución de 1999, conforme norma que introduce algunas variantes en relación al artículo 67 de la Constitución de 1961. En general, el derecho de petición confiere facultad a todos los ciudadanos para dirigirse a cualquiera de los órganos públicos a fin de solicitar de éstos alguna actividad que esté dentro del ámbito de competencia del órgano peticionado en el caso concreto. El derecho en comento no se limita a la facultad de dirigirse al órgano competente sino que, además, comporta un deber correlativo para el órgano requerido: éste debe dar al solicitante respuesta oportuna, aun cuando el derecho no involucra la recepción de una respuesta favorable al peticionario. En el exterior, la doctrina ha señalado que este derecho es de los más antiguos en los diferentes sistemas positivos, siendo habitual su reconocimiento en los textos constitucionales contemporáneos; pero que, no obstante, en la actualidad ha disminuido en importancia como consecuencia lógica de la consolidación del Estado constitucional. En tal orden de ideas, se afirma que "...a medida que las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos comienzan a regirse por la idea de que éstos son titulares de unos derechos públicos subjetivos que aquéllos deben respetar, los ciudadanos sustituyen la petición por la reivindicación, incluso en sede jurisdiccional, del derecho debido".[17] En general, se considera que el contenido de la petición concreta no forma parte del derecho y que, no obstante, debe entenderse formando parte del derecho de petición el derecho a que el órgano requerido acuse recibo de la petición y caso de considerar ésta improcedente, motive suficientemente su negativa. Igualmente que si el requerido se considera incompetente, remita la petición al órgano competente y comunique su declinación al interesado.[18]

Paralelamente, el artículo 86 LOPNA reconoce a niños y adolescentes la facultad de "defender sus derechos por sí mismos", previendo el "deber" de garantizar el "ejercicio personal y directo" de dicho derecho. En su formulación legal, la facultad puede ejercitarse ante cualquier persona, instancia, entidad u organismo (artículo 86 disposición final), lo cual -en buena hermenéutica- comprende a los órganos jurisdiccionales convirtiendo en redundante el encabezamiento del artículo 87 ejusdem.

[17] BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO; GREGORIO CÁMARA VILLAR, JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR, JUAN CANO BUESO, MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN y ÁNGEL RODRÍGUEZ. Derecho Constitucional. Vol. II, Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1999, p.195.

[18] Obra Citada, p.196. En el derecho español la obligatoriedad de la declinación por incompetencia del órgano requerido está prevista en forma expresa en el artículo 7.2 de la Ley 92/1960.

En efecto, al analizar el contenido de los artículos 86 y 87 LOPNA, todo parecería indicar que -en su aspecto formal-, ambas normas han podido ser fusionadas en una sola, mencionando expresamente (si se consideraba necesario el énfasis) que dentro del artículo 86 quedaban incluidos, como sujetos de las peticiones, los órganos jurisdiccionales competentes, y agregando a la norma así refundida, el último párrafo del artículo 87.

En su concepción actual, parece evidente que el contenido de los artículos 86, 87 y 853 LOPNA comporta –para nosotros, sin lugar a dudas– una modificación de la capacidad procesal de niños y adolescentes. Es prematuro juzgar en este momento si la innovación se justificaba o no; si ella va a ser utilizada o no en la práctica y si tal modificación originará beneficios para los niños y adolescentes, o si por el contrario será fuente de problemas y origen de inflación de conflictos jurídicos ante los órganos jurisdiccionales. Lo cierto del caso es que -para bien o para mal- nuestros niños y adolescentes poseen en la actualidad capacidad procesal y que tal capacidad la pueden ejercer en forma personal y directa, sin representación ni asistencia de personas mayores de edad. Es de hacer notar que los artículos 86 y 87 comentados no contienen los agregados previstos en los artículos 84 y 85 que establecen -para los derechos en ellos consagrados- la limitación (a propósito del ejercicio de tales facultades por niños y adolescentes) derivada de las facultades que corresponden a sus padres, representantes o responsables. Desde otro ángulo focal y siempre en los límites del tema de la capacidad procesal, debe ser tomada en consideración la disposición contenida en el artículo 353 LOPNA que establece entre los legitimados activos para solicitar al órgano jurisdiccional la privación de la patria potestad a los "hijos a partir de los doce años".[19]

Siempre dentro del mismo tema, es de destacar que la parte final del artículo 100 LOPNA confiere a los adolescentes que tengan catorce años de edad, el derecho de ejercer las respectivas acciones para la defensa de sus derechos e intereses ante las autoridades administrativas y judiciales competentes y para ejercer en igual forma su derecho a la huelga. El contenido del citado artículo no parece colidir con el contenido de los artículos 86 y 87 LOPNA. Del análisis coordinado de todas las disposiciones legales mencionadas podríamos establecer el resumen siguiente: a) Los adolescentes de catorce años o más tienen capacidad procesal en materia de sus derechos e intereses laborales (artículo 100 LOPNA); b) Los niños mayores de doce años y los adolescentes poseen capacidad procesal para solicitar la privación de la patria potestad (artículo 353 LOPNA). Asimismo tiene capacidad para solicitar la revisión y la modificación de

[19] En sentido paralelo los artículos 361 LOPNA en materia de guarda y el artículo 376 ejusdem en materia de fijación de la obligación alimentaria.

la guarda sobre su persona (artículo 361 LOPNA) y para solicitar la fijación de la obligación alimentaria (artículo 376 LOPNA); c) En materia de defensa de cualquier derecho o interés distinto de las materias correspondientes al Derecho Laboral, los niños y adolescentes poseen capacidad procesal (artículos 86 y 87 LOPNA). En nuestra opinión, esta capacidad procesal general comporta la modificación de la regla de capacidad **procesal** especial prevista en el artículo 32 de la Ley sobre el Derecho de Autor; d) Los niños y adolescentes pueden ejercer su derecho de petición siempre y cuando, según el caso, no se opongan a ello sus padres, representantes o responsables; e) En caso de oposición de padres, representes o responsables al ejercicio personal y directo del derecho de petición por parte de niños y adolescentes, se debe decidir lo conducente tomando en consideración el principio del interés superior del niño.[20]

Tomando en consideración que el artículo 2 LOPNA define al niño como la persona menor de doce años, resulta difícil imaginar a alguien (dentro de tal límite de edad), ocurriendo por sí mismo ante un órgano jurisdiccional para iniciar una demanda o petición en defensa de sus derechos. Es posible que hubiera sido más realista (y probablemente menos traumático), facultar únicamente a niños y adolescentes para hacer, en forma personal y directa, el planteamiento relativo a la defensa de sus derechos e intereses ante los órganos encargados de velar por la salvaguarda de los mismos y que tales órganos tuvieren la obligación de actuar en consecuencia. Tal vez por un efecto reflejo de tal circunstancia el legislador incluyó el último párrafo del artículo 87, estableciendo al efecto la garantía del Estado a los fines de prestar asistencia y representación jurídica gratuita a los niños y adolescentes que carezcan de medios económicos suficientes.

Es de observar que la relación del segundo aparte del artículo 87 LOPNA se presta a inducir a conclusiones erróneas en el sentido de que niños y adolescentes (que tengan necesidad de defensa judicial de sus derechos e intereses) puedan contratar por sí solos los servicios de profesionales del Derecho a los efectos de su asistencia o representación ante los órganos jurisdiccionales; posibilidad de interpretación que se debe negar de plano por las consecuencias perversas que ello podría ocasionar. El artículo 87 LOPNA podrá otorgar capacidad procesal a niños y adolescentes modificando la regla de capacidad específica prevista en el artículo 136 del Código de Procedimiento Civil; pero no modifica en forma alguna la capacidad negocial general de las personas que no han alcanzado la mayoridad. En efecto, salvo la modificación

[20] Acerca del citado principio informa útilmente: CRISTÓBAL CORNIELES PERRET GENTIL. "Los principios de la doctrina de la protección integral y las disposiciones directivas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente" en Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, Obra Coordinada por MARÍA G. MORAIS DE GUERRERO. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2000, pp. 58-60.

ambigua prevista en el artículo 84 ejusdem, ninguna otra disposición de la LOPNA modifica, expresa o tácitamente, las reglas de capacidad negocial contenidas en los artículos 18, 1143 y 1144 del Código Civil. Como consecuencia de ello, el profesional que asista o represente a un niño o adolescente en gestiones relacionadas con los artículos 85, 86 y 87 LOPNA no podrán pretender intimar ni cobrar honorarios profesionales a sus asistidos o representados, ni tampoco a los representantes legales de éstos. En nuestra opinión cualquier requerimiento de representación o asistencia que haga un niño o un adolescente a los fines indicados en los artículos 86 y 87 LOPNA, constituiría una negociación anulable.

Como mencionamos anteriormente, el encabezamiento del artículo 85 LOPNA reconoce a los niños y adolescentes el llamado derecho de petición; es decir, la facultad de presentar y dirigir peticiones a cualquier entidad o funcionarios públicos, sobre asuntos de la competencia del requerido, y el correlativo deber de éste de dar respuesta oportuna a la petición. La norma en comento reconoce el derecho de petición como una facultad a ser ejercida en forma **personal y directa** por niños y adolescentes; sin embargo, en el segundo aparte de la norma citada se establece la misma limitación que hemos comentado a propósito del artículo 84 ejusdem. En efecto, se prevé como límite del ejercicio del derecho de petición, "las facultades legales que corresponde a sus padres, representantes o responsables". Como en el supuesto anterior, la adecuada exégesis del artículo 85 LOPNA pone de manifiesto la duda acerca de si se ha concedido o no a niños y adolescentes, el derecho de petición **para ser ejercido en forma personal y directa**; o si, a tales efectos, se requiere la intervención coadyuvante, -según corresponda-, de padres, representantes o responsables; duda que, a nuestro modo de ver, debe ser resuelta en el último sentido indicado, con fundamento en las razones expuestas en 6.1.

7. La LOPNA y la Convención sobre los Derechos del Niño

La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó el 20 de noviembre de 1989 la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y el extinto Congreso de la República de Venezuela dictó en fecha 20 de julio de 1990 la Ley Aprobatorio de la Convención sobre los Derechos del Niño (LACDN).[21] Paralelamente, la Presidencia de la República dictó el Decreto No.1.085 del 23 de agosto de 1990, mediante el cual especifica ciertas "Declaraciones interpretativas" a la CDN.[22] De acuerdo a lo expresado por la EM-LOPNA, "A partir del momento en que Venezuela

[21] G.O. No. 34.541 del 29 de agosto de 1990. El texto de la LACDN también puede verse en la publicación: Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, Arte-Tip, C.A. con el auspicio de UNICEF Venezuela. Caracas, 1999, pp. 7-24.

[22] G.O. No. 34.541 del 29 de agosto de 1990.

ratifica la Convención, se vive en el país una realidad jurídica anómala: la vigencia simultánea de dos leyes, la Ley Tutelar de Menores y la Convención, totalmente antagónicas entre sí, regulando el mismo tema. Para superar esta situación y para honrar los compromisos internacionales que asumió, **Venezuela se ve ante la necesidad de ajustar su legislación interna a los principios y normas** contenidas en el mencionado tratado internacional".[23] Por los motivos indicados, ante las dudas interpretativas que sugieren los ya mencionados artículos de la LOPNA, referente a la capacidad de niños y menores, hemos acudido al texto de la LACDN pretendiendo ubicar las disposiciones fuentes a las cuales **debía adaptarse nuestra legislación interna** con relación a la CDN en materia de capacidad. En este orden de ideas, nuestra perplejidad ha aumentado. En efecto, en el Preámbulo de la CDN se lee: "Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, **el niño, por su falta de madurez física y mental,** necesita protección y cuidados especiales incluso la debida protección legal....".[24] El párrafo parcialmente transcrito reconoce en forma paladina y por demás explícita, y sin dejar lugar a duda alguna, que la CDN parte del reconocimiento de la **falta de madurez física y mental del niño.**[25] Si tal es el punto de partida y la justificación de la protección especial, ¿cómo es posible que nuestro legislador haya pretendido buscar soporte argumental en la CDN para acordar a niños y adolescentes capacidad negocial y procesal? En parte alguna de la CDN encontramos normas que directa o indirectamente exijan o recomienden a los Estados que sean parte de la Convención, que acojan en su legislación interna disposiciones que reconozcan capacidad negocial o procesal a niños o adolescentes. Parecería que el contenido del artículo 5 CDN no persigue como finalidad de la norma lograr la capacidad negocial ni procesal de niños y adolescentes; sino que el dispositivo técnico establece claramente una intención finalista de que sean respetadas "las **responsabilidades**, los **derechos** y los **deberes**" de todas aquellas personas encargadas de niños y adolescentes (padres, familiares, tutores, personas encargadas de ellos legalmente, o la comunidad, según sea la costumbre local), para impartir al niño dirección y orientación apropiadas a fin de que éste, en consonancia con la evaluación de sus facultades (físicas y mentales) ejerza los derechos reconocidos en la Convención.

Por el contrario, resulta conveniente destacar que la CDN está impregnada de una acentuada finalidad didáctica con relación a los sujetos de su protección; tiene una

[23] Obra citada, pp.29-30. Destacados nuestros.

[24] Obra Citada, p.8.

[25] Por lo demás, hay que recordar que la CDN no distingue entre niños y adolescentes; razón por lo cual las más sanas reglas de la hermeneútica indican que la totalidad de su contenido cada vez que hace uso del vocablo "niño", comprende a todas las personas que no han llegado a la edad en la cual su ley nacional le reconoce la mayoridad.

acusada orientación hacia el interés de lograr, en todo momento, que los Estados Partes de la Convención garanticen que el niños logre un estadio de madurez tal que los pongan en condiciones de formarse juicios propios y puedan expresar libremente su opinión en todos los asuntos que le afecten. Una de las normas en las cuales más explícitamente se establece tal requerimiento la constituye el artículo 12 CND que dispone dar oportunidad al niño de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte; derecho de ser escuchado que la Convención no requiere, necesariamente, que sea ejercido directamente por el niño; dando oportunidad a que se materialice por medio de "un representante o de un órgano apropiado" (artículo 12.2).

