



Escuela Nacional
de la Magistratura

REVISTA **MAGISTRA**

Agosto 2022
Año 12 N° 1

ESCUELA NACIONAL DE LA **MAGISTRATURA**

70 / Período de prueba y su regulación
en la Ley Orgánica del Trabajo,
los Trabajadores y Trabajadoras (2012)

99 / Por un derecho autóctono:
una arqueología decolonial
de nuestro pensamiento jurídico

198 / Reflexiones sobre el poder

219 / Descolonizar el lenguaje
desde lo femenino

REVISTA **MAGISTRA** | Agosto 2022
Año 12 N° 1

ESCUELA NACIONAL DE LA **MAGISTRATURA**

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
ESCUELA NACIONAL DE LA MAGISTRATURA

CARACAS, 2022

La Revista *Magistra* es una publicación de la Escuela Nacional de la Magistratura, cuyo objetivo es difundir estudios de carácter científico-jurídico desarrollados principalmente por los miembros del Poder Judicial venezolano, pero abierta a las colaboraciones de expertos nacionales e internacionales siempre que cumplan con los requisitos de rigurosidad y objetividad propios del quehacer científico-jurídico. La Revista *Magistra* verifica que se cumplan las normas establecidas para las y los colaboradores y lleva a cabo las labores de edición propias de una publicación de este tipo. No obstante, las opiniones y afirmaciones contenidas en los artículos son responsabilidad exclusiva de los autores.



© ESCUELA NACIONAL DE LA MAGISTRATURA
Tribunal Supremo de Justicia

Edición y corrección de textos:

ISABEL CRISTINA RIVERO D'ARMAS

RANDY GOITIA

VIOLETA IBARRA

HÉCTOR GONZÁLEZ

Diseño de portada y diagramación:

MÓNICA PISCITELLI

Depósito legal: MI2019000460

ISSN: 1856-8865

CONSEJO DIRECTIVO
ESCUELA NACIONAL DE LA MAGISTRATURA

Director General
Mgdo. Emérito Dr. Guillermo Blanco Vázquez

Directora General Adjunta
MSc. Kely Yohana Amaya Arrieta

Secretaria General
MSc. Mercedes Hernández

Directora General de Administración y Recursos Humanos
MSc. Kely Yohana Amaya Arrieta

Directora General Cooperación Técnica y Proyectos Especiales
Esp. Cristina Vispo

Directora General Docente
Dra. Nelly Sánchez

Director General de Información y Documentación Judicial
Prof. MSc. Luis Silva

**Director de Línea Recursos Documentales,
Investigación y Desarrollo (E)**
Profa. Isabel Cristina Rivero D'Armas

CONTENIDO

- 6 PRESENTACIÓN
- 9 1. *O provare o soccombere* algunas reflexiones sobre la carga de la prueba en materia de responsabilidad civil del médico
DESIRÉE RÍOS M.
- 67 2. Período de prueba y su regulación en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (2012)
LUIS GABRIEL MARTÍNEZ BETANCOURT
- 96 3. Por un derecho autóctono: una arqueología decolonial de nuestro pensamiento jurídico
ERICK L. GUTIÉRREZ GARCÍA
- 112 4. La asistencia y defensa jurídica del aprehendido en el sistema penal venezolano como principio garante al debido proceso
CARLOS ALBERTO GUTIÉRREZ GARCÍA
- 135 5. Sanciones disciplinarias emitidas por los clubes sociales: naturaleza y procedimientos para su impugnación judicial
BELINDA PAZ CALZADILLA
- 170 6. Legionarios británicos en la gesta independentista
JOSÉ DAVID LÓPEZ
- 195 7. Reflexiones sobre el poder
MIRALYS J. VISCALLA T.
- 216 8. Descolonizar el lenguaje desde lo femenino
ISABEL RIVERO D'ARMAS
- 250 9. Caracterización del discurso institucional de naturaleza administrativa-jurídica en el contexto académico universitario
JOSEFA PÉREZ TERÁN

PRESENTACIÓN

La Escuela Nacional de la Magistratura, en su decimoctavo aniversario, se complace en presentar a sus lectoras y lectores un nuevo número de la *Revista Magistra*. En este trabajo, como en oportunidades anteriores, hemos prescindido del tema central. En este sentido, los estudios que se presentan son de Derecho, en sus diferentes ramas; así como de otras disciplinas como Historia, Filosofía y Lingüística.

El primer artículo de esta edición de *Magistra*, de la especialista Desirée Ríos, es de Derecho Procesal Civil. En esta investigación, la autora reflexiona sobre cómo en el ordenamiento jurídico venezolano, en el marco de la responsabilidad civil del médico, existe la posibilidad de que se dicten decisiones injustas cuando se aplican reglas clásicas de la prueba.

Seguidamente, el magister Luis Martínez presenta un artículo de Derecho Laboral, en el que analiza el período de prueba y su regulación en la Ley Orgánica del Trabajo, Los Trabajadores y Las Trabajadoras (2012). El autor aborda los antecedentes al reconocimiento del período de prueba en la legislación laboral venezolana y la ubicación jurídica actual del Período de Prueba en el Derecho Laboral Venezolano.

El investigador Erick Gutiérrez ofrece un artículo sobre Pensamiento Decolonial. En este trabajo, estudia la ideología subyacente en el pensamiento jurídico desde un enfoque arqueológico. Esto lo logra mediante la develación del lugar de enunciación del discurso jurídico hegemónico, obtenido genealógicamente

mediante un preliminar rastreo de la “herencia” filosófica existente en la formación jurídica universitaria. El propósito del autor es destacar la necesidad de arraigar filosóficamente el pensamiento jurídico autóctono en una “ecología de saberes”, que genere una justicia cognitiva y una juridicidad transformadora, desde el pluralismo jurídico y cultural.

Posteriormente, el magister Carlos Gutiérrez plantea un estudio sobre la asistencia y defensa jurídica del aprehendido en el sistema penal venezolano como principio garante al debido proceso en un artículo enmarcado en el Derecho Penal. En este orden de ideas, el autor aborda la imputación y el derecho a la defensa en el contexto legal de Venezuela.

El artículo de la especialista Belinda Paz es de Derecho Procesal Civil. En este trabajo, la autora analiza algunos pronunciamientos jurisprudenciales, principalmente, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, por medio de los cuales se ha determinado la naturaleza de las sanciones disciplinarias emitidas por asociaciones civiles, como los clubes sociales. La experta, con este estudio, intenta establecer la jurisdicción competente para conocer de la nulidad de las sanciones y el procedimiento aplicable para ventilar tales pretensiones.

Por su parte, el profesor José David López presenta un artículo de Historia. En su investigación, el autor recoge las experiencias de los ingleses que, por una u otra razón, se enrolaron como voluntarios en el Ejército Insurgente del Libertador Simón Bolívar. El historiador López, en su estudio, concluyó en que la verdadera motivación de estos anglosajones no fue apoyar la causa independentista, sino una estimulación monetaria y de títulos agrarios que les fueron prometidos.

La doctora Miralys Viscalla, en su estudio sobre Filosofía y Educación, reflexiona sobre las nociones de poder. Para ello, la autora parte de las generalidades más populares del poder y hace un análisis de este en cuanto a perspectivas psicológicas y ontológicas, a fin de dilucidar y demostrar la amplitud conceptual/aplicable de la noción del poder en las ciencias y disciplinas que piensan al hombre y a la sociedad.

La lingüista Isabel Rivero en su investigación nos trae una disertación sobre la marginación de la mujer y la colonización del lenguaje desde lo femenino. Uno de los mecanismos del lenguaje que analiza es la estereotipación, que se ajusta al uso de etiquetas para descalificar. La autora se centra en cómo mediante el lenguaje sexista empleado por el sistema patriarcal se ha colonizado a la mujer y, de esta manera, anulado la identidad femenina.

La doctora Josefa Pérez cierra el número de la revista con un artículo de Estudios del Discurso. La autora, desde una perspectiva semio-discursiva, hace una caracterización del género institucional, actas y resoluciones, cuya naturaleza administrativa-jurídica está enmarcada en un contexto académico universitario. Para esto, toma en consideración una serie de elementos presentes en el corpus que analiza.

Desde su primera publicación en 2007 hasta la actualidad, *Magistra* se ha convertido en una ventana para la difusión de los hallazgos académicos de investigaciones del Derecho y disciplinas afines. En este sentido, esperamos que los aportes que se presentan en este número de *Magistra* sean de su agrado y satisfacción.

CONSEJO EDITORIAL

1. *O provare o soccombere* algunas reflexiones sobre la carga de la prueba en materia de responsabilidad civil del médico

*O provare o soccombere some thoughts
on the burden of proof in matters of
responsibility by medical doctors*

DESIRÉE RÍOS M.*

* Abogada por la Universidad Central de Venezuela (UCV). Especialista en Derecho Procesal por la UCV. Doctoranda en Ciencias mención Derecho por la UCV. Profesora de pregrado y postgrado de la UCV y del Instituto de Investigación y Postgrado Escuela Nacional de la Magistratura (ENM). Jueza Suplente en el Contencioso Administrativo.

RESUMEN

En el marco de la responsabilidad civil del médico (contractual o extracontractual) en un proceso judicial, existe la posibilidad de una decisión injusta cuando se aplican las reglas clásicas de la carga de la prueba previstas en el ordenamiento venezolano a aquellos casos donde llevar la prueba a juicio es difícil por razones como el acceso o la disponibilidad de la misma o por desventaja del paciente o su familia en los conocimientos técnicos y científicos necesarios para demostrar tal responsabilidad. Surge en el derecho probatorio, como respuesta a este planteamiento, la teoría de la carga dinámica de la prueba la cual postula que en este tipo de casos la carga de probar le corresponde a quien se encuentre en mejores condiciones de hacerlo (disponibilidad y facilidad).

Palabras clave: Responsabilidad del médico, Obligación, Carga procesal, Carga de la prueba, Carga dinámica de la prueba, *Favor probationes*, indicios.

ABSTRACT

In the context of liability by the medical doctor (contractual or non-contractual) in a judicial proceeding, there is the possibility of an unfair decision when the standard rules of the burden of proof provided for in the national law in those cases where taking the proof to trial and it is difficult for reasons such as the access and the availability of the same or the disadvantage of the patient or his family regarding the technical and scientific knowledge required to demonstrate such liability. The theory of dynamic burden of proof arises in probative law, as a response to this approach, which postulates that in such cases the burden of proof, lies in whoever is best able to do so (availability and ease).

Keywords: Liability by the medical doctor. Obligation. Charge of proof. Burden of proof. Dynamic burden of proof, *Favor probationes*, Evidence.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo nos proponemos efectuar algunas reflexiones sobre la *carga de la prueba* en materia de responsabilidad civil del médico, razón por la cual el enfoque está dirigido más al aspecto procesal que al sustantivo¹.

Para ello comenzaremos mencionando la responsabilidad civil del médico y su vinculación con la prueba. En este punto estudiaremos las nociones como el concepto carga procesal en la doctrina y las nociones de prueba, particularmente, la prueba como actividad para llegar a la definición de carga de la prueba.

Dentro de la concepción doctrinaria de la carga de la prueba, haremos una reflexión sobre el dogma o regla de juicio clásica de la carga de la prueba y su aplicación a los juicios de responsabilidad civil del médico.

Asimismo, analizaremos la posibilidad de emplear en este tipo de juicios, otra teoría en materia de carga de la prueba denominada “cargas probatorias dinámicas” para determinar si se puede aplicar a todos los tipos de casos o supuestos.

En este orden de ideas, de considerarla viable, trataremos de establecer qué problemas plantearía la aplicación de la teoría de las *cargas probatorias dinámicas* en el ordenamiento jurídico venezolano.

¹ La investigación de este trabajo se realizó con ocasión al seminario denominado “Responsabilidad del Médico: Aspectos Bioéticos y Jurídicos Civiles y Penales”, dictado por los profesores Gladys Rodríguez de Bello (+) y Carlos Simón Bello Rengifo, en el Doctorado en Ciencias Mención Derecho de la Universidad Central de Venezuela.

Por último, haremos referencia a otras teorías similares que pudieran emplearse en el análisis de la carga de la prueba, en los juicios de responsabilidad civil del médico.

1. Planteamiento.

Responsabilidad civil del médico y la prueba.

Nociones generales

Honeste vivere (vivir honestamente), *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo) *alterum non laedere* (no dañar al otro), tres axiomas o brocados del derecho romano que regulan el comportamiento del ser humano en sociedad.

La máxima *alterum non laedere* indica que no se debe causar un daño a otra persona y en caso de causarlo debe ser reparado. Mediante el establecimiento de normas que instituyan obligaciones y deberes y la consecuencia de su inobservancia, se regula el comportamiento del hombre en sociedad. Como es sabido, existe una prohibición de autocomposición violenta de los conflictos. Por ello, al causarse un daño, no debe reclamarse el derecho lesionado mediante la violencia, sino que debe (*rectius*: carga) acudirse a los órganos jurisdiccionales por intermedio de la acción procesal para que sea resarcido el daño. En derecho entonces, cuando ocurre un daño, nace en cabeza de quien lo genera la obligación de reparar, de forma económica o patrimonial, a la persona que lo sufre, esto es, *grosso modo* la noción de responsabilidad civil.

El origen de las obligaciones puede ser contractual o extracontractual y, según su naturaleza y su incumplimiento, genera el resarcimiento o compensación patrimonial².

² La responsabilidad civil es la “situación jurídica en virtud de la cual se está en la obligación de responder patrimonial o pecuniariamente en razón de haber causado un daño a otro. Se alude a la respectiva indemnización por daños y

Dentro de este cuadro general, la responsabilidad civil puede ser atribuida a un profesional en el ejercicio de su carrera. Nuestro objeto de estudio va encaminado a la obligación de reparar o compensar los daños producidos por la intención, la negligencia o la imprudencia en el acto médico una vez que el afectado decide demandar en sede jurisdiccional el resarcimiento del mismo y las implicaciones probatorias.

En la responsabilidad civil del médico, al igual que en los otros tipos de responsabilidad civil, se requiere del análisis de: a) el daño (físico, psíquico o moral causado sobre la persona, e incluso cuando este no es inherente a su patología); b) el hecho antijurídico o falta médica por no actuar con la diligencia del buen padre de familia (negligencia, imprudencia e impericia); y c) la relación de causalidad entre el hecho y el daño, lo cual tiene especial relevancia desde el punto de vista probatorio.

Ahora bien, en materia de responsabilidad, la obligación del médico es considerada como una obligación de medio (obligación de poner la diligencia y los medios disponibles en beneficio de la salud del paciente) y no una obligación de resultado³. Recientemente se ha planteado también un desarrollo o extensión de la responsabilidad civil del médico a las obligaciones que emanan de los centros asistenciales públicos o privados; ya que,

perjuicios. Puede tener origen contractual o extracontractual; en el primer caso, se presenta como el efecto inmediato del incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato; en el segundo supuesto, esto es, la responsabilidad civil extracontractual tiene lugar por el incumplimiento culposo de una obligación o de una conducta preexistente que no se deriva de ningún contrato o de ninguna convención entre agente y víctima (fuentes de las obligaciones distintas al contrato). La responsabilidad civil extracontractual que tiene lugar por hecho ilícito o abuso de derecho (CC, art. 1185) se denomina también responsabilidad civil delictual” Domínguez Guillén (2017, p. 281).

³ En algunos casos se ha pensado que la obligación del médico es de resultados v.g. Cirugía Estética.

por un lado, el centro asistencial debe procurar la recuperación del paciente; y, por otro, debe responder porque este no adquiera nuevas enfermedades o sufra accidentes al estar hospitalizado⁴.

Para que el Poder Judicial condene a un médico o a una institución asistencial a indemnizar el daño causado a un paciente como consecuencia del acto médico debe llevarse a juicio la probanza de los elementos básicos de la responsabilidad civil ya reseñados: el hecho, la existencia del daño y relación de causalidad. En este sentido, si se considerara la obligación del médico como una obligación de resultado, probar el daño es probar el incumplimiento (el cual podría ser desvirtuado probando, por ejemplo, el caso fortuito), pero en una obligación de medio se debe probar el daño y la culpa (y para eximirse de responsabilidad le será suficiente demostrar haber obrado diligentemente)⁵.

Tenemos, entonces, que para hacer efectiva esa responsabilidad por el acto médico (con intención, por negligencia o por imprudencia) se hace necesario acudir al órgano jurisdiccional y probar las afirmaciones (hecho, daño y relación de casualidad). Eso nos lleva a la interrogante de qué es la prueba.

⁴ V.g. las siguientes sentencias: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Junio/RC.000327-14613-2013-13-033.html>; <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/febrero/00128-7213-2013-2006-0291.HTML>; <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Noviembre/01867-261103-1998-14648.htm>

⁵ “La discusión acerca de la pretendida incidencia de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado en la carga probatoria es estéril, pues, el efecto práctico al que se llega desde las diferentes posturas enfrentadas es el mismo: el causante del daño deberá demostrar cualquiera de las causas que extingan su responsabilidad, de manera que en las de medios le bastará con probar su propia diligencia, y en las de resultado, el caso fortuito o la fuerza mayor para evitar su responsabilidad. Y ello con independencia de que se sostenga que en las obligaciones de resultado se presume la *culpa debitoris*, se invierte la carga de la prueba o que, probado por la víctima el incumplimiento corresponde ya al causante del daño la prueba del resto de hechos extintivos, impositivos y excluyentes” (Luna Yerga, 2003).

Respecto a ello, debemos destacar que para nosotros la noción prueba es una noción metajurídica, es decir, no es exclusiva del derecho. La prueba está presente en todas las manifestaciones de la vida humana. De ahí que la prueba podamos verla en un sentido común y en un aspecto técnico, en el que varía según la clase de actividad o la ciencia en la cual se emplee. Así, pudiéramos decir, que el derecho, en concreto el procesal, se apropia de la prueba y la emplea para sus fines (artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela)⁶.

En su acepción jurídica, la prueba, nos dice Couture (1981, pp. 213 y ss.), es la acción y el efecto de probar; y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación. La prueba es, en todo caso, una experiencia, una operación, un ensayo, dirigido a hacer patente la exactitud o inexactitud de una proposición⁷. En sentido jurídico y específicamente en sentido jurídico procesal, la prueba es ambas cosas: un método de averiguación y un método de comprobación. Tomada en su sentido

⁶ Publicada en la Gaceta Oficial n.º 36.860 del 30 de diciembre de 1999; reimpressa en la Gaceta Oficial n.º 5.453 Extraordinario de fecha 24 de marzo de 2000, cuya Enmienda n.º 1 aparece publicada en la Gaceta Oficial n.º 5.908 Extraordinario de fecha 19 de febrero de 2009.

⁷ Definición: 1. En general, dicese de todo aquello que sirve para averiguar un hecho, yendo de lo conocido hacia lo desconocido. 2. Forma de verificación de la exactitud o error de una proposición. 3. Conjunto de actuaciones realizadas en juicio, con el objeto de demostrar la verdad o falsedad de las manifestaciones formuladas en el mismo. 4. Medios de evidencia, tales como documentos, testigos, etc., que crean al juez la convicción necesaria para admitir como ciertas o rechazar como falsas las proposiciones formuladas en juicio. *Etimología*. Del bajo latín *proba*, -ae “prueba”, postverbal del verbo *probo*, -are “probar”, denominativo de *probus*, -a, -um. Este adjetivo significaba originalmente “que marcha recto”, después “bueno, honesto, probo”. El verbo *probare*, por lo tanto, significaba “encontrar bueno”, de donde “aprobar, probar” y también “de mostrar”. Traducción. Francés, *Preuve*; italiano, *Prova*; portugués, *Prova*; inglés, *proof, Evidence*; alemán, *Beweis*. Couture, E. (1978). *Vocabulario Jurídico*. Buenos Aires, Ediciones Depalma.

procesal, la prueba es un medio de verificación de las proposiciones de los litigantes en juicio.

Sentís Melendo (1979, pp. 76, 77) dice que la prueba es la verificación de afirmaciones formuladas en el proceso, conducentes a la sentencia.

Para el procesalista Alsina (2001, p. 79), la prueba es la comprobación judicial, por los modos que la ley establece de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende.

Devis Echandía (1993, p. 34) indica que probar:

Es aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que produzcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos. Prueba judicial es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos.

Para Taruffo (2008, p. 59), la prueba es el instrumento que utilizan las partes desde hace siglos para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y del cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos. En términos muy generales, se entiende como prueba cualquier instrumento, método, persona, cosa o circunstancia que pueda proporcionar información útil para resolver dicha incertidumbre. Según esta definición, son prueba tanto los instrumentos para adquirir información que están expresamente regulados por la ley (las denominadas pruebas típicas) como aquellos que la ley no regula expresamente (las denominadas pruebas atípicas) pero que pueden servir para fundar la decisión sobre los hechos.

Rengel-Romberg (1992, p. 219) define la prueba como la actividad de las partes dirigida a crear en el juez la convicción de la verdad o falsedad de los hechos alegados en la demanda o en la contestación.

La palabra prueba es una palabra polisémica y, en este sentido, la doctrina mayoritaria distingue varios enfoques sobre cómo podemos ver la prueba, lo cual en el fondo responde a los grandes temas o problemas del derecho probatorio.

En este contexto, tenemos la prueba como *actividad* de comprobación de las partes, en un aspecto subjetivo; y la prueba como *objeto*, la doctrina distingue entonces entre el *objeto abstracto* de la prueba (qué se prueba) y el *objeto concreto* de la prueba (qué debemos probar en un proceso determinado, tema de prueba); la prueba como *resultado*, es decir, como convicción, como verificación sobre la realidad de los hechos que tratan de lograr el convencimiento en la mente del juez y la prueba como *medio* o instrumento legal capaz de trasladar los hechos al proceso.

Dentro del aspecto de la prueba como *actividad de comprobación de los sujetos procesales o de terceros y el procedimiento en que se desarrolla la prueba*, ubicamos la carga de la prueba.

Como quiera que en el ordenamiento jurídico venezolano no hay un procedimiento especial diseñado para hacer efectiva este tipo de responsabilidad, tanto si la responsabilidad de médico es contractual o extracontractual, la demanda se encauza por el *procedimiento ordinario* previsto en el Código de Procedimiento Civil⁸ (artículo 339 y siguientes)⁹.

Al ser una obligación de medio, en el mundo de las obligaciones, la regla que se aplica en este tipo de juicios para la distribución probatoria, es la regla clásica establecida en el artículo

⁸ Gaceta Oficial n.º 4.209 Extraordinario de fecha 18 de septiembre de 1990.

⁹ La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia dictó fallo el 14 de agosto de 2019, el cual está en consulta obligatoria ante la Sala Constitucional, con una propuesta de procedimiento general desaplicando por control difuso algunas normas de la Código de Procedimiento Civil. Ver <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/307126-RC.000397-14819-2019-19-065.HTML>

1.354 del Código Civil Venezolano¹⁰, el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil (que reproduce la del Código Civil y añade el hecho notorio) y el denominado sucedáneo de prueba previsto en el artículo 254 *eiusdem*.

En el estado actual del derecho procesal civil venezolano, estas reglas generales se aplican, de igual forma, a las demandas por cualquier tipo de obligaciones, de tal manera que pudiéramos pensar en una equiparación de una demanda por responsabilidad del médico (donde, si bien se reclama una indemnización patrimonial, lo que subyace es la salud, la vida, entre otros aspectos) a una demanda cuya pretensión, por ejemplo, sea el pago de un título valor o inyuntivo.

La doctrina se pregunta si al emplear estas reglas clásicas a demandas por responsabilidad del médico, donde pudiéramos estar ante casos de prueba difícil, no se estaría colocando en cabeza del demandante una carga probatoria onerosa, de tal manera que si no se cumple con ella ante el órgano jurisdiccional pudiera desembocar en una solución injusta¹¹.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 257, nos dice que el proceso debe ser un instrumento para la realización de justicia. Sobre la base de este postulado, pudiéramos replantearnos la visión clásica o dogma clásico de la carga de la prueba en materia de responsabilidad civil del médico¹².

¹⁰ Gaceta n.º 2.990 Extraordinario del 26 de julio de 1982.

¹¹ La expresión “esto es justo” se refiere a lo que tendría por justo cualquier ser racional. Por eso, como lo ha mostrado L. Kolberg (s.f.), la formulación de juicios sobre la justicia supone un desarrollo y un aprendizaje que se produce a través de tres niveles: el preconventional, en que el individuo juzga acerca de lo justo desde su interés egoísta; el convencional, en el que se considera justo lo aceptado por las reglas de la comunidad; el postconventional, en el que distingue principios universalistas de normas convencionales, de modo que juzgar acerca de lo justo o injusto “poniéndose en el lugar de cualquier otro”, según Cortina (2011, p. 83).

¹² Consideramos que puede ser extensivo este replanteamiento a otro tipo de responsabilidades.

Todas estas reflexiones nos generan las siguientes interrogantes que, a su vez, constituyen *objetivos* de nuestra investigación, a saber: a) analizar la carga de la prueba en su concepción clásica aplicada a los juicios de responsabilidad civil del médico; b) estudiar la posibilidad de aplicar la teoría de las cargas probatorias dinámicas en los juicios de responsabilidad civil del médico y analizar si se puede aplicar a todos los casos; c) establecer qué problemas plantearía la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en el ordenamiento jurídico venezolano; y d) explorar teorías similares para el análisis de la carga de la prueba en los juicios de responsabilidad civil del médico.

2. Análisis de la carga de la prueba en su concepción clásica aplicada a los juicios de responsabilidad civil del médico

2.1. Carga procesal

En general, la carga de la prueba, que encuentra su fundamentación en el concepto *carga procesal*, se vincula con la teoría de la *situación jurídica* elaborada por Goldschmidt que busca explicar la naturaleza del proceso.

Dice Alcalá-Zamora y Castillo (1970, p.127), citando a Goldschmidt:

Que el proceso representa el conjunto de expectativas, posibilidades, cargas y liberación de cargas de cada una de las partes y que significa el estado de una persona desde el punto de vista de la sentencia judicial que se espera con arreglo a las normas jurídicas. Una de las características más acusadas de la teoría de Goldschmidt es la de estar construida con nuevas categorías jurídicas: los derechos y obligaciones, inherentes a la idea de relación jurídica, se reputan inadecuados o incompatibles con

el mecanismo del proceso, y en su reemplazo, como integrantes de la situación jurídica, entran en juego expectativas, posibilidades, cargas y liberaciones de cargas.

Como bien observa Couture (1954, p. 74), quien en uso de su libertad no ejerce el derecho a defenderse se atiene a las consecuencias, ya que, además de derecho, la defensa que comprende el derecho a la prueba es una carga procesal.

Dentro de este contexto nos dice Couture —siguiendo las nociones expuestas por Goldschmidt, Carnelluti, Barrios de Ángelis y Reimundin— respecto de la noción de carga procesal, que la misma puede definirse como una situación jurídica instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él. En este sentido, la noción de carga se diferencia claramente del derecho¹³.

Continúa diciendo que, desde este punto de vista, la carga funciona, diríamos, *á double face*; por un lado, el litigante tiene la facultad de contestar, de probar, de alegar; en ese sentido es una conducta de realización facultativa; pero tiene al mismo tiempo algo así como el riesgo de no contestar, de no probar y de no alegar. El riesgo consiste en que, si no lo hace oportunamente, se falla el juicio sin escuchar sus defensas, sin recibir sus pruebas o sin saber sus conclusiones.

Así configurada —dice Couture— la carga es un imperativo del propio interés. Quien tiene sobre sí la carga se halla compelido implícitamente a realizar el acto previsto; es su propio interés quien le conduce hacia él. La carga se configura como una

¹³ Ibídem.

amenaza, como una situación embarazosa que grava el derecho del titular. Pero este puede desembarazarse de la carga, cumpliendo.

En otro sentido, carga es también noción opuesta a obligación¹⁴. Cuando se dice que la obligación es un vínculo impuesto a la voluntad, se acentúa la circunstancia de que existe una libertad jurídica de cumplir o no la obligación. Pero, evidentemente, esa libertad puede derivar en consecuencias perjudiciales (...) La diferencia sustancial radica en que, mientras en la obligación el vínculo está impuesto por un interés ajeno (el del acreedor), *en la carga el vínculo está impuesto por un interés propio*. La oposición entre obligación y carga no reside, pues, en la sujeción de la voluntad, que es un elemento común a ambos fenómenos. Reside en las consecuencias derivadas de la omisión.

Esas consecuencias opuestas son:

a) que la obligación insatisfecha crea un derecho en favor del acreedor; en la carga insatisfecha sólo nace un perjuicio del que debe asumir la conducta establecida en la ley;

b) que a la obligación insatisfecha corresponde la responsabilidad subjetiva o voluntaria; en tanto que a la carga insatisfecha corresponde, normalmente, la responsabilidad objetiva derivada de la inactividad. El efecto previsto se produce, en la mayoría de los casos, *ope legis*, aun sin la voluntad del adversario y sin constituir ningún derecho para éste.

Como se advierte, estas distinciones dentro del elemento común de vínculo de la voluntad, más que oposiciones son variantes de un mismo género. (Couture, 1981, pp. 211 y ss.)

14 *Ibíd.*

2.2. Carga de la prueba

El concepto carga procesal está estrechamente vinculado con el concepto *carga de la prueba*, aquí la pregunta es *quién debe probar en juicio o a quién le afecta o asume la responsabilidad* de que no se pruebe en determinado proceso.

Devis Echandía (1993, pp. 421, 422) señala que en el antiguo derecho romano, como puede observarse, en el procedimiento de la *legis actio sacramento* y en general en el proceso *per legis actiones*, la carga de la prueba correspondía por igual a ambas partes. En el período clásico, existieron normas que asignaban indistintamente la carga, en cada caso, con un criterio práctico de equidad, o le dejaban esa tarea al juez a la manera de árbitro. Posteriormente, en el derecho justiniano, surgieron principios generales, y, en particular, el fundamental que ponía a cargo de quien afirmaba la existencia o inexistencia de un hecho, como base de su acción o excepción, la prueba de él, ya fuera actor o demandado. Se ha dicho que la prueba pesaba sobre quien afirmaba, y no sobre quien negaba (*negativa non sunt probanda*); sin embargo, se trata de una interpretación errónea de la doctrina romana, concentrada en el aforismo *incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, pues con la última parte se quería hacer referencia al demandado que se limitaba a negar los hechos afirmados por el actor, en cuyo caso nada debía probar, pero, al excepcionar, sí debía hacerlo, lo cual es exacto, aun en el derecho moderno (*actore non probante, reus absolvitur*). Por otra parte, se crearon temas de prueba mediante la formulación de presunciones basadas en las reglas que la experiencia de siglos enseñaba, y que en el período clásico aparecían en normas para casos concretos. Solo las negaciones indefinidas no requieren pruebas.

Continúa exponiendo el autor Devis Echandía (1993) sobre el contexto histórico de estas reglas e indica que, en la Edad Media, reaparece la carga de la prueba basada en el principio de que

incumbe al actor, pero complementado con el principio que asigna este carácter al demandado que excepciona. Cada parte debe probar los hechos que afirma, es decir, en los cuales fundamenta la *intentio*, sea que demanda o que excepcione; por eso, se dice que el demandado, al excepcionar, se convierte en actor, e inclusive si se trata de negar “un efecto característico de una norma”, porque entonces la negación implica la afirmación de otro hecho que debe probarse. Por esta razón, no es exacto decir que las negaciones estaban exentas siempre de prueba, sino solamente cuando eran indefinidas¹⁵.

Señala que la doctrina romana pasó igualmente, en términos generales, al derecho canónico y señala:

En España aparecen estos principios en Las Partidas. En efecto, la ley 1ª, tít. 14, de la Partida 3ª, decía que “pertenece la prueba al demandador cuando la otra parte le negare la demanda o la cosa o el hecho sobre que le hace la pregunta”, y se exigía la prueba de la negación, cuando entrañaba una afirmación de otro hecho, por lo cual la ley. (...) Siglos más tarde advino la Revolución Francesa y con ella el Código de Napoleón, en el cual se introdujo un principio similar en el art. 1315; (...) y en el art. 1698 del Código Civil chileno, de donde se tomó: Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta (...)¹⁶.

Análoga historia es la nuestra, ya que los primeros códigos civiles estuvieron inspirados en el Código Civil Chileno (código del venezolano Andrés Bello). En el Código Civil vigente tenemos la regla de la carga probatoria en el artículo 1.354 y en el artículo

¹⁵ Ob. cit. p. 422.

¹⁶ *Ibidem*.

506 del Código de Procedimiento Civil en similares términos con una variante en cuanto a los hechos notorios.

Dice Parra Quijano (2000, p. 160) que la carga de la prueba es una noción procesal que consiste en una regla de juicio que indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas, cuya aplicación reclaman, aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos. Utilizamos la palabra autorresponsabilidad para significar que no es la carga una obligación ni un deber, por no existir sujeto o entidad legitimada para exigir su cumplimiento.

Rosenberg (2002, p. 27 y ss.) analiza la carga de la prueba desde dos aspectos que tienen que ver con las funciones que se le atribuyen. En este sentido, el primero de ellos tiene que ver con considerar a la regla de la carga como *dogma o regla* de juicio¹⁷. Desde esta concepción, se sostiene que la carga es una regla cuya aplicación solo se hace al final del juicio. Esta regla coadyuva con el juez en su decisión, le orienta cómo debe sentenciar, porque este no debe dejar de decidir, aun cuando tenga dudas (*non liquet*), para eso están dichas pautas (Michelli, 1989).

El segundo aspecto está en relación con la denominada *carga subjetiva* de la prueba, es decir, es una regla orientadora para las partes, de conducta, y les indica quién debe llevar la prueba o quién debe asumir el riesgo de no producirla.

Un resumen de los criterios que se emplean para establecer las reglas de distribución de la carga de la prueba pudiera hacerse de la siguiente manera: a) el que impone al actor la carga de probar; b) el que exige probar a quien afirme; c) el que exige al demandante probar los hechos de sus pretensiones y al demandado los de sus

¹⁷ En este contexto distingue entre carga objetiva (regla de juicio) de la prueba y carga subjetiva de la prueba.

excepciones; d) el que exige la prueba a quien alegue un hecho o circunstancia anormal; e) el que impone la carga a quien innove; f) el que tiene en cuenta la naturaleza constitutiva o extintiva e invalidativa de los hechos (Chiovenda); g) el que atribuye a cada parte la prueba de los hechos que forman los presupuestos de la norma cuya aplicación se reclama (Rosenberg, 2002); h) el que distribuye la carga según la posición de la parte respecto del bien jurídico deseado o el efecto jurídico perseguido (Michelli, 1989)¹⁸.

En un análisis primigenio pareciera que, al estar las reglas claras, hay la certeza o, al menos, se permite prever el resultado en cualquier juicio. La doctrina establece que ello ayuda a sostener la seguridad jurídica¹⁹ y la armonía, pero la pregunta es para quién es esa seguridad, sobre todo si estamos en presencia de relaciones jurídicas asimétricas.

Muchas críticas han surgido a la aplicación de estas reglas a todos los procedimientos; así, ¿debemos considerarlas de aplicación general?, o ¿deben establecerse diferencias según los sujetos, el título o *causa petendi* o la pretensión?

De forma muy acertada, Muñoz Sabaté (1997, p. 32) critica la noción tradicional en este sentido:

Ahora bien, ¿con arreglo a qué principios debe formularse una regla sobre la carga y distribución de la prueba? ¿Hay que seguir manteniendo la rígida inflexibilidad de los postulados clásicos, debiendo siempre el actor probar los hechos que afirma y el demandado los que niega, o debe por el contrario adoptarse

¹⁸ Devis Echandía, Ob. cit. p. 453 y ss.

¹⁹ Su fundamento radica en la extraordinaria importancia que reviste esta noción en el campo general del derecho y en el particular del proceso. La seguridad jurídica, la armonía social, el interés general en que se realicen los fines propios del proceso y la jurisdicción, reclaman su existencia. Devis Echandía. Ob. cit. p. 451.

una mayor ductibilidad en contemplación a las situaciones particulares de cada caso? Indudablemente no han faltado voces insistiendo en la actual superfluidad de la doctrina de la carga de la prueba; pero, aparte de tratarse de posiciones extremas, siempre puede ocurrir, como advierte MICHELLI, que el juez, valorando libremente los elementos probatorios aducidos, no se considere persuadido en ningún sentido, y de ahí la necesidad de establecer legalmente cuál deba ser entonces el contenido de su decisión.’ Debemos persuadirnos, por tanto, de que forzosamente hay que aceptar un principio regulador de la distribución de la carga de la prueba, pero lo que ya no resulta necesario es que esta regla tenga carácter apriorístico, al modo de un director teatral que vaya señalando a cada personaje su misión en la escena. Dejemos a cada parte practicar las probanzas que tenga por conveniente y dejemos que el juez las valore en la fase final, independientemente de quien las haya producido.

Atendiendo a las nociones *supra* indicadas tenemos que, en el caso de la responsabilidad médica, quien afirme el daño en virtud de la mala praxis médica deberá probarlo; debe probar además el hecho antijurídico o falta médica por no actuar con la diligencia del buen padre de familia; y la relación de causalidad entre el hecho y el daño, la cual una vez demostrada solo puede romperse el nexo con una causa extraña no imputable²⁰.

²⁰ En el derecho español se ha dicho que “la prueba del consentimiento informado puede parecer que sí produce la inversión de la carga de la prueba, dado que la prueba de la información y el consentimiento se atribuye a la parte demandada. Sin embargo, tal inversión de la carga de la prueba no se produce, pues, la prueba de estos extremos es una cuestión distinta de la prueba de la culpa, entendida como incumplimiento de la *lex artis ad hoc* que genera un daño en el transcurso de un tratamiento médico-sanitario. Ello lo corrobora el hecho de que, en los pocos casos en que el Tribunal Supremo ha asimilado el incumplimiento de estos deberes a la culpa que nos ocupa en este trabajo,

Recordemos aquí que, al considerarse el acto del médico como una obligación de medio, este debe comportarse con la diligencia del buen padre de familia y realizar y emplear todo los conocimientos y medios técnicos para velar por la vida y salud de las personas.

Así la responsabilidad médica se da cuando no se actúa de esa manera, sin ética, y se genera un daño innecesario que no se corresponde con lo que requiere una persona según su cuadro clínico²¹. En algunos ejemplos, la mala praxis generadora de responsabilidad ocurre por la omisión o tardanza en la atención, por dar diagnósticos desacertados, por errónea lectura de exámenes, por descuido o equivocación en los tratamientos pre o post operatorios, impericia del médico, olvido de elementos usados en las operaciones quirúrgicas dentro de los pacientes, la no asepsia de los locales o ambientes donde se realiza la intervención, entre otros.

Importante es destacar que no todos los casos de responsabilidad son iguales. Ella puede derivar del contrato pero también puede ser extracontractual. En ambos casos pensamos que, con o sin contrato el médico, debe actuar conforme a la los principios de la bioética²², es decir, el de beneficencia o la actuación en

ha cargado sobre el demandante las consecuencias negativas de su falta de prueba”. Regulación de la carga de la prueba en la LEC. En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria. Luna Yerga. Ob. cit.

²¹ En este contexto puede verse Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los derechos del paciente. Recuperado de <http://www.unav.es/cdb/ammlisboa2.html>.

²² “El respeto a las personas exige que se dé a los sujetos, en las medidas de sus capacidades, la oportunidad de escoger lo que puede ocurrir o no. Se ofrece esta oportunidad cuando se satisfacen los criterios adecuados a los que el *consentimiento informado* debe ajustarse”. Garzón Díaz, Fabio Alberto. “Bioética Manual Interactivo” (Colección Bioética) 3R Editores. 2003. Bogotá. Colombia. p. 24. El consentimiento informado “Para muchos autores

beneficio y en la forma más conveniente para el paciente; no maleficencia o la abstención de acciones intencionadas a causar un daño (no matar, no causar dolor, no causar discapacidad); autonomía y justicia²³; por ello estimamos que, de realizarse el daño por no actuar en forma diligente conforme a estos principios, siempre deberá indemnizarse.

Ahora, si bien desde el punto de vista sustantivo esta distinción (responsabilidad derivada extracontractualmente o contractualmente) es significativa y, evidentemente, se va a reflejar en los hechos o afirmaciones sobre los cuales va a recaer la prueba, cuando se demanda en sede jurisdiccional mediante el procedimiento ordinario, la referida regla clásica de la carga de la prueba es la que nuestros juzgadores emplean en todos los casos.

Nuestros tribunales sentencian aplicando estas reglas²⁴; en tal sentido, ellas disponen que las partes tienen la carga de probar

consiste sólo en una toma conjunta de decisiones entre médico y paciente, sin embargo no es tan simple. Se considera que tiene dos significados generales: el primero se refiere a que el médico debe solicitar, “pedir permiso” según Engelhardt y el individuo-paciente no solo debe aceptar y cumplir una propuesta de intervención, sino además, dar su autorización mediante un consentimiento informado y voluntario. El segundo, se puede analizar en función de la normativa legal del consentimiento informado, que exige que las instituciones de salud deban obtenerlo legalmente antes de iniciar un procedimiento o investigación. Es importante hacer énfasis en la importancia de entender, que desde el punto de vista ético el verdadero consentimiento es el primero y no este último, que solo representaría una obligación judicial. Los médicos debemos recuperar la validez ética del consentimiento informado como modelo de verdadera elección autónoma de los enfermos”. Thompson García, Julia. (2011) “Los Principios de Ética Biomédica”.

²³ En este sentido puede verse Castillo Valery, Alfredo. “Bioética”. 2006. p 50 y ss. y Garzón Díaz, Fabio Alberto. “Bioética Manual Interactivo”. Ob. cit. p 24 y ss. y “Los Principios de Ética Biomédica”. Thompson García, Julia. Ob. cit. p 19.

²⁴ Ver por ejemplo sentencias <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Marzo/RC.000184-30312-2012-11-627.html>; <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/diciembre/RC.000666-51211-2011-11-315.HTML>; <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Noviembre/RC-00675-071103-02106%20.htm>

sus respectivas afirmaciones de hecho y quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación. Así lo indican nuestros textos normativos veamos:

Código Civil:

Capítulo V

De la Prueba de las Obligaciones y de su Extinción

Artículo 1.354.- Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación. (Destacado nuestro).

Código de Procedimiento Civil:

Capítulo X

De la Carga y Apreciación de la Prueba

Artículo 506.- Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho.

Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación.

Los hechos notorios no son objeto de prueba²⁵. (Destacado nuestro).

²⁵ Estos textos repiten casi con exactitud la norma del Código francés o Código Napoleón de 1804 y el Código Civil chileno. Veamos: Código Civil francés. CAPITULO VI De la prueba de las obligaciones y del pago. Artículos 1316 a 1315-1. *Artículo 1315.-* “Aquel que reclame el cumplimiento de una obligación deberá probarla. Recíprocamente, aquel que se pretenda liberado, deberá justificar el pago o el hecho que produjo la extinción de su obligación”. Recuperado de http://lf-oll.s3.amazonaws.com/titles/2353/CivilCode_1566_Bk.pdf Chapter VI. *Of the Proof of Obligation*. 1315. The party who claims performance of an obligation must prove it. On the other hand, he who claims

Estas normas, aisladamente consideradas como reglas de orientación al juez o a las partes, parecieran no causar problemas. El asunto se complica cuando lo que se está discutiendo es un tema de *prueba difícil* o de *insuficiencia de pruebas* aportadas por el demandante, tal como en muchos casos pudiera ser la prueba de la responsabilidad civil del médico.

Una prueba es difícil (PD), mas no imposible²⁶, cuando no hay manera de traerla a los autos por antigua (no es capaz de ser estampada por un hecho histórico) o no hay manera de demostrar lo ocurrido porque, por ejemplo, se realizó en la intimidad, las huellas se borraron o al testigo se le olvidó; o cuando no hay disponibilidad de la prueba por razones de destrucción; o porque se inutilizó el medio de prueba o simplemente quien la necesita no tiene acceso; o no hay disponibilidad de la prueba²⁷.