Desde otro punto de vista, el artículo 2.1 de la CDN impone a los Estados Partes de la Convención, la aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, el respeto de los derechos **"sin distinción alguna, independientemente de** ... (omissis) ... **la posición económica, ..."** (destacados nuestros). No obstante, el último aparte del artículo 87 LOPNA parece, a nuestro modo de ver, introducir una nota discordante al establecer discriminación en la garantía de asistencia y representación jurídica gratuita que se debe prestar a niños y adolescentes para el ejercicio de su derecho a la justicia. En efecto, el aparte citado limita la garantía de asistencia y representación jurídica gratuita a quienes "carezcan de medios económicos suficientes". Tal discriminación evidentemente contraria a los principios de la CDN asume en la práctica una connotación y efectos más graves si se toma en consideración que un niño o adolescente que requiera ejercer el derecho que le reconoce el artículo 87 LOPNA, con mucha posibilidad se verá obligado a accionar sin la colaboración (o aun en contra de la voluntad) de sus progenitores, representantes o responsables; de lo cual se infiere que aun cuando teóricamente tenga suficientes medios de fortuna, no tiene capacidad de disposición y no podrá contratar ni movilizar fondos con los cuales hacer frente a los gastos que ocasionen la defensa de sus derechos. Tal circunstancia, a nuestro modo de ver, hace más ostensible y repugnante la regla claramente discriminatoria y por ello contraria a la CDN, contenida en el último aparte del artículo 84 LOPNA.

8. Conclusiones

Para finalizar, pensamos que las conclusiones acerca del tema aquí tratado pueden resumirse en las proposiciones siguientes:

1. El derecho de asociación no puede ser ejercido personal y directamente por niños y adolescentes en contra de la opinión que al respecto tengan sus padres, representantes o responsables; salvo el supuesto de que en el caso concreto, la aplicación del principio del interés superior del niño (o adolescente) así lo aconseje.

2. La LOPNA no establece una ampliación de la capacidad negocial general -para las personas que no han alcanzado la mayoridad-, distinta de las reglas generales sobre capacidad contenidas en el Código Civil; reglas que continúan en plena vigencia. En otra materia dicha ampliación debería ser interpretada dentro del marco que establece el artículo 84 LOPNA.

3. A partir del 1° de mayo del año en curso los niños y adolescentes tienen capacidad procesal en los términos de los artículos 86, 87 y 353 LOPNA. Igualmente, debe entenderse modificada la capacidad procesal regulada con el artículo 32 de la Ley sobre el Derecho de Autor.

4. Los niños y adolescentes tienen derecho a que el Estado les garantice asistencia jurídica gratuita sea cual fuere su condición económica.

LA GESTIÓN DEL DEPORTE MUNICIPAL

Auber Infante Bustamante

INTRODUCCIÓN

El objeto principal de este artículo es el de desarrollar en cuatro tiempos el proceso a futuro de la gestión deportiva en los entes locales. Un primer momento será dedicado al desarrollar la visión legal del deporte en los entes locales cara a la nueva Constitución, es decir, el estudio de las competencias Administrativas del Municipio en el sector deportivo. Una segunda instancia referida a la actuación administrativa del municipio, un tercer momento para abordar los modelos de organización que se proponen para la gestión municipal, para finalizar con el modelo asociativo y su incidencia en el ámbito local.

El Municipio según su definición legal constituye la unidad primaria de la organización nacional. Esta unidad básica de la organización del Estado, goza de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de la Constitución y la Ley[1]. Es decir que tienen autonomía plena para el cumplimiento de sus fines, el cual no es otro que el lograr la felicidad de sus ciudadanos en un marco democrático.

En atención a ello nos encontramos con que la Administración puede actuar con base en los principios de vinculación negativa y vinculación positiva. El principio de vinculación negativa, significa que se puede hacer todo aquello que no esté prohibido. Este principio explica la actuación de la persona física. El principio de vinculación positiva, se refiere a que la Administración sólo puede actuar dentro del ámbito que le esté permitido.

El Municipio tiene a su cargo el desarrollo y ejercicio de las competencias que le son conferidas a las entidades locales en materia deportiva[2], ello exige la eficacia de una organización integrada por unos órganos de carácter complementario a los ya establecidos legalmente los cuales integran la organización general de los Estados y los Municipios. Entonces es necesario crear un órgano que tenga como ámbito de acción al término municipal, el cual no debe en ningún momento identificarse con la estructura típica municipal, ello es necesario para: a) Disponer de una mayor independencia de funcionamiento y, b) Contar con recursos económicos que no procedan exclusivamente de la hacienda local. La creación de estos órganos estará en perfecta relación con el reparto de las competencias que se hayan establecido previamente cada uno de los órganos que integran la organización municipal.

Las leyes de Deporte que los Estados desarrollen podrán establecer una organización Estadal-Municipal complementaria a la establecida en la Ley Orgánica que regule el Municipio. Los órganos que creen los Municipios estarán condicionados por la organización básica de los Estados.

El segundo momento estará referido a la asunción de una serie de fines por parte de la Administración municipal, para desarrollarlas en el marco de sus competencias. La Actuación administrativa es el concepto que se utiliza para explicar las actuaciones que permiten cumplir los fines que la misma Administración se ha fijado o aquellos que están determinados expresamente en una Ley sectorial.

Hablar de la función municipal en deporte, es hablar de un poder de autonomía, pues, el municipio se erige como el máximo gestor del deporte en el sector público, claro está

[1] Artículo 168 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela
[2] Artículo 178.5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

que, ello es lógico por el contacto directo que mantiene con los ciudadanos. A futuro tendremos una fuerte demanda de servicio que incrementará los presupuestos municipales. La herencia que tenemos de la falta de compromiso de las Administraciones locales con el deporte, nos conduce a proponer modelos posibles, mas no ideales de actuación municipal. El nivel de organización de los municipios exige una renovación, producto de un análisis y una evaluación de actuaciones deportivas concretas, que le permitan responder a la demanda de los ciudadanos en cuanto a la posibilidad de hacer deporte.

Es así, como se propondrán unas políticas o directrices básicas a adoptar por cada municipio en función de su tamaño, nivel de organización y, desarrollo alcanzado.

El desarrollo del deporte venezolano va a depender de todo cuanto se pueda hacer a nivel local, pues son los municipios las entidades Administrativas que tienen el verdadero poder para promocionar el deporte y desarrollar actividades que conduzcan a atender las insuficiencias que en servicios públicos y actividades de interés público hemos tenido los venezolanos en los últimos años. Éstos son los cuatro aspectos a abordar

CONTENIDO

I. MARCO COMPETENCIAL DEL MUNICIPIO EN EL DEPORTE.

La Constitución reconoce y garantiza la autonomía par la gestión de sus intereses, amén de garantizarles también la suficiencia financiera que les permita realizar aquélla.

Las competencias en materia deportiva asignadas a los regímenes locales, es decir, municipios. En este campo se produce un entrecruzamiento el cual tiene una indudable trascendencia sobre el deporte.

El punto de partida lo tomaremos en la declaración del artículo16 de la Constitución, según el cual, "Con el fin de organizar políticamente la República, el territorio nacional se divide en el de los Estados, Distrito Capital, dependencias federales y los territorios federales. El territorio se organiza en Municipios".

Como es sabido, la Constitución asigna a los Municipios un núcleo mínimo y básico de potestades y competencias que confluyan en "el gobierno y la administración de sus intereses y la gestión de las materias que le asigne la Constitución y las leyes nacionales... de conformidad con la delegación prevista en la ley que rige la materia, la promoción de la participación, y el mejoramiento, en general, de las condiciones de vida en comunidad, en las siguientes áreas: ... actividades e instalaciones deportivas" (Art. 178.5).

Entendiendo el deporte en el extenso que le otorga la Constitución Nacional, el cual es el de "servicio público" y asignándolo a una competencia municipal, queda en este sentido supeditado a una tarea de la Concejalía de Deportes. De esta manera, la actividad deportiva reviste, en efecto, desde el punto de vista de sus implicaciones, un carácter social evidente; no solamente como espectáculos que expresan regularmente manifestaciones deportivas de toda suerte, sino también, como actividades profundamente enraizadas en la cotidianidad de la vida social.

2. LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA.

Según se module la ley, la actuación administrativa tendrá diferentes grados de intensidad de ordenación y de intervención del Estado pueden ser diferentes. El derecho administrativo es un instrumento de resultado al que poco le importan las categorías formales para la consecución de sus fines, puesto que debe adaptarse a cada momento utilizando las técnicas más convenientes de acuerdo a la circunstancia histórica a legislar.

Es necesario asumir posiciones que permitan orientar las futuras discusiones, así es preciso decir que, en nuestro país el deporte en general y el federado o de rendimiento en particular, de una manera genérica no son considerados como un servicio público, pero por su naturaleza se puede acoger eventualmente a esta calificación, es decir, es un objeto posible de servicio público[3].

La Constitución venezolana no trata el deporte como un servicio público, si bien es cierto, tampoco lo descarta.

De esta forma y a nuestro entender es servicio público: la educación física, la recreación, la educación física y el deporte escolar; y aun cuando no aparece de manera expresa en la Constitución y la Ley del Deporte, también lo serán las titulaciones deportivas. Añadiendo como es indispensable, el deporte de alto rendimiento[4].

[3] En este sentido, nos dicen DUMOULIN y FLIPO (1991p.18-20), que la palabra servicio tiene una connotación negativa que nos llega de la antigüedad; del latín « *servicium* » que significa esclavaje, mantiene un sentido de dependencia (estar al servicio de ...) y de gratuidad (rendir un servicio a ...). Entre los siglos XVIII y XIX, las actividades se servicio eran muy restringidas, ellas comprendían esencialmente: el servicio doméstico, los servicios de carácter social, los transportes, los seguros, el comercio y las finanzas.
Los servicios han sido considerado como los familiares pobres de la economía, en esta era de la industrialización, son presentados y definidos como un conjunto de actividades improductivas. Luego, en el siglo XX, se ve crecer y diferenciar el sector servicios. Los autores DUMOULIN y FLIPO, definen el servicio como « los hombres y los oficios organizados para producir valores inmateriales y su prestación es la activación del conjunto, es decir, la producción de ese valor ».

[4] Artículo 111 de la Constitución

Aquellas actividades deportivas que aún siendo ejercidas libremente por una o varias personas fuera de toda afiliación, produce beneficios a sus practicantes, por ser una actividad de orden privado, no puede ser considerada como actividad de servicio público. Entonces debemos entender que, sólo cuando la actividad es desarrollada en una estructura delegada de una misión de servicio público, podemos decir que, tal tipo de actividad es efectivamente un servicio público.

Los orígenes de la doctrina del servicio público en la actividad deportiva y principalmente en el deporte de rendimiento lo encontramos en la jurisprudencia del Conseil d'Etat francés.

En nuestro contexto normativo, no podemos afirmar que de una manera general la actividad deportiva sea considerada como un servicio público, de igual manera puede decirse de la actividad desarrollada por las federaciones deportivas. Del deporte de competencia podemos decir que tanto el deporte escolar como el deporte universitario entrarían en la concepción de servicio público. Junto a ello encontraremos la educación física escolar, la cual se incluye en el servicio público del sistema educativo.

Para la vertiente del deporte de competencia federado se debe utilizar el concepto de actividad de interés público y no el de servicio público. Al introducir el concepto administrativo de interés público[5], se hace para paliar insuficiencias y superar de esta forma la excesiva rigidez presentada por el término servicio público.

Ante una actividad de interés público las técnicas administrativas que pueden utilizarse varían, es este sentido podemos señalar tres: la actividad de policía, la acción de fomento y la participación en régimen de libre concurrencia.

Para dilucidar con mayor precisión este análisis es necesario esperar el desarrollo reglamentario del deporte, el cual es imperativo.

2.1. La Actividad de Policía.

Esta es una actividad administrativa dirigida a mantener el orden público, la cual se hace siempre mediante la limitación de la actuación privada e incluso en puede en algunos casos obligar a determinadas conductas.

[5] Será necesario esperar el desarrollo de Ley de los artículos 150 y 151 de la Constitución, que nos definirán claramente lo que el constituyente considera como *interés público*, así como su aplicación en el ámbito nacional, estadal y municipal, sin embargo se desarrolla este concepto a través la literatura existente.

En el ámbito del deporte de competencia se desarrolla la actividad policial más concreta, al obligar al jugador seleccionado a asistir al llamado de la selección nacional. Esta actividad en el ámbito local podemos denominarla actividad administrativa de ordenación e intervención administrativa.

Los entes locales despliegan su acción policial utilizando entre otros los métodos siguientes: a) Las ordenanzas: como disposiciones de carácter general aprobadas por el ente local, sometidas al conjunto del ordenamiento jurídico y, son de aplicación directa de acuerdo con los principios de competencia y jerarquía. Los municipios podrán aprobar ordenanzas con la competencia deportiva que les otorga la Constitución, para adecuar la actuación de las actividades de los sujetos particulares en el contexto de las instalaciones deportivas o en las actividades de servicio público para garantizar el buen gobierno de la ciudad, ordenando de ésta forma la actividad deportiva y la convivencia entre los ciudadanos, b) Las licencias y los actos de control: estarían sujetas a licencia de apertura y traslado de los establecimientos deportivos y las instalaciones deportivas.

Es necesario decir, que la licencia de apertura estará condicionada a un o unos usos determinados, significando ello, que si la instalación deportiva tiene licencia de apertura para actividades deportivas, no se podrán realizar en ella otro tipo de actividades. En consecuencia, cada tipo de actividad requerirá una licencia específica de apertura en función del uso, de tal forma que, lo más apropiado sería conseguir una licencia de apertura para usos múltiples.

2.2. La Acción de Fomento.

Está encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad pública general, sin utilizar la coacción, ni crear los servicios públicos. En este caso es el individuo quien lo ejerce y la administración está encaminada es a fomentarla y contribuir a su buen desarrollo.

La administración es este caso lo que debe hacer es persuadir al sujeto privado para que dé respuesta a una necesidad general, en consecuencia lo que debe hacer es dar ventajas, subvenciones a aquellas empresas que sean fuente de utilidad popular.

Es subvencionable todo aquello que redunde en beneficio para la colectividad. En este sentido, es necesario analizar cuáles son las cosas que pueden ser fomentadas.

El fomento presenta varias vías, pero las más usuales son: los beneficios de tipo fiscal y los beneficios de tipo económico. Todo esto se puede incluir en el concepto de subvenciones.

2.2.1. Subvenciones.

Es aquella actividad que realiza la administración pública frente a otra administración pública o frente a un particular.

La subvención tiene un objeto y es la disposición gratuita de fondos públicos por parte de la Administración y de sus organismos autónomos, los cuales pueden ser otorgados, como ya se dijo, a entidades públicas o privadas para fomentar una actividad de utilidad o de interés social o para promover la consecución de un fin de utilidad pública.

Esta es un acto unilateral de la administración pública y, puede aplicarse en diferentes modalidades: según el carácter de la ayuda, según el destino, según la forma y, según el momento en que se dan. Es valorable económicamente o puesta en fondo perdido, tanto a un particular como a otra administración.

La subvención presenta unas características generales las cuales podemos referir, como principios o reglas básicas, por ello:

- Toda subvención tiene carácter voluntario y eventual, lo que nos indica, que no es obligatorio para la Administración hacerlo indefinidamente.
- La Administración puede revocarla o reducirla, en cualquier momento, a no ser que en la convocatoria de subvención se especifique lo contrario.
- La subvención no puede ser invocada como precedente.
- En principio, no excederán el 50% del coste de la actividad a la que se apliquen.
- No es exigible un aumento o una revisión de la subvención.
- Sólo es subvencionable aquella materia sobre la que se tiene competencia.

Es muy importante para el proceso de la subvención, saber que, las cantidades que las Corporaciones Municipales no deben aportar subvenciones a finalidades que puedan cumplir por sí mismas, con igual eficacia y con un gasto igual o inferior al que representa la subvención. Es por ello que, siempre que se otorga una subvención, la administración tendrá que justificar que aquella actividad que subvenciona, no la puede cumplir con la misma eficacia y con menos dinero.

2.2.2. Las modalidades de subvención.

a. Según el carácter, ésta puede ser:

a.1. Directa: representada por aquellas en las cuales se da un dinero en efectivo, una aportación monetaria. También mediante bienes no monetarios, pero que tiene valor un concreto, por ejemplo: suministro de materiales, construcción de instalaciones u

obras, aprovechamiento de instalaciones municipales, redacción de proyectos, auxilio técnico, prestación de personal, prestación de servicios o cesión de terrenos.

a.2. Indirecta: cuando se permite no realizar un acto determinado básicamente un gasto, por ejemplo: bonificaciones fiscales y exenciones de impuesto. La constitución en el artículo 111, se refiere a los incentivos y estímulos a las personas, instituciones o comunidades que promuevan a los y las atletas y desarrollen y financien planes, programas y actividades deportivas en el país.

La Administración local no podrá crear bonificaciones o exenciones no previstas en las leyes, ni otorgar licencias para importas cosas prohibidas.

b. Según el destino, identificamos:

b.1. Una finalidad económica, para favorecer el consumo, ventajas o precios reducidos de un bien o de un servicio.
b.2. Una finalidad social, destinado a educación, cultura o deporte.

c. Según su forma:

c.1. La subvención propiamente dicha.
c.2. El préstamo.
c.3. Anticipos, podemos decir que la diferencia entre préstamo y anticipo está en el hecho de que el préstamo siempre devenga intereses a nivel de la tasa percibida por la banca, mientras que el anticipo no, o como máximo un 2%.
c.4. Subsidios aleatorios, avales, garantías de interés. Entre aval y garantía encontramos la diferencia de que el aval asegura todo y la garantía de interés sólo en interés de la operación crediticia del tercero.
c.5. Subsidios sociales: becas y bolsas de trabajo. La diferencia principal entre estas dos es que, la beca es para un fin específico y la bolsa es para residencia o desplazamiento.
c.6. Subsidios mixtos: premios económicos.

d. Según el momento en el que se otorgan:

d.1. Subvenciones en firme: aquellas que se otorgan una vez realizada y justificada la actividad. El control de la adecuación de los objetivos es previo a su pago.
d.2. Subvenciones a justificar: Cantidades que se libran para atender gastos sin la previa aportación de la documentación justificativa correspondiente.
d.3. Subvenciones de carácter ordinario, libradas periódicamente para hacer frente a los gastos de la entidad que figure en el presupuesto de la entidad pública.

d.4. Subvenciones extraordinarias, para gastos específicos.
d.5. Subvenciones finalistas: son las otorgadas por un ente público "A" a un ente privado "C", pero que antes pasan por otro ente público "B" y al ser incorporadas en el presupuesto de B, ya tienen el nombre de C y sólo pueden ser ejecutadas por C. Esto significa que el ente público B sólo funge como intermediario, como puente en la transacción.

Con la finalidad de garantizar la objetividad y la igualdad en el momento de la concesión de la subvención, es necesario que previamente se elaboren y aprueben las Bases que regulen la concesión de la subvención, garantizando la máxima publicidad y difusión.

Entre otros, las Bases incluirán los siguientes aspectos:

1. Objeto de la subvención. 2. Los requisitos que han de reunir los beneficiarios y la forma de acreditarlos. 3. El plazo y la forma de justificar el cumplimiento de la finalidad par la cual se concede la subvención. 4. Si fuese necesario, la garantía a favor de los intereses públicos. 5. Los supuestos de revisión de las subvenciones concedidas. 6. La forma de concesión de las subvenciones y los plazos para otorgarlas, lo cual en ninguno de los casos debe ser superior a tres meses, para garantizar la operatividad del ente subvencionado. 7. Los supuestos de revocación de la subvención por la administración que la concedió y los criterios que pueden aplicar sobre el deber de indemnizar a la Administración por daños y perjuicios causados por el beneficiario.

2.3. El Ejercicio de Actividades Económicas en Régimen de Libre Concurrencia.

Las Administraciones públicas y los entes locales en particular pueden ejercer la iniciativa para poder desarrollar actividades económicas, entre las que se pueden incluir las de objeto deportivo, en régimen de libre concurrencia en el marco de la economía de mercado[6]. Esta actividad debe responder en cualquier caso al interés público.

Las actividades económicas que lleven a cabo las administraciones públicas en régimen de libre concurrencia puede realizarse mediante la forma de organismo autónomo de carácter industrial, comercial o financiero, la forma de sociedad mercantil de capital público o mixto, la sociedad cooperativa, en función de las necesidades de la actividad.

La entidad u organismo creado ha de contar con autonomía financiera y de gestión, no excluyendo las funciones de control y coordinación que pueda ejercer el ente local.

[6] Artículo 4 de la Constitución.

Para el ejercicio de actividades económicas en régimen de libre concurrencia la administración debe elaborar y aprobar un expediente previo que contendrá como mínimo: la conveniencia y la oportunidad de la iniciativa y, la concurrencia del interés público.

Así mismo aprobará una memoria justificativa que debe incluir: a) el anteproyecto de las obras e instalaciones necesarias para la implantación de la actividad, b) la justificación de la conveniencia y del interés público que concurre en la actividad, con una valoración de las ventajas sociales derivadas de los bienes o servicios a producir o de la actividad a presta – en nuestro caso la deportiva-, c) También incluirá un apartado dedicado a los puestos de trabajo que genera tanto de forma directa como de forma indirecta, d) el presupuesto financiero y el plan de puesta en funcionamiento de la actividad económica propuesta, la rentabilidad prevista y el análisis de costo-beneficio, e) la forma jurídica, las normas reguladoras y los estatutos de la sociedad u organismo que lo ha de regir, f) el ámbito de actuación de la sociedad u organismo, g) los supuestos de finalización de la actividad.

3. LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN DE LA GESTIÓN MUNICIPAL.

El establecimiento de un sistema de organización adecuado es de capital importancia para conseguir una óptima gestión, siendo además muy importante la particularidad de cada municipio, ello hace que el modelo a elegir, éste en función de cada situación concreta.

Si partimos de la base de que todas las fórmulas de gestión son igualmente válidas, en principio; no es menos cierto que cada una de ellas tiene sus ventajas e inconvenientes, en consecuencia, lo más importante para decidirnos por cada una de ellas, será la situación en que se encuentre el municipio en donde tengamos que aplicarlas. Es evidente que en líneas generales podemos decir que existen fórmulas genéricas que se han dado en llamar: gestión directa, indirecta y mixta.

A continuación expondremos las fórmulas de gestión más apropiadas a nuestro entender, sabiendo que en todo caso, la estructura de funcionamiento creada debe poseer una gran flexibilidad para poder adaptarse a la constante evolución a la que está sujeto el sector deportivo. La característica de estas fórmulas es la ser abiertas, de esta manera podemos decir que, aun cuando dos municipios cuenten con una misma fórmula de gestión, no tendrán dos estructuras iguales y por consiguiente no funcionarán idénticamente. En cualquier caso, todo el sistema deportivo municipal debe tener como básicos las siguientes objetivos:

- Promoción deportiva y desarrollo de la educación física.

- Promoción de las instalaciones deportivas y de su conservación.
- Proporcionar un carácter no lucrativo a la utilización de las instalaciones.
- Gestionar todas las instalaciones que puedan necesitarse según la demanda, tanto públicas como privadas.
- Contratar el personal idóneo para cada cometido.

3.2. La Gestión Directa:

La gestión es desempeñada por la administración o por entes que dependen de ella, prestando un servicio. El titular y quien presta el servicio es la administración.

3.2.1. Servicio municipal de deporte.

En una gestión desarrollada directamente por el municipio encontraremos los siguientes aspectos:

- Ventajas: a) homogeneización administrativa y de recursos humanos con el resto de los servicios municipales, b) mayor facilidad de coordinación de control y de supervisión, c) estructura de organización definida, en cuanto a su dependencia jerárquica y funcional, d) posibilidad de una mayor estabilidad de recursos humanos y presupuestarios.

- Desventajas: a) mayor lentidud en la gestión, b) posible burocratización.

3.2.2. Organismos autónomos administrativos.

Aquí nos encontramos con la figura del Patronato Municipal de Deportes:

- Ventajas: a) cierta autonomía de funcionamiento, b) por su estructura, en mayor control lo tiene el ayuntamiento, c) se pueden adoptar fórmulas que favorezcan los objetivos de gestión en la perspectiva de conseguir el equilibrio costo-beneficio, d) la gestión directa corresponde a los técnicos, e) la contratación de servicios y de personal puede efectuarse mediante procedimientos más ágiles que los establecidos en la legislación de función pública y, f) es más fácil la solicitud de subvenciones.
- Desventajas: a) siendo que los órganos gerenciales de funcionamiento y del control no son profesionales –generalmente integrado por los elegidos políticos- requiere de mucha voluntad y dedicación por parte de sus miembros que las componen, b) requiere técnicos con alto grado de formación y, c) puede generar competencia desleal con la iniciativa privada.

3.2.3. Fórmula societaria de capital íntegramente público.

Las administraciones locales pueden crear entidades y personas jurídicas sometidas al derecho privado para gestionar con mayor eficacia los intereses que le han sido asignados.

Dentro de esta fórmula genérica caben también las fórmulas societarias de tipo mercantil, como son la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada, así como las Cooperativas.

Estas sociedades se regirán, principalmente por la normativa de tipo societario.

3.3. La Gestión Indirecta:

La Administración que decide prestar servicio de forma indirecta mantiene la titularidad del servicio y la potestad de dirección y control sobre los mismos dentro de los límites establecidos por la Ley. Todo ello para garantizar el buen funcionamiento del servicio.

3.3.1. El convenio de gestión:

Ésta consiste en llegar a convenios gestión [7] con otros entes deportivos: clubes, asociaciones deportivas, recreativas y culturales por los que el municipio establece condiciones de gestión y cede las instalaciones.

Mediante estos convenios puede conseguirse que las entidades y asociaciones aporten su iniciativa, su capacidad y su competencia en la mejora de todo el sistema deportivo en general.

En todo caso, en la formulación de los convenios es necesario establecer un pliego de condiciones en el que se detallen los siguientes aspectos:

- Objetivos.
- Competencia de cada una de las partes.
- Obligaciones de la entidad gestora.

[7] Los Convenios de Gestión son un acuerdo de voluntades entre una Administración pública y un particular para que éste ejercite o desarrolle una actividad que se considera de interés general. En los casos en que la Administración esté interesada en potenciar un tipo de actividad, pero que no desee configurarlo como un servicio público, sea por la obligatoriedad de prestarlo, puede considerar la actividad como de interés general y promocionar que los particulares la organicen en beneficio de toda la comunidad.

- Condiciones económicas.
- Plazos de vigencia del convenio y,
- Condiciones de renovación.

Cabe, de común acuerdo, fijar el modelo de organización. El municipio en todo caso debe reservarse el control informativo de la gestión, a fin de disponer de los instrumentos necesarios para programar el sistema deportivo general. En esta línea no es conveniente que por cada instalación se adopte un modelo distinto de organización.

- Ventajas: a) es una solución eficaz cuando se dispone de muchas instalaciones dispersas por el municipio y existen asociaciones capacitadas para asumir la gestión, b) es una solución de gestión avanzada, c) las ayudas que se proporcionen serán objetivas en función del resultado obtenido, d) motivación de la creatividad social.
- Desventajas: a) requiere que las entidades tengan una importante experiencia de gestión y un gran arraigo popular, b) es difícil trasladar al contenido de los convenios todos los aspectos que constituyen los objetivos de la política municipal en materia deportiva, b) se pueden originar situaciones irreversibles sociológicamente hablando, c) se pueden crear conflictos patrimoniales, d) no se garantiza la responsabilidad de la gestión, e) hay un difícil control de la rentabilidad deportiva.