Un ejemplo de lo anterior podemos verlo en aquellos casos en los que normalmente el demandante se encuentra en la imposibilidad de demostrar lo ocurrido en un quirófano, pudiera

to be exonerated, must establish payment, or verify the act which led to the extinction of his obligation. Código Civil Chileno (Andrés Bello) 1857: “Art. 1698. Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta. Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, e inspección personal del juez”. Recuperado de http://www.cinder.info/wp-content/uploads/file/Legislacion/Chile/CODIGO_CIVIL_CHILENO.pdf

²⁶ En este sentido puede verse Peyrano (2004). Esto va al final en las referencias bibliográficas “La Prueba Difícil”. Recuperado de http://www.civilproceduereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=36&embedded=true.

²⁷ “...cuando por la naturaleza o por las circunstancias que rodean al caso, resulta difícil probar algo que en situaciones normales no ocurre, que es lo que viene en llamarse en palabras de los romanos *difficilioris probationis*”. Carbajal Carbajal (S.F). Recuperado de <http://www.uss.edu.pe/uss/RevistasVirtuales/ssias/ssias2/pdf/PRUEBALEVIORCARBAJAL.pdf> (al final). Muñoz Sabaté (S.F), sin pretender propender a la exhaustividad, considera que podrían calificarse como supuestos de PD: los hechos antiguos, los ilícitos, los íntimos, los negativos (absolutos), los psíquicos, los virtuales, los técnicos.

ser porque quien demanda no es médico, porque en el quirófano estaba el paciente inconsciente o falleció o porque no se tiene acceso a la historia clínica²⁸ o a los registros del centro asistencial (clínica, hospital o ambulatorio).

En el proceso civil, tal como señala Muñoz Sabaté (1997), el juez solo puede resolver *secundum allegata et probata*. Es decir, rige el principio dispositivo²⁹, una manifestación de este es que

²⁸ “La historia clínica ha sido definida como “la relación ordenada y detallada de todos los datos y conocimientos, tanto anteriores, personales, y familiares, como actuales, relativos a un enfermo, que sirve de base para el juicio acabado de la enfermedad actual...”. Compartiendo la opinión de Roberto Vázquez Ferreyra, la definición es insuficiente, a nuestro criterio, ya que la historia clínica debe llevar, no solamente los datos y conocimientos anteriores, personales y familiares del paciente, sino también “... la ficha de anamnesis, los estudios ordenados y realizados, el diagnóstico, la terapia o tratamiento a aplicar, la evolución del paciente y los resultados logrados, la medicación suministrada; en caso de cirugía, el correspondiente protocolo quirúrgico, donde deberá constar detalladamente la integración del equipo médico interviniente, el parte anestésico, los estudios complementarios, la ubicación del paciente dentro del establecimiento asistencial, el personal médico y paramédico que la ha atendido, etc. Es decir todos los datos que de una manera precisa y completa detallan el servicio médico y auxiliar suministrado...”. Es pacífica la doctrina al sostener la importancia de la historia clínica al momento de resolver sobre la culpa o falta de ella, por parte del profesional médico o su equipo. (...) Es frecuente, lamentablemente, que la “historia clínica” sea confeccionada a posteriori del evento dañoso, de suerte tal que el profesional médico intenta, “dibujando” datos técnicos, colocarse en una situación que haga evidenciar el cumplimiento de las reglas impuestas a su arte o profesión. Esa actitud, al ser puesta de manifiesto por datos empíricos que surgen de dictámenes periciales posteriores, o por otros medios probatorios arrimados a la causa, evidencian la negligencia del galeno, y/o la intención deliberada de disimularla, haciendo presumir su responsabilidad en la producción del evento dañoso”. González, Zund (s/f). Ferreyra Vásquez, R. Este autor señala que los médicos deben entender que la historia clínica no es reservada ni es propiedad de ellos, que es fundamental para los derechos del paciente y primordial medio de prueba en los juicios de responsabilidad civil.

²⁹ Artículo 11 Código de Procedimiento Civil.- “En materia civil el juez no puede iniciar el proceso sino previa demanda de parte, pero puede proceder de oficio

las partes, además de indicar los hechos que invocan como fundamento de su pretensión (carga de la afirmación), deben llevar la prueba de los mismos (imperativo a favor de su propio interés) y ello sujeto a reglas de carga de la prueba previstas en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil.

Dice Muñoz Sabaté (1997, p. 32 y ss.) lo siguiente:

El conocimiento de la certeza se le impone, pues, mediante la actividad probatoria de las partes, ya que en nuestro sistema dispositivo la postura del juzgador es más bien estática y pasiva. Esto quiere significar que es la propia parte quien soporta las consecuencias de su inactividad, de su negligencia e incluso de sus errores, y que por tanto, es ella y sólo ella quien debe cuidar de suministrar al juez los máximos elementos”.

Cuando no hay pruebas suficientes, la solución del litigio la da la aplicación de las reglas de la carga de la prueba: “perdiste porque no probaste, debiendo probar”, y la doctrina dice que cuando eso ocurre lo que hay es un indudable fracaso en la tarea judicial de “dar a cada uno lo suyo”

...en forma real y no en aplicación de ficciones jurídicas que propician la paz social, pero que dejan el regusto amargo consistente en la permanencia de la duda acerca de si el caso fue justamente dirimido. Y tal incertidumbre justifica ampliamente que deba estimarse a la solución obtenida con la alegación de la regla de

*cuando la ley lo autorice, o cuando en resguardo del orden público o de las buenas costumbres, sea necesario dictar alguna providencia legal aunque no la soliciten las partes.” y del principio de la congruencia de la sentencia. Artículo 12 eiusdem.- Los Jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio. En sus decisiones el Juez debe atenerse a las normas del derecho, a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. **Debe 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**” (Destacado nuestro).*

la carga de la prueba como residual, in extremis y casi, diríamos, hasta gobernada por la máxima de que en la duda su aplicación no procedería; debiendo, pues, el órgano jurisdiccional ponderar más concienzudamente la prueba producida de modo tal de verificar si, efectivamente, no se demostró lo que se debía demostrar. Obviamente, nos estamos refiriendo al supuesto en el cual se ha producido prueba, puesto que si no se hubieran generado elementos de convicción, no sólo no corresponde dictar medidas para mejor proveer sino que, necesariamente, debe solucionarse la causa mediante las reglas de distribución del onus probando. (Peyrano, 2013)

Conforme a estas dudas han surgido nuevos enfoques que buscan una distribución más justa de la carga de la prueba, lo que constituye nuestro siguiente objetivo a desarrollar.

3. Teoría de las cargas probatorias dinámicas en los juicios de responsabilidad civil del médico ¿se puede aplicar a todos los casos?

Nuestro proceso civil se rige por principios fundamentales que podemos resumir en los siguientes: a) la dialéctica o principio de contradicción; b) *la igualdad procesal*; c) *verdad procesal*; d) impulso de oficio por el juez; e) principio de que las partes están a derecho; f) principio de mediación con algunas fases de inmediación (oralidad-escritura); g) *principio dispositivo*; h) principio de concentración procesal; i) principio de preclusión; j) principio de economía procesal; y k) principio de publicidad, entre otros.

Un principio importante para el desarrollo de este trabajo (además del dispositivo) es el principio de igualdad. Normalmente se sostiene que en juicio las partes están en condiciones de igualdad para el acceso a la prueba o disposición de la misma, entre

otros. La inquietud surge cuando en determinadas causas no hay igualdad real.

El denominado principio de igualdad procesal es reflejo de la igualdad de los hombres ante la ley.

En verdad, las reglas corrientes del reparto del onus probandi parten del *presupuesto tácito de que debe mediar una igualdad probatoria procesal absoluta entre las partes*, lo que no sólo resulta difícil de establecer sino que asimismo puede producir graves injusticias. Así fue que surgieron instrumentos que apuntan a “igualar” en términos reales la faena probatoria, *ponderando la especial debilidad de uno de los litigantes frente al comparativamente mayor peso específico de la contraria* (V. gr. el ámbito del derecho del consumidor) o la especial naturaleza de un sector del mundo jurídico, a algunos de cuyos protagonistas se privilegia por razones jurídicamente atendibles. Este último es el supuesto del instituto de las cargas probatorias con intensidades de esfuerzos diferentes donde se reconoce y admite un trato diferente a la hora de acreditar hechos y circunstancias (Peyrano, 2013).

De Lucas (2000, pp. 496 y ss.) indica, en cuanto a la noción jurídica de igualdad, que es, por definición normativa, valorativa, relacional. Eso significa que lo que hace el Derecho es una tarea clasificadora y de justificación, que consiste en establecer los criterios (legítimos) conformes a los cuales se tratará una situación en términos de equiparación (que no necesita en principio justificación), o bien en los de discriminación (que ha de ser justificada).

El principio de igualdad en materia procesal no requiere una igualdad aritmética, sino que exige que se brinde a las partes una *razonable igualdad de posibilidades* en el ejercicio de su derecho de acción y de defensa (Couture, 1981, p. 185); es decir, que garantice a todas las partes dentro de las respectivas posiciones que

tienen en el proceso, los derechos y facultades comunes a ellas, “sin preferencia ni desigualdades y en los privativos de cada una, se mantendrán respectivamente, según lo acuerde la ley a la diversa condición que tengan en el juicio, sin que puedan permitir ni permitirse ellos extralimitaciones de ningún género” (Art. 15 Código de Procedimiento Civil).

La igualdad procesal, entonces, podemos verla en dos aspectos: una, en cuanto a las oportunidades procesales razonables para actuar (lapsos o términos —individuales o comunes—, lugar, etc.) en condiciones de paridad según la posición respectiva, y dos, cuando nos encontramos en procesos donde la igualdad de las partes, desde el punto de vista sustantivo, no es real sino ficticia.

Sostiene Parra Quijano (2000)³⁰ que la reacción contra la igualdad formal permitió acuñar la frase: “Tratar como iguales a sujetos que económica y socialmente están en desventaja no es otra cosa que una ulterior forma de desigualdad y de injusticia”. Pues bien, hay otra forma de desigualdad más vedada como es la de imponer la carga de la prueba a una parte a quien le resulta muy difícil conseguirla, hasta el punto de que se le exige, como hemos visto, que realice actividades que lindan con el heroísmo para obtenerla, o las más de las veces, esa noción de carga sirve de Celestina para legitimar el triunfo de una parte que administró la astucia a fin de que a la otra le resultara imposible probar un hecho toral para el proceso.

Para dar respuesta a la desigualdad procesal surge la teoría de las *cargas dinámicas* de la prueba la cual propone que la prueba debe llevarla quien mejor posición tenga frente a ella o a quien se le haga más fácil. En ese sentido, sufre las consecuencias de la ausencia de prueba dicha parte.

Peyrano (2013) dice que esta teoría se caracteriza:

³⁰ Ob. cit. p. 154.

... porque procura respetar las diferencias y de algún modo privilegiar la consagración de un Derecho flexible (como quería Carbonnier) o dúctil (Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil). Ferrajoli permanentemente predica sobre la necesidad de respetar las diferencias y la conveniencia de no permanecer indiferente frente a lo distinto, vale decir acerca de lo impostergable de un hacer algo en pos del referido respeto. Conocido es que al filósofo francés, de raíces estructuralistas Gilles Deleuze —autor, junto a otros muchos libros, de “Diferencia y repetición” (1968)— se lo reconoce como el pensador de la “diferencia”. Básicamente, sus enseñanzas parten de que la “repetición”, el canon, el orden establecido, contribuyen a construir “codificaciones” que posibilitan su más sencillo consumo por los usuarios del sistema de que se trate. Claro está que ello presenta la desventaja de la “cristalización” de los conocimientos y la palmaria dificultad resultante por abrirse a lo nuevo y diferente.

Plantea este autor que las reglas ortodoxas distributivas del *onus probandi*, en ciertas ocasiones se encuentran legisladas explícitamente y, en otras no, debiendo acudirse a las resultas del laboreo doctrinario y jurisprudencial. Por supuesto que las susodichas reglas (legisladas o no) son y deben ser aplicadas en los casos corrientes.

Situaciones distintas de las habituales (V. gr., hipótesis de una mala praxis médica quirúrgica) determinan la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas que desplaza el esfuerzo probatorio desde quien lo tenía sobre sus hombros (la actora que debía probar “todo” lo relacionado con la mala praxis médica de la que fuera víctima) hacia la contraria de la parte que originariamente y de acuerdo con las reglas ortodoxas del *onus probandi* soportaba el esfuerzo probatorio correspondiente. De

eso, en esencia, se trata. Pensamos, entonces, que deviene alto justificado el calificativo de “dinámica” que le asignamos a la carga probatoria descrita³¹.

En el caso de la responsabilidad del médico destacamos el hecho de que la desigualdad vendría por el lado profesional, técnico, científico o fáctico. Por lo tanto, cuando existan casos de prueba difícil o de insuficiencia probatoria debe soportar la carga quien esté en mejores condiciones profesionales, técnicas, fácticas o científicas para producir la prueba respectiva.

Partiendo de ello pudiéramos sugerir que la regla de la *carga dinámica de la prueba* se aplique en aquellas materias de difícil prueba, es decir, en casos en que la parte que alegue el hecho y el daño no tenga acceso a la fuente de prueba (v.g. registros, historia clínica³² o exámenes médicos), bien sea porque se trate de hechos desarrollados en condiciones de privacidad, o porque sean tan técnicos o científicos que impongan al demandante un esfuerzo probatorio mayor o titánico³³, siendo que la otra parte

³¹ *Ibíd.*

³² Consideramos importante mencionar una sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia donde se anuló una decisión de la Sala n.º 3 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, en la que se declaró sin lugar el recurso de apelación y se confirmó el sobreseimiento decretado por el Tribunal Trigésimo de Primera Instancia en Funciones de Control del mismo Circuito Judicial Penal. En esta sentencia se determinó que dicha Corte omitió total análisis sobre la historia clínica y sobre el Reglamento del Servicio de Quirófanos de fecha 24 de febrero de 1965 dictado por el extinto Ministerio de Sanidad y Asistencia Social (hoy Ministerio del Poder Popular Para la Salud). Sentencia n.º 1816 del 30 de noviembre de 2011. Recuperado de <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1816-301111-2011-10-1056.HTML>

³³ “Y vi a Sísifo, que soportaba pesados dolores, llevando una enorme piedra entre sus brazos. Hacía fuerzas apoyándose con manos y pies y empujaba la

por el acceso a la información o por la capacidad técnica o científica le sea más fácil acreditar la prueba.

Dice Kielmanovich (2012, p. 309):

(...) que la prueba del incumplimiento del médico se identifica con la de la negligencia y ella le incumbe a la actora, si bien, a partir de las dificultades que la prueba de la culpa puede aparejar en ciertos casos, v.gr. daños producidos mientras el paciente se hallaba bajo los efectos de la anestesia total, se ha admitido que sea el médico o el hospital quien soporte la carga de la prueba, por estar en mejores condiciones de demostrar su falta de responsabilidad, esto es, por aplicación de la denominada teoría de las cargas dinámicas.

Es decir, atendiendo al principio de igualdad real y cierta en el marco constitucional, debemos tomar en cuenta en el proceso la condición de las partes y cuando se produzca la desigualdad frente a la prueba o a su acceso³⁴, estimamos, que debe aplicarse esta teoría.

En este contexto, señala Midón (2008, pp. 159 y ss.) que imponer al actor víctima de una lesión sufrida en el interior del

piedra hacia arriba, hacia la cumbre, pero cuando iba a trasponer la cresta, una poderosa fuerza le hacía volver una y otra vez y rodaba hacia la llanura la desvergonzada piedra. Pero él la empujaba de nuevo con los músculos en tensión y el sudor se deslizaba por sus miembros y el polvo caía de su cabeza” Homero. p. 264. Esto va al final en las referencias bibliográficas Recuperado de http://bibliotecadigital.ilce.edu.mx/Colecciones/ObrasClasicas/_docs/Odisea.pdf

³⁴ “Artículo 49. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: 1. *La defensa* y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, *de acceder a las pruebas* y de disponer del tiempo y *de los medios adecuados para ejercer su defensa*”. Destacado nuestro.

quirófano, la prueba acabada de lo que habría ocurrido, resulta equivalente a negarle todo chance de éxito; en casos como este, sin dudas, los médicos y las enfermeras participantes del acto quirúrgico se encuentran en mejores condiciones que la víctima para ofrecer y producir las pruebas respectivas³⁵.

Indica asimismo Pérez Restrepo (2009) que, por criterios de equidad y de facilidad probatoria en los casos de responsabilidad médica, de una parte, la entidad pública en cabeza del equipo médico debería probar que en la intervención quirúrgica hubo diligencia y cuidado, pues es él quien posee el conocimiento fáctico, técnico, profesional y científico para explicar lo que sucedió en el acto médico; esto en caso de establecerse que la entidad pública estaba en mejores condiciones de probar. Y, de otra parte, si se definiera que la parte demandante estaba en mejores condiciones para probar, entonces será esta quien correrá con los efectos negativos de la sentencia, en el supuesto de no haber aportado las pruebas pertinentes. Concluyéndose así que el modelo que mejor apuntala la resolución de esta especie de conflictos intersubjetivos de intereses jurídicos es el de las cargas probatorias dinámicas.

Con la aplicación de esta teoría a supuestos de responsabilidad civil por mala praxis médica, en nuestro criterio, se atiende al mandato constitucional establecido en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según el cual debe buscarse dar igual trato jurídico a personas que no

³⁵ Este autor (2007, p. 174), cita a Mosset Iturraspe (2008), quien indica que “el caso de la responsabilidad médica por lo ocurrido en el quirófano, es elocuente, el paciente, en estado de inconciencia, no puede probar la mala praxis médica que le condujo a un agravamiento de su dolencia; pero la demostración de la no culpa o de lo fortuito es relativamente sencilla para el cirujano interviniente; lo que es para uno “secreto de quirófano”, para la contraria es o puede ser “evidencia científica”. Hay quien piensa y, estamos en desacuerdo, “que en la soledad del quirófano ese paciente moribundo y el médico están en la misma condición”. Benabentos (2014).

están en la misma situación; así, pensamos que el equilibrio puede lograrse a través de normas dictadas por el legislativo o, también pensamos, mediante sentencias dictadas por el Poder Judicial en su función hermenéutica³⁶, para hacer efectiva la norma constitucional³⁷.

4. Utilidad e importancia de la teoría de la carga dinámica de la prueba

A los fines de demostrar la *utilidad e importancia* de aplicar teorías, en nuestro ordenamiento jurídico, como la de la *carga dinámica* de la prueba en materia de responsabilidad civil del médico, comentaremos brevemente tres casos tomados de tribunales venezolanos con competencia en materia civil.

Primer caso³⁸:

Se trata de una demanda interpuesta por la ciudadana FIGB, en el estado Mérida, con ocasión a la presunta mala praxis médica del ciudadano médico ginecólogo JIVM. Dicha ciudadana en fecha 8 de marzo de 1999 fue intervenida quirúrgicamente en un Centro Clínico y se le procedió a realizar una histerectomía total, mediante la cual se le extrajo el útero y anexos (trompas y ovarios). La indicada ciudadana presentó desde el mismo momento del postoperatorio dolor de fuerte intensidad a nivel de la herida, de lo cual se notificó a la enfermera quien trató de ubicar al

³⁶ En el entendido que el proceso hermenéutico de las normas procesales no se dan en una única fase (la sentencia) sino en todas. Ver Balaguer Callejón (1997, p. 143).

³⁷ La doctrina (con algunas críticas) señala como mecanismo para lograr dicha equiparación la denominada *discriminación positiva*, entre ellos, Dworkin (1999, p. 327).

³⁸ <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2006/marzo/962-27-7996-.html> y <http://merida.tsj.gov.ve/decisiones/2004/julio/971-28-4917-.html>.

médico el cual apareció al día siguiente y le ordenó la colocación de analgésicos. Ante la persistencia del dolor por más de 72 horas la trasladaron a otro centro en la ciudad de Caracas, donde se le diagnosticó suturación accidental del uréter derecho, lo cual impedía el tránsito de orina desde el riñón hasta la vejiga y al quedar represada conllevaría a la pérdida funcional del riñón, condición que demandaría la extracción del mismo. La referida sentencia emplea el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil y expresa que dicha norma distribuye la prueba entre las partes *como una carga procesal cuya intensidad depende del respectivo interés*. En este sentido, sostiene que si al actor le interesa el triunfo de su pretensión, deberá probar los hechos que le sirven de fundamento, y si al demandado le interesa destruir, enervar o reducir con su actividad directa en el proceso el alcance de la pretensión, deberá, por su parte, probar qué la extingue, la modifica o impide su existencia jurídica; así, concluye la sentencia que la parte accionante no probó las alegaciones por ella formuladas y por lo tanto la acción judicial incoada debía ser declarada sin lugar.

Segundo caso³⁹:

Se refiere a las quemaduras sufridas por una ciudadana el 27 de agosto de 2007, de II y III grado en el tórax, el abdomen y el miembro inferior izquierdo, con liquido hirviente (aceite comestible). Dicha ciudadana de inmediato fue trasladada al Centro Clínico Médicos Asesores C.A, donde recibió primeros auxilios y permaneció hospitalizada, por requerir seguimiento permanente de parte del médico tratante cirujano plástico, FM, de esta forma se le realizaron curas en pabellón y colocación de piel sintética. Posteriormente, es dada de alta domiciliaria con tratamiento

³⁹ http://www.tsj.gov.ve/tsj_regiones/decisiones/2011/junio/533-3-1102-11-08-71-11.html

por el médico. En su residencia comenzó a presentar secreción amarilla en las quemaduras, fiebre, y mal olor en áreas quemadas acudiendo de manera inmediata a la emergencia del Centro Clínico Médicos Asesores C.A. En dicho Centro Asistencial fue atendida y se determinó que las lesiones se encontraban infectadas por varias bacterias y en especial con una que se adquiere dentro del quirófano, allí permaneció hospitalizada durante 76 días continuos, en cama sin poderse movilizar, a fin de tratar las infecciones que presentaba en las áreas quemadas. En este sentido, el tribunal cuando sentenció señaló que “visto el expediente, *no resultaron demostradas por la parte actora las afirmaciones de hecho en las cuales basó su pretensión*, pues de la fórmula probática empleada no se desprende que la clínica codemandada ni el profesional de la medicina, FM, médico tratante, hayan tenido alguna responsabilidad con los daños alegados por la demandante, es decir, no hubo constatación de culpa alguna ni de dolo en ninguna de sus especificaciones, incluso, de carácter eventual”. En este caso, el tribunal, ante la ausencia de pruebas, declaró la demanda sin lugar.

Tercer caso⁴⁰:

Obedece a la demanda por daños y perjuicios interpuesta por la ciudadana F.G.H de L. contra el ciudadano médico J.G.G.S. Se indica que 14 de julio de 2007 la demandante ingresó a la Clínica Virgen de Guadalupe, por presentar traumatismo dorso lumbar severo posterior a caída sobre sus pies, con imposibilidad para la movilización de miembros inferiores y paretsias, que el referido médico recomendó intervención quirúrgica a la mayor brevedad posible; que la ciudadana, una vez operada, no presentó signos de recuperación y muy por el contrario tuvo fuertes dolores que no

⁴⁰ <http://falcon.tsj.gov.ve/DECISIONES/2010/ABRIL/166-23-9597-75.HTML>.

calmaban con los fármacos que le fueron suministrados. Que esta situación trajo como consecuencia que para el día 24 de octubre de 2007, acudiera al servicio médico de (...), y el doctor que allí la atendió concluyó en su informe, que la mala colocación de la cesta en el dorso lumbar perforó el pulmón y produjo la lesión pleural. Para la resolución del caso expresó el tribunal lo siguiente:

La representación judicial de la parte actora durante las secuelas del proceso no logró demostrar la existencia de la relación de causalidad que haga evidenciar que el daño denunciado, en virtud de la presunta mala praxis del profesional de la Medicina J.G.G., sea el producto de un hecho culposo originado durante la intervención quirúrgica a la que fue sometida la ciudadana F. G. H. de L., en fecha 14 de febrero de 2007, en las instalaciones de la empresa Clínica Virgen de Guadalupe C.A, en consecuencia, ante la ausencia de plena prueba que dibuje en autos la impericia producto de la desatinada colocación de la cesta de moss y/o, titanio en una mala posición a la hoy demandante trae como necesaria consecuencia que siguiendo las reglas que debe tomar en cuenta el Juez al momento de sentenciar sea absuelto de culpa al galeno J.G.G., y por consiguiente al no existir responsabilidad por hecho ilícito cometido por el dependiente en ejercicio de sus funciones la autoridad, esto es, la Clínica Virgen de Guadalupe C.A, no se encuentre obligada a responder a la demandante por los daños reclamados” (sic).

Importa destacar que en cada uno de estos casos, cuyo texto íntegro puede leerse en el *link* que está indicado *infra* respectivamente, observamos que se aplicaron las reglas clásicas de la carga de la prueba y sin mayor análisis todas las demandas fueron desestimadas, sin ponderar además otros elementos probatorios. Es decir, después del estudio por parte de cada tribunal del material probatorio, estos, para el establecimiento de sus

premisas aplicaron las reglas del Código de Procedimiento Civil y del Código Civil en materia de cargas probatorias y llegaron a la conclusión de que ningún demandante probó la “ejecución de la obligación”⁴¹, es decir, el esfuerzo probatorio recayó en los demandantes y todos los casos se trataron como si se estuviera equiparando cada uno de estos dramas humanos a un cobro de bolívares derivado de un título valor.

Hay más ejemplos de esta naturaleza en los fallos de los tribunales venezolanos⁴². Grandes preguntas nos hicimos al leer estas sentencias ¿son justas estas decisiones? ¿Son cónsonas con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (arts. 49 y 257)? Recordando la cita que hicieramos de Adela Cortina⁴³ nos inclinamos a pensar que no lo son, por lo escueto de los análisis probatorios de los daños sufridos por esas personas y por la aplicación de la regla convencional a casos donde, en la narrativa de cada sentencia, no hay igualdad y se trata de supuestos de pruebas difíciles por su acceso. Dichas reglas colocaron en cabeza de los accionantes, de cada caso, una carga probatoria desproporcionada dado el acceso a la fuente de prueba que pueden tener las otras partes involucradas, elementos que, de haber sido considerados pudieran haber conducido a una solución más justa, en atención al postulado del artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que concibe al proceso como un instrumento para la realización de la justicia.

Desde este contexto, consideramos importante replantear y aplicar otras reglas de distribución de la carga de la prueba, como

⁴¹ En el texto de cada una de las sentencia puede corroborarse lo aquí afirmado.

⁴² <http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2007/octubre/678-11-KP02-R-2002-000067-07-0935.html>.

⁴³ Ver nota al pie n.º 10.

la analizada en este trabajo, con miras a soluciones y a respuestas más justas.

5. La aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en el ordenamiento jurídico venezolano. Retos y propuestas

Una vez establecida la viabilidad de esta teoría, pueden presentarse dificultades en su aplicación, ello en virtud de que no tenemos previsión legal expresa.

En este orden de ideas lo primero que queremos plantear es que, en materia de responsabilidad civil del médico y otras materias de difícil prueba, la regla postularía un desplazamiento de la carga de la prueba por dos razones: una, porque quien debe llevar la prueba o sufra su ausencia, no esté en capacidad material de traerla por motivos de dificultad; y dos, porque a la otra parte le sea más fácil el acceso o la disponibilidad de la prueba que permita esclarecer los hechos con miras a la verdad material.

En este sentido consideramos que esta regla no debe implicar un desplazamiento *per se* o *estático* de la carga de la prueba del lado del demandado porque se estaría incurriendo en la crítica que hace surgir esta teoría, esto es, “la estaticidad o petrificación” de la regla. De ser así no se resuelve el problema, lo que se busca con ella es una solución más justa, razón por la cual consideramos que debe ponderarse y analizarse cada caso de responsabilidad médica y no hacer un desplazamiento automático de la carga de la prueba.

Asimismo, estimamos que esta teoría no excluye el uso de la regla general, sino que se trata de un aligeramiento de la misma a casos excepcionales de dificultad probatoria donde la carga de la prueba recaiga sobre quien tenga el mayor acceso, facilidad o

disponibilidad probatoria⁴⁴. En este sentido, Peyrano (2013) expresa que el desplazamiento atípico del *onus probandi*, que importa la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, funciona respecto de determinados hechos o circunstancias y no de todo el material fáctico. Ello implica un desplazamiento parcial de la carga probatoria que conserva en cabeza de la otra parte la imposición de ciertos esfuerzos probatorios; “es así como, en el caso de la responsabilidad médica por mala praxis, el damnificado deberá acreditar, cuanto menos, la existencia de la prestación médica, el daño sufrido y el nexa causal”.

Otro problema interesante tiene que ver con el *momento de su aplicación* al no estar *positivizado o legislado*. Si se emplea la regla como principio doctrinario en la sentencia —regla de juicio— pudiera causarse indefensión, porque las partes no sabrían que se está utilizando esta regla de desplazamiento. Por esta razón creemos que, para que exista lealtad en el debate y no haya sorpresas o arbitrariedades⁴⁵ por parte del juez, debería realizarse

⁴⁴ Por cierto que lo que se denomina “carga probatoria dinámica” ha sido objeto de otras terminologías tales como de la “mayor facilidad probatoria” o de la “solidaridad en el terreno de la prueba”, pero creemos que la primera es la más utilizada en nuestro medio. Cabe insistir en que la doctrina que nos ocupa no involucra una inversión probatoria total sino que se limita a operar sobre la acreditación del factor de atribución; manteniéndose en pie en lo demás el *onus probandi* estipulado ortodoxamente. Sobre el particular, se ha dicho: “El aligeramiento probatorio que involucra sólo opera en algunas áreas (especialmente, en lo que atañe al factor de atribución) y no en todas”. Peyrano (2013) Ob. cit.

⁴⁵ Arbitrariedad y Arbitrio son dos palabras diferentes “El arbitrio es un criterio de la toma de decisión (...) Si la ley diera solución precisa y unívoca al conflicto, no habría lugar para el arbitrio. Pero como esto sucede muy pocas veces, dado que la naturaleza general y abstracta de la ley no le permite entrar en las peculiaridades del caso concreto, es imprescindible la intervención de un ser humano que conecte ambos polos de la relación —la ley y el caso— utilizando al efecto primero la técnica de interpretación de la norma y luego su adaptación al caso concreto (...) El arbitrio es el factor humano que el juez le añade a los

de manera previa. Un *momento* puede ser luego de establecer el *thema probandum*, es decir, después de contestar la demanda, ya que, de realizarse el desplazamiento de la carga, el sentido común aconseja que sea antes de la promoción y admisión de los medios probatorios (artículo 361 del Código de Procedimiento Civil vigente) para que las partes puedan conocer y preparar su defensa sobre lo que pueden o deben llevar a juicio para cumplir con sus cargas.

La forma procesal sería una decisión interlocutoria (susceptible de ser impugnada en un solo efecto) que indique a las partes el desplazamiento de la carga (a quién le corresponde traer la prueba según el caso) de tal manera que se garantice el derecho a la defensa y la lealtad en juicio⁴⁶.

Un modo de materializarlo pudiera ser a través de la jurisdicción normativa como en otros ordenamientos, donde la regla se

datos aportados por el Ordenamiento jurídico. El arbitrio es el fruto del árbol de la prudencia, madurado por el sol de la justicia (del sentimiento de justicia) con el transcurso de la experiencia. “...tenemos dos variantes en el ejercicio de la potestad decisora judicial: de acuerdo a la ley estricta y por arbitrio (en sus dos manifestaciones libre y reglado). Este es el círculo de lo lícito. Cuando no se respetan sus límites propios se salta a la ilicitud en las dos variantes correlativa de ilegalidad y la arbitrariedad. *El ejercicio indebido del arbitrio es arbitrario y con él aparece la arbitrariedad*”. Nieto (2000).

⁴⁶ En el proyecto de Código de Procedimiento Civil venezolano sería en la audiencia después de contestada la demanda; consultado en noviembre 2015 en <http://www.asambleanacional.gob.ve>. De igual forma en el caso de que se llegase a implementar el procedimiento establecido por la Sala de Casación Civil, mediante sentencia indicada en nota al pie n.º 9 de este Trabajo. Más recientemente la Sala de Casación Civil del TSJ el 25/05/2021 en sentencia n.º RC.000137 aplicó las reglas de la carga dinámica de la prueba para un caso de circunstancias técnicas especiales. En dicha sentencia señaló “es el fabricante y el vendedor, —que a su vez tiene talleres de mantenimiento—, son quienes por tener conocimiento técnico-mecánico y haber intervenido en la elaboración y comercialización de la cosa, los que deben asumir la carga de la prueba y, no la actora compradora, por lo que cobra importancia el principio del equilibrio procesal de las partes”.

ha ido estableciendo vía jurisprudencia⁴⁷ o por la vía legislativa⁴⁸. En este contexto, al no estar legislado su aplicación tendría que

⁴⁷ Como en el caso argentino. Ver en este sentido a Peyrano (2004).

⁴⁸ Por ejemplo la Ley de Enjuiciamiento española (2000) dispone: “*Artículo 217. Carga de la prueba. (...)*”

4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.

5. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

6. *Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.*

7. *Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*”. Otro ejemplo lo tenemos en el Código General del Proceso Colombiano (2012) “*Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba*” (Destacado nuestro).

ser de forma excepcional, es decir, no a todos los casos de responsabilidad civil del médico.

También pensamos que la regla puede ser usada en forma complementaria a la ya prevista⁴⁹, en juicios donde se den hechos de diversa naturaleza (difíciles o no) de esta forma puede usarse ambas reglas, y la carga dinámica sería para los casos de difícil prueba⁵⁰.

Por último, consideramos que el juez o jueza a quien corresponda decidir debe, al momento de emplear esta regla, analizarla en atención al principio de alteridad de la prueba, según el cual, nadie puede fabricarse un medio probatorio para sí mismo, de manera posterior e intencional a los hechos debatidos en el proceso, sin la posibilidad de un control por la otra parte y sin ningún tipo de autenticidad⁵¹.

Ahora, como antes indicamos, no hay regulación expresa para la aplicación de esta teoría, razón por la cual han surgido otras propuestas similares para fundamentar y justificar otras soluciones más justas al problema planteado.

6. Teorías similares para el análisis de la carga de la prueba en los juicios de responsabilidad civil del médico

La doctrina preocupada por los procesos donde se pueda dictar una solución injusta ha planteado otras teorías para dar

⁴⁹ Parecido a lo que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil española, en su numeral 6 del artículo 217 *supra* citado.

⁵⁰ También pudiera pensarse en casos donde la desigualdad por responsabilidad civil médica no viene por la vía científica sino también económica, es decir, casos donde la prueba no sea difícil pero la parte que no tenga los recursos económicos quedaría siempre a merced de la parte demandada porque la prueba no está al alcance de sus posibilidades.

⁵¹ <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/febrero/00233-27208-2008-2001-0076.html>

respuesta a casos de prueba difícil, las cuales pudieran ser utilizadas en juicios por responsabilidad civil médica ante la ausencia de regulación legal. Parra Quijano (1997, p. 133) ha manifestado su inquietud por dicha noción clásica sobre un análisis del antes comentado principio de igualdad procesal. Expresa este autor lo siguiente:

...una norma tan general como la de la carga de la prueba, no hace justicia al carácter singular de determinados acontecimientos, en efecto, exigir la carga de probar la falla técnica en una intervención quirúrgica al paciente, el cual está en imposibilidad de probarla, es edificar el MITO DEL LABERINTO.

De seguidas nombraremos algunas de ellas que, si bien no han sido ideadas para los casos de responsabilidad civil del médico, estimamos que pueden ser consideradas en este tipo de demandas.

La primera en el elenco propone aplicar el *Favor Probationes* (FP) (Muñoz Sabaté, 1997) el cual postula, entre otros aspectos, la heurística (búsqueda de la verdad) por el juez, incluso, en un aspecto activo de la función judicial. Este principio no tiene fórmula exacta, su uso puede darse en aplicación de las normas constitucionales, ya que tiene que ver con la búsqueda de la denominada verdad material⁵².

Muñoz Sabaté⁵³ (1997, p.161) sostiene que el FP no es una fórmula que podamos precisar con la misma arquitectura que el legislador traza sus normas, y que, además, posee una motivación mayormente psicológica que jurídica; de ahí que todo intento de abstracción y normativación se halle de antemano condenado al fracaso. Si hiciéramos del FP una ley probatoria, representaría

⁵² <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/00325-260202-11240.HTM>

⁵³ “Técnica Probatoria”. Ob. cit.

una regresión a la época de las tasas y ficciones, ahora que tan empeñados estamos en la doctrina del libre convencimiento. El FP es pues, sencillamente, una necesidad que siente el juzgador, a veces intuitivamente, de salirse de su estática y fría posición de espectador para coadyuvar en pro de la parte que más dificultades objetivas encuentre en la producción y estimación de su prueba. A veces, es un enfrentamiento a los postulados que rigen la prueba, como en el caso de alteración directa o indirecta del *onus probandi*⁵⁴.

Una segunda teoría nos habla de la parcialidad positiva del juez. (De Souza, 2012, pp. 157-181). Conforme a esta propuesta el principio del juez positivamente parcial:

(...) garantiza el reconocimiento de las diferencias sociales, económicas, culturales de las personas envueltas en la relación jurídica procesal penal y civil, tiene por fundamento la concepción filosófica de la “racionalidad del otro”. La parcialidad positiva del juez, por lo tanto, es fruto de una racionalidad crítica que visa

⁵⁴ Un ejemplo de esta teoría que además contiene un problema de bioética pudiéramos encontrarlo en la sentencia de la Sala Constitucional n.º 1456 del 27 de julio de 2006 (caso: Yamilex Godoy). En este caso la Sala, realizando un análisis exhaustivo del material probatorio, determinó en una demanda contra un centro asistencial por no llevar a cabo una fertilización *in vitro* previamente contratada que “Lejano a la ética es recibir una muestra seminal de una persona con expectativas de vida, que ya ha manifestado las razones (afección de salud y tratamiento químico de una enfermedad) por las cuales requiere preservar dicha muestra, pues así se lo recomendó su médico...; adquirir un compromiso para practicar una actividad científica como lo es la fecundación *in vitro*, y luego negarse a ejecutarla con la excusa de que su descendencia puede heredar la enfermedad, cuando de ser así dicho Grupo Médico debió negarse al momento de ser efectuada la solicitud de criopreservación del semen, justamente para no contrariar principios médicos, morales y constitucionales, mucho menos para incumplir un compromiso contractual”. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1456-270706-05-1471.HTM>.

a romper con la totalidad del sistema vigente, con la clausura y delimitación de la vida a partir de la mera conservación del sistema. El juez debe reconocer la exterioridad de las víctimas que se presenta transcendentalmente en el proceso, para el efecto de introducir en el ámbito de la relación jurídica procesal una ética material direccionada para la producción, reproducción y desarrollo de la vida humana.

La tercera propuesta sostiene que, ante la ausencia de regulación normativa de las cargas dinámicas, se deben tomar en cuenta el comportamiento de las partes, su *conducta*, los *indicios*⁵⁵. Referimos en este punto, el denominado *principio de colaboración*, el cual consiste en analizar el comportamiento de las partes en cuanto a la omisión de aportar todos los elementos probatorios con los que cuentan, para esclarecer los hechos debatidos y así extraer indicios o argumentos de prueba.

En este sentido, Kielmanovich (2012)⁵⁶ nos aporta que podría llegarse a idénticas conclusiones, a través de la valoración de la conducta de las partes como prueba indiciaria en su contra, cuando se constaten dificultades probatorias para comprobar los daños producidos, por ejemplo, mientras el actor se hallaba bajo el efecto de la anestesia general o sin poder percibir lo que acontecía en el acto quirúrgico o cuando los daños no responden a los que el curso normal y habitual de las cosas marca como posible consecuencia del acto médico realizado de acuerdo con las reglas de la ciencia y arte, trátase del actor o del demandado, del que afirma como del que niega, supuesto en el que dichas consecuencias no

⁵⁵ Se incorpora aquí también la posibilidad de emplear las reglas de la sana crítica y los principios de comunidad de la prueba y de adquisición procesal para la valoración de la conducta.

⁵⁶ Ob. cit.

resultarían de una inversión de la carga probatoria que indica quién debe probar o no, sino de otra prueba, en el caso extraída de la valoración de la conducta de quien pudiendo fácilmente probar un hecho de dificultosa prueba no lo hace. En otras palabras, mientras la teoría de la cargas dinámicas no tenga consagración legislativa, preferimos valorar la conducta omisiva de la parte con sujeción a la naturaleza de los hechos objeto de la prueba, sin alterar para ello la forma en que aparece regulada la carga de la prueba entre nosotros, tal cual acontece por ejemplo en el campo de las pericias genéticas ordenadas en acciones de reclamación de filiación, en las que si bien la carga se halla en cabeza del actor, la negativa a someterse a dicha prueba puede ser valorada, a partir de las leyes lógicas y de la experiencia, con sujeción a la naturaleza de la causa y a las reglas de la sana crítica, como prueba indiciaria en contra de quien se niega a someterse (sea la actora o el demandado), haya o no norma expresa que lo establezca⁵⁷.

⁵⁷ Esta teoría en la actualidad sería viable en el Derecho venezolano, en atención a lo dispuesto en el artículo 510 del Código de Procedimiento Civil. Dice Sabaté (1997): “Unos elementos puramente indiciarios, como la conducta procesal, o quizás una presunción grave y vehemente, es decir, pruebas indisponibles, puras inferencias que no se proponen ni se practican por nadie pero que surgen de otros elementos fijados en la litis, cualquiera de estos factores puede traer al juzgador el convencimiento de los hechos. (...) En todos estos casos, de ostensible resquebrajamiento de la regla clásica, la jurisprudencia raras veces se ha atrevido a un ataque frontal del principio que en nuestro derecho contiene el artículo 1214 CC, y ha preferido optar por soluciones más oblicuas, arropándose en inferencias endoprocesales surgidas de la conducta de la contraparte, la cual, situada en mejor posición heurística, omite o impide toda producción probatoria. Nada se opone en tales supuestos a que dicho comportamiento procesal del adversario sea considerado por el juez como elemento presuntivo bastante para dar por demostrada la afirmación de la parte contraria. *De este modo los efectos propios de un desplazamiento de la carga de la prueba vienen a ser sustituidos por la valoración endoprocesal de la conducta del litigante,*

Una cuarta propuesta señala que quien “crea el riesgo, aunque su actuar originario sea lícito, debe asumir y soportar las consecuencias derivadas de dicho actuar del que se beneficia”. De esta forma se exonera al actor de probar la culpa o negligencia en el demandado causante de un daño y se echa en las espaldas de este la prueba de que actuó con diligencia. Señala Montero Aroca (2005, pp. 127 y 128) que esta teoría, en modo alguno, excluye totalmente el principio de la responsabilidad culposa, por lo que la relación de causalidad tiene que ser probada igualmente por la víctima, es una regla adicional a aplicar en los casos de responsabilidad extracontractual.

Una quinta propuesta es la denominada por la doctrina *res ipsa loquitur* o “la cosa habla por sí misma” tomada del derecho anglosajón es utilizada para aquellos casos en los cuales no se puede probar cuál fue el hecho generador del daño, pero debido a las circunstancias en las cuales el mismo ha ocurrido, se puede inferir que el mismo ha sido producto de la negligencia o acción de determinado individuo⁵⁸.

En cierta forma, esta teoría apunta a la denominada responsabilidad objetiva, que postula el señalamiento del causante del daño. *El concepto central es que quien está en control de una actividad está en mejor aptitud que quien no la controla para saber qué es*

a quien jurídicamente no le atañe la responsabilidad de la carga. Por otro lado una serie de materiales indiciarios (principios de prueba por escrito, alegaciones del procurador ad litem, etc.) que en otros supuestos serían de escasa repercusión, se utilizan en cambio en tal situación para evidenciar plenamente el objeto de la prueba, combinándolos con la conducta omisiva de la contraparte. Digamos en definitiva, que en lugar de un desplazamiento del onus, *lo que en realidad se traslada es el favor probationes*”. (Destacado nuestro). Muñoz Sabaté (1997). Ob. cit. pp. 32 y ss.

⁵⁸ Bullard G. A. (2005, pp. 217-236) “Cuando las cosas hablan: el *res ipsa loquitur* y la carga de la prueba en la responsabilidad civil”.

lo que pasó. Si la parte demandante no controladora de la prueba asumiera la carga de la prueba, entonces, quien tiene más información tendría el incentivo para no producir prueba alguna sobre lo ocurrido. Desde esta óptica, los costos de producir la prueba aumentarían y la posibilidad de saber quién fue responsable se alejaría de la realidad⁵⁹.

Reiteramos que, si bien ellas no han sido pensadas exclusivamente con ocasión a la responsabilidad civil del médico, estimamos que pueden ser tomadas en cuenta en ausencia de regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico en atención a una solución más justa.

Una última consideración debemos hacer acerca de la posibilidad de que por vía contractual se realice una inversión de la carga de la prueba. Esto es previsible en materia de responsabilidad médica. Es decir, que se establezca en un contrato (médico-paciente o familiares del paciente) la inversión de la regla de la carga de la prueba o se haga una distribución gravosa y distinta a la regla legal; o que se le otorgue valor de prueba a un medio no autorizado por la ley; o que se establezca un valor probatorio superior o menor al establecido por la ley.

Si bien hay un sector minoritario de la doctrina que estima viable esta opción, nosotros coincidimos con la otra visión que considera a las normas procesales (en general) y las normas de prueba como de orden público y que, por lo tanto, no puede ser objeto de regulación por actos jurídicos negociables privados. Así, rechazamos esta posibilidad de prever un resultado de esta forma, sobre todo si un paciente va en búsqueda de salud y posiblemente por desconocimiento en el área suscriba algunas cláusulas pensadas con miras a un resultado. Dice Devis Echandía

⁵⁹ Bullard. Ob. Cit.

(1993) que hay invalidez en el contrato e invalidez en la cláusula según el caso⁶⁰.

Conclusiones

Mediante el establecimiento de normas que establezcan obligaciones y deberes y la consecuencia de su inobservancia, se regula el comportamiento del hombre en sociedad. El origen de las obligaciones puede ser contractual o extracontractual según su naturaleza y su incumplimiento genera el resarcimiento o compensación patrimonial.

En materia de responsabilidad civil, la obligación del médico es considerada como una obligación de medio (obligación de poner la diligencia y los medios disponibles en beneficio de la salud del paciente) y no una obligación de resultado.

Dentro de este cuadro general, la responsabilidad civil puede ser atribuida a un profesional en el ejercicio de su carrera. Nuestro trabajo estuvo encaminado a la obligación de reparar o compensar los daños producidos por el acto médico, una vez que el afectado decide demandar en sede jurisdiccional el resarcimiento del mismo y sus implicaciones probatorias.

La condena a un médico o a una institución asistencial a indemnizar el daño causado a un paciente como consecuencia de la acción u omisión del médico, supone la probanza de los elementos básicos de la responsabilidad civil ya reseñados: el hecho, la existencia del daño y relación de causalidad. En este sentido, si se considerara la obligación del médico como una obligación de resultado, probar el daño es probar el incumplimiento (que podría ser desvirtuada probando el caso fortuito) pero, en una obligación de medios, se debe

⁶⁰ Ob. cit. pp. 511 y ss. el autor referido hace un amplio análisis del tema.

probar el daño y la culpa (y para eximirse de responsabilidad le será suficiente demostrar haber obrado diligentemente).

Tenemos entonces que, para hacer efectiva esa responsabilidad del médico se hace necesario acudir al órgano jurisdiccional y *probar* las afirmaciones (hecho daño y relación de causalidad). Eso nos lleva a esta interrogante: qué es la prueba y quién debe (carga) probar o, como establece la doctrina, quién asume el riesgo de que la prueba no esté en el proceso.

En general, la carga de la prueba encuentra su fundamentación en el concepto *carga procesal* vinculada a la teoría de la *Situación Jurídica* planteada por James Goldschmidt quien busca explicar la naturaleza del proceso. El concepto carga procesal está estrechamente vinculado al concepto *carga de la prueba*. La carga de la prueba es, por un lado, una regla de juicio que le indica a las partes la autorresponsabilidad sobre los hechos que tienen que probar y, por otro lado, es una regla que le indica al juez cómo sentenciar ante la ausencia de pruebas, porque el juez no debe dejar de decidir, aun cuando tenga dudas (*non liquet*), para eso están estas reglas.

En un análisis primigenio pareciera que, al estar las reglas claras, hay la certeza o al menos se permite prever el resultado en cualquier juicio. La doctrina establece que ello ayuda a sostener la seguridad jurídica y la armonía, pero la pregunta es para quién es esa seguridad, sobre todo si estamos en presencia de relaciones jurídicas asimétricas.

En este sentido, en el caso de la responsabilidad médica, quien afirme el daño en virtud de la mala praxis médica deberá probarlo; debe probar además el hecho antijurídico o falta médica por no actuar con la diligencia del buen padre de familia; y la relación de causalidad entre el hecho y el daño, la cual, una vez demostrada, solo puede romperse por causa extraña no imputable.

Al ser una obligación de medio, el médico debe actuar con la diligencia del buen padre de familia y realizar y emplear todo los conocimientos y medios técnicos para velar por la vida y salud de las personas.

Importante es destacar que no todos los casos de responsabilidad son iguales, una razón es que ella puede derivar del contrato pero también puede ser extracontractual. En ambos casos pensamos que, con o sin contrato, el médico debe actuar conforme a los principios de la bioética, estos son: el de beneficencia o la actuación en beneficio y en la forma más conveniente para el paciente; no hubo maleficencia ni acciones intencionadas de causar daño, así como tampoco la intención de (revisar redactar...) autonomía y el de justicia; por ello estimamos que de realizarse el daño por no actuar en forma diligente conforme a estos principios siempre deberá indemnizarse.

Nuestros tribunales sentencian aplicando estas reglas, en tal sentido, “las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho y quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación” (artículos 1.354 del Código Civil y 506 del Código de Procedimiento Civil).

Estas normas, aisladamente consideradas como orientación al juez o a las partes, parecieran no causar problemas. El asunto se complica cuando lo que se está discutiendo es un tema de prueba difícil o de insuficiencia de pruebas aportadas por el demandante, situación que pudiera ocurrir en materia de la responsabilidad civil del médico.

Una prueba es difícil, no imposible, se presenta cuando no hay manera de traerla a los autos por antigua (no es capaz de ser estampada por un hecho histórico), no hay manera de demostrar lo ocurrido porque, por ejemplo, se realizó en intimidad, las huellas

se borraron o al testigo se le olvidó; o cuando no hay disponibilidad de la prueba por razones de destrucción o porque se inutilizó el medio de prueba o simplemente quien la necesita no tiene acceso, no hay disponibilidad de la prueba. Un ejemplo pudiera ser aquellos casos de negligencia médica, en los que normalmente el demandante se encuentra en la imposibilidad de demostrar lo ocurrido en un quirófano, lo que pudiera ser porque quien demanda no es médico, porque en el quirófano estaba el paciente inconsciente o falleció o porque no se tiene acceso a la historia clínica o a los registros del centro asistencial (clínica, hospital o ambulatorio).

En estos casos, puede causarse injusticia porque quien debía llevar la prueba no tuvo acceso a la misma.

Ante estas circunstancias la doctrina, hace una crítica a la pasividad del juez en los procesos de corte dispositivo, y cuestiona la aplicación de la regla clásica y apriorística de la carga de la prueba en materia de la responsabilidad civil del médico.

En este sentido, la doctrina destaca el deber de colaboración de las partes con el juez en el proceso en la búsqueda de la verdad, es decir, que el proceso no se use como un artificio o estrategia para ocultarla. Así, tomando en cuenta la solidaridad que debe existir en materia de pruebas y el necesario replanteamiento del principio de igualdad procesal (discriminación positiva) con miras a un proceso más justo y equilibrado, surge la teoría de las cargas probatorias dinámicas para aquellas materias de difícil prueba, según la cual las pruebas debe llevarla quien mejor posición tenga frente a ella (por facilidad o acceso).

De esta forma, consideramos que si en casos de responsabilidad civil del médico se da la desigualdad por razones técnicas, científicas, tecnológicas económicas o sociales, debe y puede emplearse, para el análisis procesal, otras teorías que busquen

el equilibrio y que no impongan al demandante un esfuerzo probatorio titánico.

Con la aplicación de esta teoría a supuestos de esta naturaleza, se cumple con el mandato constitucional establecido en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo cual puede hacerse mediante normas dictadas por el legislativo o también, pensamos, por el Poder Judicial en su función hermenéutica, para hacer efectiva la norma constitucional.

Es decir, atendiendo al principio de igualdad real y efectiva en el marco constitucional, debemos tomar en cuenta en el proceso la condición de las partes y cuando se produzca la desigualdad frente a la prueba y su acceso a ellas, estimamos que debe aplicarse esta teoría.

Asimismo, consideramos que esta teoría no excluye la regla general, sino que se trata de un aligeramiento de la misma para casos excepcionales de dificultad probatoria donde la carga de la prueba recaiga sobre quien tenga la mayor facilidad probatoria. Compartimos la afirmación de la profesora Rodríguez de Bello^(†) (2012. p. 2), quien considera que *el Derecho no puede seguir fallándole a la sociedad, el ordenamiento jurídico debe avanzar como ciencia y no puede dejar a un lado lo que ocurre en la actualidad: Hay que redimensionar los conceptos, adaptarlos a los nuevos tiempos, pero preservando los principios y valores; en este sentido consideramos viable aplicar nuevas teorías que nos permitan conseguir la verdad material, donde lo que subyace en la discusión es del derecho a la vida y el derecho a la salud, los bienes más preciados del ser humano.*

Es por ello que estimamos que esta teoría puede ser empleada por los jueces de la República realizando una interpretación constitucionalizante del proceso. De esta forma, su ausencia en la legislación (en este momento) en el ordenamiento jurídico venezolano no impide su aplicación, en atención a los artículos, 2,

7, 21, 26, 49 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que ordenan el reconocimiento de la Constitución como norma suprema del ordenamiento, la igualdad real y efectiva, el acceso a la justicia, el acceso a la prueba como parte del derecho a la defensa en juicio y que el proceso sea un instrumento para la realización de la justicia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS Y REVISTAS

- Alcalá-Zamora, N. (1970). Reimpresión (2000). *Proceso, Autocomposición y Autodefensa (Contribución al estudio de los fines del proceso)*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Dirección General de Publicaciones Ciudad de México, Textos Universitarios Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).
- Alsina, H. (2001). *Derecho Procesal Civil*. Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil 3. México: Editorial Jurídica Universitaria. .
- Balaguer Callejón, M. (1997). *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*. Madrid, España: Editorial Tecnos.
- Benabentos, O. (2014). *La Carga de la Prueba y su Variación de Oficio por el Juez*. Recuperado de <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/20/20>
- Bullard, A. (2005). *Cuando las cosas hablan: El res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la Responsabilidad Civil*. Themis. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es>
- Castillo, A. (2006). *Bioética*. Caracas, Venezuela: Editorial Disinlimed, C.A.
- Carbajal, M. (2014). *La Problemática de la Prueba Difícil: El Favor Probationes y La Prueba Levior*. Recuperado de <http://www.uss.edu.pe/uss/RevistasVirtuales/ssias/ssias2/pdf/PRUEBALEVIORCARBAJAL.pdf>.
- Cortina, A. (2011). *Educación en Valores y Responsabilidad Cívica*. Bogotá. Colombia: Editorial Buho.
- Couture, E. (1954). Algunas Proposiciones Fundamentales de Derecho Procesal Civil. *Revista de Derecho Procesal*. Año XII. Primera Parte. (Estudios en memoria de David Lascano) Ediar. Soc. Anón. Editores. Buenos Aires. Recuperado de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/25523/22923>.

- _____. (1976). *Vocabulario Jurídico*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.
- _____. (1981). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.
- De Lucas, J. (2000). *La Igualdad ante la Ley, en: El Derecho y la Justicia*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- De Souza, A. C. (2012). La Parcialidad Positiva Del Juez: Fundamento Ético Material Del Código Modelo Iberoamericano. *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, (número 16). Recuperado de http://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/15205/parcialidad_souza_UNIV_2012_16.pdf?sequence=1http://universitas.idhbc.es/n16/16-08.pdf
- Devis Echandía, H. (1993). *Teoría General de la Prueba Judicial*. T. I, 4ta. Edic. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.
- Domínguez Guillén, M. C. (2017). *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C. A. Caracas. Venezuela.
- Dworkin, R. (1999). *Los Derechos en Serio.*, Barcelona, España: Editorial Ariel.
- Ferreira, Roberto. (1996). La Importancia de la Historia Clínica en los Juicios por Mala Praxis Médica. *Revista de Derecho de la Universidad de Valparaíso*. 17 (0), 389-402. Recuperado de <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/349/325>
- Garzón, F. A. (2003). *Bioética Manual Interactivo*. Bogotá, Colombia: 3 R Editores.
- González, Zund, R. A. (s. f). *Importancia de la Historia Clínica. Su Valor probatorio*. Recuperado de <https://gonzalezund.com/new/site/2002/09/28/importancia-de-la-historia-clinica-su-valor-probatorio/>
- Homero. *La Odisea*. Recuperado de http://bibliotecadigital.ilce.edu.mx/Colecciones/ObrasClasicas/_docs/Odisea.pdf
- Kielmanovich, J. (2012). Cargas dinámicas y prueba de la responsabilidad médica. *Revista Derecho Privado*. 1 (1), 311-320. Ediciones Infojus, p. 309. Recuperado de <http://www.infojus.gob.ar/doctrina/>

- dacf120042-kielmanovich-cargas_dinamicas_prueba_responsabilidad.htm;jsessionid=p6dk2ipwy3bpgydp1aaoratt?0&bsrc=ci.
- Luna, Álvaro. (2003) *Regulación de la Carga de la Prueba en la LEC. En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria*. Working Paper n.º: 165 Barcelona, Recuperado de <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/82890/107869>.
- Midón, M. (2008). La Carga de la Prueba. En *Tratado de la Prueba*. La Paz, Argentina.
- Michelli, G. A. (1989). *La Carga de la Prueba*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Montero Aroca, J. (2005). *La Prueba en el Proceso Civil*. Navarra, España: Civitas.
- MuñozSabaté, L. (1997). *Técnica Probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*. Santafé de Bogotá, Colombia: Edit. Temis.
- Nieto, A. (2000). *El Arbitrio Judicial*. España: Editorial Ariel, S.A.
- Parra Quijano, J. (1997). Crisis de la Noción Clásica de la Carga de la prueba. *Revista de Derecho Probatorio*, n.º 8.
- (2000). *Manual de Derecho Probatorio*. Santafé de Bogotá, Colombia: Ediciones Librería del Profesional.
- Pérez, Juliana. (2011). La Carga Dinámica de la Prueba en la Responsabilidad Administrativa por la Actividad Médica. En *Estudios de Derecho -Estud. Derecho*. Vol. LXVIII. (152). Recuperado de http://biblioteca-digital.udea.edu.co/bitstream/10495/2374/1/PerezJuliana_2011_CargaResponsabilidadAdministrativa.pdf
- Peyrano, J. W. (2004). La Prueba Difícil. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 59-70. Recuperado de <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/133>
- (2013). *La Carga de la Prueba*. Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal. 956-975. Recuperado de <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>
- Rengel-Romberg, A. (1992). *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Tomo III Caracas, Venezuela: Edit. Arte.
- Rodríguez, G. (2012). *Ámbito Jurídico*. *Publicación Legis*. 13(166). p. 2.

- Rosenberg, L. (2002). *La Carga de la Prueba*. 2^{da} Edic. Buenos Aires, Argentina: Editorial By F Montevideo-Buenos Aires.
- Sentís Melendo, S. (1979). *La Prueba*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Taruffo, M. (2002). *La Prueba de los Hechos*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- _____. (2008). *La Prueba. Artículos y Conferencias*. Chile: Editorial Metropolitanae.
- Thompson, J. (S/F) "Los Principios de Ética Biomédica". Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F19EC3BBDBF7C4D805257D170076871B/\\$FILE/ceboax-0470.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F19EC3BBDBF7C4D805257D170076871B/$FILE/ceboax-0470.pdf). Consultado en marzo 2022.

LEGISLACIÓN NACIONAL Y EXTRANJERA

- Código Civil Francés. Recuperado de http://if-oll.s3.amazonaws.com/titles/2353/CivilCode_1566_Bk.pdf.
- Código Civil Chileno (Andrés Bello) 1857. Recuperado de http://www.cinder.info/wp-content/uploads/file/Legislacion/Chile/CODIGO_CIVIL_CHILENO.pdf.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Publicada en la Gaceta Oficial n.º 36.860 del 30 de diciembre de 1999; reimpressa en la Gaceta Oficial n.º 5.453 Extraordinario de fecha 24 de marzo de 2000, cuya Enmienda n.º 1 aparece publicada en la Gaceta Oficial n.º 5.908 Extraordinario de fecha 19 de febrero de 2009.
- Código de Procedimiento Civil Venezolano (1990). Gaceta Oficial n.º 4.209 (Extraordinario) septiembre 18, 1990.
- Código Civil Venezolano (1982). Gaceta n.º 2.990 (Extraordinario) julio 26, 1982.
- Código General del Proceso. Ley 1564 de 2012, Colombia. Recuperado de https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/tramites_servicios/apostilla_legalizacion/ley_1564_de_2012_codigo_general_del_proceso.pdf

Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los derechos del paciente. Recuperado de <http://www.unav.es/cdb/ammlisboa2.html>.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. España Tomado de <https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf>

PÁGINAS OFICIALES

Tribunal Supremo de Justicia. <http://www.tsj.gob.ve/>

2. Período de prueba y su regulación en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (2012)

Trial period and its regulation in the organic law of labor, male and female workers (2012)

LUIS GABRIEL MARTÍNEZ BETANCOURT*

* Abogado egresado de la Universidad Gran Mariscal de Ayacucho (UGMA). Especialista en Derecho Procesal Laboral por la UNEFA. Magister en Derecho Laboral por la Universidad Bicentennial de Aragua (UBA). Doctorando en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Experimental de Los Llanos Occidentales "Ezequiel Zamora" (Unellez).

RESUMEN

El presente artículo académico tiene como objetivo general analizar el período de prueba y su regulación en la Ley Orgánica del Trabajo, Los Trabajadores y Las Trabajadoras (2012), utilizando para su desarrollo los objetivos referidos a indagar como primer subtema antecedente al reconocimiento del período de prueba en la legislación laboral venezolana, y como segundo subtema, la ubicación jurídica actual del Período de Prueba en el Derecho Laboral Venezolano. La metodología empleada es de tipo documental, dogmático jurídico y descriptiva, y el diseño es de tipo bibliográfico. Los resultados apuntan a que su aplicación será en casos estrictamente determinados, observando la situación fáctica de derecho entre el trabajador y el patrono, así como las normas que rigen el derecho laboral en defensa de los derechos subjetivos de los trabajadores y las trabajadoras prestadores de servicio, y en cumplimiento de los postulados de la Carta Magna y la ley sustantiva laboral, la cual hace un reconocimiento especial al hecho social trabajo, como principio fundamental para el desarrollo de la nación.

Palabras clave: período, trabajadores, hecho social.

ABSTRACT

The general objective of this academic article is to analyze the trial period and its regulation in the Organic Law of Labor, the Workers and the Workers (2012), using for its development the objectives referred to as the first sub-theme antecedent to the recognition of the probationary period. Test in Venezuelan labor law, and as a second subtopic, the current legal location of the Trial Period in Venezuelan Labor Law. The methodology used is documentary, legal dogmatic and descriptive, and the design is bibliographical. The results indicate that its application in strictly determined cases, always observing the factual situation of law between the worker and the employer, observing the rules that govern labor law in defense of the subjective rights of workers and service providers, complying with the postulates of the Magna Carta and the substantive labor law, which makes special recognition of the fact of social work, as a fundamental principle for the development of the nation.

Keywords: period, workers, social fact.

INTRODUCCIÓN

En Venezuela las normas que rigen la legislación laboral son sujetas a interpretaciones por los diferentes actores, entre ellos, operadores de justicia, juristas y doctrinarios, abogados, estudiantes de derecho, y en general por profesionales que indirectamente tienen que analizarlas y aplicarlas en determinado momento y casos en concretos.

Por ello, el presente artículo académico tiene como objetivo principal realizar un examen exhaustivo de las normas aplicables en materia laboral, para el estudio del período de prueba y su regulación en la Ley Orgánica del Trabajo, Los Trabajadores y Las Trabajadoras (2012), teniendo como finalidad orientar a los estudiantes de la ciencia jurídica en materia laboral.

En el presente artículo se utilizó la metodología de tipo documental, dogmático jurídico y descriptiva, y el diseño es de tipo bibliográfico. Se revisaron textos jurídicos, leyes, jurisprudencias, instrumentos y normas reguladoras en materia laboral vigente y derogada. Para ello, se presentó una estructura bajo un estudio monográfico, en la que se desarrollaron dos subtemas principales, dado que se emprendió un tema con sustento en los procesos de acopio de información, organización, análisis crítico y reflexivo, interpretación y síntesis de referencias al tema seleccionado; por lo tanto, se realizó un estudio teórico-reflexivo y analítico sobre situaciones prácticas y problemas en esta área con el fin de describirlos e identificar factores intervinientes, así como las posibles causas y sus posibles vías para su solución.

Antecedentes al reconocimiento del período de prueba en la legislación laboral venezolana

La conducta del hombre en sociedad se rige por normas dotadas de coercibilidad, es decir, que son de cumplimiento obligatorio, y estas a su vez están sujetas a interpretaciones por parte de los servidores de justicia en dos formas, a saber, la primera, sería en sentido *stricto sensu* (en sentido restringido) y la segunda, en sentido *lato sensu* (en sentido amplio), pero existe una prohibición legal en el derecho positivo venezolano que controla este tipo de actuación, establecida por el legislador patrio en el Código Civil Venezolano de (1982), específicamente en su artículo 4, el cual establece lo siguiente:

A la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador. Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho.

En efecto, esta regla es de carácter general y de orden público, que no puede relajarse por la voluntad de las partes y que es aplicable en todas las materias y jurisdicciones que conforman la estructura del Poder Judicial Venezolano.

Ahora bien, la legislación del trabajo en Venezuela, adicionalmente al principio antes señalado, establece que la materia laboral es de reserva legal del ejecutivo, es decir, que sus asuntos, materias o temas concretos o específicos de competencia nacional, requieren ser regulados exclusivamente, mediante actos jurídicos normativos con rango, valor y fuerza de ley; y sus normas son de orden público y de aplicabilidad imperativa, obligatoria e

inmediata, elementos esenciales basados en una justicia social, de solidaridad, equidad, y de igualdad ante la ley, como derechos humanos inherentes de todos los ciudadanos y ciudadanas de conformidad con los postulados constitucionales contenidos en nuestra Carta Política Fundamental.

De igual forma, la derogada Ley Orgánica del Trabajo de (1997) en el artículo 108, y su Reglamento en el artículo 30, establecían el período de prueba mediante el cual las partes (trabajador y patrono) tenían un lapso prudencial que no excedía de 90 días continuos, computados desde el inicio de la relación laboral, a objeto de que el trabajador juzgare si las condiciones de trabajo eran de su conveniencia y el patrono apreciare sus conocimientos y aptitudes en el desempeño de sus funciones. En dicho lapso, cualquiera de las partes contratante podía dar por extinguido el contrato de trabajo, sin que hubiere lugar a indemnización alguna y sin necesidad de notificar previamente tal decisión. Y el mismo era tomado en consideración para determinar la antigüedad del trabajador, cuando este continuaba prestando servicios una vez vencido aquel.

Y es por ello que numerosas veces los patronos y patronas tomaban este tiempo establecido por ley para simular un contrato a tiempo determinado que los trabajadores más nuevos no superaban y como consecuencia nefasta tal actuación iba en perjuicio del trabajador, mermando sus derechos legales y reglamentarios, por cuanto no les nacía el derecho a prestación de antigüedad y mucho menos el derecho a la estabilidad de acuerdo con los postulados constitucionales, lo cual afectaba la permanencia en el empleo y como consecuencia inmediata inestabilidad económica en las familias venezolanas.

Ante tal situación irregular, el Estado por mandato constitucional y como ente proteccionista de Hecho Social Trabajo, con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo, Los

Trabajadores y Las Trabajadoras en el año (2012) eliminó tal período de prueba, como una medida para proteger a los trabajadores y trabajadoras del “fraude” cometido por los empleadores ya que, en muchos casos, las relaciones de trabajo duraban hasta 89 días continuos, y por lo general el trabajador “no superaba dicho lapso”, lo cual lo dejaba en indefensión, sin derecho a reclamar prestación de antigüedad, ni indemnización alguna, por cuanto no operaba despido injustificado, ya que la misma ley facultaba al patrono a dar por terminada la relación de trabajo sin notificación previa.

Mientras que, en la actualidad, la Ley Orgánica del Trabajo, Los Trabajadores y Las Trabajadoras (2012) establece que los trabajadores y trabajadoras a tiempo indeterminado estarán amparados de estabilidad a partir del primer mes de trabajo “y dispone lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado”, y conducta del patrono que vaya en detrimento de la progresividad e intangibilidad de los derechos de los trabajadores y las trabajadoras, tal como lo señala la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV, 1999), en sus artículos 87 y 89 en concordancia con el artículo 85 y siguientes de la LOTTT (2012).

Por eso, ante la práctica ilegal o mala interpretación de la norma en contravención de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV, 1999) y de la LOTTT (2012), el legislador patrio se vio en la necesidad de dictar medidas más estrictas en favor del hecho social trabajo creando instituciones para la protección y garantías de los derechos laborales de la masa trabajadora, atribuyéndole la competencia exclusiva en materia de inamovilidad laboral al órgano administrativo del trabajo (Inspectorías del Trabajo).

Asimismo, reforzó la jurisdicción laboral con la atribución de competencias en materia de recursos contenciosos laborales, en aras de salvaguardar el derecho al trabajo como proceso

fundamental para el desarrollo de la nación, como hecho social y como derecho humano fundamental de los justiciables.

Por consiguiente, los trabajadores y las trabajadoras que se vean afectados ante la conducta contumaz de los patronos o las patronas pueden acudir a las Inspectorías del trabajo de su jurisdicción a fin de instaurar el procedimiento de reenganche y restitución de derechos, el cual está regulado en el artículo 425 de la LOTTT (2012), o el procedimiento para atender reclamos de trabajadores y trabajadoras, señalado en el artículo 513, *ejusdem*, siendo estos unos procedimientos breves y expeditos en cumplimiento a la tutela judicial efectiva que comprende el debido proceso y el derecho legítimo a la defensa. De esta forma, Venezuela se caracteriza por ser un Estado que cumple con los postulados constitucionales por ser un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia.

Este segundo subtema está conformado por los antecedentes de la investigación, las teorías referenciales que sustenta la investigación, las bases teóricas que apoyan el estudio y las bases legales que fundamentan el desarrollo de la investigación.

Antecedentes del período de prueba

En cuanto al tema de estudio planteado, existen variados estudios e investigaciones afines, las cuales servirán de aporte para el desarrollo de este proyecto de investigación, entre ellos se destacan a continuación:

Asquerino (2015, p. 32) llegó a la conclusión de que “el período de prueba no nos remite a una realidad jurídica diferente a la que entraña todo contrato de trabajo”. Al examinar la naturaleza jurídica del período de prueba, se observa cómo se produce la coincidencia entre el compromiso fundamental asumido por el

trabajador que no está sujeto a prueba y el que sí está vinculada a esta.

Es decir, que el período de prueba se concibe como la excepción reglada al principio de conservación del negocio que ampara intereses netamente empresariales. En este panorama normativo, surge el período de prueba que, al concebirse como esa excepción del principio de estabilidad en el empleo, ha de ineludiblemente interpretarse y aplicarse restrictivamente.

Igualmente, De Freitas (2016, p. 21) concluyó que “nuestro legislador no hizo mención expresa en dicha norma de un período de prueba, por lo que en estricta legalidad lo que ha sido reflejado es un lapso de carencia de estabilidad laboral”. Y añade que el mismo aplica para la modalidad de contratos de trabajos a tiempo indeterminado, tal como lo señala la norma en su artículo 87 (LOTTT, 2012).

Además, determinó que constituyen caracteres distintos del período de prueba: a) que se trata de una condición, b) que tiene origen convencional o de fuente autónoma, c) con oportunidad de fijación limitada, d) que aplica por un lapso provisional, e) que tiene un objeto preciso, f) opera bajo el principio de legalidad, g) es de naturaleza flexible; y h) reporta consecuencias patrimoniales mínimas o inexistentes.

En los precedentes trabajos de investigación, se observa notoriamente la vinculación del tema que se pretende investigar, debido a que se estudia el período de prueba en diferentes escenarios y legislaciones afines con ordenamiento jurídico venezolano. El material bibliográfico antes referido contribuye con aportes característicos para alcanzar los objetivos propuestos en esta investigación.

El período de prueba

Se entiende por período de prueba aquella condición de origen convencional (con o sin contrato de trabajo) que puede ser pactada al inicio de la relación laboral o con ocasión de un ascenso, consistente en el establecimiento de un lapso provisional que tiene por objeto permitir cotejar expectativas relativas al cumplimiento de las prestaciones a que están obligándose los sujetos y por tanto le da al patrono la oportunidad de formarse mejor una convicción de las competencias del trabajador, así como la experimentación en el cargo y las condiciones de prestación de servicios; por lo que, en observancia a los límites legalmente establecidos, se permita el retorno al puesto de trabajo anterior o la finalización de la relación laboral (según el caso) con menores restricciones respecto del régimen ordinario de permanencia en el empleo y usualmente con consecuencias patrimoniales mínimas o inexistentes.

Objeto del período de prueba

El período de prueba tiene como objeto que el trabajador o trabajadora juzgue si las condiciones de trabajo son de su conveniencia y el patrono o patrona aprecie sus conocimientos y aptitudes de tipo laboral.

Naturaleza jurídica del período de prueba

En ese sentido, el profesor Valverde (1976, p. 25) ha sostenido que las tesis pueden clasificarse en dos grupos; a saber: monistas y dualistas. Las primeras consideran el período de prueba como una fase inicial del contrato de trabajo, en tanto que las segundas sostienen que se trata de una contratación autónoma y por tanto

no vinculada al contrato de trabajo —*stricto sensu*— que solo tendrá lugar una vez culmine satisfactoriamente el primer contrato (de prueba).

Posteriormente, el mismo autor, en su obra conjunta intitulada “Derecho del Trabajo”, afirma lo siguiente: “hay que señalar que aunque sometida a un régimen jurídico especial, la relación ha nacido ya, no se trata, pues, de un estadio previo al vínculo obligacional sino propiamente de la misma relación laboral en una etapa o período inicial” (1999, p. 493), con lo cual se inclina por la tesis que el mismo da en denominar monista.

De manera que, en este mismo particular, Caldera (1981) identifica distintas hipótesis que han intentado explicar la naturaleza jurídica del período de prueba, las cuales son: (i) contrato a término, (ii) condición resolutoria, (iii) condición suspensiva, (iv) tesis mixta, esto es, suspensiva-resolutoria (sostenida por Guzmán (2008), (v) venta de la cosa futura, (vi) venta a prueba; y (viii) tesis de la condición (con sus variantes). En su criterio, todas adolecen de objeciones que ponen en evidencia su insuficiencia, por lo que concluye que:

... la solución más clara es ver la estipulación del período de prueba como una modalidad propia y característica del contrato de trabajo: exigida por el carácter *intuitu personae* que aquel tiene y por las consecuencias atribuidas por el legislador a la relación de trabajo, que ordinariamente no puede romperse sin cumplir formalidades legales impretermitible y sin pagar determinadas prestaciones...

De la cita parcialmente transcrita, se evidencia que Caldera se adscribe también a la tesis monista, al proponer que se trata de una estipulación integrante del contrato de trabajo, la cual tiene su origen en la expresión de la autonomía de la voluntad de

las partes y se justifica tanto en el carácter *intuitu personae* de la prestación de servicios como en la rigidez que tradicionalmente existe en la ruptura del vínculo existente entre patrono y trabajador o trabajadora.

Ubicación jurídica del período de prueba en el derecho laboral venezolano

El período de prueba no estaba regulado de forma expresa en la derogada Ley Orgánica del Trabajo (LOT, 1997), y tampoco está desarrollado en la Ley Orgánica del Trabajo, Los Trabajadores y Las Trabajadoras (LOTTT, 2012), lo que se desprende de ambas es el tiempo de duración de dicho período, cuando se establece el momento en que los trabajadores gozan de estabilidad laboral, en la LOT, después de los tres meses de trabajo, y en la LOTTT a partir del primer mes de servicio.

Por eso, el desarrollo sobre el período de prueba se encuentra en el Reglamento de la derogada LOT (1997) vigente actualmente en cuanto sea aplicable, en el artículo 25:

Período de prueba: Las partes podrán pactar un período de prueba que no excederá de noventa (90) días, a objeto de que el trabajador juzgue si las condiciones de trabajo son de su conveniencia y el patrono aprecie sus conocimientos y aptitudes.

Durante el período de prueba, cualquiera de las partes podrá dar por extinguido el contrato de trabajo sin que hubiere lugar a indemnización alguna y sin necesidad de notificar previamente tal decisión.

Parágrafo Primero: Será nula la estipulación que establezca un período de prueba cuando el trabajador hubiere desempeñado las mismas o similares funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad.

Parágrafo Segundo: El período de prueba se tomará en consideración para determinar la antigüedad del trabajador, cuando éste continúe prestando servicios una vez vencido aquél.

Pues bien, según las disposiciones de la derogada LOT (1997), durante el período de prueba, cualquiera de las partes podía dar por extinguido el contrato de trabajo sin que hubiere lugar a indemnización alguna, sin perjuicio de los derechos que se hubieren causado en proporción al tiempo trabajado, así como el preaviso correspondiente de conformidad con el artículo 104 de la misma norma.

De modo que, en la norma vigente LOTTT (2012), el período de prueba no puede exceder de 30 días continuos, computados desde el inicio de la relación de trabajo. Tal como lo señala el artículo 87, *ejusdem*: “Estarán amparados por la estabilidad prevista en esta ley: 1º, Los trabajadores y trabajadoras a tiempo indeterminado a partir del primer mes de prestación de servicio”. Anteriormente, la ley establecía un tiempo de más de tres meses al servicio del patrono, (ex artículo 112 LOT, 1997) para poder gozar de estabilidad laboral.

Por consiguiente, de lo anteriormente señalado se puede apreciar que el período de prueba no está claramente definido en la ley que rige la materia, la cual permite una interpretación de forma restrictiva a favor de los trabajadores y trabajadoras y nunca a favor del patrono, dado lo especial del hecho social trabajo, considerado por el ordenamiento jurídico venezolano como elemento esencial para alcanzar los fines del Estado, como se ha señalado anteriormente.

Adicionalmente, dicha norma excluye del régimen de estabilidad laboral a los trabajadores de dirección, es decir, artículo 37 LOTTT (2012), el que interviene en la toma de decisiones u orientaciones en la entidad de trabajo, así como el que tiene el carácter

de representante del patrono ante otros trabajadores o terceros pudiendo sustituirlos en todo o en parte en sus funciones.

Del examen minucioso de dicho artículo se desprende que, al igual que la derogada LOT (1997), la LOTT (2012) vigente omite la expresión “período de prueba” para referir a esa condición en la que puede encontrarse un trabajador al inicio de su relación laboral, por lo que en estricta legalidad de lo que existe es de un lapso sin estabilidad laboral, esto es, una fase en la que puede rescindirse el contrato de trabajo por cuanto el prestador de servicios no está investido de la protección general de permanencia en el empleo.

Bruzual (2013, p. 143) señala que la mención expresa del “período de prueba” fue excluida por la Comisión Bicameral que debatió la Ley Orgánica del Trabajo de (1990, p. 143), con el objeto de “... evitar abusos de los patronos con la nueva realidad económica del país”.

Sin embargo, señala que el futuro Reglamento de la LOTT (al igual que los anteriores) podría establecerlo, realizando que la limitante estaría en que el tiempo no debe ser mayor a 30 días por resultar el lapso implícito de la lectura del artículo 87 de la LOTT, en resguardo a una estabilidad fijada legal y constitucionalmente.

De igual forma, Caldera (1981, p. 126), en el análisis bajo la vigencia de la Ley del Trabajo, sostenía que indirectamente sí existe el período de prueba legal de un mes, ello por cuanto en ese espacio cualquiera de las partes puede dar por terminado el contrato de trabajo sin tener que pagar indemnización ni prestación alguna.

En consecuencia, en atención de lo que se trata aquí se pretende precisar si ese espacio corresponde a un auténtico tiempo para permitir a los sujetos de la relación laboral cotejar expectativas relativas al cumplimiento de las prestaciones a que están obligándose, o si simplemente es un diferimiento de la tutela del Estado frente al despido libre.

Por ende, la mayoría de la doctrina local simplemente omite este examen y da por cierta la existencia automática de un período de prueba, Bruzual (2012) precisa que: “No estuvo previsto en la LOT de 1997, ni ahora en la LOTTT como período condicional para conocerse las partes y apreciar la conveniencia o no de la relación laboral” (p. 142).

Por otra parte, la norma en análisis alude además al régimen de estabilidad laboral en los contratos de trabajo por tiempo determinado y obra determinada respectivamente, dejando claro en ambos casos que la protección frente a la permanencia en el empleo se extiende hasta cumplirse el término (en el supuesto del contrato de trabajo por tiempo determinado) o hasta concluir las tareas para las cuales fue contratado el trabajador (en caso de obra determinada).

Sin embargo, omite el artículo 87 de la LOTTT, en cuenta a que no señala desde cuándo debe computarse esa estabilidad laboral, a tenor de lo cual caben al menos dos interpretaciones.

Según la primera interpretación, la estabilidad laboral está presente desde el inicio del contrato de trabajo (por tiempo determinado u obra determinada según el caso) y, por tanto, no existe período de prueba. La segunda interpretación es que, ante la omisión legislativa, debe interpretarse analógicamente el lapso de 30 días en los que no existe estabilidad laboral en los contratos de trabajo por tiempo indeterminado.

Período de prueba y la antigüedad del trabajador o la trabajadora

Ahora bien, como se ha señalado anteriormente, el período de prueba es una institución del derecho laboral, que no está establecida en forma clara en la legislación laboral venezolana, ya que la Carta Política Fundamental prevé por encima de cualquier disposición, norma o reglamento, que los derechos de los trabajadores y

las trabajadoras son de protección especial por parte de Estado y declara nula toda convención o acuerdo entre las partes que atenten o amanecen con atentar contra la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales, prevaleciendo en las relaciones laborales la realidad sobre las formas o apariencias, declarando además el carácter de irrenunciabilidad de sus derechos, principios que son de carácter constitucional y legal.

El derecho a prestaciones sociales por antigüedad para los trabajadores y las trabajadoras nace desde el inicio del primer trimestre, derecho equivalente al depósito de 15 días cada trimestre, calculado con base en el último salario devengado, con lo que se activa a su favor el derecho a la estabilidad y permanencia en su puesto de trabajo señalado anteriormente.

El período de prueba y los contratos de trabajo a tiempo determinado

Por otra parte, los contratos de trabajo por tiempo determinado son aquellos en los cuales se ha limitado la duración de los servicios del trabajador, es decir, concluyen con el vencimiento del término prefijado.

De manera que la legislación laboral venezolana prohíbe tácitamente celebrar contratos de trabajo por tiempo determinado en los que se establezca un período de prueba. Al respecto, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia dejó establecido mediante sentencia n.º 520, de fecha 31 de mayo de 2005, caso contra la sociedad mercantil Tecnoconsult Ingenieros Consultores, S.A., lo siguiente:

(...) A criterio de esta Sala, resulta incompatible con la suscripción de un contrato por tiempo determinado el establecimiento de un período de prueba, ya que la intención teleológica de éste, tal y

como se refirió en los párrafos precedentes, va dirigida a la comprobación de habilidades, conveniencias o bondades de una parte para con la otra en un contrato por tiempo indefinido, no para este tipo de contratos donde las partes ad initio han establecido el lapso de vigencia, cuando así lo exija la naturaleza del servicio, o tenga por objeto sustituir lícita y temporalmente a un trabajador, o en el caso de la contratación de personal venezolano para laborar en el exterior...

...En este sentido, dada la naturaleza de ambos contratos, a término y período de prueba, resulta incompatible establecer en un contrato de trabajo a tiempo determinado un período de prueba, por cuanto este último tiene por objetivo la comprobación de la aptitud profesional del contratado, así como su adaptación a la tarea encomendada, mientras que en el contrato a término subsiste una obligación de la prestación del servicio, bajo subordinación, en el cual el contratado adquiere una obligación de hacer y el contratante adquiere una obligación de dar en un tiempo prefijado, sin que se someta a la comprobación de aptitudes o habilidades.

De modo que, según la jurisprudencia del Máximo Órgano Judicial venezolano, es incompatible la suscripción de un contrato de prueba conjuntamente con la celebración de un contrato a tiempo determinado, pero nada refiere al resto de los casos bajo los cuales pueda desarrollarse una relación de naturaleza laboral, es decir, que no lo prohíbe pero tampoco lo establece claramente.

Por consiguiente, en la mayoría de las legislaciones, al igual que la venezolana, el período de prueba es el tiempo concertado por el trabajador y el empleador en el que cualquiera de ellos puede dar por **finalizada** la relación laboral **sin preaviso, sin** necesidad de alegar ninguna **causa** y **sin** derecho a **indemnización alguna, interpretación a la norma que insiste el autor debe hacerse de**

forma en *stricto sensu*, dada la relevancia del hecho social trabajo y de las condiciones y modalidades bajo las cuales pueda desarrollarse la relación de trabajo.

Es decir, que el período de prueba tiene como finalidad, en el caso del empleador, **comprobar** si el **trabajador o la trabajadora** están o no **capacitados** para desarrollar el trabajo para el que ha sido contratado, mientras que, en el caso del trabajador o la trabajadora, permite **conocer** las **condiciones** en las que se va a **desarrollar su trabajo**.

Por ello, y en aplicación analógica, para los casos de contrato a tiempo indeterminado, la **duración máxima del período de prueba** no debe exceder 30 días continuos (Art. 87 LOTTT). Durante el período de prueba, el trabajador o la trabajadora tiene los mismos **derechos y obligaciones** que corresponden al puesto de trabajo que desempeña, y la **duración** del período de prueba se computa a efectos de **antigüedad**, tal como lo señala el art. 142, literal a, *eiusdem*.

Período de prueba actualmente en Venezuela

La legislación laboral venezolana y su regulación jurídica es materia de reserva legal exclusiva del ejecutivo nacional a través de los poderes ejecutivo y legislativo de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En tal sentido, el Estado tendrá las más amplias facultades para desarrollar las disposiciones legales, en materia del trabajo, y a tal efecto podrá dictar reglamentos, decretos o resoluciones especiales, así como limitar el alcance a determinada región o actividad del país.

De ahí, deviene el carácter de orden público de las normas contenidas en la Ley Orgánica del Trabajo, Los Trabajadores y Las Trabajadoras (2012) y de las normas que deriven de ellas, las cuales son de aplicabilidad imperativa, obligatoria e inmediata,

priorizando la aplicación de los principios de justicia social, solidaridad, equidad y el respeto a los derechos humanos fundamentales.

Por ello, para hablar del período de prueba y análisis de la norma prevista en la ley sustantiva laboral (2012), necesariamente se debe partir de la concepción del derecho a la estabilidad e inamovilidad laboral que la ley debe garantizar a la clase trabajadora como proceso fundamental para el desarrollo de la nación.

Ahora bien, para Deveali (1977, p. 859), este concepto de estabilidad laboral aparece:

Primeramente para indicar, en los países democráticos, la situación de los agentes de la administración pública, la cual no puede actuar en materia de despido con poder discrecional ya que tiene que atenerse estrictamente a la ley, como en materia de designaciones, y constituye una garantía contra el despido arbitrario.

Con base en lo anterior, se debe necesariamente precisar el significado de estabilidad laboral. Se puede definir como el derecho que tienen los trabajadores y las trabajadoras a permanecer en su puesto de trabajo, requiriéndose para su despido se le califique su conducta por ante la autoridad administrativa (Inspector del Trabajo) correspondiente o el ser reincorporado a su puesto de trabajo, para el caso de que este se haya producido de manera irrita.