3.3.2. La Gestión por Empresas Especializadas.

Este sistema de gestión puede adaptarse a municipios que no disponen de una estructura suficiente y en los que tampoco hay entidades capaces de asumir el modelo anterior.

Igual que la pequeña y mediana empresa contrata con la empresa de gestión para que se le gestione la contabilidad y los asuntos financieros, de la misma manera puede el municipio apoyarse en un tipo de empresas que se dedican a la gestión deportiva. Según las necesidades de cada municipio, se contrataría total o parcialmente la gestión de los servicios deportivos.

- Ventajas: a) garantiza la gestión total en todos sus conceptos, b) se realiza con intervención de profesionales, c) favorece los objetivos de gestión en materia de equilibrio costo beneficio, d) se adquiere formación y conocimientos de gestión.
- Desventajas: a) el municipio no ejerce control directo, aunque recibe los resultados de la gestión, b) exige un análisis muy detallado del proceso de contratación para poder garantizar los objetivos sociales.

3.3.3. Arrendamiento a la iniciativa privada.

Esta situación se diferencia de la anterior en que en este caso, es la propia empresa quien explota la instalación para sí misma, a cambio de un alquiler o arriendo que debe pagar al municipio.

Este caso puede darse en municipios cuyas instalaciones generen cargas económicas que no pueden soportar y, antes de cerrar las instalaciones, se plantean la fórmula de arrendamiento a la iniciativa privada.

- Ventajas: a) ofrece perspectivas de rentabilidad económica para el municipio, b) las instalaciones se conservan mejor siempre que permanezcan en uso.
- Desventajas: a) los criterios de rentabilidad del arrendamiento pueden no ser compatibles con los fines sociales y con la política municipal en materia deportiva, b) al no provocar exceso en la tramitación administrativa, sino todo lo contrario, una facilitación del proceso, puede dar lugar a una situación de falta de estímulos en el municipio en materia deportiva.

3.3.4. La Concesión.

La concesión de servicios es la forma de gestión indirecta de prestación de servicio más idónea para los entes locales.

La concesión de servicio comporta que en concesionario asume la gestión y la explotación del servicio, aportando los medios materiales, personales y técnicos necesarios. La concesión puede incluir, la realización de las obras necesarias para el establecimiento del servicio.

3.3.5. La gestión interesada.

La característica esencial de la gestión interesada es que el gestor privado se encarga de la explotación del servicio y por ello percibe una retribución proporcional al resultado de aquélla.

Existe la participación de un tercero en la explotación del servicio, a cambio de lo cual se negocia una participación en los resultados y en el riesgo en la proporción en que se determine. Pudiera ser que la participación de la empresa en los resultados se sustituya por una remuneración consistente en asignaciones fijas, en asignaciones proporcionales al gasto o de otras variables o indicadores. Entonces la retribución de la empresa gestora será proporcional al rendimiento, al gasto y a los ingresos brutos.

Al final del período, los bienes afectos al servicio, son retornados a la municipalidad.

3.3.6. Sociedad Mercantil con Capital Mixto.

La forma indirecta de prestación de servicios públicos se dará cuando la sociedad mercantil no sólo tenga una distribución del capital social entre una administración y un particular, sino que además ambos participen en la gestión. No servirá como gestión indirecta la emisión de acciones sin voto en una sociedad pública que sean suscritas por un particular. Se requiere la participación en el capital social y en la gestión.

No se requiere una mayoría de capital, sirve con la capacidad de tener un cierto control de la sociedad por parte de la Administración titular del servicio.

4. EL MODELO ASOCIATIVO Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO LOCAL.

Previo a definir las asociaciones deportivas y sus distintas variantes a nivel local, conviene enmarcarlas dentro del contexto del deporte, mejor dicho, en el ámbito de las actividades físico-deportivas y de todos los aspectos que inciden y condicionan, no sólo su creación, sino también su posterior desarrollo y su consolidación como estructuras prestadoras de servicios deportivos al propio colectivo de asociados o a una colectividad más amplia.

En la sociedad venezolana, la actividad física y el deporte[8] se entiende de manera muy diferente, o bien en función del planteamiento ideológico que concretan los partidos políticos[9] o por tendencias o modos que imperan según qué momentos y hacen que el deporte tenga una riqueza en sus distintas expresiones y una amplitud y forma de entenderlo por la colectividad que hacen de él un elemento básico e imprescindible para cualquier sociedad moderna.

---

[8] Referimos una definición muy general desarrollada en el Artículo LA CONSTITUCIÓN DE 1999: UNA PERCEPCIÓN DE LA POLÍTICA DEPORTIVA, en el cual decimos que, por deporte entendemos toda actividad que esté sujeta a las reglas de una determinada disciplina y en la cual hay un adversario, ya sea contra uno mismo o un contrario pudiendo conducir a un triunfo. Por actividad deportiva, la realización de una acción conducente a la preparación para la participación en una competición deportiva. La recreación es una sana utilización del tiempo libre, pudiendo conllevar una actividad física y, por actividad física, aquellas acciones que conduzcan a un mejoramiento de la salud a través del ejercicio físico.

[9] Esto se incluye para que sirva de orientación a los partidos políticos, ya que hasta la presentación de los proyectos de la nueva constitución no se había apreciado una verdadera intensión de política deportiva por parte de la clase política partidista del país, el deporte sólo ha servido para la captación de votos.

4.1. Razones para Promocionar el Asociacionismo Deportivo.

Las razones que aquí se exponen para promocionar el asociacionismo deportivo valdrían para justificar cualquier fenómeno asociativo. No obstante, el trabajo se centra en el Asociacionismo Deportivo[10] en el municipio. En consecuencia los Poderes Públicos, especialmente el local, deben promocionarlo para facilitar la toma de iniciativa de los ciudadanos, organizar y desarrollar el deporte en libertad, practicar la democracia de forma cotidiana sin estar sometido a procesos electorales, defender una forma de entender la práctica deportiva y la gestión de infraestructuras, relacionarse con otras personas, vecinos comunes en la mayoría de los casos y, pertenecer a un colectivo integrado en una causa común y en un territorio concreto: deporte, barrio, ciudad.

Los poderes públicos, especialmente el local, no deben dudar en encontrar vínculos que relacionen a sus ciudadanos, los cuales representan el mejor y mayor patrimonio que puede tener una ciudad.

4.2. Tipos de Asociación Deportiva a Promocionar.

En este sentido, será necesario la adaptación de la legislación estatal a la pluralidad y diversidad de asociaciones vinculadas a la actividad física y el deporte en nuestro país. Será preciso matizar dentro de un amplio espectro, pues unas responden: a una vocación de servicio deportivo a sus asociados en un área local, otras son respuestas políticas locales (coordinadores deportivas de barrio), las demás están implantadas en la mayor parte del territorio nacional, a través del asociacionismo deportivo federado.

En fin, intentaremos definir las peculiaridades, su significación social, sus recursos, para de esta manera aproximarnos a su entorno real e indefectiblemente a su vinculación con la sociedad. De esta forma la ley estadal deberá regular:

4.2.1. Las Asociaciones de Padres de Alumnos.

Ésta es una etapa donde ha de primar los objetivos pedagógicos y educativos del niño, olvidado por algunos dirigentes deportivos, lo cual ha dado lugar a reproducir esquemas tradicionales del deporte de alto rendimiento que, en nada ayuda a enriquecer las habilidades y destrezas motores del escolar en esta etapa.

[10] Nos dice E. BOURZANET (1984 p.5) que, desde la antigüedad el asunto deportivo ha sido un asunto de grupos, de colectividades; como tal es una forma de expresión de las asociaciones comunitarias y manifestación, léase reivindicación, de libertad colectiva.

Estas asociaciones adquirirán su protagonismo en la medida que el trabajo consolide y fortalezca las estructuras del voluntariado integrado por los padres y representantes.

Su relación con los servicios municipales, sería muy estrecha, pues pasarían de ser meros observadores en la competencia escolar a ser cogestores de la propia competencia, auxiliando a la misma en tareas de la organización: arbitraje, comité de competencia, apertura de instalaciones deportivas en horario extraescolar. Todo ello redundaría en el mejor mantenimiento de las instalaciones.

4.2.2. Los Clubes Monodeportivos.

Podemos definir estos clubes, como asociaciones privadas, sin fines de lucro e integrada por personas físicas o jurídicas que tengan por objeto la promoción de una o varias modalidades deportivas, las prácticas de las mismas por sus asociados, así como las participación en actividades y competencias deportivas.

Son de especial importancia ya que, su trabajo lo realizan en las secciones inferiores del club e implica la búsqueda del rendimiento deportivo por medio de la competencia, siendo su objetivo mayor realzar el primer equipo del club con jugadores formados en las categorías inferiores, trabajo denominado como "de cantera".

4.2.2 Los Clubes Polideportivos.

Su diferencia con el modelo anterior sería en el objetivo fundamental es la práctica, difusión y promoción de varios deportes.

En la práctica, no hay muchos clubes de estas características, pues es necesario considerar que tienden a asociarse los colectivos con intereses y afinidades en un determinado deporte, resultando difícil amalgamar la idiosincrasia de actividades deportivas diferentes.

Los clubes sociales con instalaciones deportivas propias amparan a estas entidades polideportivas como difusión y promoción de sus asociados, así como la venta de la imagen del club a la población exterior, donde se encuentre éste ubicado. Esto es una manera de hacer "marketing" con fines de rentabilidad económica.

Estos clubes han proliferado en grandes poblaciones urbanas, muchos de ellos ligados a deportes de difícil acceso por las clases menos pudientes.

4.2.3. Las Agrupaciones Deportivas Pluridisciplinarias.

Estas asociaciones estarían emparejadas al movimiento asociativo escolar y aprovechamiento que se hace de las instalaciones deportivas en horario extraescolar. El equipamiento de las escuelas habitualmente ha estado subutilizado, con ello se abriría al barrio con una oferta variada de actividades para una amplia franja de edades.

Con estas asociaciones el ciudadano varía cómo la práctica de la actividad deportiva no se reduce al entrenamiento para competir, sino que también puede realizar actividad física de una manera distendida, a muy diferentes edades y con un objetivo común de ocupación del tiempo libre.

Como entidades prestadoras de servicios ejercen labores de apoyo a los servicios deportivos municipales, garantizando la continuidad deportiva en la oferta tanto de deporte de rendimiento como recreativo.

4.2.4. La Coordinadora Deportiva de Barrio.

Pueden definirse como el ente aglutinador y representativo de las asociaciones deportivas para el óptimo desarrollo y canalización de la iniciativa común del barrio. Éste es el medio para la participación directa de los ciudadanos en la comunidad.

Éstas son la expresión genuina de cada entidad, con ellas se buscará la sinergia positiva de avance comunitario. Con las estas coordinadoras se puede: a) gestionar los recursos físicos: gestión directa de instalaciones y el mantenimiento básico de las mismas, gestión de escuelas deportivas del barrio, gestión y tutela del material cedido. b) Gestionar recursos económicos asignados, canalizar las cuotas de los asociados. c) Contribuir con la Administración en la elaboración de los programas, canalizar las demandas o reivindicaciones asociativas y ciudadanas del barrio.

CONCLUSIÓN: La Prestación de un Servicio Público.

La prestación de un servicio público es la actuación donde la Administración por sí misma decide dar una respuesta a las necesidades públicas. Es la satisfacción de una necesidad pública por parte de la misma Administración. La Administración desarrolla entonces una actividad de interés general.

Establecer un modelo de la actuación municipal en el deporte, como en cualquier otro ámbito, sería una osadía. La autonomía con que cuenta el municipio, es un terreno fértil, para que cada cual pueda adaptar sus condiciones a una realidad concreta.

Sin embargo, son muchos los elementos que nos permiten decir que una gestión municipal eficiente es posible, si se dan los pasos técnicamente apropiados. El primer paso es discernir las condiciones, a través de un profundo análisis técnico del Sistema Deportivo Territorial de Municipio. Ese análisis tendrá en cuenta los aspectos sociales, económicos, geográficos y físicos del territorio. Las características del mismo y los componentes de su sistema deportivo: estructura, programas, recursos económicos, equipamiento y la tipología de los practicantes, condicionarán la elaboración de un diagnóstico de la situación.

Las administraciones públicas y más concretamente los entes locales, tienen plena potestad para crear, modificar y suprimir los servicios de su competencia, siempre y cuando no sean los servicios mínimos obligatorios, en pleno acuerdo con la Ley.

Cuando las características o la naturaleza del servicio permitan, como es en el caso de las actividades o servicios deportivos, se establecerán formas de participación de los usuarios en la prestación del servicio, mediante estructuras asociativas o directamente a través de los servicios municipales.

En fin, el diagnóstico, así como el posicionamiento del municipio, definido por el marco competencial (legislativo y estatutario) y el ideológico-cultural (programa electoral del equipo de gobierno) teniendo en cuenta la evolución del entorno (situado en un marco sociológico) clarificará, con visión estratégica el papel a desempeñar en los próximos años la gestión municipal.

BIBLIOGRAFÍA

ALAPHILIPPE, F., BOURNAZEL, E et KARAKILLO, J-P. Sport et Collectivités Locales. Éditions Sirey. Paris. 1984.

ALBI, F. Tratado de los Modos de Gestión de las Corporaciones Locales. Aguiar, S.A. de Ediciones. Madrid. 1960.

BOUQUIN, C. et al.Le Servic Public des Activites Phisiques et Sportives. Édition Revue E.P.S. Paris. 1985.

CAMPOS LÓPEZ, J.C. Gestión Deportiva. Tesis doctoral. Universidad de Cádiz. Departamento de Economía de Empresa. 1996.

CAZORLA PRIETO, L. M. (Director). Derecho del Deporte. Editorial Tecnos. Madrid. 1992.

CHAZAUD, P. Le Sport et sa Gestion. Édition Vigot. Paris. 1983.

COLLOMB, P. (sous la direction) Sport et Descentralisatión. Éd. Économica. Nice. France. 1988.