Este derecho surge como una limitante de la libertad o poder discrecional que tiene el empleador de despedir al trabajador o a la trabajadora a su servicio, y para dar una relativa tranquilidad económica a los trabajadores de ser despedidos, solo por justa causa.

Mientras que Briceño (1991, p. 265) conceptualiza a la estabilidad absoluta o propia como: “la imposibilidad jurídica del despido, salvo que el trabajador haya incurrido en falta u omisión prevista en la ley, como causa justa de despido y que dicha causa haya sido calificada por algún órgano o funcionario del estado”.

Por su parte, la Ley Orgánica del Trabajo, Los Trabajadores y Las Trabajadoras (2012) define la estabilidad como el derecho que tienen los trabajadores y trabajadoras a permanecer en sus puestos de trabajo, garantizando, además, la estabilidad en el trabajo y disponiendo lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado, conforme a las disposiciones que consagra la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y decretando como nulos los despidos contrarios al texto constitucional (Art. 85).

Por otro lado, la legislación laboral venezolana establece a favor de los trabajadores y las trabajadoras el derecho a la inamovilidad laboral, supuestos de hechos especialísimos previstos en la ley sustantiva laboral.

Hung (1979, p. 193) define a la inamovilidad laboral bajo los siguientes términos:

Debe entenderse como una garantía de estabilidad en el trabajo que la Ley del Trabajo y su Reglamento o el contrato colectivo, en su caso, otorgan a determinados trabajadores contra decisiones unilaterales y arbitrarias del patrono, y no como una protección contra responsabilidades derivadas de hechos directamente imputables al trabajador. En efecto, como de esta protección no se puede derivar ningún derecho irrestricto, absoluto, hasta el punto que no pueda ser extinguido por causa justa del contrato laboral, se precisa la calificación previa del Inspector del Trabajo de la jurisdicción para cuando el patrono pretenda despedir al trabajador amparado por este beneficio. De este modo, la actitud del trabajador que implique un grave quebrantamiento de sus obligaciones contractuales queda al margen de la tutela especial de la ley y, por tanto, puede ser causa de despido justificado.

En virtud de ello, se puede afirmar que esta protección establecida en la legislación laboral venezolana es un régimen de

inamovilidad, bajo supuestos específicos, y no, como es común señalar, que constituye un régimen de estabilidad propia o absoluta, o una modalidad especial de la estabilidad absoluta.

Es decir, que no existe la estabilidad absoluta o propia en el régimen laboral ordinario venezolano, sino supuestos de inamovilidad destinados a proteger una determinada actividad, por cuanto lo que se protege es una situación aleatoria, temporal o de momento, que no son ínsitas del cargo, sino que devienen por la situación que en un momento determinado vive el o la laborante, y que una vez que no se detenta deja el trabajador o la trabajadora fuera de ese régimen especial de protección. Son pues una garantía temporal, mientras dure la condición que se requiere proteger.

Por eso, la ley sustantiva laboral actual establece qué tipos de trabajadores y trabajadoras detentan esta protección especial de inamovilidad laboral en determinado momento, y que a tenor del artículo 420 la LOTTT (2012) señala:

Estarán protegidos y protegidas por inamovilidad laboral:

1. Las trabajadoras en estado de gravidez, desde el inicio del embarazo hasta dos años después del parto.
2. Los trabajadores desde el inicio del embarazo de su pareja, hasta dos años después del parto.
3. Los trabajadores y trabajadoras que adopten niños o niñas menores de tres años, gozarán de inamovilidad por el lapso de dos años desde la fecha en que el niño o la niña sea dado o dada en adopción.
4. Las trabajadoras y trabajadores con hijos o hijas con alguna discapacidad o enfermedad que le impida o dificulte valerse por sí misma o por sí mismo.
5. Los trabajadores y trabajadoras durante la suspensión de la relación de trabajo.
6. En los demás casos contenidos en esta Ley, otras leyes y decretos.

Adicionalmente a ello, la misma norma señala otros supuestos de hechos, los cuales abarca la inamovilidad laboral, entre ellos tenemos: incorporación de los tercerizados a la nómina de la empresa matriz (Art. 48, LOTTT), en los casos de suspensión de la relación laboral (Art. 74, LOTTT), los contratados por tiempo determinado, mientras no haya vencido el término del contrato. (Art. 87, ordinal 2º, LOTTT), los trabajadores y trabajadoras contratados y contratadas para una obra determinada, hasta que haya concluido la totalidad de las tareas a ejecutarse por el trabajador o trabajadora, para las cuales fueron expresamente contratados y contratadas (Art. 87, ordinal 3º, *ejusdem*), en los casos de intervención de la entidad de trabajo, por razones de interés público y social (Art. 148, *ejusdem*), protección especial en caso de colocación familiar (Art. 335, LOTTT), por fuero sindical (Art. 418, LOTTT).

Por lo tanto, el trabajador o la trabajadora al ostentar la condición especial de inamovilidad laboral, para su despido se debe obligatoriamente cumplir con el procedimiento administrativo de solicitud de autorización de despido, traslado o modificación de condiciones, establecido en el artículo 422 de la norma *in comento*, mejor conocido como procedimiento de calificación de falta y autorización para despedir.

De manera que, realizadas las consideraciones previas a la protección de los trabajadores y las trabajadoras y ese derecho de permanencia a su puesto de trabajo, que debe tener todo trabajador, bien sea en el sector público o privado, surge la siguiente interrogante a criterio del autor ¿es aplicable en el régimen jurídico laboral venezolano el período de prueba? Pues, indudablemente bajo estos términos, que no, ya que su aplicabilidad sería en detrimento a las normas y principios constitucionales y legales que rigen al hecho social trabajo, considerado como elemento esencial para el desarrollo del Estado.

Ahora surge otra interrogante: ¿cómo se mantiene el equilibrio entre los trabajadores y los empleadores, ante trabajadores que no cumplen a cabalidad con las obligaciones que le impone la relación de trabajo, y como el patrono visualiza o prueba las capacidades y aptitudes, bien sea materiales o intelectuales del trabajador que está contratando, en resguardo de su empresa o unidad de producción, que es su patrimonio y el de su núcleo familiar?

Sencillamente, a través de los procedimientos administrativos antes señalados, ya que, como se expresó anteriormente la condición de estabilidad o inamovilidad en los supuestos antes expresados no garantiza la perpetuidad del trabajador en su puesto de trabajo, solo es aplicable como condición especial y temporal, lo cual requiere ser tratada también de forma y en condiciones especiales, para proceder legalmente al despido del trabajador o la trabajadora.

Bases legales de la investigación

Los preceptos legales en que se basa el presente artículo de revisión se encuentran enmarcados en:

- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial n.º 36.860 del 30 de diciembre de (1999).
- Ley Orgánica del Trabajo. (1997). Gaceta Oficial de la República de Venezuela n.º 5.152 Extraordinaria. De fecha, Junio 19 de 1997.
- Ley Orgánica del Trabajo, Los Trabajadores y Las Trabajadoras. Gaceta Oficial n.º 6.076, Extraordinario del 07 de mayo de (2012). Ediciones Atenea. Caracas Venezuela.
- Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo. (2011). Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n.º 6.024 (Extraordinario) Mayo 06 de 2011.

- Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. (2006). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n.º 38.426 (Ordinario), Abril 28 de 2006.
- Código Civil Venezolano Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n.º 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982 (1982).

Metodología

Esta investigación se desarrolló a través de la investigación descriptiva, documental y bibliográfica, utilizando para la búsqueda de información, la técnica del resumen, análisis de textos bibliográficos y legales, así como la revisión e interpretación de jurisprudencias emitidas por el Tribunal Supremo de Justicia venezolano, lo cual permitió la organización de datos recopilados para la formación de dicho artículo de revisión.

Igualmente, está basada en una investigación jurídica dogmática, la cual ubica el derecho como una ciencia técnica formal y, por consiguiente, como una variable independiente de la sociedad, dotada de la autosuficiencia metodológica y técnica. Desde este punto de vista, el objetivo principal es realizar un examen exhaustivo de las normas aplicables en materia laboral, para el estudio del período de prueba y su regulación en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (2012).

De igual forma, en esta investigación se desarrollaron los aspectos más relevantes del período de prueba en materia laboral, analizando su procedencia en casos excepcionales. Partiendo desde esta premisa, el presente artículo de revisión tiene una gran importancia teórica y metodológica para la interpretación y análisis del período de prueba dentro del proceso laboral, para influir directamente en los estudiantes y profesionales del derecho como

ciencia social encuadrado en la línea de investigación universitaria de estado gerencia y sociedad.

Tipo de investigación

Según Navarro (2010, p. 150), la investigación documental: “es aquella que se basa en la obtención y análisis de datos provenientes de materiales impresos u otro tipo de documentos.” Se fundamenta en la utilización de documentos de cifras o datos obtenidos y procesados anteriormente, permitiendo elaborar importantes conclusiones relacionadas con el comportamiento o estado actual de variables demográficas, sociales o económicas, a partir del análisis de documentos secundarios.

Nivel de la investigación

Según Navarro (2010, p. 150), la Investigación Descriptiva se basa en la caracterización de un hecho, fenómeno o grupo con el fin de establecer “lo que es”. Comprende el registro como análisis e interpretación de los procesos o fenómenos actuales. Su problema es el presente.

La metodología empleada en este artículo se encuadra dentro de la investigación documental, jurídica dogmática bajo un estudio monográfico, dado que se emprendió un tema con sustento en los procesos de acopio de información, organización, análisis crítico y reflexivo, interpretación y síntesis de referencias y otros insumos pertinentes al tema seleccionado, por tanto se realizó un estudio teórico-reflexivo y analítico sobre situaciones prácticas y problemas en esta área con el fin de describirlos, identificar factores intervinientes o posibles causas y sus posibles vías para su solución.

En dicho artículo se describen y analizan de manera pormenorizadas situaciones de hecho y de derecho de gran importancia

en el acontecer jurídico, que son fundamentales en todo Estado democrático de derecho y de justicia, así como casos prácticos los cuales son necesarios manejar en el proceso laboral venezolano, como garantes del debido proceso y a una tutela judicial efectiva.

Hallazgos

En Venezuela, existe un alto porcentaje de trabajadores y trabajadoras prestando servicios de manera irregular, es decir, en muchos casos se celebran contratos de prestación de servicios, bajo la modalidad de tiempo determinado cuya duración es de 21 días, menor al lapso de los 30 días continuos que establece el artículo 87, ordinal 1º de la ley sustantiva laboral vigente, para que nazca el derecho a la estabilidad en el en el trabajo, y se interrumpe dicha prestación de servicio, por un lapso determinado de forma unilateral por el patrono, y luego vuelven a contratarlo, lo cual a criterio del autor llama poderosamente la atención y considera necesario el estudio y la revisión del período de prueba y su aplicabilidad en las relaciones de tipo laboral en la legislación vigente.

En este mismo orden de ideas, es importante precisar que el derecho laboral venezolano, tal y como se le conoce contemporáneamente, se rige por un conjunto sustantivo de normas para regular los derechos y obligaciones derivados del hecho social trabajo y su evolución se ha debido a las luchas sociales de los trabajadores y trabajadoras en Venezuela.

En tal sentido, las normas laborales incorporan garantías de aplicación de la ley al otorgar a las autoridades administrativas y judiciales facultades para lograr que sus decisiones administrativas o judiciales restituyan la situación jurídica infringida de carácter laboral.

Por ello, habiendo revisado la normativa vigente en materia del trabajo, se apreciaron los siguientes hallazgos o resultados:

1. El período de prueba no está claramente establecido en la ley sustantiva laboral (LOTTT, 2012). La norma *in comento* solo se refiere a un período de 30 días para que nazca el derecho a la estabilidad laboral, lo cual se puede definir como el derecho a permanencia que goza un trabajador en su puesto de trabajo de conformidad con la ley.
2. El período de prueba se encuentra desarrollado en el reglamento de la ley sustantiva laboral (LOT, 1997) y su aplicabilidad será en casos estrictamente especiales. El artículo 30 del reglamento de la LOT-1997 es el que desarrolla esta institución de derecho laboral y lo define como el tiempo estipulado por ambas partes contratantes para que el trabajador juzgare si las condiciones de trabajo eran de su conveniencia y el patrono apreciare sus conocimientos y aptitudes en el desempeño de sus funciones.
3. Dicho período constituye un lapso determinado o prudencial para que ambas partes contratantes pacten. En él, se convienen y cotejan expectativas relativas al cumplimiento de las prestaciones a que están obligándose los sujetos y, por tanto, le permite al patrono formarse una mejor convicción de las competencias del trabajador, la experimentación en el cargo y las condiciones de prestación de servicios.
4. La aplicabilidad del período de prueba no es compatible con el contrato a tiempo indeterminado. Tal como fue expresado en la Sentencia 520, de fecha 31/05/2005, de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, por cuanto iría en detrimento de los derechos constitucionales y legales reconocidos por nuestra Carta Magna y la ley sustantiva laboral, ya que la intención teleológica del período de prueba, tal y como se refirió en los párrafos precedentes, va dirigida a la comprobación de habilidades, conveniencias o bondades de una parte para con la otra en un contrato por

tiempo indefinido, no para este tipo de contratos en que las partes *ad initio* han establecido el lapso de vigencia.

5. Es nula toda convención o acuerdo entre las partes que vayan en detrimento de los principios de intangibilidad y progresividad de los derechos de los trabajadores y las trabajadoras. De conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la LOTTT 2012, en aquellos contratos de trabajos suscritos en que no se respeten las normas mínimas y principios establecidos en protección al hecho social trabajo son nulas y no tienen efecto jurídico alguno. Los derechos laborales son irrenunciables, es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique su renuncia o menoscabo de tales derechos. Solo es posible la transacción laboral y convenimiento al término de la relación laboral, de conformidad con los requisitos que establezca la ley.

Por consiguiente, en el presente artículo de revisión se analizaron y revisaron una serie de leyes, libros y textos jurídicos referentes al estudio del período de prueba en materia laboral, los cuales permitieron el abordaje del tema en estudio o bajo revisión, arrojando los precedentes resultados.

Conclusiones

El sistema jurídico laboral venezolano cuenta con normas, reglamentos, resoluciones, mecanismos y procedimientos administrativos y jurisdiccionales claramente definidos y preestablecidos, para que los justiciables puedan utilizarlos con el fin último de obtener una tutela judicial efectiva a través de la aplicabilidad del debido proceso de conformidad con los postulados constitucionales.

En tal sentido, se concluye que estos derechos subjetivos de los ciudadanos y ciudadanas cuentan con normas laborales con

el carácter especial de ser de orden público y de cumplimiento imperativo por mandato de la ley, mecanismo que va en defensa de los trabajadores y las trabajadoras, los cuales deben contener una correcta interpretación o aplicación de la ley.

De igual forma, se concluye que el período de prueba no está legalmente definido en la norma laboral actual (LOTTT-2012), solo se encuentra desarrollado en el reglamento de la norma derogada (LOT-1997), considerado por la jurisprudencia patria, como norma de carácter sub-legal y que su aplicabilidad va a depender del caso en concreto, por cuanto son declaraciones escritas y unilaterales emanadas de las autoridades administrativas, creadoras de reglas de derecho de aplicación general de grado inferior a las leyes. Las reglas contenidas en los reglamentos son de rango sub legal pues existe el principio de la absoluta subordinación de los reglamentos a las leyes. Y, por ser la materia laboral de reserva legal, le corresponde al poder legislativo hacer lo propio en este sentido.

Adicionalmente, se ha determinado que dicho período constituye un lapso prudencial que ambas partes contratantes pactan, a objeto de que el trabajador juzgue si las condiciones de trabajo son de su conveniencia y el patrono aprecie sus conocimientos y aptitudes.

Finalmente, y como fue expresado anteriormente, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la LOTTT (2012), en aquellos contratos de tipo laboral, en que no se respeten las normas mínimas y principios establecidos en protección al hecho social trabajo, son nulas y no tienen efecto jurídico alguno.

Por ello, se recomienda, en principio, analizar el caso en concreto, referente al contrato y su forma de cumplimiento, ya que será nula cualquier estipulación que establezca un período de prueba que afecte los derechos y principios de intangibilidad y progresividad de los derechos laborales de la masa trabajadora de conformidad con la Carta Magna.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asquerino, M. (2015). *El Período de Prueba en los Contratos de Trabajo*. (Tesis de doctorado). Universidad de Sevilla, España.
- Bruzual, G. (2013). *Manual de Derecho Individual del Trabajo*. Caracas, Venezuela: Ediciones Paredes.
- Caldera, R. (1981). *Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Ateneo.
- Código Civil Venezolano Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n.º 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982 (1982).
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial n.º 36.860 del 30 de diciembre de (1999).
- Ley Orgánica del Trabajo. (1997). Gaceta Oficial de la República de Venezuela n.º 5.152 Extraordinaria. De fecha, Junio 19 de 1997.
- Ley Orgánica del Trabajo, Los Trabajadores y Las Trabajadoras. Gaceta Oficial n.º 6.076, Extraordinario del 07 de mayo de (2012). Caracas, Venezuela: Ediciones Atenea.
- Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo. (2011). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 6.024 (Extraordinario) Mayo 06 de 2011.
- Navarro, A. (2010). *Metodología de la Investigación*. Panamá: Universidad Especializada de las Américas.
- Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. (2006). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 38.426 (Ordinario), Abril 28 de 2006.
- Tribunal Supremo de Justicia (2005). *Sentencia n.º 520 Sala de Casación Social*. <http://www.tsj.gov.ve>.
- Valverde, M. (1976). *El período de prueba en el contrato de trabajo*. Madrid, España: Montecorvo.

3. Por un derecho autóctono: una arqueología decolonial de nuestro pensamiento jurídico

*For an indigenous right: a decolonial
archeology of our juridical thinking*

ERICK L. GUTIÉRREZ GARCÍA*

* Abogado, *Magister Scientiarum*, Investigador y Docente.
Instituto de Investigación y Postgrado - ENM-TSJ.

RESUMEN

Desde un enfoque arqueológico se busca desenterrar la ideología subyacente en nuestro pensamiento jurídico, mediante la develación del lugar de enunciación del discurso jurídico hegemónico, obtenido genealógicamente mediante un preliminar rastreo de la "herencia" filosófica existente en la formación jurídica universitaria. Se finaliza planteando la necesidad de arraigar filosóficamente el pensamiento jurídico autóctono en una "ecología de saberes", que genere una justicia cognitiva y una juridicidad transformadora, desde el pluralismo jurídico y cultural.

Palabras clave: derecho, discurso, decolonialidad.

ABSTRACT

From an archaeological approach, we seek to unearth the underlying ideology in our legal thinking, by revealing the place of enunciation hegemonic legal discourse. This is obtained genealogically through a preliminary tracing of the existing philosophical "heritage" of this discourse in university legal education. It concludes by articulating the necessity of philosophically situating indigenous legal thought in an ecology of knowledge which generates cognitive justice and a transforming ethic, through legal and cultural pluralism.

Keywords: law; discourse; decoloniality.

INTRODUCCIÓN

El texto que a continuación se desarrolla es el producto de una investigación en proceso, de la cual se exponen sus iniciales hallazgos. El punto de partida de la reflexión crítica es la inquietud respecto a la disonancia percibida al leer el artículo 119 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, el cual señala que: “El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas y sus *usos y costumbres*”. La utilización de estos últimos términos “usos y costumbres” rebasa su sola enunciación constitucional, y es convencional en los *discursos jurídicos* frecuentemente empleados por el funcionariado y los juristas, e incluso indígenas, en nuestro país.

La inquietud aparece cuando —refiriéndose al mismo *objeto jurídico de análisis*— se contrasta el artículo precedente con los contenidos en otras dos leyes: los artículos 130 y 131 de la *Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas* señalan los términos *derecho propio* y *derecho indígena*; y los artículos 34 y 40 de la *Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, ley interna desde 2007, los denomina *sistemas jurídicos*.

A partir de esta primera inquietud inicial, se construyeron varias interrogantes, cuyas tentativas respuestas son el resultado de esta pesquisa preliminar, las cuales otorgan sucesivamente contenido a este escrito:

A. ¿En virtud de cuál *razón* tanto el *discurso del derecho* como los *discursos jurídicos* (Correas, 1994) son recurrentes en enunciar clasificando como “usos y costumbres” a órdenes normativos que constituyen verdaderos sistemas jurídicos?;

B. ¿Cuál es el *origen* y *devenir* teórico de tal forma de pensamiento?; y

C. ¿Qué relación tiene con la *educación universitaria* en general, y con la *formación jurídica*, en específico?

1. La arqueología del discurso desde la genealogía de la razón

Entendiendo la labor arqueológica como la acción de “*excavar y rastrear en las profundidades, sacando a la luz lo que está oculto, desenterrando los restos y ubicándose frente a los discursos como ruinas visibles a ordenar e interrogar*” (Gonçalves, 2000), en una labor de rastreo discursivo se situó primero con el romanista alemán Von Savigny en el siglo XIX, quien desde la *Escuela Histórica del Derecho* desarrolló su método *filosófico*, bajo el cual establece la *Teoría moderna* de las fuentes del Derecho, dentro de las que ubica a los “usos y las costumbres”. Estas, por otro lado, son asimiladas por el *austriaco* Eugen Ehrlich desde una mirada *científica*, bajo la denominación socio-jurídica de “derecho consuetudinario”. Para Savigny y Ehrlich, a pesar de pertenecer a épocas intelectuales distintas, los llamados *usos y costumbres* constituirían formas “primitivas” de manifestación del Derecho (Vásquez, 2012).

Situándonos a principios del siglo XX, para Max Weber, otro alemán, la “costumbre” aparece en su análisis científico como una norma no garantizada exteriormente que, a diferencia del Derecho, carece de validez por su falta de coactividad, pero que de tornar en “convención” podría *transitar* hasta convertirse en Derecho (Weber, 2002). No obstante, el profesor vienes Hans Kelsen¹ se distancia de esta posición, desde otra aproximación

¹ No es ninguna observación menor el hecho de que los “insignes teóricos” mencionados —Savigny, Ehrlich, Weber y Kelsen— sean vieneses, austriacos o alemanes. Nisbet (1991) señala que entre los siglos XIX-XX varios teóricos —Hegel, Gobineau, Chamberlain, Burgess, Sieburg— sustentaron la idea acerca de que el pueblo teutón (germánico o alemán), sus teorías y su sociedad

científica, considerando la “costumbre” como un simple método de creación jurídica, pero *excluyéndolo como Derecho* mismo; y, en consecuencia, el “Derecho” se identificará con el Estado, lo que da origen a la simetría liberal moderna: “Todo Estado es de Derecho, Todo Derecho es del Estado”.

Considerando el análisis genealógico inseparable del arqueológico, y entendiendo aquel como el que da cuenta de la constitución de una *razón* en *discurso*, dotándolo de historicidad, se comprenden las anteriores argumentaciones como *originadas* dentro de un clima intelectual que responde a un *conocimiento situado*, que, en tanto pensamiento “local”, responde a una territorialidad y a una temporalidad específicas, con pretensiones epistemológicas de *universalidad*.

Como señala Donna Haraway, todo conocimiento *está situado*, es decir, corresponde a seres humanos corpóreos, terrenales y situados (Cruz, Reyes y Cornejo, 2019), pero el pensamiento autodenominado “moderno”, de matriz eurocéntrica, se presenta a sí mismo en tanto *razón* como incorpóreo, desterritorializado, atemporal, y despolitizado. Realizando la historización de las ideas contenidas en el pensamiento jurídico expuesto antes, se observa que:

1. Pretende ser una explicación de la realidad desde una teoría científica que se pretende libre de valores sociales y culturales; sin embargo, tiene su trayectoria paradigmática *arraigada* filosóficamente en las “herencias coloniales/imperiales” de la llamada “civilización Occidental”. Si la *filosofía* es la rama de

no solo constituían la guía moral y espiritual de toda la Humanidad, sino también el modelo al que los demás pueblos del mundo debían seguir e imitar en su senda del progreso (siendo asumido dicho supremacismo civilizatorio por los Estados Unidos). Incluso en Europa tal paradigma solo perdió vigor tras las grandes conflagraciones intra-europeas del pasado siglo XX.

pensamiento dominante de “Occidente”, y la *ciencia* es la nueva religión de la llamada “Modernidad”, ambos campos disciplina-rios están transversalizados históricamente por la *idea de progreso* como metarelato oculto (Dussel, 2009). Según *la ideología del progreso*, el *modo de vida liberal* de la “civilización Occidental” (o *Sistema Mundo Capitalista Colonial Patriarcal*) es el destino inexorable hacia el que deben *transitar* todas las naciones, culturas y pueblos del mundo. Estatuido así, en la *Teoría jurídica* moderna tales epistemes hegemónicas son condensadas dentro del *cientifismo jurídico*, cumpliendo de este modo funciones supremacistas y etnofágicas encubiertas.

En consecuencia, en esta *episteme eurocéntrica* la clasificación de los órdenes normativos tendrá su correlato en una clasificación de las *culturas y pueblos*, razón por la cual tanto las civilizaciones no occidentales como sus sistemas jurídicos, son simultáneamente *subalternizados* en búsqueda de su destrucción (etnocidio jurídico) o su integración desintegrante (o asimilación jurídico-cultural).

2. Tal explicación tiene pretensiones de *universalidad*, siendo políticamente eficaz en el triple sentido moderno/colonial de: (a) hegemonía cultural de la teoría normativa de la élite “científico-jurídica” dominante; (b) “naturalización” de relaciones sociales y jurídicas *asimétricas*, y (c) globalización exitosa de un *localismo científico*, presentado como úni(ca)-*versión* teórica de lo jurídico (de allí lo *uni-versal*): la liberal burguesa, blanca, heterosexual, cristiana y urbana.

El *racismo epistémico* de dicha *uni-versalidad* eurocéntrica trajo como consecuencia el que las distintas e innumerables *teorizaciones del Derecho* de otros pueblos y culturas que existían en el mundo —para el momento de aquellas explicaciones— fueran excluidas, ignoradas e invisibilizadas.

3. La eficacia política de las explicaciones teóricas antes señaladas deriva de la posición de *prestigio* otorgado, bajo los cánones del cientificismo “occidental”, a los teóricos alemanes (como también puede afirmarse, de los teóricos ingleses, franceses, italianos, e incluso estadounidenses)², debido a los roles (geo) políticos que los mismos desempeñaron en las “misiones civilizatorias” globales, de las cuales las Universidades no se consideraban ajenas (Alvarado, 2016, p.3).

4. La posición epistemológica tanto del *discurso del derecho* como los *discursos jurídicos* “modernos”, en relación con la *alteridad* jurídica indígena, responde a la *razón indolente* (Santos, 2000), dado que discursivamente, desde una praxis colonial, *se afirman a sí mismos, mediante la negación de los Otros* discursos no-occidentales. Concomitantemente, desde la razón colonial, al *anima nullius* y *terra nullius* respecto de los pueblos originarios, esta “racionalidad” hace corresponder también el *ius nullius*.

La praxis de tener el “*Derecho a privar de Derecho*” (Clavero, en Santos, 2000) a otros pueblos es una deformación de la propia tradición jurídica occidental, desviada para sustentar la edificación europea del *modo de vida liberal* “moderno”, mediante la *exclusión/destrucción* de todo modo de vida colectivo rival (sea “antiguo” o contemporáneo), pasando, entonces, los sistemas jurídicos (autóctonos) a ser construidos epistemológica y discursivamente como *No-Existentes*, esto es: arcaicos, primitivos o atrasados, negándoles *simultáneamente* eficacia, vigencia y contemporaneidad (Aguiló, 2009).

² Es por ello que cabe el cuestionamiento teórico: “¿cómo es posible que el canon de pensamiento de casi todas las disciplinas de las ciencias universitarias se basa en el conocimiento producido por teóricos [hombres intelectuales] de solo seis países [Inglaterra, Francia, Alemania, Italia, España y Estados Unidos]?” (Grosfoguel, 2013).

En la *teoría jurídica hegemónica*, el “Derecho” es separado de sus dimensiones colectivas, culturales, políticas, religiosas, éticas, e incluso afectivas, por no ser funcionales al sistema económico patriarcal y clasista emergente en la “civilización occidental”. El “espacio” donde originalmente operó esta inversión lo constituyó el “Derecho Romano”, el cual fue transformado para cumplir la función de garantizar *la libertad individual y la propiedad privada* (fundamentos de la posterior “modernización” europea) (Monateri y Geoffrey, 2011). Así, el inicial potencial emancipador del *Derecho Romano* se perdió con su conversión pandectística condensando formas de Poder/Saber, lo cual permitió luego una *cientifización* del Derecho acorde con el proyecto histórico *burgués* en la moderna Europa.

5. Las Universidades europeas diseñaron los dispositivos mediante los cuales tales paradigmas, que se preservaron como “valiosos legados” filosóficos y epistemológicos, contribuyeron teóricamente a la triple reproducción de *la colonialidad: del ser, del poder y del saber*. La forma de organización universitaria, rizomática y disciplinaria, así como su función social y política, como lugar legitimador/deslegitimador de conocimientos, cumplieron con el objetivo de reproducir el modelo Moderno/Colonial en tanto “herencia” filosófica (y científica), siendo las facultades los espacios de censura epistemológica, donde se practica el racismo/sexismo/clasismo epistémico.

En consecuencia, la *razón indolente*, de carácter liberal, capitalista, y patriarcal, es lo que dominó el pensamiento teórico europeo, marcando la conformación científica de las *Teorías jurídicas* en las universidades europeas; por lo que la forma como ello *devino* y repercutió en nuestro continente originó la siguiente indagación.

2. El lugar de enunciación del discurso jurídico hegemónico

En la labor de rastreo discursivo, ulteriormente fueron *situados*, igualmente, dos autores: el guatemalteco Luis Recaséns Siches y el mexicano Eduardo García Máynez. La escogencia de dichos autores se debe al hecho de su ascendente teórico innegable sobre el pensamiento filosófico-jurídico de nuestro continente en general (Vásquez, 2012), y en los estudios jurídicos de Venezuela, en particular. Según Fuenmayor (1980, p. 56), Recasens Siches “es uno de los más grandes pensadores de América Latina”, y García Maynez “es uno de los más distinguidos representantes del pensamiento filosófico latinoamericano”.

En Venezuela, aparecen las posiciones filosóficas de los citados autores en todos los *pensa* de estudios de las Facultades y Escuelas de Derecho, particularmente, en las asignaturas formativas de “Introducción al Derecho” y “Filosofía del Derecho”. Igualmente, comparten con el venezolano Rafael Pizani el “mérito” de haber contribuido a difundir a través de su producción teórica el *pensamiento positivista kelseniano* en nuestro continente (Nieschulz, 1990; Vásquez, 2012).

La motivación de presentar a estos teóricos “latinoamericanos” es para ejemplificar como los *enunciados* de un discurso hegemónico son reproducidos teóricamente, *separados de sus contextos* originarios, cumpliendo funciones ligadas a aparatos de poder, instituyéndose simultáneamente en “discursos de verdad” y en “discursos del poder”. La credibilidad de tales discursos depende del “peso” académico del experto que enarbola el enunciado, desde las posiciones legitimadas del “saber institucionalizado”, cuyos espacios “naturalizados” en las universidades lo constituyen las facultades. Estas determinan, mediante sus dispositivos de autoridad científica y de control epistémico, cuáles

conocimientos (y lógicas) deben ser validados en tales ámbitos por su profesorado, y cuáles no, estableciendo la *línea abismal* (Santos, 2010b).

En relación con el pensamiento jurídico hegemónico en nuestro continente, lo anterior significa que el paradigma cientificista dominante (en este caso, el positivismo kelseniano y su teoría del formalismo jurídico) delimita las formas por las cuales *una realidad determinada es interpretada* epistemológicamente. En consecuencia, la *razón indolente*, de carácter colonial/ patriarcal, supondrá *la afirmación propia mediante la negación de lo Otro* (lo radicalmente *Distinto*). Para el caso de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, adaptamos tres discursos básicos *de negación del otro* (Gregor Barié, 2003): la omisión, el menosprecio o la expropiación discursiva.

Así, la *razón indolente* se expresa en los *discursos jurídicos* de la “ciencia del derecho”, en una de estas tres formas: (a) la omisión: los pueblos indígenas no tienen sistemas jurídicos (o Derecho), solo lo tiene el Estado; (b) el menosprecio: los pueblos indígenas tienen normas incipientes, arcaicas, primitivas, incluso *usos y costumbres*, que podrían, quizá, evolucionar convirtiéndose alguna vez en Derecho, cuando dichas normas se completen con su exigibilidad externa institucional o coactividad (una variante de esto es la idea del *derecho consuetudinario*); y (c) la expropiación: los pueblos indígenas tienen normas jurídicas, pero son inferiores a las del Estado, a cuya autoridad jerárquica deben subordinarse (*jerarquía de poder jurídica*).

La *negación científica* del derecho indígena *se fundamenta en la afirmación del derecho liberal* del Estado como el único modelo válido para la regulación social. Perpetuando la racionalidad colonialista, el pensamiento jurídico liberal pretende lograr una eficacia destructiva de los *modos de vida colectivos*, considerados “primitivos”.

A través de tales *discursos jurídicos*, el profesorado “normaliza” en las facultades y escuelas de derecho la *ideología moderna* en su gramática jurídica, que desde una aparente neutralidad valorativa (y cultural) oculta en los textos oficiales su función *colonialista e imperialista*. De este modo, la enseñanza del derecho constituirá entonces un campo privilegiado donde se producirá y se reproducirá *la colonialidad del saber* (Quijano, 2009) y donde los conocimientos jurídicos considerados “verdaderos” serán *suministrados* por la ciencia jurídica de matriz europea, así *interiorizados* por nuestras facultades y escuelas de derecho (Garzón, 2018).

Nos comprendemos, pensamos y valoramos con conocimientos externos a nuestras propias realidades, en cuyas teorías “no está contenida nuestra realidad sino otra” (Bautista, 2014, p. 83), y más exactamente, nacidas de la experiencia y los problemas de una región particular del mundo: cinco países de Europa, constituyendo el *origen o lugar de enunciación* de las fuentes teóricas de la *educación universitaria* actual (Grosfoguel, 2013). Por ello, es triste constatar la indudable dependencia intelectual de los juristas de nuestro continente respecto a los productos teóricos emanados de autores europeos, en los cuales deben apoyar sus argumentaciones para lograr la “seriedad” o “validez” filosófica o científica de sus discursos (Morles, 1998). Ante ello, entre el asombro y la decepción, se ha de rescatar la visión del maestro Simón Rodríguez, cuando advirtió: “¡Vea la Europa cómo inventa, y vea la América cómo imita!” (Rodríguez, 2004).

En resumen, se puede caracterizar el pensamiento jurídico hegemónico, y de la experiencia cotidiana de los juristas, que sistemáticamente *recusa* al derecho indígena, como una *Colonialidad Jurídica*, al no tener en cuenta el contexto y la lógica del modo de vida colectivo de los pueblos indígenas (Garzón, 2018).

3. Reconstruyendo teorías desde nuestras raíces

Finalizando transitoriamente la labor de *rastreo discursivo*, fue *situada* la obra de Rafael Pizani. La importancia de este jurista radica no solo en el *prestigio* académico y político que obtuvo con lo cual logró influir en el pensamiento académico venezolano, sino en términos del tipo de *formación jurídica* promovida durante décadas, en la que se le atribuye *la difusión del pensamiento positivista kelseniano* en el país (Melián, 1998), y con este, la pretensión de *neutralidad valorativa* del conocimiento jurídico.

A pesar de lo afirmado, no se ha podido conseguir ninguna fuente que explique una *sospechosa omisión* respecto a lo que Pizani reflexionó acerca del *Derecho autóctono*. Así, este autor llegó a señalar que:

Mal pueden los estudiantes preparados sobre bases exóticas producir otra cosa que eso. Las excepciones honrosas que podemos limitar entre nosotros vienen a revelarnos esta verdad: nuestros abogados son venezolanos por ejercer y haber obtenido su título en Venezuela, pero en cuanto a mentalidad u orientaciones jurídicas ellos pertenecen a las más lejanas nacionalidades. Creo que cada uno de los profesionales debe hacerse un especialista en sus materias, con mentalidad autóctona... Lo único universal que podemos tener es lo particular, lo autóctono. (Pizani, 1935, p. 46-47)

A partir de la reflexión anterior, se recuerda el exhorto del maestro Simón Rodríguez, cuando escribió que: “La América no debe imitar servilmente, sino ser original (...) En lugar de pensar en medos, en persas, en egipcios, pensemos en los indios. Más cuenta nos tiene entender a un indio que a Ovidio” (Rodríguez, 2004, p. 212).

El mismo Tulio Chiossone, maestro de Pizani, señaló la necesidad de considerar la utilidad del *derecho indígena* como un *Derecho Propio* o *Autóctono*, pero por su *racismo epistemológico* lo consideró incipiente y pre-civilizatorio (Chiossone, 1980).

Será necesario entonces, pensarnos *desde nosotros mismos*, desde nuestras propias cosmovisiones, desde nuestra historia, *desde la realidad que somos*, desde la realidad que hemos heredado, para construir *nuevas teorías sólidas*, que impugnen paradigmas o esquemas preestablecidos, en donde la ciencia jurídica dominante sea apenas *una manera más* de ver el mundo; ampliando de este modo el campo de visión del derecho desde otras perspectivas y lógicas culturales, más allá de la episteme de la “modernidad” jurídica liberal. Esto implica edificar *Teorías jurídicas decoloniales*.

Metodológicamente habría que *desprenderse, tomando distancia*, de la tradición teórica eurocéntrica, no para descartarla, sino para *reubicarla* dentro de una *reconstrucción teórico-jurídica* más abarcante, incluyente, *convivencial y pluri-versal*, desde el paradigma de la *Epistemología del Sur* (Mignolo, 2009; Santos, 2010b).

Arraigando nuestra construcción jurídica *autéctona* desde la rica y valiosa *herencia* filosófica y axiológica de nuestros sistemas jurídicos indígenas (Velasco, 1983), y considerando las corrientes disidentes y liberadoras existentes “marginamente” dentro del sistema jurídico “occidental” *importado*, e incluso mediante una revisión crítica-epistemológica del derecho romano, podemos realizar la *reconstrucción intercultural* de nuestro *discurso del derecho*.

En relación con nuestros *discursos jurídicos*, una *ecología de los saberes* (Santos, 2010 b) nos conducirá a una *comunicación intercultural* entre sistemas jurídicos culturalmente diferentes, para definir desde el *derecho a las raíces*, principios compartidos, fomentar diálogos simétricos, para reevaluar críticamente, y superar, las relaciones asimétricas entre las distintas *culturas jurídicas*,

generando una *democracia epistémica* y una *justicia cognitiva* global, para un nuevo *pluralismo jurídico profundo* (o radical) y una *interculturalidad crítica-emancipadora* (Santos, 1991; Santos, 2010a).

Solo así se podrá impulsar una *juridicidad propia* y transformadora, que desde el anti-dogmatismo y la vinculación con las *herencias propias*, generemos desde las Academias respuestas frente al compromiso social e intelectual de *crear Teorías desde, por y para* nuestra propia realidad nacional y continental.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alvarado, J. (2016). Pensar la universidad en perspectiva decolonial. *Revista de Filosofía*. 3(84), 116-128.
- Bautista, J.J.(2014). *¿Qué significa pensar desde América Latina?* Caracas, Venezuela: Monte Ávila Editores.
- Chiossone, T. (1980). *Formación jurídica de Venezuela en la Colonia y la República*. Caracas, Venezuela: Universidad Central de Venezuela.
- Correas, O. (1994). Teoría General del Derecho y el Derecho Alternativo. *El Otro Derecho*. 15(5-3). Bogotá: ILSA.
- Dussel, E. (2009). Meditaciones Anti-Cartesianas. En Grosfoguel, R. y Romero, J. (ed.). *Pensar Decolonial*. Caracas, Venezuela: Instituto Municipal de Publicaciones.
- Fuenmayor, J. B. (1980). *Historia de la Filosofía del Derecho*. 4ª. Edic., Caracas, Venezuela: Editorial Buchivacoa.
- Garzón, P.(2018). Colonialidad (jurídica). *Eunomia* 14, 206-214.
- Grosfoguel, R. (2013). Racismo/sexismo epistémico, universidades occidentalizadas y los cuatro genocidios/ epistemicidios del largo siglo XVI. *Tabula Rasa*. 19, 31-58.
- Gómez Grillo, E. (2004). Se llamaba Rafael Pizani. *Educere*. 8(24), 135-136.
- Gonçalvez, L.(2000). *La Metodología Genealógica y Arqueológica de Michel Foucault en la investigación en Psicología Social*. Uruguay: Facultad de Arquitectura, Diseño y Urbanismo. Recuperado de <http://www.fadu.edu.uy/estetica-diseno-ii/files/2015/06/transitos-de-una-psicologia-social-genealogi%CC%81a-y-arqueologi%CC%81a.pdf>
- Melián Vega, J. (1998). *La Orientación doctrinal del pensamiento jurídico nacional en la Formación de la Filosofía del Derecho en Venezuela*. Anuario de la Facultad de Derecho (16). Universidad de Extremadura, España.
- Mignolo, W.(2009). El Desprendimiento. Retórica de la Modernidad, Lógica de la Colonialidad y Gramática de la Descolonialidad. En Grosfoguel,

- R. y Romero, J. (Coord.). *Decolonial*. Caracas, Venezuela: Instituto Municipal de Publicaciones.
- Monateri, P.G. y Geoffrey, S. (2011). *La invención del Derecho Privado*. Colombia: Del Hombre Editores.
- Morles, V. (1998). Sobre la construcción de teorías: o hacer ciencia es algo más que investigar. *Tribuna del Investigador* 5(2), 85-96.
- Nieschulz, E. (1990). *Los Estudios jurídicos en Venezuela Los estudios jurídicos en la Universidad Central de Venezuela*. Caracas, Venezuela: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.
- Nisbet, R. (1991). *Historia de la Idea de Progreso*. 2da Edic, España: Gedisa Editorial.
- Quijano, A. (2009). Colonialidad del Poder y Clasificación Social. En Grosfoguel, R. y Romero, J. (Coord.). *Pensar Decolonial*. Caracas, Venezuela: Instituto Municipal de Publicaciones.
- Pizani, R. (1935) *La Filosofía del Derecho en Venezuela*. Caracas, Venezuela.
- Rodríguez, S. (2004). *Inventamos o Erramos*. Biblioteca Básica de Autores Venezolanos. Caracas, Venezuela: Monte Ávila Editores.
- Santos, B. (1991). *Estado, Derecho y Luchas Sociales*. 1a.ed., Bogotá, Colombia. ILSA.
- _____. (2000). *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Bilbao, España: Desclée de Brouwer.
- _____. (2010-a) *La Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Caracas, Venezuela: IVIC.
- _____. (2010-b) *Para descolonizar Occidente. Más allá del pensamiento abismal*. 1a ed., CLACSO/ Prometeo Libros.
- Vázquez, R. (2012). Filosofía del derecho en Latinoamérica. *Doxa*. (35), 833-856.
- Velasco, A. (1983). Introducción al Pensamiento Jurídico Indígena. II *Congreso de Antropología en Colombia* (Memorias). Tomo 2, 655-675.
- Weber, M. (2002). *Economía y Sociedad*. Segunda reimpresión, España: Fondo de Cultura Económica.

4. La asistencia y defensa jurídica del aprehendido en el sistema penal venezolano como principio garante al debido proceso

The assistance and legal defense of the apprehended in the venezuelan penal system as a guarantee principle of due process

CARLOS ALBERTO GUTIÉRREZ GARCÍA*

* Abogado egresado de la Universidad Bolivariana de Venezuela (UBV) en el año 2010. Especialista en Gestión Judicial en el año 2016 (UBV). Magíster Scientiarum.

RESUMEN

El derecho a la defensa es un derecho fundamental que tiene su fuente inspiradora contemplada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por lo que violar este derecho sería quebrantar los Derechos Humanos. El principio de igualdad entre las partes en el proceso penal venezolano va unido al derecho a la defensa, si una de ellas deja de existir la otra también lo hará porque ambas son el resultado de obtener una justicia en la que se garantice el debido proceso que versa sobre el derecho que tiene una persona de defenderse de los cargos que se le imputa, en el caso de vías judiciales; sin embargo, este derecho abarca también los procesos administrativos que existen en los poderes públicos de sus diversos niveles de gobierno, ya que todo ciudadano tiene derecho a ejercer recursos jerárquicos o reconsideración cuando crea que se le ha infringido algún derecho por vía administrativa.