Consejo Superior de Deportes. Política Deportiva Municipal. El nuevo Papel de las Corporaciones Locales. Colección Deporte y Municipio. Madrid. 1995.

De KNOP, P. et al. Clubes Deportivos para Niños y Jóvenes. Instituto Andaluz del Deporte. Serie Cuadernos Técnicos del Deporte Nº 28. Málaga. 1998.

Federación Española de Municipios y Provincias. Manual de Política Deportiva. Madrid 1985.

Federación Española de Municipios y Provincias. VIII Jornadas de Deporte y Corporaciones Locales. Marco Competencial y Financiación del Deporte en las Corporaciones Locales. Zaragoza, 4 y 5 de mayo de 1994.

FUENTES LÓPEZ, M. Asociaciones y Sociedades Deportivas. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Secretaría de Publicación, Universidad de León. 1992.

GOMÁ-CAMPS, A. i TURRÓ VICENS, J. Com Controlar la Gestió a les Instala lacions Esportives Municipals. Ayuntament de Barcelona. Barcelona. 1984.

LEBLANC, P. Le Sport dans la comnne. Éditions du Moniteur. Paris. 1983.

LORET, A. (sous la direction) Sport et Management. De l'Ethique à la Pratique. Éd. Dunod. Paris. 1993.

MESTRE SANCHO, J. y GARCIA SÁNCHEZ, E. La Gestión del Deporte Municipal. Colección Gestión Deporte. INDE Publicaciones. Barcelona. 1997.

MONSERRAT, S. Anàlisi del Sistema Esportiu Local. Patronat d'Esports del Vendrell. El Vendrell. Espanya. 1992.

ORTS, F. y MESTRE, J. Las Escuelas Deportivas Municipales. Un Modelo de Organización del Deporte de Base en Valencia. Edita el Ayuntamiento de Valencia. Valencia. España. 1997.

EVALUACION Y ORIENTACIONES FUTURAS PARA EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Dra. Lorena Rincón Eizaga*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

A partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, la protección de los derechos humanos dejó de ser exclusivamente un problema de la jurisdicción interna estatal, para pasar a ser objeto de regulación del derecho internacional, en virtud de la preocupación de los Estados por reforzar el respeto y la garantía de los derechos fundamentales a nivel interno, en la convicción de que muchos de los crímenes contra la humanidad ocurridos durante dicho conflicto bélico pudieran haberse evitado si la socie-

* Abogada, Magister Scientiarum en Derecho Público y Doctora en Derecho (Universidad del Zulia). Profesora de Derecho Internacional Público e Investigadora adscrita a la Sección de Integración Latinoamericana del Instituto de Filosofía del Derecho «Dr. J. M. Delgado Ocando» de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia.

dad internacional hubiese asumido como propia la causa de la protección internacional de los derechos humanos, al tratarse de una tarea indispensable para la preservación de la paz y seguridad mundiales.

De esta manera, comienza la etapa de la internacionalización de la protección de los derechos fundamentales del hombre, y con ella, el surgimiento de un novedoso *corpus iuris*: el derecho internacional de los derechos humanos, rama del derecho internacional que se erige como un derecho complementario del derecho interno de los Estados, al obligar a éstos a respetar y garantizar en su territorio el ejercicio efectivo de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales sobre la materia.

En el caso de nuestro continente, los Estados americanos han avanzado vertiginosamente en la elaboración de normas internacionales para la salvaguardia y defensa de los derechos humanos, particularmente a nivel del sistema interamericano de promoción y protección de tales derechos creado en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), organización regional intergubernamental creada en 1948 para llevar a cabo los fines de la cooperación internacional en este hemisferio.

En tal sentido, Venezuela, país fundador y miembro activo de dicha Organización, adoptó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre el 30 de abril de 1948 en el marco de la IX Conferencia Internacional Americana, la cual abriría el camino para la constitución formal del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos y para la posterior adopción de un instrumento de carácter convencional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, aprobada por Venezuela mediante Ley de fecha 14 de junio de 1977, que vendría a definir los derechos y libertades protegidos por dicho sistema y a afianzar la estructura institucional de sus dos órganos de promoción y protección: la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

Si se revisa la actuación del sistema de cooperación regional instituido en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), puede colegirse sin ninguna duda que su labor en el área de la promoción y protección de los derechos humanos constituye una de las tareas más fructíferas y trascendentales del sistema interamericano. En efecto, no obstante sus deficiencias y limitaciones, que serán analizadas a lo largo de este trabajo, debe admitirse que tan sólo el hecho de que los Estados americanos hayan apoyado la creación del sistema interamericano de derechos humanos y admitido el avance de sus instrumentos, órganos y mecanismos de promoción y protección, constituye una conquista significativa.

Ello es así si se toma en cuenta que, en sus inicios, el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos no fue concebido para tener el peso y las facultades que actualmente posee. Es más, en sus comienzos, cuando se adoptó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, era claro que no se quería otorgar al sistema la fuerza legal requerida para garantizar el respeto y la defensa de los derechos humanos en el continente, ya que esto se consideraba una forma de intervención en los asuntos internos de los Estados miembros de la OEA (ILSLA, 1994).

En el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, creada en 1959 en el marco de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile, a la misma se le confió la tarea de promover el respeto de los derechos humanos en el marco del sistema. Desde sus primeros años de labor, la misma fue habilitada por los Estados americanos para ampliar sus atribuciones, pudiendo incluso recibir denuncias o reclamaciones de particulares que se consideraren víctimas de la violación de sus derechos fundamentales, dejando de ser el órgano político que se concibió originalmente para convertirse en un órgano cuasijudicial de carácter supranacional, a cargo del cual se han atribuido los más variados mecanismos de promoción y protección de los derechos humanos en el hemisferio, entre los cuales se destaca el sistema de informes que ha logrado encauzar la atención del continente hacia las más graves situaciones de violación de los derechos humanos, como lo fue por ejemplo su actuación en Chile a raíz del golpe de Estado de 1973.

Asimismo, también resaltan los logros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano judicial del sistema, tanto en lo que concierne a su función consultiva como en lo que respecta al ejercicio de la función contenciosa que le atribuye la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En efecto, sus opiniones consultivas han versado sobre temas tan trascendentales en el campo del novísimo derecho internacional de los derechos humanos como la definición de la expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana[1], la exigibilidad del derecho de rectificación y respuesta[2], las garantías judiciales de los derechos humanos en estados de

[1] Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, referida a "La expresión 'leyes' en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", solicitada por el Gobierno de la República del Uruguay. En: VENTURA ROBLES, Manuel: "Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opiniones y Resoluciones 1986". Revista de Derecho Público No. 32. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, octubre-diciembre de 1987, p. 165-176.

[2] OC-7/86, del 29 de agosto de 1986, referida a la "Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)", solicitada por el Gobierno de Costa Rica. En: Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos Vol. 4. San José, IIDH, julio-diciembre de 1986, p. 69-107.

emergencia[3], el valor jurídico de la Declaración Americana[4], la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias a la Convención[5], entre muchos otros.

Los logros de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos pueden observarse también en la utilización de sus informes y decisiones por las organizaciones no gubernamentales (ONG) que actúan en el campo de los derechos humanos, las cuales han proliferado a la par con el desarrollo del moderno derecho internacional de los derechos humanos y han ejercido, en su conjunto, una decisiva influencia como medios de vigilancia, denuncia y presión para el respeto de los derechos humanos (Buergenthal, Grossman y Nikken, 1995).

Pues bien, dichas organizaciones no gubernamentales frecuentemente se refieren a los logros del sistema interamericano para respaldar sus informes sobre la situación de los derechos humanos en el hemisferio, así como también se valen de las opiniones consultivas y de las sentencias de la Corte Interamericana con ocasión de la tramitación de denuncias de violación de derechos humanos a nivel interno ante la Comisión Interamericana. Todo lo anterior contribuye por supuesto a la difusión de los logros del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos, haciendo que su labor tenga mayor fuerza ante la opinión pública nacional e internacional (ILSLA, 1994).

A pesar de estos logros y del valor que ha tenido y sigue teniendo el sistema como instancia regional para la promoción y protección de los derechos fundamentales de la

[3] OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, referida a las «Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)», solicitada por el Gobierno de la República del Uruguay. En: Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos Vol. 6. San José, IIDH, julio-diciembre de 1987, p. 74-84.

[4] OC-10/89, del 14 de julio de 1989, referida a la «Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos», solicitada por el Gobierno de la República de Colombia. En: Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos Vol. 10. San José, IIDH, julio-diciembre de 1989, p. 107-121.

[5] OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, referida a la «Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias a la Convención», solicitada por la Comisión IDH. En: Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos Vol. 20. San José, IIDH, julio-diciembre de 1994, p. 135-151. En esta importante consulta, la Corte IDH fue de la opinión unánime que «la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado» (Corte IDH, 1994: 151).

persona humana, queda aún mucho camino por recorrer. Se han percibido y se perciben todavía grandes limitaciones y deficiencias del sistema interamericano en materia de derechos humanos, algunas de las cuales serán analizadas seguidamente, proponiéndose asimismo correctivos que deben ser asumidos por la agenda interamericana en un futuro próximo a los fines de alcanzar una mayor efectividad en el campo de la salvaguardia de los derechos humanos en el hemisferio.

I. LA VOLUNTAD POLÍTICA DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA OEA

Frente al persistente y generalizado cuadro de violaciones de los derechos humanos en América, situación que se agudiza en la América Latina en virtud del acelerado desmejoramiento de la calidad de vida de la población latinoamericana y de la profunda crisis política, económica y social que la ha sumido en una situación de pobreza y de endeudamiento externo inimaginables, el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos tiene una enorme responsabilidad para provocar el cambio y la superación de estos factores negativos, pero no ha existido en su seno la voluntad política suficiente por parte de los Estados miembros para eliminar progresivamente dichas violaciones.

Al parecer, en la agenda de la Asamblea General de la OEA no figura como prioridad llamar la atención a los Estados que incurren frecuentemente en violaciones de todo tipo: genocidio, tortura, intolerancia étnica y religiosa, violencia contra la mujer y los niños, detenciones arbitrarias y desapariciones forzadas de personas, ejecuciones extrajudiciales, además de las múltiples violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales. Así, la causa principal de la ineficacia del sistema interamericano para forzar a dichos países al respeto y garantía progresiva de los derechos de las personas bajo su jurisdicción se ha debido:

> A la actitud de los Estados americanos hacia el sistema que, lejos de fortalecerlo y contribuir a su desarrollo, lo debilita y lo hace inoperante en muchos casos. Ello se debe a la manera como los gobiernos asumen la temática de derechos humanos, considerada un punto sensible que puede deslegitimarlos cuando de la violación de los mismos se trata y que, por eso, los coloca a la defensiva. De otra parte, las sociedades de los países latinoamericanos no tienen la suficiente fuerza para posibilitar que el aspecto de derechos humanos pueda tratarse de manera diferente por parte de sus gobiernos, lo que redundaría en mayor credibilidad y respetabilidad para el sistema que ya no tendría por qué ser un canal de intermediación de asuntos de conveniencia política (Gallón en ILSLA, 1994: 55).

En efecto, los Estados americanos sólo parecen estar dispuestos a apoyar la aprobación de una gran cantidad de instrumentos interamericanos donde se declara una serie de

derechos inmanentes a la persona humana que se obligan a respetar y garantizar, pero obviando los mecanismos de control y tutela de dichas obligaciones, los que en muchos casos se tornan inútiles. Un ejemplo de ello está en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuya labor depende en buena parte del apoyo que puedan darle los Estados miembros de la OEA en el seno de la Asamblea General de la Organización, aprobando sus informes anuales y especiales sobre países y llamando la atención a los que aparezcan como persistentes infractores del orden interamericano de los derechos humanos.

Por otro lado, no existen mecanismos que puedan hacer que los gobiernos de los Estados miembros de la OEA presten su colaboración a las labores que desempeña la Comisión. En efecto, como bien expresa Farer (1993), los gobiernos no reconocen ningún tipo de obligación de presentar los testigos o los documentos que les requiera la Comisión, de permitir y facilitar las visitas *in loco*, o de adoptar las medidas de reparación preliminares o definitivas. Asimismo, los gobiernos en muy pocas ocasiones y a pesar de las recomendaciones de la Comisión, han identificado a los funcionarios responsables de las violaciones y mucho menos los han castigado.

Por otro lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus informes anuales generalmente incluye recomendaciones a los Estados miembros de la OEA, en torno a las medidas legislativas o de otro carácter que deben adoptar a nivel interno para asegurar el respeto y garantía de los derechos humanos protegidos en los instrumentos interamericanos, las cuales, al carecer de fuerza obligatoria, pierden efectividad a causa del desinterés de los Estados miembros en cumplir o hacer cumplir los compromisos que en materia de derechos humanos tienen en el marco del sistema interamericano.

El caso de Chile puede servir de ejemplo para ilustrar lo mencionado. La Comisión mostró gran interés por las violaciones de derechos humanos cometidas en ese país a partir del golpe de Estado de 1973, lo que se evidencia en los cuatro informes especiales que preparó sobre Chile, además de las continuas referencias a la situación chilena en sus informes anuales. Sin embargo, con ocasión de la presentación del informe especial de 1985 ante la Asamblea General de la OEA para su aprobación, los Estados miembros no apoyaron la moción de México y Venezuela de adoptar una resolución de condena contra el gobierno chileno, mientras que sí lo hicieron contra Suriname (ILSLA, 1994).

Ello también demuestra la politización del sistema interamericano que afecta por supuesto a la tarea de la protección internacional de los derechos humanos que éste lleva a cabo. En efecto, las afinidades políticas y las presiones de algunos Estados miembros de la Organización pueden convertirse en elementos perturbadores de la acción interamericana en este ámbito. Esto también puede verse en la constante

atención por parte de los órganos del sistema a los casos de violación de los derechos humanos en Cuba, ignorando los abusos de todo tipo que se cometen en otros países del hemisferio.