La asistencia y defensa jurídica del aprehendido en el sistema penal venezolano como principio garante al debido proceso es un mandato de carácter constitucional, por lo que toda autoridad judicial o administrativa debe garantizar ese derecho en todos los actos que emanen de los poderes públicos. Si a una persona se le restringe este derecho, no lograría defender sus intereses, por lo que la indefensión imperaría en la esfera procesal de todo acto jurídico

y es aquí donde el Estado a través de sus instituciones tiene la responsabilidad de garantizar el debido proceso en todas las instancias para que se protejan los Derechos Humanos. La idea de este análisis es lograr comprender el valor que tiene la asistencia y defensa jurídica en el proceso penal, puesto que esta rama del derecho es pieza primordial en la sociedad, ya que toca el principio de inocencia y el principio de la libertad, ambos derechos inseparables de los derechos humanos.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela refundó la República al entrar en vigencia la nueva carta magna mediante un contrato social con el pueblo en referéndum para su aprobación. Con esto, se logró establecer un Estado de Justicia que busca consolidar los valores de la libertad y el imperio de la ley para las actuales y futuras generaciones en varios aspectos. La doctrina asumida en la Constitución va vinculada al pensamiento del Libertador Simón Bolívar para proteger la justicia social y la igualdad sin discriminaciones. La asistencia y defensa jurídica son partes de ese vínculo doctrinario que se manifiesta en el preámbulo de la Constitución y están revestidos por la garantía universal e indivisible de los derechos humanos que le confiere Venezuela como un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia.

Palabras clave: Defensa, debido Proceso, Derechos Humanos.

ABSTRACT

The right to defense is a fundamental right that has its source inspired and contemplated in the Universal Declaration of Human Rights, if this right is violated, Human Rights would be violated. The principle of equality between the parties in the Venezuelan criminal process is united with the right to defense, if the first ceases to exist, the other will also do so because both are the result of obtaining justice where due process is guaranteed. A person to defend himself against the charges against him, in the case of legal proceedings; however, this right also covers the administrative processes that exist in public powers at their levels of government; because every citizen has the right to exercise hierarchical resources or reconsideration when he thinks that some right has been infringed, by administrative means.

The assistance and legal defense of the apprehended in the Venezuelan criminal system has the principle that guarantees due process because it is a constitutional mandate, so that all judicial or administrative authorities must guarantee that right in all acts produced by public powers. If a person is restricted from this right, they would not be able to defend their interests, so defenselessness would be imposed in the procedural sphere of all legal acts and it is here that the State, through its institutions,

has the responsibility to guarantee due process in all instances for the protection of human rights. The idea of this analysis is to understand the value of legal assistance and defense in criminal proceedings, since this branch of law is a fundamental piece in society since it touches the principle of innocence and the principle of freedom, both rights inseparable from human rights. The Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela refounded the Republic when the new Magna Carta became effective through the social contract that it made with the People in a referendum for its approval, to establish a State of Justice that seeks to consolidate the values of freedom and empire's the law for current and future generations among various aspects. The doctrine assumed in the Constitution is linked to the thought of the Liberator Simón Bolívar to protect social justice and equality without discrimination. The assistance and legal defense are part of that link of doctrine that is manifested in the preamble of the Constitution and are covered by the universal and indivisible guarantee of human rights that Venezuela confers as a democratic and social State of Law and Justice.

Keywords: Defense, Due Process, Human Rights.

INTRODUCCIÓN

Los Derechos Humanos como precepto universal recogen una amplia gama de normas que buscan proteger y reconocer la dignidad de todo ser humano; esto, para lograr establecer una armonía de convivencia en la sociedad en su relación con el Estado y las obligaciones que tiene este con la sociedad. Cada individuo y/o grupo social tiene derechos y responsabilidades que debe cumplir y defender. El Estado hace valer la protección de estos derechos; es por ello que ninguna persona o ente gubernamental no puede dirigir acciones que vayan en contra de estos derechos. De quebrantarse cualquier norma vinculada a los derechos humanos se atenta contra la dignidad de la persona, debido a que esta representa el respeto al ser humano en sí mismo y hacia los demás solo por el hecho de serlo. El respeto a la dignidad de la persona es un valor consagrado desde su nacimiento y fundamentado en los principios constitucionales de un Estado democrático, por lo que el ordenamiento jurídico de una nación debe prever todas sus normas considerando los derechos humanos.

La Sala Constitucional en Sentencia vinculante n.º 1452 del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), de fecha 15 de octubre de 2008, ha reiterado que el respeto a la dignidad: “es uno de los valores sobre los cuales se fundamenta el Estado Social de Derecho y de Justicia en torno a la cual debe girar todo el ordenamiento jurídico de un Estado y, por ende, todas las actuaciones del poder público”. A su vez, en la misma sentencia define la dignidad de la siguiente manera:

Es la supremacía que ostenta la persona como atributo inherente a su ser racional, lo que le impone a las autoridades públicas el

deber de velar por la protección y salvaguarda de la vida, la libertad y la autonomía de los hombres por el mero hecho de existir, independientemente de cualquier consideración de naturaleza o de alcance positivo.

Entendido esto, se puede establecer que los Derechos Humanos protegen la dignidad de cada ser humano y si estos no se protegen simplemente se restringirían los Derechos Humanos.

El ser humano requiere para su existencia ostentar normas que le garanticen tales derechos y así salvaguardar la vida digna, la libertad, la integridad, la autonomía, la igualdad, la justicia, etc.; porque de esta manera logra vivir en armonía entre la Sociedad y el Estado. La dignidad sin justicia es un azote a los derechos humanos; por ende, cuando se obstaculiza el acceso a la justicia en cualquier actuación judicial o administrativa también se quebranta el respeto al ser humano, puesto que se estaría limitando la supremacía que ostenta la persona porque su valor como individuo se pondría a un lado en negativo. Dentro de todos los derechos que tiene una persona, la justicia es el componente permanente de lo justo. Una mala administración de justicia convierte un Estado en tiranía; y a una sociedad, en impúdica.

A una persona a quien se le limite algún derecho para recurrir a la justicia, se le está violando el derecho humano en la esfera de sus derechos civiles ante un proceso penal; tal sería el caso en el debido proceso en el que se le limita a un aprehendido defenderse de algún señalamiento que lo esté inculpada. Una persona aprehendida tiene derecho de ser asistido y defendido jurídicamente ante cualquier organismo jurisdiccional incluyendo los organismos de seguridad en todos los grados o etapas del proceso desde el momento de su aprehensión. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) establece, en el título III de los Derechos Humanos y garantías; y de los Deberes del capítulo III

sobre los derechos civiles, un catálogo de normas que logran garantizar los derechos humanos bajo la esfera civil en los procesos penales. En dicho capítulo, entre varias normas expone notoriamente el debido proceso, e indica que este debe ser aplicado en todas las actuaciones judiciales y administrativas, lo que coloca, en consecuencia, al derecho de ser asistido y defendido jurídicamente con valor inviolable de tal precepto constitucional.

El debido proceso como concepto universal se entiende como el respeto de los principios y garantías de naturaleza procesal que se asocian inseparablemente al principio de la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva. Sin embargo, Linares (1989) señala sobre el debido proceso que:

Con la fórmula debido proceso legal (lato sensu) nos referimos a ese conjunto no sólo de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos que deben jurídicamente cumplirse para que la libertad individual sea formalmente válida (aspecto adjetivo del debido proceso) sino también para que se consagre una debida justicia en cuanto no lesione indebidamente cierta dosis de libertad jurídica presupuesta como intangible para el individuo en el Estado de que se trate (aspecto subjetivo). (p. 11-2)

A su vez, indica Ricardo Levene (1981) que:

El debido proceso no solamente es aquel que nos da las grandes líneas o principios a los que se somete un proceso penal como corresponde, sino también que es aquel que contiene todas las prevenciones necesarias para evitar que la autoridad afecte o lesione la libertad, la propiedad, en general los derechos individuales. (Levene, 1981, p. 15)

Víctor Rodríguez Rescia (1998), por su parte, asegura que el debido proceso:

Tiene como pilares insoslayables los principios de audiencia previa y la igualdad de todas las partes procesales para ejercer sus derechos de defensa en idéntica condición; es decir, mediante el otorgamiento de iguales oportunidades para presentar y analizar pruebas, interponer recursos y presentar observaciones dentro de plazos o términos iguales para todos. (p. 341-342)

Bajo estos tres conceptos se puede determinar que el debido proceso es un derecho de naturaleza procesal tanto en vías jurisdiccionales o administrativas como valor fundamental del rango constitucional que garantiza el cumplimiento de los requisitos exigidos por las normas para que cada ciudadano pueda defenderse ante los diversos organismos del Poder Público. Razón por la cual, este derecho es inviolable puesto que la CRBV lo fundamenta en varias consecuencias en el artículo 49 y entre ellas determina que toda persona tiene derecho a la defensa y la asistencia jurídica debido a que estos son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Por lo siguiente, toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga; de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Una de las más brillantes ideas del constituyente fue determinar radicalmente que estos anunciados constitucionales pueden llegar a anular las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso incluyendo si se le prohíbe a una persona aprehendida ser asistida y defendida por un abogado en todo grado y estado de la investigación.

Ahora bien, cuando la carta magna establece que la asistencia y defensa es en todo grado de la investigación, se puede suponer por obviedad que se refiere desde el momento de ser aprehendido,

bien sea por flagrancia u orden de aprehensión hasta el cumplimiento de una sentencia definitivamente firme; o cuando la persona solo está siendo investigada. La Ley Orgánica de Reforma del Código Orgánico Procesal Penal, conocida como COPP; publicada en Gaceta Oficial n.º 6.644 de fecha 17 de septiembre de 2021, en su artículo 127 determina varios derechos que tiene una persona imputada; entre ellos, que puede comunicarse con sus familiares, abogado de confianza, para informar sobre la detención; y la de ser asistido, desde los actos iniciales de la investigación, por un defensor que designe el aprehendido o sus parientes, pero en su defecto, podría ser asistido por un defensor público, siempre y cuando así lo manifieste la persona aprehendida. De estos requisitos procesales se puede entender que la persona que es aprehendida inmediatamente debe ser asistida por la defensa técnica y, como en la presencia de un hecho que exceptúa el derecho a la libertad, esta asistencia jurídica no puede revestirse de formalidades innecesarias como es la juramentación ante un juez de control mediante mera solicitud para que se constituya un tribunal mediante una audiencia de juramentación en relación con la aprehensión, ya que tal recepción formal consumiría el tiempo que lleva la persona aprehendida. Para evitar un caos de defensores por cada aprehendido se pudiera establecer un mecanismo expedito y sencillo que pudiera juramentar a cualquier defensor el mismo día que lo solicite mediante un juez itinerante, suponiendo que los jueces de control estén abarrotados de audiencias.

1. La imputación

De lo anterior se puede observar que el sistema procesal penal venezolano reviste a una persona aprehendida en flagrancia la condición de imputado, es decir, desde ese momento inicial, grado o etapa del proceso la persona aprehendida se considera

imputada. Sin embargo, la norma procesal penal establece dos formalidades sobre la imputación como es la existencia del “acto de imputación” y de la “audiencia de imputación”, pero en el caso de la aprehensión en flagrancia la ley adjetiva penal no deja claro la imposición de la imputación ya que el COPP ordena al Ministerio público presentar al aprehendido ante el juez de control quien le realizará la audiencia de presentación en la que el fiscal le expondrá al tribunal cómo se produjo la aprehensión, solicitará la aplicación del procedimiento ordinario o abreviado; solicitará la imposición de una medida de coerción personal o la libertad del aprehendido. Tal como lo indica el artículo 373 del COPP, en lo siguiente:

FlagranciayProcedimientoparalaPresentacióndelAprehendido o Aprehendida

Artículo 373. El aprehensor o aprehensora dentro de las doce horas siguientes a la detención, pondrá al aprehendido o aprehendida a la disposición del Ministerio Público, quien dentro de las treinta y seis horas siguientes, lo o la presentará ante el Juez o Jueza de Control competente a quien expondrá cómo se produjo la aprehensión, y según sea el caso, solicitará la aplicación del procedimiento ordinario o abreviado, y la imposición de una medida de coerción personal, o solicitará la libertad del aprehendido o aprehendida. En este último caso, sin perjuicio del ejercicio de las acciones a que hubiere lugar.

El Juez o Jueza de Control decidirá sobre la solicitud fiscal, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes desde que sea puesto el aprehendido o aprehendida a su disposición.

Si el Juez o Jueza de Control verifica que están dados los requisitos a que se refiere el artículo anterior, siempre que él o la Fiscal del Ministerio Público lo haya solicitado, decretará la aplicación del procedimiento abreviado, y remitirá las actuaciones al

tribunal de juicio, el cual convocará directamente al juicio oral y público para que se celebre dentro de los diez a quince días siguientes.

En este caso, hasta cinco días antes de la audiencia de juicio, el o la Fiscal y la víctima presentarán la acusación directamente en el tribunal del juicio, a los efectos que la defensa conozca los argumentos y prepare su defensa, y se seguirán, en lo demás, las reglas del procedimiento ordinario.

En caso contrario, el Juez o Jueza ordenará la aplicación del procedimiento ordinario y así lo hará constar en el acta que levantará al efecto.

Llama poderosamente la atención que en el artículo *supra* indicado no se determina que en dicha audiencia el fiscal deba imponer o solicitar la imputación al aprehendido. No obstante, se pudiera interpretar que al solicitar ejercer entre varias acciones la solicitud del procedimiento ordinario o abreviado, el fiscal tendría la facultad de imputar; pero en ambos procedimientos, en el libro segundo y tercero del COPP, no se indica qué se deba hacer en dicha audiencia, lo que genera confusión y la persona queda en una especie de limbo jurídico referente a si está o no imputada. Por otro lado, la misma norma establece que la imputación es un acto exclusivo del Ministerio Público y que este debe ser impuesto en el despacho del fiscal, como lo indica el artículo 126-A, determinado este evento como mero “acto de imputación”. A su vez, ordena la misma norma la existencia de la “audiencia de imputación”, pero esta recae exclusivamente en el Tribunal de Instancia Municipal ya que la imputación que se impone en este tribunal debe ser mediante el procedimiento especial para el juzgamiento de los delitos menos graves como lo indica el libro tercero del COPP. Si se analiza el artículo 356 de código *ejusdem*, se puede apreciar que contradice el espíritu del 126-A; puesto

que, en el “acto de imputación”, el fiscal imputa a la persona en el despacho de la vindicta pública; y en la “audiencia de imputación” volvería a imputar, pero esta vez frente a un juez. Aunque el legislador quiso aclarar en el último aparte del artículo 356 que la persona aprehendida en flagrancia debe ser puesta a la orden del Tribunal de Instancia Municipal siguiendo lo dispuesto en el primer y segundo aparte de comentado artículo, sigue existiendo la confusión sobre los delitos graves y la facultad del fiscal para imputar estos tipos de delitos graves, si es en el despacho fiscal o ante un tribunal de control. A saber:

Audiencia de imputación

Artículo 356. Cuando el proceso se inicie mediante la interposición de una denuncia, querrela o de oficio, el Ministerio Público luego de la investigación preliminar y la práctica de las diligencias tendientes a investigar y hacer constar la comisión del delito, las circunstancias que permitan establecer la calificación y la responsabilidad de los autores y demás partícipes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración; solicitará al Tribunal de Instancia Municipal proceda a convocar al imputado o imputada debidamente individualizado o individualizada para la celebración de una audiencia de presentación, la cual se hará dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su citación.

En la audiencia de presentación, además de verificarse los extremos previstos en el artículo 236 de este Código, la legitimidad de la aprehensión, y la medida de coerción personal a imponer; el Ministerio Público realizará el acto de imputación, informando al imputado o imputada del hecho delictivo que se le atribuye con mención de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su comisión, incluyendo aquellas de importancia para la calificación jurídica y las disposiciones legales que resulten aplicables.

En esta audiencia, el Juez o Jueza de Instancia Municipal, deberá imponer al imputado del precepto constitucional que le exime de declarar en causa propia, e igualmente le informará de las Fórmulas Alternativas a la Prosecución del Proceso, las cuales de ser solicitadas, podrán acordarse desde esa misma oportunidad procesal, con excepción del procedimiento especial por Admisión de los Hechos. La resolución de todo lo planteado se dictará al término de la audiencia de presentación.

Cuando el proceso se inicie con ocasión a la detención flagrante del imputado o imputada, la presentación del mismo se hará ante el Juez o Jueza de Instancia Municipal, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su detención, siguiéndose lo dispuesto en el primer y segundo aparte de este artículo.

Es evidente que el último aparte del artículo se refiere a los delitos menos graves, pero quedan en laguna jurídica los delitos graves. Bien se pudiera ejercer el principio de la supletoriedad, pero esto es un arma de doble filo porque cualquier acción subjetiva ejercida por el juez o el fiscal pudiera devenir en el quebrantamiento de *in dubio pro reo* al suplir una norma por otra que le perjudica al aprehendido. Es por ello que la misma ley adjetiva penal ordena que el contenido normativo sea de interpretación restrictiva, como lo indica el artículo 233 del código *ejusdem*. Sin embargo, fue mediante una sentencia vinculante de la Sala Constitucional que se logra aclarar esta confusión estableciendo como criterio que “la audiencia de presentación del imputado por aprehensión en flagrancia constituye acto de imputación”. Sala Constitucional en sentencia 276 de fecha 20 de marzo de 2009.

Analizando lo antepuesto, se observa la existencia de dos tipos de imputaciones: la “imputación informal” y la “imputación formal” también conocida como imputación implícita, tácita o incidental. La primera la ejecutan los organismos de seguridad,

la víctima o por el clamor público quienes de manera informal le están señalando como autor o partícipe de un hecho punible a una persona mediante las autoridades competentes para la persecución penal en la mera investigación criminal y no a través de un acto declarativo de la condición de imputado. Sobre esta premisa la Sala Constitucional en sentencia n.º 1.636 de fecha 17 de julio de 2002 estableció como criterio que:

Imputado es toda persona señalada como autor o partícipe de un hecho punible, por un acto de procedimiento de las autoridades encargadas de la persecución penal, no requiriéndose un auto declarativo de la condición de imputado, sino de cualquier actividad de investigación criminal, donde a una persona se la trata como presunto autor o partícipe. Tal condición se adquiere tanto en la fase de investigación, como cuando se ordena la apertura a juicio contra una persona.

La segunda se da cuando el fiscal del Ministerio Público le atribuye la comisión de un hecho punible mediante una investigación en el despacho del fiscal. En ambos tipos de imputaciones, la condición de imputado se materializa, ya que no se puede estar en la presencia de un “semi imputado”, “cuasi imputado” o “medianamente imputado”, por lo que al materializarse adquiere inmediatamente la denominación de imputado y a su vez nace el derecho a ser asistido y defendido. Este derecho de ser asistido y defendido desde el momento de la imputación sea formal o informal se viola cuando la persona aprehendida en flagrancia es llevada hasta el juez de control para la audiencia de presentación sin la asistencia y defensa, ya que han transcurrido más de 48 horas violando este principio constitucional al debido proceso vinculante a los Derechos Humanos.

Es importante analizar que dentro de las 12 horas a la detención de un ciudadano y luego de 36 horas a la disposición del Ministerio Público para posteriormente llevarlo al juez de control, se consumen 48 horas en las que la defensa pudiera aportar indicios o pruebas útiles y necesarias que permitan hacer constar hechos y circunstancias pertinentes para fundar en la investigación elementos que sirvan en la exculpación a la persona aprehendida. Por ejemplo, una persona es aprehendida porque al momento lo señalan como autor de un aprovechamiento de un objeto proveniente del delito (rollos de alambres) y este argumenta que ha extraviado la documentación que demuestra que adquirió dicho objeto; en este caso, la defensa sabiendo que su asistido adquirió el objeto en un comercio pudiera solicitar copia de la factura y presentarla ante el fiscal para que este compruebe si la información es correcta. Este hecho radicalmente pudiera cambiar el pronóstico de una imputación en la audiencia de presentación, por lo que determina la exculpación en dicha audiencia gracias a la oportuna y pertinencia que tuvo la defensa al momento de aprehender a la persona. Pero si la defensa no está formalmente juramentada ante un tribunal, en un caso así o similar, la violación al debido proceso imperaría.

Lo más contradictorio de todo es que al momento de que el fiscal del Ministerio Público presenta ante los tribunales el procedimiento respectivo sobre las actuaciones policiales, la vindicta pública lleva consigo un acta firmada por el imputado sobre los derechos del imputado y entre los derechos señalados contrariamente se indica el numeral 3 del artículo 127 del COPP, en el que se establece que el imputado o imputada tiene los siguientes derechos: “Ser asistido o asistida, desde los actos iniciales de la investigación, por un defensor o defensora que designe él o ella, o sus parientes y, en su defecto, por un defensor público o defensora pública”. Aquí se observa claramente que este derecho es

flagrantemente violado desde el momento de la aprehensión de la persona y aun así al aprehendido le hacen firmar un acta en la que le dicen que tiene ese derecho pero que, a su vez, no aplica hasta que un tribunal juramente al abogado defensor. Definitivamente, este hecho desencadenaría en la nulidad de las actuaciones si el principio del debido proceso impera como lo establece la CRBV.

Lo más contradictorio de todo es que al momento de que el fiscal del Ministerio Público presenta ante los tribunales el procedimiento respectivo sobre las actuaciones policiales, la vindicta pública lleva consigo un acta firmada por el imputado sobre los derechos del imputado y entre los derechos señalados contrariamente se indica el numeral 3 del artículo 127 del COPP, en el que se establece que el imputado o imputada tiene los siguientes derechos: “Ser asistido o asistida, desde los actos iniciales de la investigación, por un defensor o defensora que designe él o ella, o sus parientes y, en su defecto, por un defensor público o defensora pública”. Aquí se observa claramente que este derecho es flagrantemente violado desde el momento de la aprehensión de la persona y aun así al aprehendido le hacen firmar un acta en la que le dicen que tiene ese derecho pero que, a su vez, no aplica hasta que un tribunal juramente al abogado defensor. Definitivamente, este hecho desencadenaría en la nulidad de las actuaciones si el principio del debido proceso impera como lo establece la CRBV.

2. El derecho a la defensa

Nuestro sistema de justicia prohíbe la indefensión. Esta prohibición tiene carácter constitucional y es garantía fundamental al respeto de los derechos humanos; a su vez, protege el respeto esencial al principio de la contradicción; si no hay defensa, no hay contradicción en ninguna de las etapas o grados de los procesos judiciales o administrativos. Este concepto lo puso en práctica

el Estado venezolano cuando decidió transformar el sistema de justicia adecuándolo a la nueva CRBV; suprimiendo el sistema de justicia penal venezolano inquisidor por el sistema acusatorio. La defensa garantiza en todos los procesos el principio de la contradicción en la que se podrán hacer valer los derechos e intereses legítimos; si a la persona aprehendida desde el momento de su aprensión se le prohíbe la defensa aun por mera formalidad innecesaria porque el abogado no está juramentado, la indefensión hace gala violando el debido proceso y, por ende, los Derechos Humanos. Sin duda alguna, se estaría frente al quebrantamiento del principio procesal “*nemine damnatur sine audiatur*”. Este criterio sobre la indefensión lo ha asumido la Sala Constitucional mediante sentencia n.º 1251 de fecha 17 de julio de 2001 fundamentándose en doctrinas jurisprudenciales españolas de la sentencia del Tribunal Constitucional Español 123/189, de 6 de julio.

La asistencia y defensa jurídica son derechos que no pueden ser lesivos, por lo que si se transgreden se estarían infringiendo derechos constitucionales como el debido proceso, lo que le produce un daño irreparable al justiciable. Un aprehendido desde el primer momento de su aprehensión debe estar asistido por un abogado de su confianza o por un defensor público y no esperar a que un tribunal de control le confiere una audiencia para formalizar la juramentación justificando la cualidad para cumplir requisitos innecesarios. Es conocida la gran cantidad de trabajo que posee un tribunal de control. Por ello, otorgarle una responsabilidad de este carácter lo saturaría más y el aprehendido seguiría detenido mientras espera la audiencia de presentación y se desaprovechan diligencias que sirvan para exculpar al aprehendido. Solventar este tipo de situación con jueces itinerantes que permitan juramentar al abogado en cualquier día del año desde el primer momento de su aprehensión, sería oportuno y justo. Esta prohibición a la asistencia y defensa dentro de las primeras 48 horas de aprehensión ha sido

institucionalizada mediante la Sala Penal (SP) en sentencia n.º 059 de fecha 27 de febrero de 2013; cuando se estableció lo siguiente:

La cualidad de defensor privado, en materia penal, la adquiere un profesional del derecho, cuando el imputado o acusado se encuentre a derecho en el proceso penal y lo designe para ejercer la defensa técnica ante los órganos jurisdiccionales, además, debe cumplirse con dos formalidades esenciales, como lo es, la aceptación del cargo como defensor y su juramentación ante el juez penal, tal como lo dispone el artículo 141 del Código Orgánico Procesal Penal. **De no cumplirse con estos requisitos formales estamos en presencia de un tercero inhabilitado para ejercer la defensa técnica de un imputado o acusado en cualquier instancia judicial penal**” (negritas y subrayado del autor de este análisis).

En esta sentencia, que no tiene carácter vinculante, los tribunales y las cortes de la República han adoptado su contenido como criterio, puesto que evitan tener discrepancia con la Sala, ya que un recurso de casación basado en ese criterio de la SP pudiera pronosticar la reposición de la causa, lo que, a simple lectura, le estaría diciendo al juez de primera instancia o a la corte que se equivocaron. Aun cuando existe este criterio la misma Sala Penal no solo ha reiterado la misma doctrina jurisprudencial, sino que la ha hecho extensiva hacia otras sentencias de la misma Sala Penal, tal es el caso de la Sentencia de la Sala Penal n.º 3.654/2005 de fecha 6 de diciembre 2005; Sentencia n.º 75 de fecha 15 de febrero de 2013 y Sentencia n.º 234 de fecha 17 de julio de 2014. En esta última se establece lo siguiente:

Si bien es cierto, la designación del defensor puede efectuarse a través de un instrumento poder o por cualquier otro medio que revele la voluntad del imputado de estar asistido por un abogado

de su confianza, **no es menos cierto que en el proceso penal venezolano existen una serie de actos que necesariamente requieren la presencia del imputado, incluyendo el acto de aceptación y juramentación, que se realiza por ante el juez de control**, lo cual obedece a la garantía efectiva del derecho a ser oído y a la defensa.

De manera que, el nombramiento del defensor o de abogados de confianza es uno de los actos que requiere la presencia del imputado, ya que, exige que sea el propio imputado quien personalmente lo realice en autos —independientemente que tal designación se realice a través de un poder o cualquier otro instrumento que revele la voluntad del imputado de estar asistido por un abogado de su confianza—, dado que la asistencia comienza desde los actos iniciales de la investigación o, perentoriamente, antes de prestar declaración como imputado, lo que hace necesario la presencia de aquél, siendo ello así, debido a la propia redacción de los artículos 125.3 y 137 del Código Orgánico Procesal Penal”. (negrillas y subrayado del autor de este análisis).

Claramente este criterio es contrario a lo que establece el artículo 49 en su numeral 1 de la CRBV, sobre:

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

1. **La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso.** Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga; de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y en la ley.

El derecho a la asistencia y defensa jurídica es inviolable y se reafirma en la misma norma adjetiva penal en su artículo 12 sobre la defensa y la igualdad entre las partes, pero si ya el aprehendido se encuentra a disposición del Ministerio Público dentro de las 48 horas a su aprehensión esta igualdad solo recaerá en la vindicta pública, por lo que este principio de igualdad se vulneraría. Contrariamente al criterio asumido por la Sala Penal, el artículo 127.3, 139 y 141 del COPP, establece lo siguiente:

Derechos Artículo 127. El imputado o imputada tendrá los siguientes derechos:

...(omissis) **3. Ser asistido o asistida, desde los actos iniciales de la investigación, por un defensor o defensora que designe él o ella, o sus parientes** y, en su defecto, por un defensor público o defensora pública. ... (omissis).

Nombramiento Artículo 139. El imputado o imputada tiene derecho a nombrar un abogado o abogada de su confianza como defensor o defensora. Si no lo hace, el Juez o Jueza le designará un defensor público o defensora pública desde el primer acto de procedimiento o, perentoriamente, antes de prestar declaración.

Si prefiere defenderse personalmente, el Juez o Jueza lo permitirá sólo cuando no perjudique la eficacia de la defensa técnica.

La intervención del defensor o defensora no menoscaba el derecho del imputado o imputada a formular solicitudes y observaciones.

Limitación Artículo 141. El nombramiento del defensor o defensora no está sujeto a ninguna formalidad.

Una vez designado por el imputado o imputada, por cualquier medio, el defensor o defensora deberá aceptar el cargo y jurar desempeñarlo fielmente ante el Juez o Jueza, haciéndose constar en acta. En esta oportunidad, el defensor o defensora

deberá señalar su domicilio o residencia. El Juez o Jueza deberá tomar el juramento dentro de las veinticuatro horas siguientes a la solicitud del defensor designado o defensora designada por el imputado o imputada.

El imputado o imputada no podrá nombrar más de tres defensores o defensoras, quienes ejercerán sus funciones conjunta o separadamente, salvo lo dispuesto en el Artículo 148 de este Código, sobre el defensor o defensora auxiliar.

En el primer artículo 127, se puede observar claramente que contradice la doctrina de la Sala Penal, puesto que la norma adjetiva penal le otorga el derecho al imputado a ser asistido y defendido desde el momento de los actos iniciales de la investigación, por lo que puede solicitar la designación de su abogado de confianza desde el momento de la aprehensión en flagrancia o en su defecto un pariente cercano podría solicitar la designación. Sin embargo, el criterio de la Sala Penal establece que para surtir efecto de la designación el imputado debe estar presente en la audiencia, cosa terriblemente contraria al mandato del artículo *in comento*, ya que le cercena el derecho hasta al pariente en solicitarle la designación de la defensa. Sobre el segundo artículo, el legislador estableció que un imputado tiene el derecho a nombrar a su defensor de confianza y de no hacerlo se le podrá designar un defensor público; por lo que el legislador garantizó la defensa. El tercer artículo *supra* indicado, por su parte, deja claro que para la designación de un defensor no son necesarias formalidades en la que se limite este derecho, por lo que el criterio de la sala penal contradice lo estipulado en el COPP.

Conclusión

La asistencia y defensa jurídica es un derecho inviolable tanto en vía judicial como administrativa. De eso no puede existir la mínima duda; el solo hecho de pensar que este derecho se suprima o reduzca se volvería a las doctrinas inquisitivas en las que la indefensión era vista como algo natural porque se pervertía el derecho a defender los intereses del justiciable, con lo cual se le cercenaba la posibilidad de contradecir en juicio de lo que se le estaba culpando dejándole tal responsabilidad al juez quien se encargaba de sentenciarlo y de dirigir la investigación como era común en casi todos los reinos de la Europa continental desde el siglo XIII al XVIII. El sistema acusatorio en Venezuela, desde la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, es contrario al proceso inquisitorial que establecía el Código Enjuiciamiento Criminal. Esto impulsó en el debido proceso el derecho a la defensa; por lo que transformó el sistema de justicia garantizando el principio de la igualdad de las partes, aunque hoy en día esté plasmado en nuestra Constitución y demás leyes este derecho inviolable, sea a través de doctrinas y criterios jurisprudenciales de salas de casación o sala constitucional que reduzcan este derecho a estadios en los que el espíritu del constituyente y legislador no lo pretendían.

Sin duda alguna, el derecho a la defensa no puede reducirse a formalidades inútiles e innecesarias para que un defensor pueda defender los intereses del justiciable. Bastaría simplemente con que un abogado solicite ante la unidad de recepción de documentos en el circuito judicial respectivo ser juramentado inmediatamente ante cualquier juez itinerante de guardia permanente todos los días para poder ejercer la defensa desde el primer momento en que la persona está investigada o aprehendida en flagrancia. Esto permitiría descongestionar los tribunales de

control que pudieran estar abarrotados de audiencias y, a su vez, se garantizaría lo establecido en el numeral 3 del artículo 49 de la CRBV, por lo que esta deuda se ha acumulado y se debe honrarse la justicia en esta parte del derecho en la que la dignidad de una persona se viola al momento de ser aprehendido.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Linares, J. F. (1989). *Razonabilidad de las leyes; el debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*. Buenos Aires, Editorial Astrea.
- Levene, R. (1981). *El debido proceso legal, en El debido proceso penal y otros temas*. San José de Costa Rica, ILANUD y Corte Suprema de Justicia.
- Rodríguez Rescia, V. M. (1998). El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Revista de la facultad de ciencia y jurídicas políticas* de la Universidad Central de Venezuela (UCV). 110.
- Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia n.º 1.636 de fecha 17 de julio de 2002. Recuperado de <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1636-170702-02-1205-02-1255%20.HTM>.
- Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia 276 de fecha 20 de marzo de 2009. Recuperado de <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/276-20309-2009-08-1478.HTML>.
- Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia n. 1251 de fecha 17 de julio de 2001. Recuperado de <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1251-170701-00-3139%20%20.HTM>.
- Sala Penal, Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia n.º 059 de fecha 27 de febrero de 2013. Recuperado de <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/febrero/059-27213-2013-A13-22.HTML>.

5. Sanciones disciplinarias emitidas por los clubes sociales: naturaleza y procedimientos para su impugnación judicial

Disciplinary sanctions issued by social clubs: nature and procedures for judicial challenge

BELINDA PAZ CALZADILLA*

* Abogada por la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Especialista en Derecho Administrativo por la UCAB. Especialista en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Monteávila. Candidata a Magister en Derecho Constitucional (ENM).

RESUMEN

En este artículo analizaremos algunos pronunciamientos jurisprudenciales, principalmente, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, por medio de los cuales se ha determinado la naturaleza de las sanciones disciplinarias emitidas por ciertas asociaciones civiles y muy particularmente por los clubes sociales. Dicho análisis tiene por objetivo establecer la Jurisdicción competente para conocer de la nulidad de estas sanciones y el procedimiento aplicable para ventilar tales pretensiones. De este modo, será de especial interés referir el criterio acerca de la inadmisibilidad del amparo como medio idóneo para restablecer las posibles violaciones a los derechos y garantías constitucionales originadas como consecuencia del sometimiento de un socio a estos procedimientos disciplinarios. Sobre este último aspecto, haremos algunas consideraciones en cuanto a la supuesta eficiencia y efectividad que, comúnmente, se asume —casi como un dogma de fe— en torno al empleo de la vía ordinaria e, igualmente, realizaremos algunas consideraciones respecto a los pronunciamientos de la Sala Constitucional dirigidos a descartar, como razones valederas para justificar el amparo, lo atinente a la complejidad, duración y costo económico de las vías ordinarias.

Palabras clave: Sanciones y procedimientos disciplinarios de asociaciones civiles, Club sociales, Amparo constitucional.

ABSTRACT

In this article we will analyze some jurisprudential pronouncements, mainly from the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice, which have been in charge of defining the nature of the disciplinary sanctions issued by certain civil associations and very particularly by social clubs. The purpose of said analysis is to establish the competent Jurisdiction to hear these matters and the applicable procedure to air such claims. In this way, it will be of particular interest the reference to the inadmissibility of the protection that, as a general rule, is advocated when asserting this mechanism to protect and restore possible violations of constitutional rights and guarantees originated as a consequence of the submission of a partner to these disciplinary proceedings. On this last aspect, we will make some considerations regarding the supposed efficiency and effectiveness that is commonly assumed - almost as a dogma of faith - around the use of the ordinary route and also, we will make some questions to the pronouncements of the Chamber Constitutional aimed at ruling out, as valid reasons to justify the "amparo", what is related to the complexity, duration and economic cost of ordinary channels.

Key words: Sanctions and disciplinary procedures of private associations, Social Club, Amparo.

INTRODUCCIÓN

En este artículo haremos algunas consideraciones sobre la naturaleza y la forma de recurrir de ciertos actos societarios. En concreto, nos vamos a centrar en las sanciones disciplinarias emitidas por los clubes sociales en el marco de la potestad que al efecto les otorgan sus propios estatutos.

De este modo, debemos comenzar diciendo que aun cuando estos ordenamientos jurídicos sectoriales únicamente vinculan a aquellas personas que voluntariamente decidan someterse a los mismos, en el marco del derecho a asociarse, protegido constitucionalmente en el artículo 52 constitucional, no deja de ser menos cierto que ello no es óbice para que tales asociaciones civiles se vean forzadas a darle cumplimiento, en el uso de su autonomía normativa, a los principios, valores, derechos y garantías que dimanan del Texto Constitucional. Máxime cuando la Constitución tiene valor normativo, tal como lo propone su artículo 7.

Lamentablemente, en Venezuela existen ejemplos en que el Poder Judicial ha tenido que intervenir para constatar el uso arbitrario, excesivo y, algunas veces, inconstitucional, de la autonomía normativa y potestad disciplinaria de estas asociaciones civiles.

De hecho, la circunstancia puesta de relieve en las líneas que anteceden y el recurrente uso del amparo constitucional como mecanismo para impedir estas violaciones llevó a la Sala Constitucional en sentencia n.º 53 del 27 de febrero de 2019, recaída en el caso: Asociación Civil sin Fines de Lucro Club Campestre Paracotos, en lo sucesivo Caso: PARACOTOS, a realizar algunas precisiones en torno a la naturaleza de estas sanciones y formas de recurrirlas, todo lo cual ya venía siendo objeto de estudio en sentencias precedentes de dicha Sala.

Ahora bien, lo interesante de este último pronunciamiento (Caso Paracotos) es que, en esa ocasión, se quiso enfatizar el criterio al punto de dedicar todo un capítulo al tema, titulado *Obiter Dictum*, en el cual —entre otras consideraciones— se ordenó a todas las asociaciones civiles sin fines de lucro o clubes constituidos en todo el territorio nacional que en lo sucesivo:

Garanticen dentro de los estatutos de funcionamiento en el desarrollo de cualquier procedimiento disciplinario aplicados a sus asociados, todos los derechos y garantías indispensables que deben existir en todo proceso vinculado con el debido proceso y derecho a la defensa, así como los principios de razonabilidad, proporcionalidad de los actos y no discriminación, so pena que el incumplimiento (...) pueda ser objeto de nulidad absoluta ante los órganos jurisdiccionales competentes por quienes resulten afectados.

Para ilustrar un poco el contexto en torno al cual se emitió este pronunciamiento de la Sala Constitucional, debemos indicar que dicha sentencia se produjo en el marco del recurso de revisión intentado por la representación judicial del Club Paracotos contra la decisión dictada el 10 de octubre de 2016, por el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, que declaró:

PRIMERO: Improcedente la inadmisibilidad de la acción propuesta por la parte querellada, ello de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

SEGUNDO: Sin Lugar el recurso de apelación interpuesto por el ciudadano (...), actuando con el carácter de presidente de la asociación civil CLUB CAMPESTRE PARACOTOS (...)

contra la decisión que fue proferida por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Miranda en fecha 31 de agosto de 2016, a través de la cual se declaró CON LUGAR la acción de amparo constitucional interpuesta (...)

TERCERO: Se ORDENA la restitución de la situación jurídica infringida, debiendo por lo tanto la Junta Directiva de la Asociación Civil CLUB CAMPESTRE PARACOTOS, levantar la sanción de suspensión impuesta contra los ciudadanos (...), permitiéndoles de manera inmediata el ingreso a las instalaciones del mencionado CLUB; así mismo, se declara la nulidad de las decisiones que fueron tomadas por el mencionado organismo en fecha 16 de julio de 2016, con ocasión al procedimiento disciplinario que fue incoado.

Por lo tanto, de la anterior transcripción se infiere que el antecedente de la sentencia objeto de revisión fue la acción de amparo constitucional interpuesta por dos socios del Club Campestre Paracotos contra las medidas disciplinarias de suspensión aplicadas por dicha asociación civil.

Asimismo, debemos precisar que el fundamento de la comentada revisión constitucional consistió en que, a juicio de los representantes del Club, la decisión objeto del recurso se apartó de los criterios vinculantes de la Sala Constitucional y, en particular, del dispuesto en la sentencia n.º 968 del 15 de octubre de 2010, que previó como una carga procesal del accionante en amparo la de justificar, con razones valederas, los motivos por los cuales la vía ordinaria no resultaba idónea, eficaz y eficiente, situación que —según expuso el solicitante de la revisión— no se había cumplido en el caso de autos.

Bajo esa premisa, la Sala Constitucional declaró “ha lugar” el recurso de revisión, en el entendido de que la decisión recurrida se apartó del criterio de la Sala Constitucional al admitir la acción de

amparo constitucional sin el cumplimiento de los extremos antes señalados y, en concreto, el referido a la demostración y cumplimiento de la carga alegatoria tendente a establecer las razones por las cuales la vía ordinaria resultaba ineficaz, inidónea e ineficiente.

Igualmente, como dijimos *supra*, la Sala Constitucional procedió en el comentado fallo a incluir un capítulo titulado *OBITER DICTUM*, en el cual se analizó, entre otros aspectos, la naturaleza de estas sanciones disciplinarias emitidas por los clubes sociales, la forma de recurrirlas y jurisdicción competente para conocer de dicho asunto.

En consecuencia, por medio de este estudio, intentaremos responder las siguientes interrogantes:

1. ¿Cuáles serían los escenarios excepcionales para admitir el amparo constitucional, como una vía idónea para recurrir estas sanciones?
2. ¿El juez puede suplir la carga alegatoria de la parte actora, relativa a la expresión de los motivos que justifican el amparo constitucional?
3. ¿Cuáles son las razones que, a juicio de la Sala Constitucional resultan valederas para admitir el amparo?
4. ¿Qué naturaleza tienen las sanciones dictadas por los clubes sociales y ante quién pueden recurrirse?
5. ¿El procedimiento ordinario civil sería el único aplicable para estos casos?

Luego de atendidas estas preguntas, presentaremos nuestras conclusiones y recomendaciones.

1. Naturaleza de las sanciones disciplinarias emitidas por clubes sociales

En primer lugar, es necesario reiterar la naturaleza jurisprudencialmente atribuida a estas sanciones disciplinarias, ya que,

contrario a lo sostenido por algunas personas, no se trata de actos administrativos.

En efecto, los actos administrativos son uno de los actos que puede producir el Estado en el cumplimiento de las funciones públicas.

Atendiendo a la definición legal recogida en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981), y al margen de las críticas que la doctrina y jurisprudencia han realizado a la misma, se entiende por acto administrativo “toda declaración de carácter general o particular emitida de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la Ley, por los órganos de la Administración Pública”.

Por lo tanto, más allá del criterio orgánico o material que corresponde atribuir a la expresión Administración Pública, lo cierto es que las sanciones disciplinarias emitidas por asociaciones civiles sin fines de lucro no pueden considerarse actos administrativos, ya que los clubes sociales no forman parte de la Administración Pública en ninguno de sus dos sentidos (formal o material) y el uso de estas potestades deviene de sus estatutos en lugar de la ley.

Habida cuenta de ello, debemos tener cuidado con la existencia de cierto tipo de actos que pueden emitir los particulares en el ejercicio de algunas potestades públicas reconocidas en la ley y a los cuales se les denomina “Actos de Autoridad”. Para referirnos a ellos, es importante traer a colación una sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, de fecha 18 de febrero de 1986, recaída en el caso: Sociedad Autores y Compositores de Venezuela (SACVEN), en la cual se reconocía al contencioso administrativo la competencia para conocer de la validez de aquellos actos emitidos por particulares como consecuencia del ejercicio de potestades públicas

delegadas por la ley. Específicamente, observó la Sala Político Administrativa en esa ocasión, lo siguiente:

La Sociedad Autores y Compositores de Venezuela es una sociedad civil que fue constituida con fundamento en la libertad de asociación y a un *animus societatis* establecido con el fin de alcanzar objetivos de cierto e indudable carácter privado. Entonces debemos preguntarnos: ¿Si una persona jurídica de la calidad de SACVEN, donde el Estado carece de especial injerencia, puede ser considerada un establecimiento público a los fines de esta Jurisdicción Contencioso Administrativa? En tal sentido debemos señalar que, dentro del marco del Derecho Comparado, otros ordenamientos jurídicos admiten que personas jurídicas de Derecho Privado, que a su vez carecen de un origen de conducción pública pueden efectivamente dictar actos administrativos; sustentados para tal afirmación en la tesis ya “del fin de la sociedad”; o en el criterio más difundido y aceptado de “la existencia de prerrogativas”. Este último supuesto está dado al encontrar un sujeto de origen privado y sujeto a las normas de Derecho Civil y Derecho Mercantil, pero al mismo tiempo es destinatario de una habilitación o delegación de naturaleza legal por la cual pasa a participar en forma directa de las potestades públicas, o sea del *imperium* propio del Estado o de los órganos que lo expresan.

En este contexto, la mencionada Sala señalaba, como ejemplo de situaciones que conllevaban a la emisión de estos actos, lo ocurrido con las universidades privadas que —a pesar de su origen privado— por mandato de la Ley de Universidades realizaban actos de autoridad en el ámbito educativo, por ejemplo, cuando otorgaban títulos académicos y declaraban hábiles, para

ejercer profesiones, a quienes culminan y cumplen los requisitos establecidos.

No obstante, este último tipo de actos (de autoridad) se distingue de las sanciones disciplinarias emitidas por los clubes sociales, debido a que las últimas se imponen como consecuencia del ejercicio de potestades que devienen de los propios estatutos sociales en lugar de la ley.

En consecuencia, tal como lo ha destacado la jurisprudencia de la Sala Constitucional, las acciones para solicitar la nulidad de las sanciones disciplinarias emitidas en ese sentido por las asociaciones civiles sin fines de lucro, corresponde, en principio, a la Jurisdicción Civil¹.

Así, fue establecido por la Sala Constitucional en sentencia n.º 3.515 del 11 de noviembre de 2005, ratificada, entre otras decisiones, en el fallo n.º 53 del 27 de febrero de 2019, con motivo del cual se dejó sentado que “*los actos jurídicos dictados por asociaciones civiles privadas, de conformidad con su normativa interna no pueden ser calificados como administrativos o de naturaleza pública, toda vez que no se está en el ejercicio de competencias o potestades estatales*”.

Por lo tanto, teniendo presente la naturaleza que corresponde asignar a las sanciones disciplinarias emitidas por los clubes sociales, conviene plantearnos, como pregunta a ser resuelta, la atinente a cuál sería la forma o mecanismo para recurrirlas, lo cual será abordado en el siguiente título.

¹ Decimos en principio, ya que, dependiendo del contexto en el cual se aplica la sanción, pueden verse involucrados otros derechos cuya protección compete a Jurisdicciones especiales. Ejemplo, cuando la sanción afecte niños, niñas o adolescentes o cuando la misma ocurre en el marco de un proceso electoral.

2. Formas de recurrir las sanciones disciplinarias emitidas por los clubes sociales

2.1 Planteamiento general

Tal como quedó establecido en las líneas que anteceden, estas sanciones disciplinarias poseen una naturaleza privada que impide equipararlas a los actos administrativos, situación que acarrea importantes consecuencias prácticas referidas no solo a la Jurisdicción competente para conocer de su nulidad, sino también al procedimiento aplicable para su impugnación.

Es así como la Sala Constitucional en la referida sentencia n.º 53 del 27 de febrero de 2019 procedió a declarar —en reiteración al precedente recaído en el fallo n.º 3.515 del 11 de noviembre de 2005— que: “los actos jurídicos dictados por asociaciones civiles privadas, de conformidad con su normativa interna no pueden ser calificados como administrativos o de naturaleza pública”, toda vez que —a juicio de la mencionada Sala— no se estaría “en ejercicio de competencias o potestades estatales, siendo que su personal o fondo no ostentan carácter públicos, por lo cual no le son aplicables las acciones de nulidad propias de la jurisdicción contencioso administrativa”, por lo que concluyó que “al encontrarse su regulación inserta en una relación jurídico de naturaleza civil, provoca que sea esta la materia afín que la regule”.

De ahí que, partiendo de la comentada naturaleza civil de estas sanciones, resulta claro que no es posible acudir al procedimiento de demandas de nulidad consagrado, al efecto, en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010), para solicitar la anulación de decisiones emanadas de los clubes sociales (sanciones disciplinarias).

Empero, también es cierto que la Ley Adjetiva Civil, ni ninguna otra ley especial, contemplan un procedimiento particular para ventilar este tipo de pretensiones, situación que nos

lleva a transcribir el contenido del artículo 338 del Código de Procedimiento Civil (1990), cuyo tenor es el siguiente: “Las controversias que se susciten entre partes en reclamación de algún derecho, se ventilarán por el procedimiento ordinario, si no tienen pautado un procedimiento especial”.

En consecuencia, de lo anterior se deduce que —en principio— el cauce procedimental para ventilar estas pretensiones anulatorias es el procedimiento ordinario civil, el cual tiene como ventaja que permite adicionar pretensiones indemnizatorias, por los daños que estos actos o procedimientos disciplinarios causen al socio afectado.

Lo descrito fue el criterio asumido por la Sala Constitucional en la sentencia n.º 892 del 11 de agosto de 2010, recaída en el Caso: Asociación Civil Carenero Yacht Club, ratificada, entre otras, en sentencia n.º 281 del 5 de mayo de 2017, en la que se aludió a la existencia del procedimiento ordinario para la declaratoria de nulidad de una resolución emanada de la Junta Directiva de una Asociación Civil.

Igualmente, la sentencia n.º 53 dictada por la Sala Constitucional el 27 de febrero de 2019 hizo mención al precedente recaído en el caso Asociación Carenero Yacht Club, para resaltar la eficacia del proceso ordinario civil, a los fines de proteger las violaciones a los derechos constitucionales de los asociados, por ejemplo, a través del sistema de protección cautelar. En concreto, dispuso la Sala Constitucional lo siguiente:

En el caso bajo estudio, la parte que demandó la protección constitucional aparentemente partió del supuesto de la *inexistencia de un procedimiento idóneo*, para la protección de sus derechos constitucionales a través de la declaratoria de nulidad de la resolución mediante la cual el ciudadano Eugenio Ricardo Munch

Arocha fue excluido como miembro de la Asociación Carenero Yacht Club.

Ahora bien, no es cierto que no exista un procedimiento ordinario mediante el cual un tribunal podría otorgar la protección que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela garantiza a los derechos constitucionales que el quejoso estimó que le fueron conculcados ya que sus pretensiones podían ser planteadas en un juicio ordinario. Al efecto, debe recordarse, una vez más, que esta Sala ha insistido en que *todos* los jueces en *todos* los procesos pueden y deben proteger *todos* los derechos, con inclusión de los constitucionales, y es solo contra la omisión de tal protección por las vías ordinarias, especiales o de impugnación que puede intentarse el amparo constitucional, salvo, como se explicó *supra*, que *en un caso concreto* existan circunstancias particulares que hagan inidóneas aquellas vías para la protección constitucional. Es por ello que, cuando se acude a la tutela constitucional, el demandante tiene la carga argumentativa que convenza al juez de que, en su caso, es esta vía especial la única que podría protegerlo con eficacia, como garantiza la Constitución.

En el asunto de autos, el accionante no acudió a la vía ordinaria preexistente, como podría ser una demanda de nulidad de la resolución que emanó de la Junta Directiva y la Comisión Asesora de Administración de la Asociación Civil Carenero Yacht Club, el 3 de marzo de 2009 y de los actos que le siguieron por vía de consecuencia —a través de la cual habría podido pedir la indemnización que en amparo no es posible-, y no justificó el ejercicio anticipado de la pretensión de tutela constitucional, como requisito de admisibilidad que ha exigido pacíficamente esta Sala; omisión que no fue motivo de análisis en las decisiones que se emitieron en el procedimiento de amparo constitucional, a pesar del alegato al respecto de la parte demandada, fallos que,

en acatamiento a la doctrina aplicable de esta Sala, tenían que haberse pronunciado acerca de la idoneidad o no del procedimiento ordinario para la protección de los derecho al debido proceso, la defensa y a la propiedad del ciudadano Eugenio Ricardo Munch Arocha, lo cual era un punto previo antes de que entrara a conocer el fondo de la causa.

De lo anterior, se evidencia que, a juicio de la Sala Constitucional, el proceso ordinario civil es una vía ordinaria idónea para tutelar las posibles violaciones a los derechos constitucionales que pudieran producirse en el marco de los procedimientos disciplinarios a los cuales sea sometido un socio; no obstante, en el título siguiente intentaremos dibujar algunos escenarios en los que esa vía ordinaria pudiera no ser tan efectiva, idónea y eficiente.

2.2 De la admisibilidad del amparo

El artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988) contempla las causales de inadmisibilidad de la acción de amparo constitucional, debiendo resaltarse, en esta oportunidad, la prevista en el numeral 5 de dicha norma, cuyo tenor es: “(c)uando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes”.

De lo anterior, pueden extraerse dos situaciones que, según lo consagrado en el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988), pueden conllevar a la inadmisibilidad del amparo, a saber:

- Que los medios judiciales ordinarios no hayan sido agotados; y
- Que no resulte evidente, en el caso concreto, que el uso de los medios judiciales ordinarios son ineficaces o ineficientes.

Sobre el alcance que debe atribuirse a esta causal de inadmisibilidad y las situaciones concretas que son verificadas para su

materialización, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia emitió una importante precisión en la sentencia n.º 1.496 del 13.08.2001, cuando dispuso:

En consecuencia, es criterio de esta Sala, tejido al hilo de los razonamientos precedentes, que la *acción de amparo constitucional* opera bajo las siguientes condiciones:

- a) Una vez que los medios judiciales ordinarios han sido agotados y la situación jurídico constitucional no ha sido satisfecha; o
- b) Ante la evidencia de que el uso de los medios judiciales ordinarios, en el caso concreto y en virtud de su urgencia, no dará satisfacción a la pretensión deducida.

La disposición del literal a), es bueno insistir, apunta a la comprensión de que el ejercicio de la tutela constitucional por parte de todos los jueces de la República, a través de cualquiera de los canales procesales dispuestos por el ordenamiento jurídico, es una característica inmanente al sistema judicial venezolano; por lo que, en consecuencia, ante la interposición de una acción de amparo constitucional, los tribunales deberán revisar si fue agotada la vía ordinaria o fueron ejercidos los recursos, que de no constar tales circunstancias, la consecuencia será la inadmisión de la acción, sin entrar a analizar la idoneidad del medio precedente, pues el carácter tuitivo que la Constitución atribuye a las vías procesales ordinarias les impone el deber de conservar o restablecer el goce de los derechos fundamentales, por lo que bastaría con señalar que la vía existe y que su agotamiento previo es un presupuesto procesal a la admisibilidad de la acción de amparo.

La exigencia del agotamiento de los recursos a que se refiere el aludido literal a), no tiene el sentido de que se interponga cualquier recurso imaginable, sino sólo los que permitan reparar adecuadamente lesiones de derechos fundamentales que

se denuncian. No se obliga, pues, a utilizar en cada caso todos los medios de impugnación que puedan estar previstos en el ordenamiento procesal, sino tan sólo aquellos normales que, de manera clara, se manifiesten ejercitables y razonablemente exigibles. En consecuencia, por ejemplo, ante el agotamiento de la doble instancia en un juicio civil, el actor tendrá la posibilidad de recurrir en casación o en amparo constitucional, pues es sabido que aquélla constituye una vía extraordinaria de revisión.

De cara al segundo supuesto, relativo a que la acción de amparo puede proponerse inmediatamente, esto es, sin que hayan sido agotados los medios o recursos adjetivos disponibles, el mismo procede cuando se desprenda de las circunstancias fácticas o jurídicas que rodean la pretensión, que el uso de los medios procesales ordinarios resulta insuficiente al restablecimiento del disfrute del bien jurídico lesionado.

Como puede apreciarse de la anterior transcripción, a juicio de la Sala Constitucional, deben verificarse cualquiera de las dos circunstancias arriba mencionadas, a los efectos de poder acceder al amparo. En otras palabras, el amparo solo será admisible cuando se agote sin éxito la vía ordinaria o cuando esta resulte ineficiente. Dicho criterio ha sido reiterado, entre otros pronunciamientos, en las sentencias de la Sala Constitucional números 2.369/2001, 2.581/2001, 369/2003, 209/2013, 215/2013 y 94/2015, por nombrar solo algunas.

Ahora bien, de cara a lo descrito, conviene plantearnos en qué casos resultaría inoperante o ineficiente la vía ordinaria y con ello los afectados estarían habilitados para acudir al amparo constitucional.

Para responder a esa pregunta es necesario destacar que terminológicamente, “eficiencia” alude a la expresión eficacia que, según el *Diccionario de la Lengua Española* (2001) denota

“capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera” (T. I, p.865). Igualmente, la locación idoneidad se relaciona con la cualidad de idóneo que, a su vez, se define como “adecuado y apropiado para algo” (T.II, p. 1.246).

Por lo tanto, teniendo presente las precisiones conceptuales arriba expuestas debe indicarse que cuando se condiciona la admisibilidad del amparo constitucional contra los actos societarios contentivos de sanciones disciplinarias, se alude al hecho de que la vía ordinaria no sea capaz de lograr el efecto que se desea, por no resultar, en el caso concreto, adecuada y apropiada para la protección de los derechos y garantías constitucionales denunciados como violados.

Ahora bien, revisadas las diferentes decisiones dictadas sobre la materia por la Sala Constitucional, entre las cuales cabe referir las sentencias: n.º 892 del 11.08.10, Caso Asociación Civil Carenero Yacht Club; n.º 281 del 05.05.2017, Caso: Asociación Civil Club Oricao; n.º 413 del 21.06.18, Caso: Gran Lógica de la República de Venezuela; n.º 32 del 12.02.19, Caso: Club Táchira Asociación Civil y la n.º 53 del 27 de febrero de 2019, Caso: Asociación Civil Sin Fines de Lucro Club Campestre Paracotos, podemos extraer las siguientes premisas.

- El amparo constitucional puede admitirse como medio de impugnación de las sanciones disciplinarias que emiten los clubes privados cuando se justifique la inoperancia de las vías ordinarias o cuando habiéndolas agotado estas hayan resultado ineficientes.
- El juez no puede suplir la carga alegatoria del accionante en amparo respecto a la acreditación de las circunstancias especiales que justificarían el amparo.
- El hecho de que el procedimiento ordinario civil sea más largo y costoso no se considera una razón valedera para justificar el amparo.

- De pretenderse la nulidad de normas estatutarias o la revisión de la negativa de admisión de una persona como socio, el uso del amparo queda excluido, según lo establecido por la Sala Constitucional en sentencia n.º 1.819 del 10.12.15, donde se dispuso que el accionante debió ejercer los medios ordinarios de impugnación contra la negativa de admisión de un club, toda vez que no sería en “un juicio expedito, breve y sumario, como es el Amparo constitucional, donde se pueden analizar normas estatutarias infralegales que regulan una relación entre particulares, ni mucho menos crear un derecho que no ostentaba ante tal negativa expresa”.

De cara a lo descrito, conviene hacer el ejercicio académico de imaginar casos hipotéticos en los cuales podría admitirse el amparo, teniendo en cuenta que dentro de las justificaciones esgrimidas para su procedencia no pueden incluirse —a juicio de la Sala Constitucional— aspectos relacionados con lo largo o costosa que pueda resultar la tramitación del proceso ordinario civil. Por lo tanto, bajo esa línea de pensamiento quedarían excluidos motivos como lo siguientes:

- En el proceso ordinario civil si bien pueden obtenerse medidas cautelares, tales proveimientos no pueden acordarse en la propia admisión de la demanda como ocurre en el amparo, siendo más larga y engorrosa la obtención de una protección cautelar. Máxime en la actualidad, donde luego de admitida la demanda debe solicitarse una cita para tramitar las copias que conformarán el cuaderno separado de las medidas cautelares, todo lo cual dificulta la obtención de estos proveimientos en el mismo día de la admisión de la demanda.

- En el amparo todos los días son hábiles, a excepción de sábado y domingo, días feriados, mientras que en el proceso ordinario civil los lapsos corren por días de despacho.
- En el amparo, a diferencia del proceso ordinario civil, no se admiten incidencias, tales como: recusaciones, impugnaciones de poder, oposiciones a las medidas cautelares etc. Esto es importante, ya que si bien la recusación no suspende la causa, en cierto modo, produce una paralización temporal mientras el juez rinde el informe, abre el cuaderno de recusación y remite el expediente a distribución, para que un nuevo juez de la misma categoría en el escalafón judicial continúe con la sustanciación del juicio. También debe sumarse a esa complejidad que el sistema actual obliga a enviar las actuaciones en forma digital, debiendo esperarse la fecha de la cita para la consignación de estas diligencias, todo lo cual en la práctica se termina convirtiendo en una paralización de *facto*.
- De corresponderle el conocimiento a un Tribunal de Primera Instancia en lo Civil y obtenerse medidas cautelares en el marco del proceso ordinario civil, dicho Juzgado no puede ejecutar directamente las cautelares, como ocurriría en amparo, sino que para ello debe comisionar a un Juez de Municipio.
- De pedirse la ejecución material de unas medidas cautelares obtenidas en el marco de un proceso ordinario civil, ciertamente el juez puede valerse del uso de la fuerza pública para materializar las providencias, pero cuando la cautelar consiste en una orden de abstención, tales mecanismos resultan poco efectivos. Lo descrito se ve reforzado por el hecho de que el desacato de un mandamiento de amparo puede conllevar a la aplicación de la sanción de prisión, situación que no se verifica en el proceso ordinario civil ante el incumplimiento de las providencias cautelares.

- Los honorarios de los abogados para la atención del proceso ordinario civil son mayores que los que podrían establecerse para la acción de amparo.
- En el amparo el socio puede acudir sin abogado, a los fines de interponer la demanda.
- La tramitación de los amparos tiene prioridad sobre cualquier otro asunto que esté atendiendo el órgano jurisdiccional.

Empero, excluidos estos motivos como razones valederas para justificar el amparo, toda vez que los mismos estarían vinculados con el costo, duración y complejidad del proceso ordinario civil, todo lo cual —según lo señalado por la Sala Constitucional— no justifica acudir a la vía del amparo, pareciera entonces que son muy pocas las razones para justificar la admisión de un amparo.

De hecho, estos motivos estarían vinculados con situaciones verdaderamente extremas como, por ejemplo, el cierre temporal de los tribunales, debido a la pandemia o la existencia de suficientes elementos de convicción que permitan concluir, al menos preliminarmente, que el uso de los procedimientos disciplinarios persigue un fin distinto a la correcta disciplina dentro del club y se orienta a la satisfacción de fines personales, deseos de venganza o retaliaciones hacia un socio, cuya prueba sería un tanto complicada.

En otras palabras, pareciera que los supuestos para justificar la admisión del amparo, en criterio de la Sala Constitucional, podrían resultar tan extremos y poco probables que muy rara vez se verificarían.

No obstante, eso que —a juicio de la Sala Constitucional— son razones poco valederas para acceder a esta especial vía, consideramos que bajo ciertas circunstancias especiales, pueden llegar a ser motivos razonables para poner de manifiesto la ineficiencia e ineficacia de la vía ordinaria civil, principalmente,

cuando atendemos al sentido etimológico de estas expresiones, puesto de relieve en las líneas que anteceden.

En efecto, bajo el pretexto de que corresponde a todos los jueces de la República el ejercicio de la tutela constitucional a través de los canales procesales establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, se viene excluyendo la posibilidad de admitir los amparos, sin tener en cuenta que las herramientas brindadas a los jueces en esas vías ordinarias para tutelar los derechos constitucionales no son comparables, en cuanto a su efectividad y eficacia, para lograr la protección constitucional brindada con un mandamiento de amparo, cuya inobservancia conlleva al ilícito constitucional de desacato.

Por ejemplo, según la opinión de la Sala Constitucional, el costo de la vía ordinaria no constituye un motivo valedero para justificar la admisión de estos amparos, pero me pregunto, ¿será razonable que una persona tenga que invertir en una demanda judicial mucho más de lo que cuesta su acción dentro de un Club?, o, por el contrario, eso terminará siendo un elemento para desestimularlo y obligarlo a tolerar la injusticia.

Evidentemente, circunstancias como la descrita, debe llevarnos a reflexionar, acerca de si el elemento económico es válido para ponderar la eficacia y eficiencia de la vía ordinaria, especialmente, cuando atendemos al sentido literal de estas expresiones, indicado al inicio de este título (eficacia, según el *Diccionario de la Lengua Española* (2001), denota “capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera” (T. I, p.865); mientras que idoneidad se relaciona con la cualidad de idóneo que, a su vez, se define como “adecuado y apropiado para algo” (T.II, p. 1.246).

Empero, reconocemos que el elemento económico no puede invocarse aisladamente, sino que debe ir acompañado de otras particularidades del caso, ya que —de no ser así— la consecuencia consistiría en la admisión del amparo para dirimir todos los

conflictos de la sociedad, dada la mayor onerosidad de la vía ordinaria, situación que evidentemente resultaría inaceptable.

No obstante, la realidad económica, conjugada con otras particularidades de la controversia, pudiera justificar el uso del amparo, principalmente cuando del estudio de un caso concreto se reflejen aspectos como los siguientes:

- Que las autoridades de un determinado club hacen valer su posición de dominio en desmedro de los asociados, incurriendo en un reiterado desacato de órdenes de otras autoridades públicas o incluso criterios vinculantes producidos en la materia por la Sala Constitucional.
- Que en el marco de las sanciones aplicadas existan indicios de la presencia de intereses personales, venganzas o retaliaciones contra un determinado socio, en lugar de la aplicación de una sana disciplina dentro del club.
- Que en virtud de la naturaleza del club, el socio se encuentre vinculado al mismo por un elemento esencialmente cultural o afectivo, más que recreativo, lo cual sucedería, por ejemplo, con las asociaciones dirigidas a preservar los elementos culturales de una determinada nacionalidad, ya que en estos casos los costos de las acciones pueden ser bajos o poco comerciales, con lo cual las vías judiciales para preservar la afiliación deben ser mucho más accesibles, en términos económicos, tomando en cuenta los elementos afectivos envueltos.

En tales escenarios, debe tenerse en cuenta que el elemento económico, e incluso de duración del proceso, es realmente importante, al momento de descartar el amparo y establecer en abstracto la supuesta eficacia de la vía ordinaria.

Por otro lado, debemos igualmente detenernos en el estudio de otros criterios que se vienen utilizando para descartar el uso del amparo como medio procesal para restablecer las lesiones a

los derechos constitucionales derivados de las sanciones disciplinarias aplicadas por los clubes sociales.

En tal sentido, debo referir que la Sala Constitucional ha sido enfática al momento de afirmar que las deficiencias en la carga alegatoria de la parte accionante para justificar la admisibilidad de la acción de amparo no pueden suplirlas los jueces constitucionales.

Prueba de ello, en sentencia de la Sala Constitucional n.º 872 del 17 de julio de 2015, recaída en el caso: Xiomara Violeta de Jesús Moreno de Iglesias, dicha Sala realizó un llamado de atención a un Juez Superior Civil que se sustituyó en la carga procesal del legitimado activo respecto a la justificación de la coexistencia del amparo y la vía ordinaria.

Habida cuenta de lo anterior, consideramos que lo descrito contrasta con el principio dispositivo atenuado que rige en materia de amparo, el cual se pone de manifiesto, por ejemplo, con la posibilidad que tiene el juez constitucional de proseguir con dicha acción incluso cuando el accionante no asiste a la audiencia oral constitucional, así como la facultad del Juez constitucional relativa a declarar o constatar violaciones a derechos o garantías que no han sido denunciadas como infringidas. También puede hacer evacuar de oficio las pruebas que estime pertinentes.

Adicionalmente, en fecha 28 de octubre de 2021, fue publicada en Gaceta Oficial n.º 6.658 (Extraordinario) la Ley para el Respeto de los Derechos Humanos en el Ejercicio de la Función Pública, cuyo artículo 4 prevé:

Las disposiciones de esta Ley son de orden público e interés general. En caso de dudas en la interpretación de las disposiciones de esta ley se adoptará la que más favorezca al respeto, garantía y protección de los derechos humanos.

Las funcionarias públicas y funcionarios públicos del Estado deben actuar de oficio ante las situaciones de amenaza o violación de los derechos humanos, sin que sea necesaria la solicitud, intervención o impulso de las personas interesadas.

Como puede apreciarse de la norma transcrita, en la actualidad se contempla la obligación de todos los funcionarios del Estado, entre ellos los jueces, de actuar de oficio ante situaciones de amenaza o violación de los derechos humanos, destacándose que para ello no es necesaria la solicitud, intervención o impulso de las personas interesadas.

De manera que, atendiendo a tales premisas, consideramos apropiada una revisión del criterio de la Sala Constitucional conforme al cual el accionante en amparo tiene la carga de alegar las circunstancias excepcionales que permiten admitir el amparo, sin que ello pueda ser suplido por el juez, toda vez que la disposición citada de la Ley para el Respeto de los Derechos Humanos en el ejercicio de la Función Pública (2021) obligaría a actuar incluso de oficio frente a la posible violación de estos derechos².

En consecuencia, lo anterior nos lleva a repensar la supuesta prohibición de los jueces de suplir la carga alegatoria de los accionantes en amparo, principalmente al momento de justificar los motivos por los cuales se optó por el amparo sin el agotamiento de las vías judiciales ordinarios.

² Cabe destacar, que en este ensayo asumimos la postura, discutida en la doctrina, relativa a que las organizaciones privadas también pueden violar los derechos humanos.

2.3 Del uso de otros cauces procesales para solicitar la nulidad de los procedimientos y sanciones disciplinarias emitidas por los clubes sociales

Como precisamos en el título anterior, el amparo en estos casos queda reducido a escenarios muy excepcionales, por lo que el proceso ordinario civil es la vía por excelencia para ventilar pretensiones de nulidad de los procedimientos disciplinarios y sus respectivas sanciones.

Igualmente, el proceso ordinario civil sería el cauce procesal principal para hacer valer pretensiones indemnizatorias o anulatorias contra normas internas del club.

No obstante, pudiera darse el caso de que tales planteamientos sean dilucidados a través de las demandas por intereses difusos y colectivos.

De ahí que resulte pertinente realizar algunas consideraciones respecto a la definición de estas nociones y el cauce procesal para llevar a cabo estas demandas.

En tal sentido, el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) es de obligatoria referencia:

Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; a la tutela efectiva de los mismo y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

Como puede apreciarse de la norma transcrita, la Constitución vigente no solo legitima el acceso a la jurisdicción para la defensa de los derechos e intereses difusos y colectivos, sino que ordena la tutela efectiva de los mismos.

Ahora bien, la jurisprudencia y doctrina han hecho importantes esfuerzos por definir y distinguir estos tipos de intereses, por

lo que es relevante en esta ocasión detenernos en la definición de los intereses colectivos.

En este contexto, Graü, M. (2001) refiere que el interés colectivo es aquel que “trasciende el individual y en el que encuentran una serie de personas unidas por un vínculo jurídico, como sería el que atañe a los miembros de una profesión, en cuyo caso sería incuestionable la legitimación de la corporación” (p. 200).

Bajo una orientación similar Badell, R. (s. f.) advierte que tales intereses “se concretan en comunidades o en sectores poblacionales compuestos por sujetos de derecho más o menos determinables, que representan, en definitiva, los intereses que el grupo persigue en forma unificada, en función de sus características y aspiraciones comunes” (p. 7).

Por su parte, la Sala Constitucional, desde fecha muy reciente a su creación, indicó, entre otras decisiones, en sentencia n.º 656 del 30 de junio de 2000, Caso: Dilia Parra Guillén, lo siguiente:

Estos intereses concretos, focalizados, son los colectivos, referidos a un sector poblacional determinado (aunque no cuantificado) e identificable, aunque individualmente, dentro del conjunto de personas existe o puede existir un vínculo jurídico que los une entre ellos. Ese es el caso de las lesiones a grupos profesionales, a grupos de vecinos, a los gremios, a los habitantes de un área determinada, etc. A estos intereses focalizados se contraponen los que afectan sin distinción a todo el mundo, o a amplias categorías o capas de la población, así la mayoría no se sienta lesionada, ya que muchas veces la cultura colectiva que es la que permite concientizar la lesión, puede fallar en reconocerla.

Sin embargo, como lo precisa la decisión citada:

Los derechos colectivos deben distinguirse de los derechos de las personas colectivas, ya que estos últimos son análogos a los derechos individuales, pues no se refieren a una agrupación de individuos sino a la persona jurídica o moral a quien se atribuyan los derechos.

Específicamente, aclara el pronunciamiento bajo estudio que:

(M)ientras las personas jurídicas actúan por organicidad, las agrupaciones de individuos que tienen un interés colectivo obran por representación, aun en el caso que ésta sea ejercida por un grupo de personas, pues el carácter colectivo de los derechos cuya tutela se invoca siempre excede al interés de aquél.

En otras palabras, interpreta la Sala Constitucional que: “no es interés colectivo el interés de la organización, sino el de la comunidad”, pero en todo caso lo relevante es que “constituyan un interés superior tanto respecto del individuo del grupo como de la posible estructura organizativa que pueda articularse para su defensa”.

Por lo tanto, con base en las anteriores definiciones, es perfectamente factible que un grupo de socios de un club social proceda a plantear una demanda por intereses colectivos, no solo para solicitar la nulidad de sus sanciones concretas, si las hubiere, sino también para pedir la tutela, revisión y adaptación de normas estatutarias que potencialmente exponen a todos los miembros de ese club a recibir un tratamiento inconstitucional.

De ahí que, resulte interesante detenernos en el cauce procesal previsto para este tipo de pretensiones, sobre lo cual es importante hacer una distinción entre el trámite procedimental registrado antes de la entrada en vigencia de la derogada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010 y el actual, ya

que con anterioridad a esa fecha la Sala Constitucional aplicaba, en los casos en los cuales el amparo no resultaba la vía idónea, el procedimiento oral previsto en el Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, en la actualidad observamos que el cuerpo normativo que rige las funciones del Máximo Tribunal de Justicia (2022) prevé un procedimiento especial muy similar —por cierto— al contemplado para las pretensiones que requieren sustanciación, por lo que tales demandas deben seguirse en estos momentos por las previsiones de los artículos 146 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2022).

Asimismo, en lo atinente al órgano jurisdiccional llamado a conocer de estos asuntos, deben distinguirse dos etapas claramente diferenciadas, esto es: el período anterior a la aprobación de la derogada LOTSJ (2010) y el posterior a ello.

En el primer caso, vemos que la tendencia de la Sala Constitucional fue concentrar la competencia del mayor número de asuntos relacionados con las demandas por intereses difusos y colectivos; mientras que, a partir de la derogada LOTSJ (2010), se corrige ese exceso.

Muestra de ello es que, desde la derogada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), se dejaban a salvo los asuntos relacionados con la deficiente prestación de los servicios públicos y la materia electoral, situación que está reproducida en idénticos términos en la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2022).

Igualmente, cabe destacar que, debido a la especialidad de la materia, aquellos asuntos que no tienen trascendencia a nivel nacional y que —en principio— deberían ser conocidos por los Tribunales de Primera Instancia en lo Civil, pueden ser asignados a los jueces de ese mismo escalafón judicial para la protección de los niños, niñas y adolescentes.

Ahora bien, uno de los aspectos más interesante de este tipo de acciones es el amplísimo poder cautelar que detentan los jueces, lo cual puede constituir una herramienta más efectiva a la hora de tutelar los derechos y garantías constitucionales lesionados por los actos o procedimientos disciplinarios iniciados por los clubes sociales.

Para ilustrar lo descrito, conviene aludir a la sentencia de la Sala Constitucional distinguida con el n.º 831 del 7 de julio de 2015, en la cual la mencionada Sala decretó con motivo de una demanda por intereses difusos y colectivos, un conjunto de medidas cautelares que iban mucho más allá de simples ordenes de suspensión.

En ese sentido, se ordenó a un conjunto de universidades cumplir con los lineamientos emitidos por el Consejo Nacional de Universidades (CNU), mediante la Oficina de Planificación del Sector Universitario (OPSU), en desarrollo de las políticas del Estado, en apoyo al Proceso Nacional de Ingreso a través del Sistema Nacional de Ingreso, en las diferentes fases que lo comprenden.

Específicamente, se impuso a ciertas casas de estudios el deber de evitar que sus mecanismos de ingreso afectaran las asignaciones de cupos por la referida Oficina de Planificación del Sector Universitario (OPSU) y se incluyeran a las y los estudiantes regulares, bachilleres y técnicos medios a la educación universitaria, haciendo especial énfasis en la igualdad de condiciones y equiparación de oportunidades sin discriminaciones sociales, religiosas, étnicas o físicas, entre otros asuntos.

Por lo tanto, la Sala Constitucional al momento de estudiar las pretensiones cautelares formuladas en el marco de estos procedimientos ha ido más allá de una simple orden de suspensión, acordando en algunos casos actos o actuaciones positivas, lo cual refleja el amplio poder cautelar del cual disponen los jueces en esta materia.

Adicionalmente, no podemos perder de vista que en estas demandas por intereses colectivos y difusos la Sala Constitucional ha admitido la posibilidad de conceder pretensiones de amparo cautelar, tal como ocurrió en la sentencia n.º 389 del 1º de junio de 2017 que, a su vez, ratificó lo decidido por esa Sala en sentencia 1084 del 13 de julio de 2011, caso: José Rafael García, que dispuso:

(...) los rasgos esenciales de las medidas cautelares, estas responden, tal como se afirmó supra, a condiciones de necesidad y urgencia, lo cual conlleva a que se concedan en aquellos casos en que se requiere de manera inmediata la prevención de perjuicios graves o de tal naturaleza que no pueden repararse por la sentencia que pongan fin al proceso principal. La urgencia es asimismo la razón de que las medidas cautelares del proceso se adopten inaudita parte, sin menoscabo del ulterior contradictorio.

Conforme a los rasgos enunciados y a la naturaleza garantista de la tutela cautelares, el legislador patrio reconoció en la nueva Ley que rige las funciones de este Máximo Tribunal, uno de los caracteres más novedosos y progresistas de estas medidas, a saber, su carácter innominado, el cual consiste, en que el poder de resguardo que tienen los jueces y, concretamente esta Sala, sobre las situaciones llevadas a juicio **se extiende a cualquier medida positiva o negativa que sea necesaria para la protección efectiva de los justiciables.**

De este modo, esta Máxima Instancia Jurisdiccional y en general, los tribunales, **pueden adoptar cualquiera de las medidas cautelares expresamente recogidas en el ordenamiento jurídico**, como ocurre con la suspensión de efectos, la prohibición de enajenar y gravar, etc., o dictar alguna providencia que sin estar expresamente mencionada en la ley, permita la protección a los intereses y derechos ventilados en juicio.

En el presente caso, el accionante solicitó un amparo cautelar y, sobre el particular, es preciso advertir que **aun cuando éste no se trata del amparo a que se refiere el primer aparte del artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, pues no estamos en presencia de una pretensión anulatoria en la cual pueda acordarse la suspensión de la norma impugnada, ello no es óbice para que, en el marco de las amplísimas potestades cautelares que tiene esta Sala, los justiciables puedan invocar la protección provisional de sus derechos fundamentales mientras se tramita o resuelve una acción principal, pues los amparos cautelares (como medidas nominadas de salvaguarda de derechos humanos), no son un efecto del derecho positivo** (Entrena Cuesta, R. 1968. Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Editorial Tecnos), **sino que constituyen parte del catálogo abierto de medidas que pueden adoptar los tribunales en el desarrollo de la función jurisdiccional que desarrollan.**

Por ello, mal podría esta Sala limitar la viabilidad del amparo cautelar a los juicios anulatorios, cuando, como afirma Rodríguez Zapata J. (1995. Derecho Procesal Administrativo. Madrid. editorial Tecnos), la tutela cautelar es de orden público y es un poder jurisdiccional que debe ejercerse en salvaguarda de los justiciables aun cuando no se reconozca expresamente en la ley.

Significa entonces, que cualquier pretensión ejercitable ante esta Sala, puede ser acompañada de un amparo cautelar a los fines de la salvaguarda de los derechos fundamentales que pudieran encontrarse comprometidos por la actuación u omisión que se denuncia como lesiva, y la procedencia de éste se encontrará determinada, como en cualquier amparo constitucional, por los efectos dañosos sobre el derecho cuya tutela se invoca (Negrillas de la presente decisión).

De la anterior transcripción se infiere la posibilidad que tendrían todos los jueces de la República de otorgar amparos cautelares en el marco de cualquier proceso judicial.

Sin embargo, a la fecha no tengo conocimiento que algún juez civil lo haya hecho, por ejemplo, en el marco de un proceso civil ordinario y —en mi opinión— pudiera existir un natural temor, resistencia o prudencia a la hora de dar ese tipo de providencias.

No obstante, lo que sí sería incuestionable es la posibilidad de que los jueces de ese ámbito competencial (civil) confirieran amparos cautelares con motivo de una demanda por intereses colectivos y difusos, ya que su proceder estaría claramente fundamentado en la sentencia de la Sala Constitucional n.º 389 del 1º de junio de 2017.

De ahí que, a nuestro juicio, las dificultades derivadas de las limitaciones para el uso del amparo constitucional podrían sortearse a través del empleo de las demandas por intereses colectivos y difusos, cuya efectividad sería mayor en comparación al proceso ordinario civil.

Habida cuenta de ello, no siempre será posible reconducir estas pretensiones al cauce procesal consagrado para este tipo de acciones, por lo que en un futuro debe avanzarse hacia otras soluciones, tal como lo indicaremos en las conclusiones de este ensayo.

A todo evento, tales conclusiones se centran en una urgente revisión de algunos criterios sostenidos en la materia, especialmente aquellos dirigidos a reducir la vía del amparo como un mecanismo idóneo para restablecer las posibles violaciones a los derechos y garantías constitucionales de un socio sancionado por un club o asociación civil.

Conclusiones y recomendaciones

Tal como se precisó al inicio, la naturaleza que debe atribuirse a las sanciones disciplinarias emitidas por los clubes sociales es privada y generalmente afín con las competencias civiles. En consecuencia, resulta incorrecta la calificación de estas medidas como actos administrativos o incluso como actos de autoridad, cuyas impugnaciones están reservadas a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Sin embargo, al declarar la naturaleza civil de tales actuaciones, la primera implicación práctica consiste en la improcedencia del procedimiento de demandas de nulidad previsto para los actos administrativos en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010), todo lo cual nos llevó a indagar acerca del cauce procesal para ventilar estas pretensiones anulatorias.

Dicha interrogante, como quedó demostrado en este estudio, ha sido respondida por la Sala Constitucional en diferentes pronunciamientos, en los cuales se ha insistido en afirmar que el amparo solo sería admisible frente a circunstancias verdaderamente excepcionales que solo pueden ser alegadas y probadas por el accionante, sin que el juez pueda suplir las deficiencias.

Igualmente, la citada Sala ha ratificado la eficacia de las vías judiciales ordinarias para tutelar derechos constitucionales, y en concreto la del proceso ordinario civil, descartando, como razón valedera para justificar el amparo, los argumentos dirigidos a poner de relieve lo largo y costoso que puede resultar este tipo de procedimientos.

Habida cuenta de ello, consideramos que debe llevarse a cabo una reflexión acerca de algunos criterios emitidos, en la materia, por la Sala Constitucional, especialmente en situaciones como la presente, en las que un gran número de la población queda

excluida del sistema de justicia, por los altos costos que representan los procesos judiciales, aunque entendemos, que bajo ese argumento, sin ninguna otra consideración, podría eximirse en abstracto el uso de todas las vías ordinarias, lo cual tampoco es apropiado para la recta administración de justicia.

Por lo tanto, en un intento dirigido a buscar soluciones prácticas para estos casos, creemos que cabe evaluar la implementación del procedimiento previsto en los artículos 146 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, aplicable para las demandas por intereses difusos y colectivos.

Igualmente, también sería necesario concientizar a los jueces civiles acerca de los amplios poderes cautelares que detentan, según lo señalado en sentencia de la Sala Constitucional n.º 389 del 1º de junio de 2017 que autoriza a todos los jueces de la República a otorgar amparos cautelares en el marco de cualquier proceso judicial.

Sin perjuicio de lo anterior, creemos que, de producirse una revisión a las normas procesales civiles que actualmente rigen en Venezuela, debería diseñarse un procedimiento especial para este tipo de pretensiones o, en su defecto, otorgar al juez civil una facultad similar a la conferida a los jueces contenciosos administrativos en el artículo 31 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010), conforme al cual: “cuando el ordenamiento jurídico no contemple un procedimiento especial, el Juez o Jueza podrá aplicar el que considere más conveniente para la realización de la justicia”.

Paralelamente, el Ministerio Público —como parte de los órganos que integran el Sistema de Justicia— debe brindar mayor atención a las denuncias de resistencia a las autoridades, a objeto de brindar mayor efectividad a las decisiones judiciales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Badell, R. (s. f.). *La Protección de los Intereses Colectivos y Difusos en el Contencioso Administrativo Venezolano*. Recuperado de <https://www.badellgrau.com/?pag=7¬i=128>.
- Balasso, C. (1998). *Jurisprudencia sobre los Actos Administrativos*. Caracas, Venezuela: Editorial Jurídica Venezolana.
- Código de Procedimiento Civil. (1990). G.O. 4.209, Extraordinario, del 18 de septiembre de 1990.
- Graü, M. (2001). Los Intereses Colectivos y Difusos. *Revista Derecho y Sociedad*. 2.
- Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales. (1988). G.O. 33.891 del 22.01.88.
- Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. (2010). G.O. 39.447 del 16.06.10.
- Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. (1981). G.O. 2.818, Extraordinario, del 1º.07.81.
- Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. (2022). G.O. 6.684, Extraordinario, del 19.01.22.
- Ley para el Respeto de los Derechos Humanos. G.O. 6.658, Extraordinario, del 28.10.21.
- Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid, España: Editorial Espasa Calpe.
- Sentencia de la Sala Constitucional n.º 656 del 30.06.00, Caso: Dilia Parra. Recuperado de <http://www.tsj.gob.ve>.
- Sentencia de la Sala Constitucional n.º 1.496 del 13.08.01. Recuperado de <http://www.tsj.gob.ve>.
- Sentencia de la Sala Constitucional n.º 3.515 del 11.11.05, Recuperado de <http://www.tsj.gob.ve>.

Sentencia de la Sala Constitucional n.º 892 del 11.08.10, Recuperado de <http://www.tsj.gob.ve>.

Sentencia de la Sala Constitucional n.º 831 del 07.07.15, Caso: UCV. Recuperado de <http://www.tsj.gob.ve>.

Sentencia de la Sala Constitucional n.º 281 del 05.05.17, Caso: Asociación Civil Club Oricao. Recuperado de <http://www.tsj.gob.ve>.

Sentencia de la Sala Constitucional n.º 389 del 1º de junio de 2017. Recuperado de <http://www.tsj.gob.ve>.

Sentencia de la Sala Constitucional n.º 413 del 21.06.18, Caso: Gran Lógica de la República de Venezuela. Recuperado de <http://www.tsj.gob.ve>.

Sentencia de la Sala Constitucional n.º 32 del 12.02.19, Caso: Club Táchira Asociación Civil. Recuperado de <http://www.tsj.gob.ve>.

Sentencia de la Sala Constitucional n.º 53 del 27 de febrero de 2019, Caso: Asociación Civil Sin Fines de Lucro Club Campestre Paracotos. Recuperado de <http://www.tsj.gob.ve>.

6. Legionarios británicos en la gesta independentista

British legionarians in the fight for independence

JOSÉ DAVID LÓPEZ*

* Licenciado en Ciencias y Artes Militares, egresado de la Academia Militar de Venezuela (1995). Profesor de Geografía e Historia del Instituto Pedagógico "Rafael Alberto Escobar Lara". MSc. en Educación mención Educación Superior. Docente del Pedagógico "Rafael Alberto Escobar Lara", la Academia Técnica Militar de Comunicaciones y Electrónica y la Academia Militar de Ciencias de la Salud.