Otro indicio importante de la falta de voluntad política de los Estados miembros de la OEA, es el hecho de que todavía algunos Estados se hallen en el estado inicial del sistema, es decir, regidos por los principios generales consagrados en la Carta de la Organización y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, sin ratificar el instrumento convencional de carácter general del sistema, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del cual se derivan las obligaciones de respetar y garantizar los derechos reconocidos en su texto y de adoptar las medidas internas que fuerén necesarias para hacerlos efectivos.

Otros Estados, no obstante haber ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no han reconocido como obligatoria la competencia de la Corte Interamericana sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, razón por la cual no han aceptado el mecanismo judicial del sistema interamericano para la protección de los derechos humanos, que es el único que puede sancionar el incumplimiento de las obligaciones de comportamiento y de resultado que consagra la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta situación contrasta con el sistema europeo, en el cual todas los Estados partes de la Convención Europea de 1950 han reconocido la jurisdicción obligatoria del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Por último, los casos recientes de Trinidad y Tobago y de Perú advierten sobre un claro retroceso en el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos. En efecto, Trinidad y Tobago, que había ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y reconocido la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 28 de enero de 1991, ha hecho uso, en mayo de 1998, de la denuncia prevista en el artículo 78 de la Convención, la cual se hizo efectiva un año después según lo dispone el citado artículo. Por su parte, Perú ha retirado recientemente el reconocimiento que había hecho de la competencia de la Corte Interamericana, no obstante todavía se mantiene como parte de la Convención.

Todo lo anterior revela cómo los Gobiernos de turno pueden dejar a un lado los compromisos interamericanos asumidos por sus países en el campo de la protección de los derechos fundamentales, dejando a sus nacionales desprovistos de mecanismos internacionales para la salvaguardia de sus derechos, los cuales entran a funcionar cuando los recursos internos no existen o resultan infructuosos para hacer valer los derechos y libertades reconocidos en los instrumentos interamericanos de promoción y protección.

De allí que se haga urgente la revisión a fondo del sistema interamericano de derechos humanos, tanto en lo que respecta al pleno respaldo que debe otorgarle la Asamblea General a la actuación de la Comisión y de la Corte, así como en lo relativo a las medidas políticas que debe tomar frente a los Estados que continuamente incurran en situaciones de abuso y violación de los derechos humanos, basándose en los informes anuales y especiales presentados por la Comisión y las decisiones de la Corte, haciendo el más enérgico llamado de atención a sus gobiernos para que cesen tales violaciones.

Por otro lado, si entre los principios esenciales que persigue la Organización de Estados Americanos (OEA) se encuentra precisamente el apoyo a los regímenes democráticos y el respeto y garantía de los derechos fundamentales del hombre, deberá considerarse la implementación de medidas como la limitación de la condición de miembro de la Organización regional con base en la ratificación de los tratados interamericanos sobre derechos humanos, en particular la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus Protocolos Adicionales, ya que de lo contrario la labor de la OEA en materia de derechos humanos se tornará simbólica, al no poder transformarse en un factor de cambio hacia la creación de una verdadera conciencia interamericana para la plena y efectiva vigencia de los derechos y libertades de todos y cada uno de los habitantes del continente.

2. EL DESCONOCIMIENTO DEL SISTEMA

Otro problema que ha obstaculizado la efectividad del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos es el relativo al desconocimiento del mismo, que ha dificultado su acceso tanto por parte del movimiento de derechos humanos como de la población de los países miembros de la OEA. Este desconocimiento se debe a que los gobiernos que han suscrito la Convención Americana sobre Derechos Humanos no han demostrado casi ningún interés en publicitar y capacitar personas en el uso del sistema, produciéndose una falta de acceso por desconocimiento (ILSLA, 1994).

Ese desconocimiento no es más que la muestra en la práctica de la falta de integración del derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno de los Estados que han celebrado y ratificado tratados sobre la materia y que forman parte integrante de sistemas de protección internacional, como es el caso de Venezuela. En efecto, los derechos consagrados en tales tratados están destinados a hacerse efectivos por las personas sujetas a la jurisdicción del Estado que los ratifica, razón por la cual los jueces y autoridades administrativas están obligados a sentenciar de acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos, ya que de no proceder de acuerdo al derecho emergente de los tratados sus sentencias serían arbitrarias del mismo modo que lo serían si no se atienen a la legislación interna vigente (Herrendorf, 1990).

Esta falta de integración del derecho internacional y el derecho interno, como bien lo señala Nikken (1991), se ha debido a la tendencia existente de concebir el derecho internacional como una disciplina alejada del sistema legal interno, tendencia que es particularmente incomprensible en un área que interesa tanto a la ciudadanía como es la del respeto y defensa de sus derechos fundamentales. Por otro lado, como también sostiene Nikken, el tema de la protección internacional de los derechos humanos no se ha estudiado sistemáticamente en las universidades y todos los jueces y abogados no están informados sobre la existencia de los tratados o convenciones sobre la materia.

No obstante, la Comisión, la Corte y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, este último con su principal tarea de formación y capacitación en derechos humanos, además de las organizaciones no gubernamentales, tratan de suplir o aliviar esta carencia por medio de talleres y eventos de capacitación sobre el sistema, así como la difusión de publicaciones y materiales en materia de promoción y protección de los derechos humanos, especialmente dirigidos a los jueces de los Estados miembros de la OEA así como a los abogados litigantes, quienes progresivamente han comenzado a utilizar, en representación de las víctimas, los mecanismos de protección del sistema, especialmente la presentación de denuncias o reclamaciones individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

3. LA DEDICACIÓN Y ELECCIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA COMISIÓN Y DE LA CORTE INTERAMERICANAS DE DERECHOS HUMANOS

Si bien la Comisión Interamericana ha resuelto casos de violación de derechos humanos y ha emitido informes sobre la situación en ciertos países, de igual manera le ha tomado años resolver dichos casos, aun no ha resuelto otros y no ha presentado informes sobre todos los países americanos que presentan cuadros persistentes de violación a los derechos humanos. En el caso de la Corte, sus opiniones consultivas y sus sentencias, si bien han sido importantes para hacer valer los derechos humanos conculcados, las mismas sólo representan una ínfima parte del potencial de la Corte Interamericana (ILSLA, 1994).

Lo anterior se ha debido a una circunstancia fundamental: el hecho de que los miembros de la Comisión y de la Corte Interamericanas no están dedicados a tiempo completo a sus labores al no tratarse de órganos de carácter permanente, en virtud de que sus miembros no están profesionalizados sino que prestan sus servicios *ad honorem*, razón por la cual sesionan dos o tres períodos al año, tiempo insuficiente para atender las innumerables denuncias o reclamaciones que llegan a la Comisión y para sentenciar todos los casos que llegan a la Corte.

Por tal razón, la agenda interamericana deberá contemplar como una de las reformas más urgentes para la renovación y el fortalecimiento del sistema de promoción y

protección de los derechos humanos en el hemisferio, la reestructuración de la Comisión y de la Corte en órganos que ejerzan labores a tiempo completo, con miembros que se dediquen exclusivamente a realizar las tareas que corresponden a dichos órganos en el ámbito de la defensa y garantía de los derechos del hombre, lo que por supuesto demandará la asignación de recursos financieros adicionales a los que actualmente reciben.

Ésta es la opción que debe seguir el sistema no obstante algunos se opongan a ella. Por ejemplo, Farer (1993) alega que la profesionalización de los miembros de la Comisión reduciría notoriamente el número de candidatos calificados, además de que los miembros que se dediquen exclusivamente a las labores de la Comisión desarrollarían «...un trabajo rutinario, procedimientos de operación estandarizados, conjeturas ya establecidas y una distancia emocional de la tormentosa problemática que se vive diariamente en nuestras diferentes Repúblicas» (Farer, 1993:182), razón por la cual señala que la falta de tiempo para resolver las múltiples actividades que desempeña la Comisión podría remediarse si la misma se reuniera con más frecuencia.

Sin embargo, tales argumentos pueden ser rebatidos. En lo que respecta a la reducción del número de candidatos calificados, como bien lo expresa Padilla (1995), la actual nominación de candidatos a la Comisión por parte de los gobiernos de los Estados miembros de la OEA enfrenta un dilema precisamente porque la calificación de los mismos puede no ser la más idónea. En efecto, Padilla sostiene que los candidatos que pueden ofrecer los gobiernos son jubilados que carecen del aguante necesario para algunas de las más exigentes tareas que tienen que enfrentar los miembros de la Comisión, como es el caso de las visitas *in loco*. También pueden ofrecer candidatos más jóvenes pero que son académicos o funcionarios a quienes se les concede el permiso necesario para adentrarse en la amplia gama de actividades que cumple la Comisión.

En cuanto al argumento esbozado por Farer (1993) relativo al trabajo rutinario que desarrollarían los miembros de la Comisión dedicados a tiempo completo a sus labores, puede rebatirse siguiendo a Buergenthal, Grossman y Nikken (1995), que han señalado que si bien la Comisión cumplió una función innovadora cuando las atribuciones que se le reconocían estatutariamente eran precarias,

> La entrada en vigencia de la Convención no ha repercutido en la actividad de la Comisión en la medida de sus nuevas facultades, muchas de las cuales son apenas ejercidas. Así, por ejemplo, el trámite de las comunicaciones individuales se continúa haciendo en lo sustancial con arreglo a la misma rutina preexistente, sin tener en cuenta que esos procesos no están llamados a agotarse en la Comisión cuando se trata de Estados que han reconocido la jurisdicción obligatoria de la Corte. Por otra parte, en los diez primeros años de vigencia de la Convención, ésta ha remitido apenas tres casos a la consideración de la Corte, a pesar de haber conocido numerosos asuntos concernientes a Estados que habían aceptado la jurisdicción del Tribunal y respecto de los cuales la Comisión había encontrado que se habían violado las obligaciones que emanan de la Convención. Esta inhibición de la Comisión...implica un cierto grado de desconocimiento de los avances del sistema plasmado en la Convención y ha representado un freno para el desarrollo del mismo (Buergenthal, Grossman y Nikken, 1995: 94).

Lo anterior puede corregirse con el modelo de una Comisión y una Corte Interamericanas a tiempo completo, cuyos miembros dediquen sus compromisos profesionales a la tarea de la protección de los derechos humanos y no a sus carreras individuales. En efecto, el modelo actual no es suficiente para atender las demandas de las víctimas, de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos y las de los propios Estados miembros, ni tampoco lo será si se aumenta el número o la duración de las sesiones de ambos órganos. Sería tan sólo un paliativo necesario hasta que el verdadero problema sea encarado (Padilla, 1995).

En lo que respecta a la elección de los miembros de la Comisión y de la Corte, dado que los nombramientos son formulados por los Estados miembros de la OEA y que las medidas que aquéllos tomen dependen de éstos para que sean eficaces, la promoción y protección de los derechos humanos en el sistema interamericano están sujetas a reglas políticas que no siempre son favorables para la vigencia de estos derechos. Existen diferentes situaciones que dejan ver la precaria independencia de dichos órganos de control, que llevan a afirmar a estudiosos del sistema que hay una politización en la elección de los miembros de la Comisión y de la Corte, a pesar de las disposiciones reglamentarias que rigen las cualidades que deben tener los candidatos a dichos órganos (ILSLA, 1994).

En efecto, por lo menos en lo que respecta a la Comisión Interamericana, no resulta compatible con la imparcialidad e independencia exigida a sus miembros en función de la importante labor que realizan, que los mismos se desempeñen o se hayan desempeñado como agentes o funcionarios gubernamentales de los Estados miembros, que son precisamente los que se encuentran incursos en las presuntas violaciones a los derechos humanos que la Comisión se encarga de investigar. Por tales razones, debe también incluirse en una próxima reforma del sistema que el desempeño de cualquier cargo público constituye una causa de incompatibilidad para ser elegible como miembro de la Comisión.

Por último, hay quienes proponen la eliminación de la vigente dicotomía institucional del sistema interamericano para dar paso a un único órgano de control judicial, a

semejanza de la reforma del sistema europeo de promoción y protección de los derechos humanos a raíz de la entrada en vigor del Protocolo No. 11 de la Convención Europea para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

En efecto, en virtud de dicho Protocolo los Estados miembros del Consejo de Europa deberán completar la fusión de la Comisión y la Corte Europeas en un tribunal único, compuesto de magistrados que se dedicarán a tiempo completo a sus labores, buscando así aumentar la eficacia de los mecanismos judiciales y reducir la duración de los procedimientos, para mantener el elevado nivel de protección de los derechos fundamentales que ha caracterizado al sistema europeo hasta el presente.

En tal sentido, Albanese (1995) plantea que en el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos se podría proyectar la creación de lo que ella llama un Tribunal Permanente Interamericano de Derechos Humanos compuesto por Salas y por una Corte Suprema. Ante las primeras, los particulares podrían presentar sus demandas y ser partes activas en los procedimientos, y sus sentencias podrían ser apeladas por las personas y el Estado denunciado ante la Corte Suprema cuya decisión sería inapelable y definitiva. De esta forma, Albanese propone que:

> ...la Comisión Interamericana con su experiencia y prestigio podría fusionarse en Salas de Primera Instancia, y la Corte actual, en una Corte Suprema Interamericana, receptando las causas que las personas y los Estados eleven sobre temas específicos y fundamentales a consensuar, manteniendo, asimismo, su actual función consultiva. El Tribunal Permanente debería estar formado por un número de jueces igual al de Estados Partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus Protocolos. El aumento del número de miembros en los órganos jurisdiccionales de control americano tiene una relevancia fundamental vinculada con la idea de integración que permitiría, además, un enriquecimiento metodológico sustantivo relacionado con el perfeccionamiento del sistema (Albanese, 1995: 26).