RESUMEN

El presente artículo recoge las experiencias de aquellos ingleses que, por una u otra razón, se enrolaron como voluntarios en el Ejército Insurgente de Bolívar. Cabe destacar que se aclara la verdadera motivación de estos anglosajones, la cual no fue precisamente la de apoyar la causa independentista, sino más bien una estimulación monetaria y de títulos agrarios que les fueron prometidos. En la aventura de incursionar en una guerra ajena y desconocida, muchos de ellos, como lo demuestra el estudio, no eran tropas experimentadas, sino todo lo contrario: habitantes de una Inglaterra diezmada por el hambre y la desolación luego de las guerras napoleónicas que, bajo una ilusa promesa de riqueza, atravesaron el Atlántico para llegar a estas tierras de Venezuela, buscando una mejora en sus vidas. Jornaleros, pintores, carniceros, herreros, sastres, carpinteros y hasta un abogado eran los oficios que verdaderamente estos hombres cumplían en su tierra, y no, como la historiografía ha hecho creer, la de experimentados combatientes del Ejército Inglés. El trabajo se realizó con fuentes documentales y electrónicas, que sustentan la presente investigación.

Palabras Clave: Guerra de Independencia, Legionarios Británicos, Mercenarios, América española.

ABSTRACT

This article collects the experiences of those Englishmen who, for one reason or another, signed up as volunteers in Bolívar's Insurgent Army. It should be noted that the true motivation of these Anglo-Saxons is clarified, which was not precisely to support the independence cause, but rather a monetary stimulation and agrarian titles that were promised to them. In the adventure of entering an alien and unknown War, many of them, as the study shows, were not experienced troops, but quite the opposite: inhabitants of an England decimated by hunger and desolation after the Napoleonic Wars, and that under an elusive promise of wealth, they crossed the Atlantic to reach these lands of Venezuela, seeking an improvement in their lives. Day laborers, painters, butchers, blacksmiths, tailors, carpenters and even a lawyer, were the trades that these men truly fulfilled in their land, and not, as historiography has led us to believe, that of experienced English Army combatants. The research was carried out with documentary and electronic sources, which support the present work.

Key Words: War of Independence, British Legionaries, Mercenaries, Spanish America.

INTRODUCCIÓN

En el imaginario del venezolano, se le ha hecho creer que Inglaterra apoyó abiertamente la Independencia, enviando tropas experimentadas en soporte del conflicto. Nada más alejado de la realidad. De acuerdo con las fuentes recogidas, Inglaterra hizo lo posible para evitar que circunstanciales ilusos y engañados ciudadanos ingleses viajaran a tierras americanas para enrolarse en una guerra desconocida. De hecho, la recluta realizada por Luis López Méndez, enviado de El Libertador a Inglaterra a buscar contingentes de hombres bajo la promesa de obtener cartas agrarias en Guayana y un sueldo que les permitiese mejoras en su situación, no era más que una mentira, cuyo fin principal era aumentar el número de tropas patriotas, de donde vinieran, para mantener al ejército republicano a la par con el ejército realista, ahora comandado por Pablo Morillo.

La propuesta salió del mismo Bolívar quien, con el auxilio del coronel James Rooke (Salamanca, 2014), consiguió hacer toda una empresa para promocionar un dispositivo de reclutamiento voluntario en Europa, para la campaña libertadora en la Nueva Granada. Bolívar se valió de las penurias, los intereses monetarios, la búsqueda de aventura y hasta los ideales democráticos de los que serían los mercenarios europeos.

En abril de 1817, Luis López Méndez, quien fungía como el agregado militar patriota apostado en Londres, tuvo un encuentro en la Oficina de Asuntos Extranjeros, con las autoridades de ese organismo. Al mismo tiempo, Sir Arthur Wellesly, el Duque de Wellington, llegaba de Francia para discutir el problema de desbandar su ejército de ocupación. López Méndez fue comisionado legalmente por Bolívar para convencer a aquellos hombres

que pudieran dar un respaldo militar al Ejército Libertador, para ello, utilizó estrategias como el ofrecimiento de incentivos económicos, otorgamiento de tierras y hasta grados militares. A los agregados patriotas en Londres y en París se les dio cierta libertad para realizar su tarea, hasta que las quejas de los diplomáticos españoles fueron imposibles de ignorar por la diplomacia inglesa.

Luego de la guerra frente a Francia, Inglaterra se hallaba sumergida en un dificultoso escenario económico y en motines de trabajadores. Luis López Méndez promovió entonces a que los ingleses vieran el continente americano como una elección latente para difundir su mercado industrial en un territorio que estaba estremecido por una naciente insurrección. Sin embargo, el gobierno británico no apoyó ni respaldó verdaderamente la decisión de inmiscuirse en América, simplemente fue neutral y permitió a sus hombres vincularse independientemente a la campaña insurgente de Bolívar para que de alguna manera buscaran nuevas posibilidades para mejorar su economía personal.

Desde el punto de vista económico, los legionarios europeos no llegaban bien. Observamos que ya en la región americana debían ofrecer lo poco o nada que traían puesto: “los soldados ingleses que llegan perfectamente ataviados en 1818 se ven obligados a vender sus vestiduras para vivir” (Salamanca, 2014, s. n).

Arturo Uslar Pietri, en “Carabobo para Todos”, sostiene que: “no había dinero ni recursos materiales. El país estaba exhausto y desangrado por aquella guerra sin término. Los campos permanecían abandonados, los ganados dispersos en las soledades, el comercio en ruinas” (Lombardi, 2019, s. n.). En conclusión, el precario Estado venezolano, que nació en Angostura en 1819, estaba quebrado.



Imagen 1: Relieve, detalle en el Monumento del Altar de la Patria
Fuente: Lombardi (2019)

Efectivamente, al tocar esta parte del globo, la ilusión se convirtió en frustración, cuando descubrieron lo diferente que era la guerra de emancipación a las campañas en las que habían participado en la Europa invadida por Napoleón. De acuerdo con Mondolfi (2011), en las narraciones de los soldados ingleses, se documentan las dificultades de los legionarios británicos para cobrar sueldos y alimentarse, e incluso algunos de ellos se vieron en la necesidad de vender sus equipajes para subsistir en medio de la conflagración. Se enfatiza además la cantidad de tiempo invertido para disciplinar a las tropas colombianas sin resultados satisfactorios. Los conocimientos y opiniones de esos mercenarios eran muchas veces ignorados por los soldados insurgentes. Los grandes generales del Ejército Patriota, como Santiago Mariño y Simón Bolívar, estaban conscientes del aporte que estos voluntarios ingleses podían dar; sin embargo, esta no era la opinión de la baja oficialidad y de los soldados, que no dejaban de verlos con recelo y obviaban sus más sencillas observaciones. Por ello, algunos consideraban que:

La falta de disciplina adecuada agravaba la enfermedad, pues se permitía a los hombres mantenerse echados sin hacer ejercicios, y comer hasta reventar. En vano, indiqué las fatales consecuencias a los oficiales su respuesta era, “Y a usted que

le importa? Usted no está al mando —usted no es uno de nosotros”. (Nahón, Correa, Pinardi, Reyes, Villasmil, Aliendres, Andara y Bottoni, s. f.)

En las Memorias del General Rafael Urdaneta, hay una opinión similar. Él mismo califica como “un semillero de dificultades” a estos ingleses y, en su relato, narra un hecho acontecido en Barcelona, en el que se describe la siguiente anécdota:

Las tropas inglesas encontraron ron en toda la ciudad, se desbandaron y antes de una hora no se podía contar con un soldado que no estuviese borracho y los más de ellos tendidos por las calles y las casas, pareciendo aquella división un campo de batalla derrotado (...). Con mil dificultades se recogió la gente borracha y se le retiró del otro lado del puente al barrio que llamaban Portugal a dar tiempo en que volviesen en sí. (Mondolfi, 2011, p. 52)

Luego de la Campaña de Guayana, brillantemente ejecutada por el General en Jefe Manuel Carlos Piar, la región quedó liberada de los realistas, lo que le va a permitir a Bolívar establecer un nuevo Congreso y una base para las futuras operaciones militares en pro de su ideal. Es a través del Orinoco, y llegados a Angostura y a la Isla de Margarita, que comenzaron a presentarse contingentes de tropas en apoyo del ejército insurgente, con una cifra que rondaba entre los 5.000 y 6.000 hombres, desde 1817 hasta 1819, con el fin de dar “una nueva base de sustento” a las tropas libertadoras (Mondolfi, 2020 p. 18).

Venían de las islas aledañas del Caribe, como Trinidad y Tobago, Granadinas, también de Gales, Irlanda y de la propia Inglaterra. La motivación principal era la endémica situación de la Irlanda del siglo XIX.

En relación con las primeras expediciones, lamentablemente, pocas llegaron a su destino, por cuanto se expone que el primer viaje de estos voluntarios partió con 720 individuos, de los cuales 200 naufragaron en la travesía, 390 desertaron en el Caribe y los 130 restantes llegaron a Angostura (Anónimo, 2018).

Vale decir que la denominada Legión Británica estuvo realmente conformada por diversas nacionalidades europeas, como fueron alemanes, franceses, ingleses e irlandeses. De acuerdo con Mondolfi (2011), dos años después de su arribo en 1817, se conformó la Legión Irlandesa, que tan solo tuvo una duración de un año, ya que en 1820 más del 50 % de sus hombres falleció o desertó. Esto, en consecuencia, ocasionó la desintegración de la Legión Británica y la posterior incorporación de sus integrantes a otras unidades como lo fue el llamado Batallón Albión, cuyo nombre era la antigua denominación de la Gran Bretaña.

Esas unidades no solo estaban integradas por europeos, como lo hemos venido comentando, sino también por indígenas y afro-descendientes, aspecto que los mismos anglosajones verían de modo inusual. Por ejemplo, el Batallón Rifles estuvo conformado por británicos e indígenas. Esto demuestra la diversidad de orígenes que conformarían las unidades que peleaban en el conflicto.

Al respecto, es importante señalar que la llegada de estos legionarios, dos años luego del arribo de las tropas de Pablo Morillo para pacificar los territorios de la América española, coincide con la disminución de esas tropas ibéricas, bien sea por el conflicto en sí, o por diversas causas que les afectaron: el clima, la comida y las enfermedades propias del trópico a las cuales se vieron sometidos. La guerra feroz y sin cuartel que se desarrollaba en costa firme mermó considerablemente el Ejército Pacificador.

Se observa que, en ese apoyo de los voluntarios hacia la Guerra de Independencia, los jóvenes británicos no estaban claros ni muy bien informados de la realidad en la cual se estaban metiendo.

El impacto cultural de la barrera lingüística por la que tuvieron que pasar fue también otro obstáculo que se presentó. El *Morning Chronicle*, uno de los periódicos más importantes de la Inglaterra del entonces, comenta que el gobierno británico hizo todo lo que tuvo a su alcance para frenar la migración de estos reclutas a tierras americanas y logró incautar lotes de armas que venían desde sus tierras en apoyo a la lucha. Otro periódico, *The Courier*, alertaba que la guerra en Venezuela era una guerra sin garantías, es decir, una guerra sin respeto a la vida.

Por otra parte, Pablo Morillo proclamaba que todo extranjero que cayera en sus manos era extranjero muerto.

Al gobierno británico le convenía una paz en la Europa post napoleónica y no veía con buenos ojos que sus nacionales se inmiscuyeran en guerras que podían comprometer la relación diplomática con la España de Fernando VII.

La historiografía tradicional ha establecido que estos ingleses eran mercenarios. Lo que importa en realidad es poner de relieve que los agentes reclutadores en Inglaterra prometían dinero de la nada, porque las arcas estaban vacías. Les ofrecían redimirlos mediante el otorgamiento de cartas agrícolas y cartas de naturalización, lo que lleva a la conclusión de que estos reclutas venían con la imagen de no regresar, más bien lo que les atraía era el dinero, “buscaban más dinero que gloria, que no peleaban sino cuando cobraban (lo que no ocurría con regularidad), y de los cuales dijo Bolívar que parecían a las prostitutas, en que no sirven sino después del cohecho” (Blanco, 1974, p. 5).

Todo demuestra que era preferible enrumbarse en una aventura temeraria, que morir de hambre en una Irlanda que no les prometía nada luego de la Guerra contra Napoleón. En el siguiente gráfico, se destaca que apenas el 15 % tenía experiencia militar y un 67 % no la tenía. La malísima calidad de tropas, su impericia e ineptitud trajeron problemas, debido a que gran número de campesinos

irlandeses que buscaban enrolarse venían por los ofrecimientos que se les hacían a la ligera. Los censos que aún se conservan demuestran el verdadero oficio que estos ingleses tenían.

Diagrama 1: Experiencia en el Ejército Británico



Fuente: Mondolfi. (2020).

Al observar la gráfica, se puede apreciar que, efectivamente, no se trataba de efectivos desmovilizados de las Guerras Napoleónicas, sino más bien de hombres dedicados a otros oficios que no eran precisamente de la guerra. No poseían formación militar anterior, por lo tanto, se desprende más bien que su motivación era originada por el desempleo y escasos luego del conflicto con Francia, que causó cambios radicales en la economía británica. El Jefe de Estado Mayor, Carlos Soublette, describe cómo particularmente la mayoría decía tener grandes experiencias. Aunado a ello, estos ingleses exigían que debían ostentar el grado de Coronel y, por tanto, “había Coroneles por millones”, hasta el punto de que para atravesar el Atlántico para participar en el conflicto debía ostentar el grado de General. Lo que parecía más un tráfico humano al servicio de una guerra de exterminio. Cabe mencionar que tales farsas fueron el hazme reír de los Lanceros de Páez, al notar la inexperiencia en cuestiones de caballería que podía apreciarse en quienes decían venir de guerras europeas (Mondolfi, 2011).

El testimonio del General Mariano Montilla es más que elocuente:

Yo no puedo menos que salvar mi responsabilidad, al ver la malísima calidad de hombres que componen la legión británica, la insubordinación que los ha caracterizado desde que llegaron, sin pericia e ineptitud e incluso su abandono en el servicio. (Mondolfi, 2011, p. 51)

Igualmente, se considera que la intervención de la Legión Británica en la causa independentista es una de las mayores omisiones de la historia patria. Su desempeño fue tan trascendental que es muy posible que sin su auxilio la campaña militar no hubiera sido tan célebre como lo fue. Los legionarios no eran duchos de batallas de la guerra peninsular, tal como lo relata Matthew Brown (citado por Salamanca, 2014, p. 181), en su libro *Aventureros, Mercenarios y Legiones Extranjeras en la Independencia de la Gran Colombia*. Brown confirma que un 67 % de los soldados rasos que arribaron a suelo neogranadino o venezolano tenía un conocimiento en combate poco probable y tan solo un 15 % si había tenido experiencia muy probable en combate. Sobre la Legión Irlandesa, Francis Hall escribió que la mayoría “tenía ya sea una muy débil o muy equivocada noción de sus deberes como soldado” (Meléndez, 2014, p. 203).

Más allá de la paga, de que no tenían municiones, la oferta era la de quedarse aquí, pero primero debían jugarse el pellejo. No hay duda de que dieron una consistencia más o menos al ejército insurgente. El General Rafael Urdaneta, en algunas de sus cartas, describe la alarmante e incómoda situación en la que las tropas inglesas propusieron el saqueo y la repartición del botín. Es lamentable que la falta de pago y promesas incumplidas los llevara

al vandalismo. Al apreciar defraudadas sus expectativas, el asalto era lo más viable para indemnizar su trabajo de expedicionarios.

Por otra parte, cabe mencionar que Páez supo obtener provecho de la inmensa resistencia de sus tropas. Una de las anécdotas que vale la pena traer a colación es cuando, antes de la Batalla de El Yagual (1816), el líder llanero los hizo marchar toda la noche a través de tierras pantanosas y, luego, para no verse sorprendido, su ejército pasó la noche dentro de un estero. Este hecho se toma en consideración porque, de forma paralela, los ingleses no contaban con las mismas condiciones y esto lo evidenciamos en el lamento de un soldado para quien: “[...] la severidad y el rigor de las campañas desde todo punto de vista son infinitamente mayores de los que puedan imaginarse quienes tan sólo se hayan visto expuestos a las privaciones que comúnmente encuentre un ejército británico en campaña” (Nahón, et al., s. f.).

Un inglés que participó en la Batalla de Carabobo, cuyo nombre no se ve reflejado en los testimonios de otro compatriota anglosajón de nombre George E., expresaba:

Nosotros los ingleses nos encontrábamos en situación desesperada, carecíamos de paga, estábamos miserablemente uniformados y nuestra única ración consistía en la carne de reses famélicas que comíamos sin sal. La vida misma se había hecho odiosa para nosotros y no hacía mucho que nuestros soldados, impedidos por tantas miserias, se habían amotinado abiertamente. Sólo el celo de nuestros oficiales, apaciguó la revuelta, pero muchos quedaron heridos, al tratar de someterlo. (Mondolfi, 2011, p. 126)



Imagen 2: Detalle pintura Batalla de Carabobo. Fuente: Martín Tovar y Tovar. 1887

La mayoría de estos reclutas venían con mujeres e hijos. Esto permite suponer que venían a estas tierras para establecerse. Las penurias que pasaron comenzaron incluso por la incapacidad de poder interactuar con los patriotas por no saber el idioma. Incluso, Bolívar llegó a exasperarse por las barreras del habla, lo que lleva a pensar que esos reclutas no tenían idea del compromiso que estaban adquiriendo.

Es importante señalar que, en la campaña de 1819, para la liberación de la Nueva Granada con la Batalla de Boyacá, la venida de la Legión Británica fue, si no concluyente, muy oportuna, ya que para los españoles que venían con Pablo Morillo en la Reconquista de los territorios, la participación de europeos como James Rooke (Meléndez, 2014) y sus tropas significó un duro revés. Los realistas se enfrentaban contra una tropa, en cierto porcentaje, versada de estrategia militar y, sobre todo, esa pequeña proporción con experiencia en combate es la que va a hacer frente a las modernas y equipadas tropas españolas.

Boyacá va a conducir entonces a quitar la vida a centenares de estos mercenarios antes de entrar en acción en Venezuela.

Carabobo

Todo lleva a entender que, en la victoria en Boyacá y luego en Carabobo, estos ingleses dejaron una buena cantidad de muertos

en estas tierras y la desaparición física de Tomás Ilderton Farriar en la batalla decisiva del 24 de junio. Dos de cada tres miembros de la unidad de Cazadores Británicos, como se les llamó, murieron en el combate realizado contra Miguel de La Torre. Esto permite aclarar que su acción heroica no debe menospreciarse, aun cuando se destaque que las intenciones de colaboración eran más monetarias que de apoyo abierto y directo a la causa libertaria que se ha pretendido crear en la historiografía a través del tiempo en los textos de historia de nuestro país.

Estos hombres, entonces, integrarían el Ejército de Colombia que va a luchar desde Taguanes. Lo primero que se debe decir es que quien se enfrenta en la Batalla de Carabobo es el “Ejército de Colombia”. Debemos recordar que ocho meses antes, durante los procesos del “Armisticio y los Tratados de Regularización de la Guerra” en noviembre de 1820, el Libertador fue categórico en exigir que cualquier tipo de negociación se debía realizar bajo la base del reconocimiento de la independencia de Colombia, y así quedó reflejado en los documentos suscritos entre el General Pablo Morillo y el General Bolívar (Boyacá, 2015). Hay que aclarar que el 17 de diciembre de 1819, Bolívar crea la República de Colombia y así se empezó a llamar oficialmente. Debido a esto, se podría decir con mucha responsabilidad que quien pelea en la batalla de Carabobo es Colombia contra España y no patriotas contra realistas.

Otro punto a tratar es la participación de algunos pocos soldados experimentados de la Legión Británica, que orientaron sus experiencias en las Guerras Napoleónicas para adiestrar a las tropas a realizar cargas hasta de tres disparos por minuto. Estos ingleses van a tener una participación significativa, ya que van a estar enfrentados al “Batallón Burgos” durante al menos 20 o 30 minutos, los británicos llevaban balas de 18 (no existían para la época los proyectiles por milímetros). Para el momento, se hablaba de balas

de a 14, de a 18, 19 y 20 libras de peso de plomo (Pulido, 2018). Todo dependía de la libra de plomo a la que se les hacía el molde.

En el momento en que se inicia la refriega, se da importancia al empuje que hace el Batallón “Cazadores Británico”. Sin la carga del “Bravos de Apure”, que refuerza al Británico en columna, no se hubiera dado el peso necesario para hacer retroceder a las columnas de los dos batallones españoles, que están en el Cerro de La Mona, del lado izquierdo. La fuerza de los “Cazadores Británico”, en línea, no hubiese tenido ese peso para poder hacer el orden mixto de los españoles.

Cuando ocurre la carga de la bayoneta del “Bravos de Apure” (Infantería), en columna, hace retroceder a los dos batallones españoles que están en línea (al “Infante” y el “Barbastro”) más de 200 metros, esta carga ayuda para que el “Tiradores” rinda al “Hostalrich”. La Torre los deja rendidos allí. Se rinde “El Príncipe” que acababa de llegar y no le dio tiempo ni de retroceder ni de ayudar desde el punto de vista táctico. “El Burgos” retrocede ante el empuje del Batallón “Cazadores Británico” y la caballería de Páez con el “Bravos de Apure” hace que la caballería del “Infante” y del “Barbastro” vaya hacia la sabana.

Galenos en la Batalla decisiva de Carabobo

Vale destacar que, iniciado el conflicto de nuestra guerra de independencia, el bando insurgente no contaba con médicos que atendieran los problemas de salud y los heridos en combate. Había muy poca o ninguna experiencia en el tratamiento de heridas por arma de fuego, no había ni hospitales de campaña. Por el contrario, el bando realista sí contaba con servicio de atención de salud para sus lesionados.

Fue con la venida al territorio de los primeros voluntarios británicos en 1818 congregados como Legión Británica que se

abrieron nuevos matices para la causa independentista. Fue la “llegada del Dr. John Robertson, graduado en Edimburgo y cirujano de la Marina Real Inglesa como el comienzo de las regulaciones hospitalarias” (Arteaga, 2021, p. 2).

De acuerdo con un estudio de la Academia de Medicina de Venezuela, el irlandés Richard Murphy, Cirujano Mayor, fue el Jefe de los médicos y cirujanos en la Batalla de Carabobo y estuvo acompañado por sus colegas Edward Brown, John Stanton, William Smith y A. Ackinson. Este dato evidencia que no todos los legionarios que arribaron eran combatientes experimentados y algunos eran médicos de oficio. Esto permitió la salvación de vidas de las tropas del Ejército de Colombia.

Murphy, luego de concluida la guerra, se residió en Puerto Cabello, donde desempeñó su profesión de medicina de tal forma que la Municipalidad le erigió un busto por sus labores sanitarios en pro de la comunidad que lo acogió (Arteaga, 2021).

Los cirujanos F.W. Ryding, con el grado de Teniente; Stephen Macdavit; Michael O’Reilly y Robert Fry, en el Regimiento “Húsares de Venezuela”, fueron también otro grupo de galenos que estuvieron presentes en la refriega de Carabobo (Arteaga, 2021).

Vale destacar que el tipo de armas de a 14, 18, 19 y 20 en libras que se utilizó en la Guerra ocasionaba que, en muchas oportunidades, las atenciones médicas se realizaran en el propio campo de batalla. Gracias a estos médicos se hicieron amputaciones, curas graves, entre otras, y se atendieron heridas causadas por armas de fuego. Se establecieron definitivamente en el país después del conflicto armado y dejaron numerosa descendencia, sobre todo, en Zulia y Valencia.

La importancia de estos médicos en la contienda fue valiosa, ya que el ejército solo contaba con dos galenos propios del territorio. Bolívar posteriormente los condecoró con “La Estrella de los Libertadores”.

Las enfermedades

La guerra causó estragos y enfermedades, que dejaron a la población desprovista de anticuerpos, debido a la poca higiene. Las infecciones causadas por el mal cuidado de las heridas por armas blancas o de fuego constituyen otro de los estragos que dejó la guerra. En relación con la calidad del agua, en general era de color verdoso y llena de insectos (Hands, 2019).

A los problemas de salud e higiene, se le sumaba la precariedad de las medicinas en el siglo XIX. Existe un buen ejemplo que se repite en las crónicas de estos voluntarios, en cuanto a que las fiebres eran productos de la exposición a ciénagas y a las plagas propias de esos ambientes. Sus enfermedades más frecuentes fueron la viruela y una variedad de lo que llamaban para la época calenturas (fiebres de toda índole). La calidad del agua era mala. Por esta razón, los ingleses eran obligados a no ingerir agua, lo que era imposible debido a los calores del llano, y los llevaba a consumirla mezclada con aguardiente. Igualmente, estaba el caso de las carnes mal preparadas en su confección, o demasiadas expuestas a la intemperie, algo que también se convertiría en motivo de queja.

Por otra parte, las enfermedades de la piel se daban con bastante regularidad, como también se dio el caso de enfermedades venéreas, que eran tratadas, según las creencias, a base de mercurio, lo que a la larga acababa envenenándolos.

Existe documentación de pies ulcerados, por falta de calzado propio para la zona o incluso por falta absoluta de calzado, por el desgaste en las jornadas bélicas. Por efecto de heridas en combate, se relatan las amputaciones que debían practicarse con regular frecuencia.

Debido a todo esto, puede decirse que fueron más los legionarios que terminaron pereciendo a causa de las enfermedades, que por la propia Guerra de Independencia. Lo propio es destacar

que los hospitales en campaña eran más destinados a morir que a recibir algún tipo de cura.

Asimismo, la ingesta de frutos desconocidos, de tipo silvestre, les conducirían a cuadros clínicos propios de vómitos, diarrea, dolores musculares, convulsiones, dependiendo de la condición del paciente, podría acarrear hasta la muerte. Este tipo de situaciones se presentaba por el hambre ante la escasez de alimentos, que de acuerdo con las grandes jornadas de trayectos que se realizaban, comían lo que consiguieran en el camino.

El hecho de comer solo raciones de carne sin sal los llevó a tener complicaciones gástricas intestinales, hasta el punto de volverse común entre las tropas legionarias. Además, el consumo de agua estancada contribuía enormemente con los diferentes cuadros de malestar estomacal.

El General Rafael Urdaneta, quien se encontraba en la Isla de Margarita, le escribiría al Libertador la siguiente misiva:

La columna de tropas inglesas que llegó a esta isla el mes anterior está reducida a 500 hombres, los demás han muerto; de esos 500, no puede contarse sino con la mitad, porque la otra mitad está en el hospital de Pampatar. (Mondolfi, 2011, p. 97)

Duelos

Como actividad propia para defender el honor herido o como demostración de fuerza y autoridad, se observaron los duelos. La embriaguez y las discusiones entre los ingleses los llevaba a cometer estos actos propios de las películas del oeste. Estas trifulcas, según las crónicas, llegaron a ser tan repetitivas que es elocuente la siguiente cita:

Al empeorar su miseria, se amargaron, y los duelos por idioteces se hicieron más frecuentes, hasta dos y tres cada mañana. Muchos de ellos estaban en el hospital heridos de bala, y casi abandonados. Su único consuelo era, “Bueno, eso demuestra que no soy un cobarde”. (Mondolfi, 2011, p. 106)

Lamentablemente, ese comportamiento continuó no solo para defender el honor, sino por competencia o apuesta de dinero, y hasta por efectos del alcohol. Bien podían perder la vida o quedar terriblemente heridos, lisiados o mutilados por tan inverosímil juego.

Con el Libertador o con el Centauro de los Llanos

El liderazgo que Bolívar y Páez enfundaban originó en los ingleses una motivación para prestar servicio en estas tierras. El primero, por las decisiones que tomaba; el segundo, por sus tácticas en el campo de batalla.

Así, pues, El Libertador será el de imagen de respeto y Páez, el de la popularidad por parte de los legionarios. En este sentido, la personalidad de ambos se ve reflejada en uno de los siguientes relatos:

Antes de salir de San Fernando, Bolívar dejó a estos la elección entre ir a Angostura o quedarse en las llanuras del Apure con Páez. El Coronel del primer Regimiento de Húsares venezolanos declaró que acompañaría a Bolívar; pero a esta determinación se opusieron vigorosamente sus oficiales, que no podían soportar la idea de volver a Guayana sin haber visto al ejército español.

Los soldados se mostraban no menos adversarios de aquel regreso que sus jefes. Resultó de estas disposiciones generales de los oficiales soldados, que sólo el ayudante y el secretario del Coronel, y un oficial herido por accidente, quisieron seguir a Bolívar. (Mondolfi, 2011, p. 160-161)

Es importante resaltar que la fiel obediencia de los llaneros hacia Páez era apreciada por estos legionarios. De tal forma, se expresa en la siguiente carta:

Entre los llaneros no existe prácticamente el rango, pero en cambio prestan una obediencia escrupulosa al ejecutar las ordenes que reciben de sus jefes, no ignoran que un que un descuido, un contratiempo cualquiera, puede acarrearles la muerte, creo que es en esto donde reside la disciplina de este cuerpo, pues si lo consideramos fuera del combate, a sus oficiales, que a la verdad no se diferencian gran cosa de ellos, los tratan sin ningún respeto ni consideración. Era lo más corriente ver a uno de aquellos rufianes acercarse al General Páez pedirle algo y llamarlo “tío”, “compadre” seguro de que la generosidad del General no le negaba nada. Si por casualidad no lo encontraban, era curioso verlos ir por todas partes gritando su nombre hasta que lo hallaban. Durante las comidas, cuando a alguno de ellos se le antojaba un pedazo de tasajo u otra cosa que estuviera comiendo el General, venía por detrás y se lo arrebatava con gran rapidez, mientras el buen General exclamaba, sonriendo: “¡Ánimo! ¡Justo!”. (Mondolfi, 2011, p. 165)

La religiosidad

Otro tema es el de la religión. En Inglaterra, la religión dominante era el protestantismo anglicano. Se registran, en este sentido, testimonios de reclutas angustiados porque eran rechazados en Margarita y, al fallecer, no se les permitía ser enterrados en el cementerio católico.

Como el anglicanismo, religión que profesaban los ingleses, entendía el cristianismo de forma distinta al catolicismo que imperaba en América, los ingleses eran rechazados por los sacerdotes y por parte del pueblo. Para ellos, en la hostia, no se encuentra el

Cuerpo de Cristo, no ven en sus dogmas esa figura de la religión católica. Los habitantes de Margarita se extrañaban al oírlos decir que creían en Dios. Los pobladores tenían entendido que los ingleses eran ateos; no entendían la “otra” forma de creer en el Padre.

El idioma

Como hemos dicho, una de las principales barreras fue la comunicación entre los insurgentes y las tropas reclutadas recién llegadas. El problema lingüístico de no hablar el mismo idioma fue una de las limitaciones de los ingleses porque no podían expresar con fluidez las necesidades que tenían en tierras desconocidas. Mondolfi (2011) comenta que, en una oportunidad, uno de los oficiales ingleses pidió hablar con el General Bolívar con el fin de manifestarle la inconformidad que tenían por el incumplimiento de las promesas que había realizado el agente reclutador Luis López Méndez en Inglaterra. Indica la referida anécdota que el General Bolívar se hacía el que no entendía el idioma cuando le convenía y, en otras oportunidades, hablaba el idioma inglés con fluidez.

Esta situación con el lenguaje también afectó en el campo de batalla. En el momento de recibir órdenes de los oficiales republicanos, los ingleses no entendían las instrucciones durante la contienda. Es importante resaltar que cuando las tropas inglesas eran tomadas como prisioneras por el ejército español, no existía entendimiento en lo más mínimo de lo que se quería decir entre una parte y otra.

Ingleses patriotas contra ingleses realistas

Es necesario aclarar que Inglaterra estaba totalmente a favor de la causa de Fernando VII y no como la historiografía ha hecho creer que fue un apoyo a la causa patriota. Gran Bretaña, es

importante resaltar, hizo un esfuerzo para consolidar los batallones leales a España.

Cabe destacar que estas unidades sí estaban integradas por tropas experimentadas, soldados y marineros que formarían la llamada “Real Legión Anglo-Hispana”. Esto confirma la existencia de súbditos reales enfrentados en una guerra que no les pertenecía. Igualmente, se debe insistir en que sucedió exactamente lo mismo que en la Guerra de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, en la que hubo ingleses que apoyaron tanto la independencia y lucharon con el bando de los norteamericanos, como ingleses que estuvieron a favor de la corona británica en son de mantener esos territorios como colonia inglesa.

También es importante señalar que hubo ingleses que integraron las tropas del General Morillo. Tanto contingentes enviados por Inglaterra para ayudar a España, como los desertores del Ejército Libertador, los cuales prefirieron integrarse al bando español, que seguir las penurias al lado de las de Bolívar. Esto originará dos grupos de súbditos: los del lado patriota y los del bando realista. A todo ello, el diario inglés *The Courier* publicará en una editorial:

Últimamente ha tenido lugar una diatriba a través de la prensa entre los simpatizantes de la insurgencia en el campo militar, y aquellos que se inclinan a favor de la causa realista.

Así, pues, estamos en presencia de la posibilidad de que haya ingleses que se opongan a otros ingleses en el campo de batalla, tal como ocurrió en Norte América.

¿Habrà algún prospecto que pueda resultar más lamentable que éste? (Mondolfi, 2011, p. 149)

Un irlandés edecán del Libertador

El General Daniel Florencio O'Leary nació en Cork en 1801, segunda ciudad más importante de Irlanda. En el año 1806, la ciudad fue invadida por Francia y, posteriormente, ocurren las tensiones entre Inglaterra e Irlanda, entre el protestantismo el catolicismo que fue lo que motivó al joven a sus 16 años a que se enrolara como voluntario a la guerra en América. Desde ese momento, participó en la campaña de independencia de la Nueva Granada. Luego de la proeza del Paso de Los Andes por el Páramo de Pisba, recibió una herida en la frente en la Batalla del Pantano de Vargas. Fue nombrado Edecán de Bolívar el 17 de septiembre de 1819. En este cargo, participó en la segunda Batalla de Carabobo en 1821 como miembro del Estado Mayor y fue representado en el cuadro de Martín Tovar y Tovar del Salón Elíptico del Capitolio Nacional. Igualmente, participó en la liberación de Quito (Ecuador), en la que luchó al lado del General Antonio José de Sucre en la concluyente Batalla de Pichincha en 1822, en la que Sucre lo ascendió a Teniente Coronel. Asimismo, vivió la experiencia de la campaña del Perú, en la que estuvo en la Batalla de Junín. En 1825, Bolívar lo ascendió a Coronel, y lo ratificó como su Edecán.

Ahora bien, cuando Bolívar no tenía mando en Santa Fe de Bogotá, el General O'Leary le siguió en su viaje al Caribe, tratando de acompañarle el mayor trecho posible. En este sentido, cuando O'Leary se encontraba en Barranquilla, al conocer la gravedad del Libertador, se apresuró a ir a Santa Marta. No obstante, arribó el 18 de diciembre de 1830, un día después de su fallecimiento.

Después de la muerte de El Libertador en 1830, se entregó a la tarea de recopilar y ordenar parte de su archivo, que publicó su hijo Simón Bolívar O'Leary, bajo el título de "Memorias del General O'Leary". A partir de 1831, desempeñó diversas misiones

diplomáticas, entre ellas la que culminó con el reconocimiento de la Independencia de Venezuela por parte de España, Inglaterra y Francia.

Falleció en Bogotá en 1854 y sus restos fueron sepultados en el Panteón Nacional de Venezuela, en Caracas.

Reflexiones finales

La intención de estas líneas no es minimizar la participación de estos voluntarios, pero sí sincerar lo que la historiografía ha cambiado y ha hecho creer a lo largo del tiempo como una empresa de total apoyo a la causa insurgente de Bolívar. Hoy sabemos que la contribución de extranjeros, básicamente británicos, fue crucial, más no decisiva en el triunfo de Carabobo el 24 de junio de 1821. También sabemos que la “causa de la libertad” solo la entendían si había la respectiva paga o los anhelados ascensos militares, es decir, la obtención de privilegios. Es necesario resaltar que estos legionarios británicos no son siquiera recordados, ni reconocidos en su propia nación. Están representados en el cuadro de Martín Tovar y Tovar en el Salón Elíptico del Capitolio desde 1887, algunos de sus nombres se encuentran en los Monolitos de Los Próceres. En su patria, nadie conmemora que un grupo de hombres ingleses, algunos con sus esposas e hijos, atravesaran el Atlántico, no solo en busca de aventura, sino para iniciar una nueva vida en tierras ajenas, en las cuales debieron sacrificar su existencia.

Si bien es cierto que un gran número de estos legionarios regresó rápidamente a su país de origen, otros se mantuvieron en estas tierras, como los casos de O’Leary, Rooke o Vawell, entre los que se pueden nombrar. Ellos lucharon, defendieron y dieron su vida por el proyecto de El Libertador, y hasta se podría decir que se llegaron a considerar colombianos. Esos hombres vieron en estas tierras lejanas de su continente, un hogar lejos de casa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Anónimo (2018). *Lejos de Casa. Exposición Temporal*. Recuperado de: <http://www.quintadebolivar.gov.co/exposicion/Documents/Lejos%20de%20casa.PDF>.
- Arteaga, R. (2021). *Los Médicos en la Batalla de Carabobo*. Recuperado de: <file:///C:/Users/Admin/Documents/Carabobo/M%C3%A9dicos%20en%20Carabobo.pdf>.
- Blanco, R. (1974). *Memorias de un oficial de la Legión Británica. Campañas cruceros durante la Guerra de Emancipación hispanoamericana*. Bogotá, Colombia: Biblioteca Banco Popular.
- Boyacá, E. (2015). *¿Es el Tratado de Regularización de la Guerra un antecedente jurídico del Derecho Internacional Humanitario?* Recuperado de: <https://repository.libertadores.edu.co/bitstream/handle/11371/125/ElvertStyvenBoyacaCalderon.pdf?sequence=2>
- Hands, R. (2019). *Patriotas Irlandeses: La reivindicación de un héroe. Universidad de Carabobo*. Recuperado de: <http://mriuc.bc.uc.edu.ve/bitstream/handle/123456789/8409/ISBN-9789802337651.pdf?sequence=1>
- Lombardi, A. (2019). *Carabobo: cuando la Legión Británica se inmoló*. Recuperado de: <https://talcualdigital.com/carabobo-cuando-la-legion-britanica-se-inmolo-por-angel-r-lombardi-boscan/>
- Meléndez, J. (2014). *LA LEGIÓN BRITÁNICA EN LA CAMPAÑA LIBERTADORA: Su historia y su aporte*. Recuperado de: http://www.uptc.edu.co/export/sites/default/proyectos/ruta_bicentenario/doc/3_gentpuebat1.pdf
- Mondolfi, E. (2011). *El lado oscuro de una epopeya. Los legionarios británicos en Venezuela*. Caracas, Venezuela: Editorial ALFA.

- Mondolfi, E. (2020). *Legionarios Británicos en la Guerra de Independencia*. Grabación en Video de la Conferencia Ofrecida en ciclo de Conferencias de la Academia Nacional de la Historia, Caracas.
- Nahón, I., Correa, P., Pinardi, S., Reyes, J., Villasmil, G., Aliendres, E., Andara, C., y Bottoni, G. (s. f.). *Detrás del Mito. La Independencia de Venezuela 200 años después*. Caracas, Venezuela. Recuperado de: <https://banesco-prod-2019.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/Detras-del-mito.pdf> [Consultado en septiembre 17, 2021].
- Pulido, G. (2011). *Estudio Histórico de la Batalla de Carabobo (1821), un nuevo enfoque*. (Tesis de maestría). Universidad Católica Andrés Bello. Recuperado de: <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAS2723.pdf>
- Salamanca, A. (2014). ARMAS DE LA INDEPENDENCIA. Recuperado de: http://www.uptc.edu.co/export/sites/default/proyectos/ruta_bicentenario/doc/3_gentpuebat1.pdf

7. Reflexiones sobre el poder

Thoughts about power

MIRALYS J. VISCALLA T.*

* Licda. en Pedagogía Alternativa, Magister en Ecología del Desarrollo Humano y Doctora en Ecología del Desarrollo Humano; egresada de la Universidad Nacional Experimental Simón Rodríguez. Especialista en organización, seguimiento y evaluación. Directora de Seguimiento y Relaciones Estratégicas de la Comunicación Internacional del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores (MPPRE).

RESUMEN

El artículo que a continuación se presenta, tal como su nombre lo indica, es un repaso reflexivo sobre las nociones de poder. Para ello, parto de las generalidades más populares del poder, haciendo un análisis de este en cuanto a perspectivas psicológicas y ontológicas a fin de avanzar en una segunda fase que permita dilucidar y demostrar la amplitud conceptual/aplicable de la noción del poder en las ciencias y disciplinas que piensan al hombre y a la sociedad. En este sentido, presento una gama de enfoques, tipos y tonalidades del poder apoyado en una variedad de autores, principalmente clásicos, para luego incorporar definiciones de autores mucho más contemporáneos y modernos, cuyo aporte teórico resulta indispensable para mi propia construcción de la definición de poder. Finalmente, hago una aproximación al concepto de poder con el que milito, considerando los elementos que comparto con los diferentes autores consultados en función de la forma en la que percibo las relaciones, la sociedad y la vida. No presento una definición completamente exacta pues hay que tener claridad en que el poder (el mundo, las relaciones, la realidad social) son categorías complejas que requieren profundidad y comprensión teórica.

Palabras clave: Poder, conductas, relaciones, dominio, control, leyes.

ABSTRACT

The article presented below, as its name indicates, is a thoughtful review of the notions of power. To do this, part of the most popular generalities of power, making an analysis of it in terms of psychological and ontological perspectives in order to advance in a second phase that allows elucidating and demonstrating the conceptual/applicable breadth of the notion of power in the sciences and disciplines that think about man and society. In this sense, it presents a range of approaches, types and shades of power supported by a variety of authors, mainly "classical", to later incorporate definitions of much more contemporary, "modern" authors, whose theoretical contribution is essential for my own construction of the definition of power. Finally, I make an approximation to the concept of power with which I militate, considering the elements that I share with the different authors consulted based on the way in which I perceive relationships, society, life. I do not present a completely exact definition because it must be clear that power (the world, relationships, social reality) are complex categories that require depth and theoretical understanding.

Keywords: Power, behaviors, relationships, domain, control, laws.

Cada centro de fuerza posee su perspectiva particular, desde la cual interpreta y valora el mundo, de acuerdo con sus peculiares intereses vitales. En este sentido, todo ser (no solo el hombre) es esencialmente una voluntad dominadora y creadora, un poder de fabulación que adereza y falsifica la realidad al interpretarla desde el ángulo exclusivo de sus conveniencias vitales

Dolores Castrillo Mirat, prólogo a *La Voluntad de Poder* de Friedrich Nietzsche.

Las preguntas del hombre sobre el ser, la vida o el tiempo son tan antiguas como la humanidad misma. Durante mucho tiempo, se ha hablado de estos y otros miles de temas que guardan relación con los hombres, ya sea porque nos afectan de manera directa o simplemente porque compartimos tiempo y espacio. La discusión va desde cuestiones que parecen estar fuera de nosotros o, mejor dicho, parecen ser externas, como condiciones materiales, ambiente, recursos, animales, etc., hasta asuntos internos, es decir, sobre la psique, intereses, evolución, funcionamiento biológico y mucho más. A fin de comprender la complejidad de nuestro existir, han surgido preguntas sobre quiénes somos, de dónde venimos y a dónde vamos, que no han sido resueltas del todo aunque claramente ha habido muchos avances gracias a la filosofía y a las ciencias que poco a poco se han ido gestando. En la actualidad y desde hace ya varios años, las ciencias naturales han sido capaces de explicar quiénes somos desde una perspectiva biológica. Sabemos cómo se forma y funciona nuestro cuerpo día a día, no obstante, también hemos admitido que el ser humano no es solo eso, por el contrario, somos seres multidimensionales.

Intentar definirnos siempre se hace en contraste, analogía o en oposición a algo. En nuestro caso, nos hemos comparado con los animales: de ahí que nos consideremos multidimensionales o

una trama de significaciones. Como bien se mencionó, somos más que la función/formación biológica que cumplimos, poseemos una mente-psyche sobre la que también se ha debatido durante mucho tiempo. De ahí que teóricos como Descartes aseveraran el “pienso y luego existo”.