No hay duda que la efectividad del sistema europeo contrasta con la del interamericano de la misma manera como contrasta la realidad de ese continente con la de América, pero ésta es una reforma que podría ser viable en el sistema interamericano tomando en cuenta que contribuiría a reducir la burocracia de la OEA, a aprovechar la experiencia acumulada de la Comisión, así como a profundizar el mecanismo de control judicial del sistema que es a fin de cuentas el que garantiza el cumplimiento de las obligaciones de los Estados en materia de protección internacional de los derechos fundamentales. No hay que olvidar que precisamente una de las grandes críticas que se le han hecho al sistema interamericano es la ubicación de la sede de la Comisión en Washington mientras que la Corte tiene su sede en San José de Costa Rica, lo que sin duda va en

detrimento de la debida coordinación que debe existir entre las labores complementarias que ambos órganos llevan a cabo.

Sin embargo, si no existiese el consenso necesario por considerar prematura la mencionada reforma, los Estados miembros de la OEA deben al menos efectuar los cambios necesarios para lograr que los órganos de promoción y protección del sistema interamericano asuman sus actividades a tiempo completo, así como para asegurar su independencia, imparcialidad e idoneidad, además de llevar a cabo las reformas necesarias para que los particulares puedan elevar directamente sus reclamaciones a la Corte a los fines de que puedan comenzar a ser protagonistas del mecanismo de control judicial del sistema interamericano de derechos humanos.

4. EL ACCESO AL SISTEMA Y LOS PROBLEMAS DE PROCEDIMIENTO

Existen diversos problemas relacionados con el acceso al sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos. El principal es el relativo a la falta de legitimación activa de los particulares para someter sus reclamaciones o demandas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, la actuación de los particulares se agota cuando someten a la Comisión Interamericana sus peticiones relativas a las denuncias o quejas de violación de los derechos protegidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos por un Estado parte, las cuales son procesadas conforme a lo previsto en los artículos 44 al 51 de dicha Convención.

Pero la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como órgano cuasijudicial del sistema, lo único que puede hacer en ejercicio del mecanismo de los casos individuales, es lograr con su gestión la solución amistosa del asunto o, en su defecto, levantar un informe con sus respectivas proposiciones y recomendaciones al Estado infractor, y sólo cuando lo juzgue conveniente, podrá elevar el caso a la Corte Interamericana, en una función que se revela totalmente discrecional dado que la Convención Americana no ha fijado reglas o criterios puntuales en esta materia.

De manera que se hace urgente la reforma de los artículos 51.1 y 61.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, que confieren tan sólo a los Estados partes y a la Comisión Interamericana la facultad de movilizar las competencias consultiva y contenciosa de la Corte Interamericana, para dar paso a la posibilidad de que los particulares puedan optar por elevar ellos mismos los casos a dicho tribunal internacional, lo que significará que la persona humana alcance la subjetividad internacional plena en el ámbito del sistema interamericano. Como bien lo establece Albanese,

> ...no debería monopolizarse el cauce relacionado con las denuncias o quejas que motivan el inicio de las actuaciones internacionales correspondientes.

La difusión generalizada y efectiva de los mecanismos de control internacional debería constituir un medio capaz de producir el conocimiento necesario para provocar el uso adecuado de los sistemas internacionales en beneficio del hombre y, en este aspecto, los organismos no gubernamentales han desarrollado y deben continuar desarrollando un rol informativo de singular importancia. Al mencionar el protagonismo de las personas para iniciar demandas internacionales, se debe interpretar en esta expresión, no sólo la presentación inicial sino la facultad de impulsar el procedimiento y, en el caso del sistema americano, una vez concluida la etapa llevada a cabo por la Comisión, poder ejercer la atribución de elevar un caso ante la Corte Interamericana, tener legitimidad procesal para ello. Se trata del poder de decisión del que carece en la actualidad, esencialmente cuando un caso no es elevado a la Corte por la Comisión o por el Estado denunciado (Albanese, 1995: 21-22).

Por otro lado, otro punto importante a considerar en la evaluación del papel cumplido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es su ubicación en Washington, que la hace generalmente inaccesible para muchos individuos que necesitan presentar ante ellas sus peticiones. En efecto, el trámite de las diligencias ante la Comisión, en especial la presentación de casos individuales y de la situación general del país en cuestión en audiencias con dicho órgano, implica un alto costo, lo cual restringe el número de personas que pueden acudir ante ella.

Por último, otro problema que es necesario corregir para lograr una mayor efectividad en el sistema y que se constituye en un obstáculo para la jurisdicción efectiva de sus órganos, es el relativo a la dilación de los términos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, de acuerdo con el ILSLA (1994), la dilación es una queja constante y unánime entre quienes utilizan el sistema, especialmente por los excesivos plazos otorgados al Estado denunciado para responder las comunicaciones, cuando ya se han demostrado efectivamente los hechos y responsabilidades, razón por la cual la Comisión debería emitir el informe resolutivo. Sin embargo, la Comisión continúa el círculo de comunicaciones entre Estado y parte, alargando el proceso innecesariamente.

Esta razón ha llevado a la recomendación de que la Comisión resuelva casos durante el período de sesiones inmediatamente siguiente a la presentación de los mismos. Al respecto, un punto interesante que hace referencia al tema del agotamiento de los recursos internos y que debería ser aplicado a la filosofía del proceso ante la Comisión, se encuentra en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

relativas a los casos de desaparición forzada de personas contra Honduras[4], en las cuales el citado Tribunal ha dejado sentado que de ninguna manera la regla del previo agotamiento debe conducir a que se detenga o se demore hasta la inutilidad la actuación internacional en auxilio de la víctima indefensa (ILSLA, 1994).

CONCLUSIONES

No obstante los múltiples instrumentos, órganos y mecanismos al servicio del sistema interamericano de los derechos humanos, y de la importante labor que el mismo ha desarrollado en beneficio de la lucha por el reconocimiento y protección internacional de los derechos humanos en el continente americano, se han percibido y se perciben grandes deficiencias de orden político, estructural y procedimental que deben ser afrontadas por los Estados americanos en orden a elevar su grado de efectividad y de contribución para la progresiva erradicación de las situaciones de violación de los derechos humanos en el hemisferio.

En efecto, el abuso y violación de los derechos humanos continúa siendo una realidad persistente en el ámbito regional americano, situación que se agudiza en el caso de América Latina. No obstante en la mayoría de los países latinoamericanos ha tenido lugar un proceso de transición a regímenes democráticos, el cuadro de violaciones a los derechos civiles y políticos sigue siendo generalizado y en ocasiones acusa retrocesos evidentes, lo que se demuestra con la persistencia de las prácticas de desaparición forzada de personas, detenciones arbitrarias, ejecuciones extrajudiciales, torturas, violencia doméstica y carcelaria, genocidio a cargo de grupos terroristas o revolucionarios que desangran a la población civil en conflictos armados internos, entre muchos otros crímenes.

---

[4] Los casos contra Honduras tienen en común que todos se referían a la desaparición forzada de las víctimas por parte de agentes estatales hondureños durante los años de 1981 a 1984. En los dos primeros casos fallados, caso Velásquez Rodríguez (sentencia del 29 de julio de 1988) y caso Godínez Cruz (sentencia del 20 de enero de 1989), la Corte IDH dictaminó que el Gobierno de Honduras era responsable internacionalmente por la violación de los deberes de respeto y de garantía de los siguientes derechos previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: a la libertad personal (Art. 7); a la integridad personal (Art. 5); y a la vida (Art. 4); todos en conexión con el Art. 1.1 de la misma, relativo a la obligación de los Estados partes de respetar y garantizar tales derechos. En consecuencia, la Corte condenó a Honduras al pago de una justa indemnización compensatoria a los familiares de las víctimas. En cambio, en el caso colectivo Fairén Garbi y Solís Corrales (sentencia del 15 de marzo de 1989), la Corte declaró que «...no ha sido probado que Francisco Fairén Garbi y Yolanda Solís Corrales hayan desaparecido por causa imputable a Honduras, cuya responsabilidad, por consiguiente, no ha quedado establecida». Estas sentencias pueden consultarse en: Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos Vol. 8 (julio-diciembre de 1988), p. 123-137, y Vol. 9 (enero-junio de 1989), p. 139-196. San José, IIDH.

Tampoco la transición a la democracia ha traído consigo una mejor calidad de vida para la población latinoamericana, por el contrario, ha tenido lugar en las últimas décadas un marcado aumento de la incidencia de la pobreza que incluso amenaza gravemente la estabilidad política de los gobiernos de la región, dado que las medidas de ajuste estructural que han implementado la mayoría de los Estados latinoamericanos para acceder a los créditos internacionales, han exigido una drástica reducción del gasto público y, con ella, la desatención de los derechos económicos, sociales y culturales de la población más necesitada, abriéndose aún más la brecha entre ricos y pobres.

En el caso de estos derechos de segunda generación, cuyo respeto se hace indispensable dada la indivisibilidad de los derechos humanos, la exigibilidad de su cumplimiento queda sujeta a las posibilidades que tienen los gobiernos de la región para satisfacerlos, en función del principio de progresividad de los mismos y de su protección proporcional al grado de desarrollo de cada Estado. No obstante ello, en muchos casos la insatisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales resulta inaceptable si se toma en cuenta el producto interno bruto y la desigual distribución de la riqueza en muchos países latinoamericanos.

En tal sentido, el sistema interamericano de derechos humanos tiene una enorme responsabilidad para hacer que su tarea no se quede en el plano de la promoción regional de los derechos humanos de primera y segunda generación, lo que sólo será posible si la voluntad política de los Estados americanos decide enarbolar la bandera de la protección efectiva de los derechos fundamentales del ser humano, más allá del afán declarativo que hasta ahora ha caracterizado su actuación frente al sistema.

Así, la agenda interamericana deberá afrontar necesariamente el fortalecimiento de los mecanismos y órganos de promoción y protección en el marco de las propuestas esbozadas en este trabajo, en especial del mecanismo judicial a cargo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el cual deberá perfeccionarse ya que es a fin de cuentas el que puede contribuir a los cambios necesarios para transformar en una verdadera realidad los derechos reconocidos en la gran variedad de instrumentos interamericanos generales y específicos en materia de derechos humanos.

En tal sentido, creemos que tanto los instrumentos universales como regionales en materia de derechos humanos que reconocen y protegen tanto los derechos de primera generación, los civiles y políticos, como los derechos de segunda generación, los económicos, sociales y culturales, así como aquellos que en ambos ámbitos se dedican a la protección de derechos específicos y de grupos de personas vulnerables a la violación de sus derechos fundamentales, son suficientes para considerar que desde

el punto de vista declarativo, ya la comunidad internacional ha asumido el reto del reconocimiento internacional de los derechos del hombre.

Pero aún queda mucho camino por andar en el campo de la protección internacional efectiva de los derechos y libertades fundamentales de la persona humana, el cual sólo podrá ser andado sobre la base de una voluntad internacional firme y decidida hacia el fortalecimiento de los mecanismos y órganos encargados del control y tutela de las obligaciones convencionales en materia de respeto y garantía de los derechos humanos, retomando así la razón de ser del nacimiento del derecho internacional de los derechos humanos: acometer su protección internacional en la seguridad de que sólo así se podrán evitar los grandes crímenes contra la humanidad y las conflagraciones que tanto peligro suponen para la seguridad y la paz universales.

Sin embargo, el rescate de los cometidos originarios del derecho internacional de los derechos humanos alcanza necesariamente la revisión de la estructura actual de la sociedad internacional y de la naturaleza de las obligaciones estatales en el marco del derecho internacional contemporáneo, lo que lleva a retomar el problema de la contradicción existente entre la protección internacional de los derechos humanos y la soberanía de los Estados. En efecto, dada la naturaleza voluntarista de las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados, son ellos mismos a fin de cuentas los que están encargados de verificar las violaciones a los derechos humanos y de sancionar a los culpables: los propios agentes estatales.

Asimismo, en la era de la postguerra fría hemos sido testigos de innumerables conflictos armados internos que han provocado masivas violaciones a los derechos humanos, pero que también se han convertido en el móvil perfecto para que la única potencia mundial haya liderado la intervención militar y el uso de la fuerza contra los países donde aquéllos tienen lugar, haciendo política «con los derechos humanos» y solapando, con la excusa de la intervención humanitaria, sus ansias de dominación mundial, generando mayores abusos y violaciones.

De manera que el problema de la efectividad de la protección internacional de los derechos humanos envuelve necesariamente la tarea inaplazable de estructurar de una vez por todas un nuevo orden mundial, incorporando los cambios que exige la nueva realidad de la sociedad internacional, enfrentando el dilema de la reconstrucción y fortalecimiento del papel de las organizaciones internacionales de carácter universal y regional, lo que sólo dependerá de las comunidades políticas estatales, que no deben olvidar jamás las horribles experiencias que en este siglo debió enfrentar la humanidad relacionadas con la violación de sus derechos fundamentales, y que trajeron consigo la necesidad de regular la cooperación interestatal y la protección internacional de los derechos del hombre como garantías de la paz universal.

LISTA DE REFERENCIAS

- ALBANESE, Susana. *"Para una globalización de la eficacia de los derechos humanos: la etapa del mayor protagonismo de las personas en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos"*. En: **Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Vol. 22**. San José de Costa Rica. IIDH. Julio-Diciembre de 1995.

- BUERGENTHAL, Thomas, GROSSMAN, Claudio y NIKKEN, Pedro. **Manual internacional de derechos humanos**. Santiago de Cali. Universidad Santiago de Cali e Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 1995.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (OC-7/86).** Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos Vol. 4. San José de Costa Rica. Julio-Diciembre de 1986.

- _____. **Garantías judiciales en estados de emergencia (OC-9/87).** Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos Vol. 6. San José de Costa Rica. Julio-Diciembre de 1987.

- _____. **Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos (OC-10/89).** Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos Vol. 20. San José de Costa Rica. Julio-Diciembre de 1989.

- _____. **Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (OC-14/94).** Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos Vol. 20. San José de Costa Rica. Julio-Diciembre de 1994.

- _____. **Sentencia del 29 de julio de 1988. Caso Velásquez Rodríguez**. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos Vol. 8. San José de Costa Rica. Julio-Diciembre de 1988.

- _____. **Sentencia del 20 de enero de 1989. Caso Godínez Cruz**. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos Vol. 9. San José de Costa Rica. Enero-Junio de 1989.

- _____. **Sentencia del 15 de marzo de 1989. Caso Fairén Garbi y Solís Corrales**. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos Vol. 9. San José de Costa Rica. Enero-Junio de 1989.

- FARER, Tom. *"El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Una crítica"*. En: **Cuadernos de Análisis Jurídico. Serie Seminarios No. 26. Curso de Entrenamiento en Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Jueces y Abogados de Sudamérica.** Santiago de Chile. Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales. Mayo de 1993.

- HERRENDORF, Daniel. **El derecho internacional de los derechos humanos**. II Seminario «La Universidad y los Derechos Humanos en América Latina». México. Universidad Iberoamericana. 1990.

- INSTITUTO LATINOAMERICANO DE SERVICIOS LEGALES ALTERNATIVOS (ILSLA). **Sistema interamericano para la protección de los derechos humanos. Aportes para una evaluación**. Serie Documentos No. 9. Bogotá. 1994.

- NIKKEN, Pedro. **Código de Derechos Humanos.** Colección Textos Legislativos No. 12. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana y Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico de la UCV. 1991.

-PADILLA, David. *«The future of the Inter-American Commission on Human Rights»*. En: **Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos Vol. 21.** San José de Costa Rica. IIDH. Enero-Junio de 1995.

- VENTURA ROBLES, Manuel. *«Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opiniones y Resoluciones 1986»*. En: **Revista de Derecho Público No. 32**. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. Octubre-Diciembre de 1987.

RECENSIONES

APUNTES ALREDEDOR DEL TRABAJO "LA LEGISLACIÓN FINANCIERA VENEZOLANA Y LA CRISIS BANCARIA DE 1994"

Rafael Díaz Casanova

Entre abogados de veas.
Sentencia gitana.

Antecedentes

Gracias a deferente invitación del apreciado amigo Fernando Parra Aranguren, hemos leído el interesante trabajo "La legislación financiera venezolana y la crisis bancaria de 1.994" escrito por el doctor en Derecho Ramón Crazut y publicado bajo el patrocinio conjunto del autor y de la Academia Nacional de Ciencias Económicas, y hoy nos atrevemos a escribir estas líneas anteponiendo a nuestros conocimientos la osadía que nos permite la pasión que hemos tenido por el tema bancario venezolano, donde nos desempeñamos por varios años en diferentes posiciones.

Iniciaremos este ensayo explicando su título. Obtuvimos el título de Ingeniero Civil en 1.963, en la vieja casona de la esquina de Jesuitas donde nació el luminoso faro de la Universidad Católica Andrés Bello y recibimos el título de Corredor con carácter público que consagraba el viejo Código de Comercio en el año 1.967. A partir de entonces desarrollamos una labor que comenzó, actuando como apoderado en la Bolsa de Comercio de Caracas, en la legendaria esquina de San Francisco y que con el transcurso del tiempo nos llevó a desempeñar cargos de cierta importancia en tres de las más grandes y mejores organizaciones bancarias venezolanas.

La actividad bancaria tiene como características fundamentales, entre otras, en primer lugar el hecho de que ninguna universidad ni instituto equivalente en el país dicta

cursos exhaustivos que permitan obtener un título ad hoc. Y en segundo lugar, la interrelación existente entre la actividad bancaria y las disciplinas legales es de tal magnitud que ello nos condujo a desempeñar con gran orgullo la poco conocida profesión de ingeniero litigante.

Quizás, aparte de las responsabilidades que tenían asignadas las posiciones que desempeñamos, la causa que más influye en que actuásemos así, estriba en la concepción filosófica de quienes asumieron la responsabilidad de diseñar los pensa de la UCAB. Fieles al principio consagrado en el escudo de la casa de estudios "Ut inotescat multiformis sapientia dei", se exige al estudiante ucabista la atención a una paleta de disciplinas que le permiten el mejor desempeño durante su vida profesional y ciudadana.

Descripción

Excelente, precisa y ajustada nos parece la descripción de la cronología y de los hechos que se presentaron alrededor de los institutos de crédito que fueron intervenidos durante la crisis que dio su eslabonazo público inicial el 13 de enero de 1994 cuando se dictó la medida de intervención del Banco Latino y que se extendió hasta comienzos del segundo semestre de ese año cuando se sometieron a medidas parecidas a los Bancos de Venezuela y Consolidado.

Nos parece oportuno recalcar que la confluencia de factores diversos como el momento político de transición gubernamental, la inexperiencia y vacilación en la aplicación de la terapia recomendable y la existencia de intereses sectoriales de la más diversa índole, provocaron que la crisis tuviera una duración excesiva y un costo absurdo.

Igualmente adecuada y oportuna nos pareció la mención y sucinta descripción de crisis bancarias sucedidas en otros países y que recibieron tratamientos diferentes o parecidos.

Marco legal

Capítulo aparte y que sólo reseñaremos, pues de ahondar en él llevaríamos nuestra osadía a dimensiones inaceptables, merece el integral análisis a la normativa legal que ha reglamentado las actividades bancarias y conexas durante los últimos cincuenta años y el énfasis en destacar los incidentes que se sucedieron alrededor de las urgentes y urgidas modificaciones que se dictaron a la luz de la crisis.

Sólo nos permitiremos subrayar la apreciación muy particular sobre las incoherencias e inconsistencias que se producen cuando se legisla bajo presión.

Pensamos que la urgencia es pésima compañera en casi cualquier actividad en la vida. También creemos que las leyes deben conformar cuerpos armónicos y que nada es más nocivo que la existencia de "colchas de retazos" que cubran la legalidad pues esas situaciones son campo fértil para la injusticia, para la anarquía y para el resquebrajamiento de la sociedad.

No quisiéramos dejar pasar la oportunidad para reiterar nuestra opinión alrededor del cambio de las leyes. Podemos ver que en Venezuela, y no creemos que no suceda igual en muchos otros países, las leyes tienen como función primaria la de ser violadas y cuando estorban mucho, entonces las cambiamos.

Tamaño del problema

Nos llamó, muy especialmente, la atención, leer que la crisis financiera de 1994 consumió recursos que alcanzaron a la astronómica suma de un billón cuatrocientos mil millones de bolívares que exceden al monto del presupuesto de funcionamiento de la República en ese mismo año, que se consumieron casi diez mil millones de dólares de las reservas nacionales, que se tradujo en una devaluación del signo monetario del orden del sesenta por ciento y que significó una contracción del producto interno del orden del 5,3% y que todavía, transcurridos seis años, no aparecen culpables ni responsables.

Entes supervisores

Especial comentario nos merece el análisis de los distintos organismos de supervisión que tiene el Estado Venezolano para revisar las actuaciones del sector bancario. El Banco Central de Venezuela, la Superintendencia de Bancos, FOGADE, el Ministerio de Hacienda y la Junta de Emergencia Financiera que se creó al abrigo de la crisis, son instituciones que no sólo se solapan en sus actuaciones y en ocasiones dejan vacíos indeseables, sino que también sirven para promover competencias de funcionarios que sólo persiguen la luz del protagonismo y abonan la aparición de la anarquía y de la indeseable discrecionalidad.

Un buen ejemplo, por dañino, de la forma como la violación de las leyes abona a la anarquía y a tantas cosas indeseables, la tenemos en el tratamiento que recibieron los depósitos del público que se encontraron atrapados en los distintos institutos intervenidos.

La ley vigente, al comienzo de la crisis, establecía que FOGADE garantizaba los depósitos hasta el monto de un millón de bolívares por depositante y por instituto. La realidad fue que se pagaron depósitos casi de cualquier manera, de los más diversos montos, con ubicaciones diversas y con casi cualquier plazo. Los intereses creados

por las vinculaciones de los depositantes y donde no escapó ningún sector de la sociedad, determinaron cual fue el tratamiento que recibieron los depósitos en cada instituto y muy especialmente recibimos fuertes sorpresas, si se analiza la naturaleza de los contratos de depósito.

Para nadie es un secreto que la Superintendencia de Bancos no sólo ha sido un paria incapaz de ejercer una supervisión adecuada al sistema bancario nacional, sino que además ha servido de "chivo expiatorio" a la hora de identificar responsables dentro del sector oficial.

A pocos institutos oficiales se les ha escatimado los recursos económicos y humanos necesarios para su desempeño, como a la Superintendencia de Bancos.

Macroeconomía y microeconomía

Quisiéramos levantar un llamado de atención alrededor de un tema que se trata extensivamente en el trabajo. Las diferencias y distancias entre la macroeconomía y la microeconomía. El autor dedica varias páginas a identificar y describir causas macro y causas micro que actuaron sobre la crisis.

Desdichadamente, entendemos que la macroeconomía no es otra cosa que la sumatoria de todas las microeconomías. Para nosotros, la macroeconomía no es más que un instrumento muy útil de análisis de los sucesos económicos desde una perspectiva global y mal podemos atribuir a la macroeconomía el malestar de una sociedad que siempre está, solamente, integrada por individuos, actores responsables de cada uno de los sucesos que afectan a la sociedad.

Entendemos que el Estado dicta políticas que dirigen a la sociedad dentro de esquemas macroeconómicos, así como lo hace en los otros ámbitos que le toca atender, pero las causas que determinaron el fracaso de cada institución financiera y que conformaron la crisis analizada, sólo pueden enmarcarse dentro de la dimensión micro, la de las empresas en particular y muy especialmente a la de la actuación de quienes tuvieron la responsabilidad de dirigirlas.

Préstamos vinculados

Aplaudimos el énfasis que se establece al analizar la generalizada enfermedad de los préstamos vinculados o autopréstamos que puede anotarse sin lugar a dudas como la causa fundamental de la crisis bancaria.

Para nadie es secreto que muchos bancos venezolanos dedicaron una porción groseramente importante de su cartera de créditos para financiar actividades

especulativas de sus dirigentes. Estos financiamientos, conceptualmente indebidos, se caracterizaron por ser los de mayor riesgo y los de garantías inexistentes y no quisiéramos nombrar los casos de créditos que cuando resultaban exitosos pertenecían al director del banco y cuando fracasaban pasaban a los "activos" del instituto de crédito.

Consideraciones finales

Aprovechamos esta oportunidad para poner sobre el tapete un tema que nunca hemos visto analizado en nuestro país y que, pensamos, constituye algo medular en la industria bancaria. Hablamos de la correspondencia que debe existir en un instituto de crédito entre la edad promedio de los créditos y el plazo promedio de las captaciones. Un pecado de alta monta en la industria bancaria y en cualquier evento financiero es el desbalance que puede existir entre la maduración de una cartera y el plazo de los pasivos que la financian. Las reglas prudentes de administración bancaria de Basilea y las regulaciones del sistema bancario norteamericano son contundentes en el tratamiento de esta variable de funcionamiento bancario. En Venezuela no se le brinda la más mínima atención.

Para finalizar, quisiéramos llamar la atención al hecho de que, así como expresamos al principio, no se puede estudiar para banquero en ninguna universidad nacional, tampoco se puede sustituir la calidad del banquero por ninguna ley. Pero una de las perversas enseñanzas que hemos recibido de la crisis bancaria del 94 es que la relación entre los riesgos y los intereses pasivos que pagan los distintos institutos de crédito, no tienen una importancia relevante, entonces parece que estamos dispuestos a estimular la existencia de eventos que no sólo son indeseables sino que además son excesivamente costosos.

Aplaudimos no solo que se produzcan obras como la reseñada y las que constituyen su bibliografía, que permiten recordar y analizar los eventos de nuestra sociedad, sino la valentía mostrada al identificar los vicios y varios de sus responsables, actitud que permitirá a nuestros hijos, disfrutar de una Venezuela mejor.

Caracas, Septiembre 15 de 2000

NOTA BIBLIOGRAFICA

José Andrés Fuenmayor G.

Alirio Abreu Burelli y Luis Aquiles Mejía:
La Casación Civil, Prólogo de Héctor Fix-Zamudio,
Editorial Jurídica Alva, S.R.L., Caracas 2000.

Los doctores ALIRIO ABREU BURELLI y LUIS AQUILES MEJÍAS ARNAL han unido sus esfuerzos para producir un importante trabajo sobre el Recurso de Casación Civil. Por un lado una larga y fructífera carrera judicial que ha sumado conocimientos y experiencias y por el otro una carrera dedicada a la docencia, estudio y al manejo interno diario de los recursos que se sustancian, que ha logrado un desarrollo igualmente fructífero, han sabido elaborar con lenguaje claro y sencillo unas ordenadas explicaciones acerca de los más importantes aspectos de la Casación Civil Venezolana.

El libro apunta en todo su contenido hacia el objetivo de facilitar los conocimientos necesarios a aquellos abogados que están entrando en el mundo de lo que podríamos denominar "la corona del Derecho". La exposición trata de desmitificar, y lo logra, la idea de que la casación es un templo al cual sólo tienen acceso algunos privilegiados, pues las explicaciones son claras y precisas en cuanto al temario que elimina divagaciones inútiles.

Algunas de sus opiniones llaman especialmente la atención, como la emitida en el primer párrafo de la página 423 del libro sobre el concepto de "suposición falsa" contrapuesto al de "falso supuesto", que considero interesante pues este cambio no ha merecido por parte de nuestro más Alto Tribunal un estudio serio para desentrañar su verdadero y completo contenido, y si bien la opinión de los autores aborda uno de los aspectos del tema en forma apropiada, dentro de los objetivos del libro, es

conveniente no dejar pasar esta oportunidad para llamar la atención de los estudiosos sobre la importancia y trascendencia de esta reforma que no ha tenido una verdadera oportunidad de producir sus frutos.

El trabajo de los autores es de fácil lectura, aun para los no iniciados en el estudio y práctica del Recurso de Casación Civil y representa un esfuerzo encomiable y una contribución importante a la bibliografía patria sobre esta materia.

Caracas, septiembre 2000

La impresión de este libro se realizó en los Talleres Gráficos de la Nación, adscritos al Servicio Autónomo Imprenta Nacional y Gaceta Oficial de la República en el mes de diciembre de 2000