El punto es que, en la búsqueda de resolver las dudas sobre nosotros, han surgido también muchísimas respuestas. Por ejemplo, se han hecho comparaciones o analogías con los animales y se ha llegado a varias conclusiones. En el campo de la psicología existen dos teorías principales: el condicionamiento y el psicoanálisis. La primera manifiesta que el ser es un ente pasivo, que responde a estímulos tal como los animales (basándose en experimentos como el de la campana y los perros de Pavlov), si esto es así, los hombres y mujeres somos predecibles y controlables. Esta es solo una de las teorías, una mera perspectiva. La segunda es el psicoanálisis, que afirma que el ser humano, a diferencia de los animales, traspasa la barrera biológica y es por esto que nosotros no somos movidos por instintos sino por pulsiones; es así como en la humanidad son posibles las relaciones homosexuales así como otras cosas que no pasan en el reino animal¹.

Freud, fundador y principal exponente del psicoanálisis, proclamaba que en nuestra composición había un aparato psíquico con tres entes fundamentales: ello, yo y superyó. El primero de estos era el ente primitivo y pulsional (nacemos con él), luego en nuestros primeros años de vida vamos forjando el yo mediante el lenguaje, el yo es la capa superficial del ello y es el ente negociador entre el ello y el mundo exterior. Por último, está el superyó como entidad reguladora, es la representación del mundo exterior y expresa lo que “está bien y mal”, la moral. Estos son solo

¹ Lo que se intenta decir aquí es que lo posible entre los animales es porque ya viene configurado por sus instintos.

algunos ejemplos de las distintas respuestas que han surgido con el tiempo pero ¿por qué esto es importante? Porque son el reflejo de herramientas, trabajos, estudios, creaciones, análisis y reflexiones que fueron usadas para generar respuestas a cuestiones filosóficas². Tal como la humanidad se abocó al desarrollo de técnicas como la endoscopia para la visualización de ciertos órganos o parte del cuerpo, también ha generado constructos (categorías y conceptos) a partir de los cuales pretende entender ciertas conductas, acciones, relaciones en el mundo.

Obviamente, aunque se pueda hacer analogía con procedimientos de la medicina, está claro que hablar de hombres y mujeres como individuos, pero también como parte de una sociedad (de un grupo, de un colectivo), implica una complejidad mayor y diferente, dada la falta de certezas y las consecuencias que pueden traer ciertos determinismos. Todo lo que ha sido expresado previamente pretende esbozar en muy pocas palabras los dilemas y preocupaciones que albergaron la mente de teóricos y científicos por mucho tiempo. Uno de los muchos constructos que comenzaron a surgir a medida que se estudiaba con mayor fervor la humanidad y su relacionamiento con el mundo fue la noción de Poder. Definir el poder no ha sido un trabajo fácil pues ha sufrido alteraciones y, en muchas ocasiones, se termina por decir algo ambiguo o con muy poca precisión. Hablar sobre el poder involucra definirlo con base en la propiedad y el ejercicio de este, es decir, interrogarse sobre ¿alguien tiene el poder?, ¿quién?, ¿sobre quién o qué se ejerce el poder?, ¿para qué sirve el poder?, ¿de dónde viene?, ¿qué defiende?

² Me parece indispensable recordar que la dimensión ontológica ayudará a determinar el “cómo debemos vivir”. Es decir, las respuestas a estas preguntas (cómo se defina el mundo y al hombre) generan ciertas conductas, acciones o políticas en el mundo.

Para comenzar a definir el poder, considero como primer paso hacer uso de su significado más general y es el que desarrolla la Real Academia Española (RAE) con base en su etimología, citada por Ávila-Fuenmayor (2006):

El término poder proviene del latín *possum* -potes -potui -posse, que de manera general significa ser capaz, tener fuerza para algo, o lo que es lo mismo, ser potente para lograr el dominio o posesión de un objeto físico o concreto, o para el desarrollo de tipo moral, política o científica. Usado de esta manera, el mencionado verbo se identifica con el vocablo *potestas* que traduce potestad, potencia, poderío, el cual se utiliza como homólogo de *facultas* que significa posibilidad, capacidad, virtud, talento. El término *possum* recoge la idea de ser potente o capaz pero también alude a tener influencia, imponerse, ser eficaz entre otras interpretaciones. (p. 216)

Como ya se dijo, esta es una definición bastante general que se centra en la raíz etimológica de la palabra, pero realmente el poder es algo que va muchísimo más allá de esto. Aunque por mucho tiempo y en principio, sobre el poder se hablaba de la simple manera que es definida por la RAE. En este sentido, para la teoría política el poder era simple y planamente una cuestión de soberanía. Es por esto que, en un principio, filósofos como Platón y Aristóteles no desarrollaron tanto dicha categoría: verlo desde esta perspectiva quiere decir que la mención del poder esta inevitablemente ligada a lo político y, por lo tanto, al Estado. En este sentido, el poder reside en aquellos que gobiernen (ya sea de forma individual, unos pocos o muchos). El Estado, según Aristóteles, tenía el poder de educar y castigar para hacer cumplir la ley, y en eso se reducía el tema en cuestión.

Sin embargo, hablarlo en el ámbito de la soberanía tampoco resultó sencillo ni pudo reducirse sino que, a medida que se avanzaba en la teoría, los autores tuvieron la necesidad de ampliar el debate sobre lo que abarca el poder. En el siglo XVI, Nicolás Maquiavelo escribe un Manual de Política en el que sigue afirmando que el Estado ejerce poder como ente regulador, pero no solo educa o castiga sino que el príncipe (quien debe gobernar según él) regula con una “Razón de Estado” que busca lograr y mantener el orden³ a partir de una estrategia. Más adelante aparece Thomas Hobbes con su famosa obra *El Leviatán* (1961), cuya base es una analogía del estado y la criatura bíblica, pues, ambos están dispuestos a mantener el orden para evitar la guerra de todos contra todos. Esta es ocasionada por la fuerza de pensamiento del hombre que es egoísta por naturaleza. La guerra se evita con la creación de un pacto que debe hacer cumplir el Estado en su papel de Leviatán, por lo que podríamos decir que donde hay orden, hay un leviatán, es decir, en el Leviatán está el poder.

Con Hobbes también aparecen otros autores importantes como lo son Locke y Montesquieu. A ellos se les atribuye la división de los poderes, ya no se habla solo de leyes naturales sino que de igual manera hay leyes positivas. Por ello, para defender los derechos a los que refieren estas leyes, es necesaria una división de poderes como la que hoy conocemos: ejecutivo, legislativo y judicial. Con esto se puede ver cómo el tiempo y los autores fueron agregando y modificando lo que significa el poder a tal punto que ya no era la discusión de un solo poder sino varios poderes. Ahora, el poder es llevado a cabo por un sistema de pesos y contrapesos.

³ Para mantener el orden todo se vale, el príncipe ejerce poder creando leyes que los súbditos deben seguir. Aunque las conductas, decisiones y acciones no expresen necesariamente los preceptos de la moral sino las leyes del poder, pues el objetivo es conservar exitosamente ese poder. Contrario a Aristóteles quien creía firmemente en que todos eran iguales ante la ley.

Esto conlleva a que el poder no solo se dé de forma vertical (un gobierno/estado/institución sobre individuos) sino que trabaja igualmente de forma horizontal.

Como se puede apreciar hasta el momento, el poder es principalmente un medio para mantener la soberanía y defender los derechos de los individuos en sociedad. Ha sido, por tanto, un concepto fundamental para entender las dinámicas sociales. En algunos casos, entender cómo influye el poder en la sociedad da la impresión de no ser tan complicado, sobre todo si se parte de una visión atada al sentido etimológico de la palabra. Esto no quiere decir que esta perspectiva sea suficiente o válida en todos los casos. Asimismo, conviene hablar de lo que hace mención Carlos Bugallo (s.f., p.2): “el poder puede ser aplicado sobre objetos, sobre sí mismo, sobre otros hombres o sobre la naturaleza”.

El poder puede involucrar una rama de relaciones complejas. Para hablar sobre los dos primeros casos (el poder sobre sí mismo y sobre otros), tomaré como ejemplo la corriente de pensamiento decolonial. Allí se denuncia la forma violenta en la que se conquistó, descubrió y encubrió América. Son muchos los autores que exponen su opinión sobre tal momento histórico, dado que aquel grupo de hombres (con todas las ventajas en cuanto a armas, desarrollo, etc.) llegaron al continente con una actitud dominante, esclavizaron e hicieron uso de su fuerza para tomar posesión de todo lo que quisieron, incluidos hombres y mujeres que aquí habitaban. Esto es un poder ejercido por hombres sobre otros hombres, pero no queda así ya que ese poder trasciende sobre aquel ejercido sobre sí mismos. Las personas nativas debieron ejercer un poder sobre ellos para sobrevivir. Durante esa época, hubo un ejercicio del poder para adaptar su cuerpo, sus

emociones, su cultura y su ser y obligarse a sí mismo a apropiarse y convertirse en lo que hoy es llamado “un hombre occidental”⁴.

Si con esto último no queda claro cómo se lleva a cabo el poder sobre sí mismo, podemos repetir el ejemplo sobre las dos teorías fundamentales de la psicología. Por un lado, el conductismo tiene tendencia al poder de hombres sobre hombres, pues, se trata de la construcción de una conducta mediante estímulos y repeticiones, es decir, se quiere predecir y controlar. Por otro lado, tomando en consideración la idea de los aparatos psíquicos y del ente regulador llamado “yo” apoyado por el “súper yo”, el psicoanálisis puede interpretar como el hombre vive desde que nace en una relación de poder sobre sí mismo, debido a que comienza a moldear y controlar las pulsiones del ello desde muy temprano en su vida. El poder así puede entenderse como algo natural. Esto hay que mantenerlo en mente para lo que se dirá más adelante.

En esos ejemplos, hay un poder de hombres sobre hombres pero también sobre sí mismo, por lo tanto, sobre la naturaleza. Estos tres tipos de poder pueden estar íntimamente ligados entre sí, se pueden ejercer simultáneamente dado que no son excluyentes. Otra corriente de pensamiento que habla sobre este tema es la Escuela de Frankfurt. Horkheimer toma elementos de Freud para su teoría. En su texto “Crítica de la razón instrumental” (1973), plantea que la modernidad, como proyecto histórico de occidente, implicó un dominio por la conquista técnica de la naturaleza y del mundo. Cuando se habla de naturaleza, no solo se

⁴ Según los decoloniales es una forma de poder que ha trascendido hasta nuestros tiempos, se dan muchos ejemplos sobre como hoy día persiste el dominio sobre las raíces indígenas, que ya no es el dominio de un conquistador que nos amenaza con un arma. Somos nosotros mismos los que hacemos un listado de lo que debemos o no ser, cosas tan sencillas como alisar el cabello rizado o afro para parecer mucho más occidental son expresiones de la internalización de esa dominación, el ejercicio del poder sobre nosotros mismos.

hace referencia a la externa, al “medio ambiente”, sino también a la del propio hombre. Obviamente, el dominio de la naturaleza al que se refiere Horkheimer fue aquella exagerada conquista producto de los procesos económicos y sociales que sucedieron en el mundo, como la Revolución Industrial que también fue científica y técnica.

Hasta el momento, se han planteado aquí las nociones más populares del poder, se ha hecho un análisis de este en cuanto a perspectivas psicológicas y ontológicas para dilucidar y demostrar la amplitud conceptual/aplicable de la noción del poder en las ciencias y disciplinas que piensan al hombre y la sociedad. Se ha presentado una gama de enfoques, tipos, tonalidades del poder. Ya se ha mencionado una variedad de autores, principalmente clásicos, pero ahora traeré a colación las definiciones de autores muchos más contemporáneos y modernos, cuyo aporte teórico resultará indispensable para mi propia construcción del poder. Son perspectivas sumamente diferentes a las mencionadas anteriormente⁵:

Max Weber fue un intelectual y sociólogo alemán del siglo XIX cuyas obras más conocidas son *Economía y Sociedad* (1922) y *El político y el científico* (1919). Él afirmaba que el poder era, en las ciencias sociales, una categoría amorfa por lo que se enfocó muchísimo más en la subcategoría conocida como dominación. Aun así, define el poder como la “probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad” (Weber, 1922, p. 43). Munera (2005) interpreta que cuando Weber dice esto y se enfoca en la dominación, lo que hizo fue un reduccionismo del poder a una relación unilateral. Incluso, cuando su

⁵ Son diferentes porque son desarrolladas en un tiempo diferente, en contextos y bajo experiencias distintas.

teoría de la acción se basa en la reciprocidad, dado que “excluyó de su comprensión la obediencia de quienes quedan sometidos a la voluntad del poderoso. Igualmente, transformó el poder en un acto unilateral de dominio (...), limitó la aproximación sociológica al mismo, contradictoriamente, al análisis de la dominación legítima” (Munera, 2005, p.34).

Niklas Luhmann también fue un sociólogo alemán que habló sobre una diversidad de temas, entre ellos el poder, que lo percibe desde una visión estructural/sistémica entendiendo así que:

La teoría del poder forma parte de una teoría más amplia y sociológicamente evolutiva de los medios de comunicación generalizados (...). El poder se define como comunicación por la vía del código, por su negatividad en términos de sanción negativa (...). En el campo del poder, las selecciones informativas son decisiones en las que la terminación de Alter en relación con las decisiones de ego define la forma de la relación. Aquí, de entrada podemos plantear como Luhmann tematiza el poder como relación intersubjetiva, a la que subyacen condiciones de estructura. (Vélez, s.f, p. 10)

Hannah Arendt debe ser mencionada aquí debido a que su concepción teórica del poder es diferente. Ella afirma que el poder es lo opuesto a la violencia, cuando por mucho tiempo, muchos han creído que van de la mano. En cambio, dice que “el poder corresponde a la habilidad no solo de actuar sino de actuar en concierto” (Palacios, 2003, p. 23). Según Guevara (1998), la noción de poder de Arendt nunca es propiedad de un solo individuo, pertenece a un grupo y existe solamente mientras ese grupo permanece unido. Cuando decimos de alguien que tiene el poder, en realidad nos referimos a que cierto número de personas se lo ha otorgado para que actúe en su nombre. En el momento en que el grupo que

lo otorga desaparece, también desaparece “su poder”. Todo esto cobra sentido porque para Arendt el poder era una cuestión de consenso. Asimismo, se refería a la organización y la acción. El poder debe ser legítimo para los individuos que participan; es una definición que recuerda mucho a los clásicos mencionados en un principio a pesar de la diferencia temporal.

Por último y con una enorme importancia se tiene a Michel Foucault, quien fue un pensador francés que dedicó mucho tiempo al estudio del poder. Sus estudios y opiniones, aunque a veces con contradicciones, tuvieron una enorme influencia en el pensar social e individual del mundo actual, e incluso sus aportes fueron capaces de movilizar a las personas en un “movimiento anti psiquiátrico” y muchos otros, con el surgimiento de los discursos posmodernos.

Foucault utilizó en sus estudios la genealogía y la arqueología como métodos. Fue altamente influenciado por Sigmund Freud, por lo que su teoría y el poder guardan estrecha relación con la importancia del lenguaje (elemento esencial en la constitución del yo) y el inconsciente. Para Foucault, el poder es multidireccional, asimétrico, móvil. Dice que toda relación es una relación de poder, esto último es algo que expresa claramente en las clases tituladas Seguridad, Territorio y Población, que las define como un “Conjunto de mecanismos y procedimientos cuyo papel o función y tema, aun cuando no lo logres, consiste precisamente en asegurar el poder” (Foucault, 1977-1978, p.18)⁶.

Aunque todo mecanismo de poder es intrínseco a toda relación, el poder no es algo auto genético ni auto subsistente.

⁶ El dominio es complejo. En la *Microfísica del poder*, capítulo 10, Foucault expresa que el poder se constituye a partir de una multitud de cuestiones y de efectos de poder, este no es independiente del proceso económico. Toda relación de fuerza implica una relación de poder y toda relación de poder reenvía a un campo político del que forma parte.

Mientras que para Hannah Arendt lo opuesto al poder es la violencia, en Foucault lo que se contrapone al poder es la resistencia.

De igual manera y en pocas palabras, su noción se basa en el cuestionamiento de los principios del poder: A) sobre la propiedad; el poder no es de nadie sino que esta es una estrategia. Como todos somos capaces de resistir, todos ejercemos poder. Hay resistencias individuales que crean redes de resistencia colectiva. B) Localización; el poder no está en un soberano sino que esta intrínseco en toda relación, principalmente económica. C) Modos de acción; el poder se ejerce a través de las leyes y del saber, por lo que el ser obedientes da sensación de placer. La verdad, es un mecanismo de poder.

Siguiendo su crítica, estos principios terminan por clasificarlo en poder punitivo, disciplinario y biopoder. Los dos primeros se refieren a los castigos y al enclaustramiento (adoctrinamiento, quizás) de las personas en un régimen. Luego está el biopoder, descrito en el capítulo 10 de la *Microfísica del Poder* como:

(...) uno que se ejerce sobre el cuerpo mismo (...) Como las relaciones de poder pueden penetrar materialmente en el espesor mismo de los cuerpos sin tener incluso que ser sustituidos por la representación de los sujetos. Si el poder hace blanco en el cuerpo no es porque haya sido con anterioridad interiorizado en la conciencia de la gente. (Foucault, 1979, p.155)

Foucault se refiere con esto a una red de biopoder o somato poder. Representa, en este sentido, el ejercicio del poder para que toda persona sea capaz de desarrollar al máximo su fuerza productiva y en este tipo de poder también se cuenta el control sobre los distintos procesos biológicos. Es el control que se lleva sobre matrimonios, nacimientos, defunciones, divorcios, etc. En general, para el sociólogo francés, el poder ha sido ejercido

fundamentalmente mediante una estructura jerárquica y panóptica, haciendo uso de la vigilancia y el castigo.

Aquí ya se ha explicado el poder desde muchas perspectivas, desde Locke, Hobbes, Montesquieu hasta Luhmann, Arendt, Weber y Foucault, pero ha llegado el momento de esclarecer lo que para mí es el poder. No todo lo que plantearon los autores mencionados son elementos que comparto y creo relevantes para mi definición y la forma en la que percibo las relaciones, la sociedad, la vida; pero es cierto que para tener clara alguna cosa, uno debe saber lo que es, así como lo que no es. No planeo tampoco que esta sea una definición completamente exacta, puede que con el tiempo y mis experiencias vaya modificándola. No espero que sea una definición de tipo diccionario que diga “el poder es...” pues si algo he intentado dejar claro durante todas las reflexiones de este artículo es que el poder (el mundo, las relaciones, la realidad social) son categorías complejas que requieren de una profundidad y comprensión teórica que no se consigue en la RAE, ni en un único libro. Desde mi postura, esta es solo una aproximación porque no puedo más que intentar evitar los reduccionismos y determinismos bajo los que nos arroparon durante tanto tiempo.

Con base en lo dicho anteriormente, reafirmo que el poder es multidireccional y multidimensional como lo plantea Michel Foucault. Comparto la afirmación de que el poder está presente en toda relación, esto quiere decir que sí puede ser un punto central cuando se habla de soberanía. Sin embargo, no es la única dimensión posible o en la que debe tomarse en cuenta pues en la comunicación, en la educación, en la salud también se expresa. Asimismo, difiero con Hannah Arendt cuando dice que la violencia es siempre opuesta al poder. Me parece que una forma de ejercer poder es a través de la fuerza, lo que desemboca de forma irremediable en violencia. Espero que se haya notado, igualmente a lo largo del artículo, la constante expresión “ejercicio

del poder”, pues tampoco creo que el poder sea una especie de cetro mágico que se tiene, que se posee, aunque el hombre en sus interacciones sociales puede llegar a ceder su poder por ciertas condiciones. Es decir, todos somos capaces de ejercer poder pero también se puede decidir no ejercerlo o intentar no hacerlo en algún momento, ya sea por algún miedo, recompensa, creencias o sugestión (Galbraith, 2013).

Algo que quizás puede contraponerme a los más radicales defensores de los postulados de Foucault, o de Luhmann viéndolo como “sanción negativa”, es que no creo deba siempre entenderse el poder como un ejercicio negativo. Recuerdo lo que en alguna clase de antropología aprendí: debemos aprender a comprender la lógica o argumento subyacente a ciertos fenómenos y situaciones antes de crear un juicio de valor, antes de determinarlo como algo bueno o malo. Esto evita relativismos extremos o una postura completamente utópica del mundo. Así como el poder, en cualquiera de los tres tipos, según Galbraith (2013), ha generado problemas en la sociedad, ha sido el ejercicio del poder lo que ha solucionado algunos otros, pues inevitablemente, el orden y el poder han trabajado juntos por mucho tiempo. No deseo, de ninguna manera, que esto mencionado en el último párrafo se tome como un determinismo. Si algo se ha aprendido con el cambio de paradigma es que debe explicarse estudiando a profundidad el contexto y todo lo que conlleva a cierta situación.

Se trata de razonar, comprender y pensar las relaciones de poder en su propio campo pues ciertamente diría Foucault que mediante el lenguaje y el saber se ha ejercido un poder que funciona bajo la dualidad moral del bien y el mal, lo correcto e incorrecto, cuando no siempre lo que entra en esas categorías ha sido entendido. Un ejemplo claro usado por él en la *Historia de la Locura* (2006) es que muchas acciones con las que se le catalogan a personas como “locos” tienen una lógica real detrás de ella. Por

ejemplo, si un hombre tiene calor es una acción razonable que decida quitarse ciertas prendas de ropa: lo que sucede es que si este lo hace en medio de una vía pública, y se queda en ropa íntima o desnudo, será catalogado como loco, producto de la moral que se maneja en esa sociedad. No es un acto aceptado en la cotidianidad, por lo que esa persona buscará ser reformada en alguna institución, poder disciplinario o panóptico, ya sea la cárcel o el psiquiátrico.

El poder aquí no es solo ejercido por las instituciones o procesos disciplinarios sino también por el saber y el lenguaje. Una vez que la sociedad te considera loco, quedará en ti —probablemente para siempre— esa etiqueta. Foucault señala que esa reforma o aparente inclusión a la sociedad, que debe suceder luego de pasar por estas instituciones, no sucedía. La verdad absoluta o la legitimación de una racionalización, de formas normales, de un deber ser crea una esfera de poder que excluye al resto de las cosas que son posibles. No son dañinas pero no es posible asimilarlas en la perspectiva predominante. Es por esto que Foucault prefiere hablar de la existencia de verdades.

El poder se encuentra en nuestras relaciones diarias y no es solo una cuestión de autoridad, aunque si la incluye; el poder, explicaba en un principio, va desde nuestra formación: cuando desde pequeños somos obligados a amoldarnos según las exigencias o valores del mundo. Esto promueve la pérdida de la capacidad de asombro que tanto valoran los filósofos. Sin matices de bien o mal, ni pretensión de cambiar radicalmente nuestros hábitos⁷: desde que un niño o niña crece es forzado a controlar sus necesidades fisiológicas y hacerlas de cierta manera, así ocurre también

⁷ Porque hay un lógica, razón de muchos de esos hábitos que están internalizados al punto de que resultan naturales para nosotros, aunque grosso modo no lo son.

con la manera de vestir o con otras conductas aprendidas a temprana edad. Pero muchas veces es difícil explicar las razones de esto a los niños y niñas, sobre todo cuando están en cierta edad en la que acostumbran a cuestionar todo y a veces solo queda responderles “porque sí”.

Educar a un niño de la manera que formalmente se conoce es un ejercicio de poder. Yo soy la madre que sabe, por lo tanto, ocupo un puesto en la jerarquía más alto que tú. Muchos padres y madres manipulan o dominan al niño o niña mediante la sugestión. En otros casos, mucho peores, lo hacen generando miedo. No son pocos los casos de violencia o maltrato de la familia al niño, niña, hijos e hijas. Esto es por dar un ejemplo sencillo del poder en las relaciones primarias y más básicas de nuestra vida.

Como si no bastara esta relación de poder en la infancia del niño/niña, este también debe integrarse a una institución como la escuela que también ejercerá en él un poder disciplinario: existe un control sobre lo que se aprende, cómo te relacionas, horas de entrada, salida, comida, baño y siesta. La educación formal acostumbra a promover la memorización de estos hábitos y también del conocimiento. Las escuelas crean matriculas mucho más grandes: mayor control sobre los niños, mayor necesidad de un conocimiento que sirva de memoria y menos dedicación al promover un razonamiento, una capacidad de comprensión, síntesis, reflexión y crítica a los saberes. Es por esto que con los discursos posmodernos que surgen en los años sesenta, de los cuales llega a formar parte Foucault, se hace una crítica a los métodos convencionales de educación.

Se sigue intentando cambiar esta visión unilateral, vertical de la educación por una mucho más flexible, ya no se quiere creer que el aprendizaje solo pueda ser llevado de uno a otro sino que se habla de este como un proceso dialéctico, recíproco: así como un profesor o maestro es capaz de enseñarle algo nuevo a

un estudiante. En ese diálogo, el estudiante es capaz de llegar a conclusiones y llevar al profesor/maestro a una nueva conclusión. Se debe evitar subestimar al otro solo por una cuestión de egos, jerarquía o poder. Igualmente, se busca valorar las otras clases de saberes que el mundo productivo excluye. La inteligencia no es solo la habilidad que tenga un joven en memorizar fechas, en resolver un problema matemático sino que hay distintos tipos de inteligencia que deben ser trabajadas y valoradas: como la emocional.

Apreciar las distintas inteligencias, conocimientos y habilidades también es una invitación a aceptar que hay muchas profesiones de gran importancia en el mundo actual que deben dejar de ser discriminadas. Es sorprendente que aún en el siglo XXI no se considere el talento artístico como una profesión. Hombres y mujeres somos más que dinero y política, somos más que una razón técnica e instrumental, somos también una razón comunicativa (Habermas), una razón sensible (Marcuse). Sobre esto, comentaría García (1995, p.76): “la reflexión actual sobre la identidad y la ciudadanía (...) debe tomar en cuenta la diversidad de repertorios artísticos y medios comunicacionales que contribuyen a reelaborar las identidades”.

Esto que digo viene de mi propia concepción sobre lo que es el ser humano, como ser social y cultural. Resalto la noción de Clifford, que comparte con Max Weber, en la que señala que somos un “animal inserto en tramas de significación que él mismo ha tejido” (Geertz, 1973, p.20). La complejidad del poder viene dado por esto mismo: el poder político o de gobierno se relaciona, afecta y genera influencia en otras relaciones de poder como la familiar, las relaciones sexo-afectivas, educativas y muchas otras o viceversa. Estas relaciones de poder crean un efecto (pequeño o grande) en el sistema político, económico e incluso social. No

puede separarse nunca por completo el Lebenswelt o mundo de vida, de ámbito sistémico.

En definitiva, el poder como ejercicio de autoridad es parte de la vida del ser humano y se expresa a veces de manera imperceptible a la hora de ejercer algún rol. Sin embargo, sobre este tema no todo está dicho, queda mucho por comprender, estudiar y descubrir. Tenemos un mundo que nos sigue generando preguntas, invitando al aprendizaje, a la comprensión y a la investigación.

Me permito cerrar con la siguiente frase: “La educación debe iluminar el rumbo asumiendo las dimensiones del ser humano basado en su complejidad” (García, 2014, citado por Pérez, A., Africano, B., Febres-Cordero, M. y Carrillo, T., 2016).

Uso esta cita porque me parece indispensable entender que al hablar de poder también se debe hablar del resto de las dimensiones que componen al hombre y a la mujer. Asumir que el mundo, el ser y la vida es compleja, también es asumir que existirán muchos rumbos que se pueden tomar. Es que la educación debe contemplar la diversidad de saberes, perspectivas, miradas del mundo, para promover la tolerancia y comprensión entre nosotros.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bugallo, C. (s.f.). ¿Qué es el poder? Recuperado de <https://www.espacio-publico.com/wp-content/uploads/2013/12/480-Qu%C3%A9%20es%20el%20poder.pdf>
- Foucault, M. (1977-1978). *Seguridad, Territorio, Población. Curso en el College de France*. Fondo de Cultura Económica.
- (1979). *Microfísica del Poder*. Madrid, España: Ediciones de La Piqueta.
- (2006). *Historia de la Locura en la época clásica, T.I*. Madrid, España: Fondo de Cultura Económica de España.
- Fuenmayor, F. Á. (2006). El concepto de poder en Foucault. *Telos: Revista de estudios interdisciplinarios en Ciencias Sociales*, 215-234.
- Galbraith, J. K. (2013). *La anatomía del poder*. Barcelona, España: Edición Ariel.
- García, C. N. (1995). *Consumidores y Ciudadanos: Conflictos Multiculturales de la Globalización*. México: Editorial Grijalbo.
- Geertz, C. (1973). *La interpretación de las culturas*. Barcelona, España: Gedisa Editorial. Duodécima reimpresión: septiembre 2003.
- Guevara, P. (1998). Observaciones críticas sobre el concepto de poder en Hannah Arendt. *Revista Cuestiones Políticas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia*. 20, 1998, 11-40.
- Hobbes, T. (1961). *Leviatán*.
- Horkheimer, M. (1973). *Crítica de la razón instrumental*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Sur, S.A.
- Munera, L. (2005). *Poder: Trayectorias teóricas de un concepto*. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales.
- Nietzsche, F. (1901). *La Voluntad de Poder*. Madrid, España: Editorial Edaf. Primera edición en libro electrónico, marzo 2018.

- Palacios, V. (2003). El concepto de poder político en Hannah Arendt: reflexiones desde el contexto actual. *Revista humanidades de la universidad de Montevideo*.
- Pérez, A., Africano, B., Febres-Cordero, M. y Carrillo, T. (2016). Una aproximación a las pedagogías alternativa. *Revista Venezolana de Educación Educere*. 20(66).
- Vélez, M. A. (s.f.). *Visiones Estructurales y Visiones Subjetivizantes sobre el Poder*. Colombia: Universidad de Antioquia.
- Weber, M. (1922). *Economía y Sociedad*. Fondo de Cultura Económica.
- _____. (1919). *El político y el científico*. Madrid, España: Alianza Editorial.

8. Descolonizar el lenguaje desde lo femenino

Decolonizing language from the feminine perspective

ISABEL RIVERO D' ARMAS*

* Candidata a Magister en Lingüística (en espera de fecha para la defensa de la tesis) y Magister en Estudios del Discurso por la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesora de Lingüística contratada, adscrita a la Escuela de Letras en la Facultad de Humanidades y Educación de la UCV. Autora de los libros: *Lenguaje infantil*, publicado por la Fundación Editorial El perro y la rana (FEPR), y *El habla del venezolano*, reeditado por Monte Ávila Editores Latinoamericana (MAE). Publicación de artículos académicos en el *Boletín de Lingüística* de la UCV; la revista *Akademos* (FHE-UCV), la revista *Magistra* (ENM-TSJ) y la *Revista de la Asociación Latinoamericana de Análisis del Discurso* (RALED).

RESUMEN

En general, el propósito de esta investigación es presentar una reflexión sobre cómo en la marginación de la mujer que tiene como una de sus expresiones la colonización del lenguaje de lo femenino, se utiliza la estereotipación, mecanismo del lenguaje ajustado al uso de etiquetas para descalificar. En concreto, me centro: en cómo mediante el lenguaje sexista empleado por el sistema patriarcal se ha colonizado a la mujer y, de esta manera, anulado la identidad femenina. Uno de los hallazgos presentados es que, después de una revisión documental, se demuestra que el maltrato verbal hacia la mujer es resultado de la estereotipación y/o descalificación y se aprecia en el lenguaje sexista y en la negación, e incluso ridiculización, del lenguaje inclusivo. Igualmente, se presenta la idea de que una vez que se concientiza la descalificación hacia la mujer, se llega a la reconstrucción de la imagen masculina y la revalorización del lenguaje inclusivo como una manera de desagravio a la mujer, víctima de la descalificación como forma de opresión y discriminación.

Palabras clave: estereotipación, marginación, discriminación, mujer, identidad femenina, sociedad patriarcal.

ABSTRACT

In general, the purpose of this research is to present a reflection on how in the marginalization of women, which has as one of its expressions the colonization of the feminine language, stereotyping is used, a language mechanism centered on the use of labels to disqualify. Specifically, I focus: on how, through the sexist language used by the patriarchal system, women have been colonized and, in this way, feminine identity annulled. One of the findings presented is that verbal abuse towards women is the result of stereotyping and/or disqualification and is seen in sexist language and in the denial, and even ridicule, of inclusive language. Likewise, once the disqualification of women is made aware, the masculine image is reconstructed and inclusive language is revalued as a way of making amends to women who have resisted disqualification as a form of oppression and discrimination.

Keywords: stereotyping, marginalization, discrimination, women, female identity, patriarchal society.

INTRODUCCIÓN

En este ensayo no tan breve, me propongo presentar una reflexión sobre cómo en la marginación de la mujer, que tiene como una de sus expresiones la colonización del lenguaje de lo femenino, se utiliza la estereotipación, mecanismo del lenguaje centrado en el uso de etiquetas para descalificar.

Para marginar a la mujer, la estereotipación la podemos ver; por un lado, en la anulación de su identidad mediante la definición de esta como “lo no esencial”; y, por el otro, en la reducción de lo femenino a una parte u órgano del cuerpo de la mujer: la matriz, los ovarios, la vagina, y/o el útero, tal como Freud simplificó a la mujer. Además, la vemos limitada o subordinada al hombre, por ejemplo, en el mito de la creación: Eva nace de una costilla de Adam. En consecuencia, la mujer ocupa un segundo lugar en la religión católica, que legitima el patriarcado.

En lo anterior me centro: en cómo mediante el lenguaje sexista empleado por el sistema patriarcal se ha colonizado a la mujer y, de esta manera, anulado su identidad. Se le ha negado su ser. Por ello, es necesario descolonizar el lenguaje de lo femenino; de ahí viene el nombre de este ensayo. Este es un camino que han iniciado, desde la Academia, grandes mujeres como Simone de Beauvoir, con *El segundo sexo*. Esta obra fundamental nos da herramientas para entender la discriminación de la mujer en la sociedad patriarcal y nos ayuda en la revalorización de la identidad femenina, y Gabriela Mistral, o Lucila Godoy, con su obra y acciones que se concretan en una visión de lo femenino que dista mucho de su época; por eso es una feminista (aunque no confesa). Este camino también lo han iniciado con sus acciones revolucionarias, en

la Independencia (o Emancipación) de América, mujeres como Manuelita Sáenz y Juana La Avanzadora.

El maltrato verbal hacia la mujer es resultado de la estereotipación y/o descalificación. Se aprecia en el lenguaje sexista y en la negación, e incluso ridiculización, del lenguaje inclusivo. Este último es un desagravio a la mujer, un reconocimiento a sus luchas y una manera de reivindicar su papel en la sociedad, tarea en la que han avanzado, en general, las mujeres en el siglo XX con la revolución femenina ocupando espacios que antes solo eran reservados a los hombres.

En este trabajo, de la misma forma, expongo algunas reflexiones sobre la identidad masculina en construcción pues los hombres han asimilado que deben compartir papeles protagónicos con las mujeres y, por esto, se han visto en la necesidad de romper con algunos modelos que les han transmitido sus padres y abuelos; y a estos, sus ancestros por generaciones. Esto ha influido en un cambio favorable en la percepción de las relaciones con sus mujeres, en sus distintos roles de esposa, madre, hermana, hijas y amiga, pues ellos han aprendido a reconocerlas como personas y a verlas como sus pares.

Por último, se puede decir que la identidad masculina está en construcción, lo que sería un síntoma, en palabras de Fromm (2021), debido a que la sociedad patriarcal está en crisis: las relaciones tradicionales están cambiando, la verdadera causa. Esta crisis guarda relación con el fracaso del neoliberalismo pues la obediencia impuesta por el modelo del padre, o sea, la ética autoritaria, de la mano con la renuncia, es reemplazada por prevalencia del sistema matriarcal, sustentado en el orden natural de las relaciones y en la ética humanista; la ética autoritaria es sustituida por la garantía de los derechos fundamentales a la igualdad y la diversidad.

Simone de Beauvoir y *El segundo sexo*

Si oficialmente Simone de Beauvoir no fue la primera feminista; por lo menos, sí la que con su extenso ensayo *El segundo sexo* —en el que uno de sus principales aportes del pensamiento existencialista es la capacidad de acción— dio los pasos iniciales para que las mujeres pudieran entender mejor la posición de desventaja que se les había otorgado en la historia y, al mismo tiempo, con sus reflexiones, les brinda herramientas conceptuales para revalorizar tanto su propia identidad, así como para percibir de manera libre la realidad.

Nacida el 9 de diciembre de 1908 en París y que muere el 14 de abril de 1986 en la ciudad parisina, Beauvoir es escritora, ensayista, novelista, filósofa, profesora y recibió el Premio Goncourt con la obra *Los mandarines*. E inspiró la creación del Premio Simone de Beauvoir por la Libertad de las Mujeres en 2008. Fue pareja de Jean Paul Sartre, a quien en 1929 conoció en la Sorbona donde ambos estudiaban filosofía. A partir de ahí, él se convirtió en su compañero sentimental y esa relación la mantuvieron durante 50 años. Por esta particular relación amorosa con el filósofo francés Jean Paul Sartre fue también conocida pues se transformó en símbolo del amor libre; de la libertad como máxima expresión, e incluso la sexual.

A pesar de provenir de una familia burguesa y educarse con una sólida formación dentro de la religión cristiana, es por su pensamiento izquierdista por el que se dio a conocer. Escribió sobre el desarrollo de la izquierda antes y después de la Segunda Guerra Mundial.

Asimismo, Beauvoir atacó frontalmente a la derecha francesa y asumió una posición de intelectual comprometida. Junto a Sartre, Camus, entre otros, fundó la revista *Tiempos modernos*, que se transformó en un referente político y cultural del pensamiento

francés durante la segunda mitad del siglo XX. El 15 de octubre en 1945 salió el primer ejemplar de esta publicación.

La obra de Beauvoir se enmarca dentro del pensamiento existencialista ateo y algunos de sus trabajos, como *El segundo sexo*, en el que hace un profundo análisis de la mujer en la sociedad, la construcción del rol y de la figura femenina, como he dicho, constituyen una referencia dentro del feminismo, por reivindicar los derechos de la mujer. Este trabajo filosófico, además de convertirse en una obra clásica del pensamiento contemporáneo, es uno de los más relevantes del siglo XX y significó el punto de partida teórico para el feminismo. Se le considera, igualmente, una obra enciclopédica debido a que aborda la identidad de las mujeres y las diferencias con los hombres desde el punto de vista psicológico, histórico, antropológico y afectivo-sexual.

La obra fue inspirada por Jean Paul Sartre cuando le preguntó a Beauvoir qué había significado para ella ser mujer. Responder a esta interrogante la llevó a investigar acerca de la situación de las mujeres a lo largo de la historia. Por ello, escribió este ensayo, extenso por lo demás, que trata de cómo se ha concebido a la mujer, qué situaciones ha vivido y plantea de qué manera ellas mejorarían su calidad de vida a partir de la premisa de que amplíen sus libertades.

La tesis que aborda en este texto radica en que la mujer es un producto cultural que se ha constituido socialmente, que siempre se ha identificado como madre, esposa, hija o hermana. Por esta razón, la tarea de la mujer es la de recuperar su propia identidad. La frase que resume este pensamiento es: “No se nace mujer, se llega a serlo”. La aceptación de este ensayo pronto se hizo notar cuando Simone recibió una serie de cartas de mujeres en la que expresaban que a partir de la lectura de su obra comprendían mejor lo que había significado sus vidas. A partir de ese momento,

toma conciencia de la necesidad de un cambio social y político. Por eso se autocalifica de feminista.

Este ensayo de Beauvoir, de más de trescientas páginas, plantea ideas fundamentales para la reconstrucción de la identidad femenina. Una de estas es poner de relieve la conceptualización de la mujer a partir de limitaciones propias de su biología, desde sus ovarios¹, e incluso, de manera peyorativa, reducirla a sus genitales designándola ‘hembra’ en oposición al ‘macho’.

El hombre se siente orgulloso de ser el macho ovarón y cómodo de confinar a la mujer a su condición sexual, con lo cual encuentra en la biología una razón del desprecio hacia lo femenino, hasta encarnizar la lucha de los opuestos, por ejemplo, entre lo activo que él representa; y lo pasivo, la mujer, quien vive cada mes el ciclo de la menstruación; esta termina siendo ajeno a ella misma, a su propio cuerpo. Si, en cambio, el ovulo es fecundado, la gestación conlleva sacrificios y no le ofrece beneficios individuales.

Además de lo anterior, si la mujer no recibe cuidados especiales, durante y después del embarazo, su cuerpo puede sufrir cambios desfavorables. Y varios partos pueden traer consigo el envejecimiento prematuro, tal es el caso de las mujeres que están en el medio rural. Esta observación por parte de la autora pone de manifiesto el rechazo a la exclusión de la que son víctimas las mujeres de extracto bajo, es decir, devela la conciencia de una situación de desigualdad social relacionada con lo económico que toca lo femenino.

Del mismo modo que la mujer llega a la pubertad y aparece la menstruación; también, después de los cuarenta y cinco, hace su aparición la menopausia, en la que se dan procesos opuestos a la pubertad determinados por la disminución y desaparición de

¹ Añado su útero, por Simon Freud quien por este órgano la calificó de “histérica”.

la actividad ovárica. Para Beauvoir, esta etapa puede concebirse como la liberación de la mujer de su condición sexual de hembra porque queda liberada de su función reproductora. Y explica porque algunos hablan del tercer sexo pues la mujer ya no es hembra ni macho tampoco.

Desde el psicoanálisis, siguiendo a Adler (s. f.), citado por Beauvoir (1948-1949), la autora parte de que en todo individuo hay una voluntad de poder que viene de la mano con un complejo de inferioridad, lo que, en el caso de la mujer, se convierte en el rechazo hacia su feminidad una vez que comprueba la superioridad del hombre, que se manifiesta en privilegios y ventajas; luego, la mujer se masculiniza o lucha contra el hombre con sus propias armas desde lo femenino y/o permite la sumisión que viene con la aceptación de la maternidad, que da algún privilegio o recompensa; más si es de un hijo varón. Cualquiera de las opciones lleva a la autora a la conclusión de que la mujer está mucho más dividida —diría fragmentada— que el hombre.

En cuanto a la historia, haciendo un recorrido desde las sociedades primitivas, en las que la mujer mantenía relativamente una condición de igualdad respecto al hombre, concretamente en el período de la agricultura, hasta la modernidad, en el Renacimiento, con el advenimiento del capitalismo, en el que la propiedad privada se consolida, Beauvoir (1948-49), determina, siguiendo a Engels (s. f.), que la desaparición del bien comunal de todos los miembros del clan acabó con esa relación de igualdad, entre otras cosas porque la mujer pasó a ser propiedad del hombre. Y resume, de esta manera, su planteamiento al decir que la suerte de la mujer está ligada a la propiedad privada en el curso de los siglos y es la “gran derrota del sexo femenino”, puesto que el trabajo doméstico que realiza la mujer deja de ser productivo, ya no incluye la siembra y con ella la distribución de alimentos, ni la producción de vasijas o telas, y todo lo representa el trabajo del

hombre, quien es dueño de la propiedad, de la tierra, de la mujer y la familia.

De lo anterior, interpreto que Beauvoir (1948-49) considere que la propiedad comunitaria, o social, como le llamamos ahora, sea liberadora de la mujer pues esta se transmite, de manera intermedia por ella; el régimen del derecho materno se caracteriza por la asimilación de la mujer a la tierra. También interpreto que el trabajo es liberador de/para la mujer, y así a través de él conquista su dignidad. En la Revolución Industrial, ella sale del hogar para trabajar en la fábrica, y así produce como lo hace el hombre, aunque es víctima en este período de considerables abusos como salarios inferiores (menos de la mitad del masculino), acoso sexual, explotación (unas dieciocho horas interrumpidas de trabajo), maltrato psicológico, entre otros penosos males.

Desde el materialismo histórico, Beauvoir enfatiza en que la humanidad es una realidad histórica y no una especie animal. Por ello, la mujer no puede considerarse solo un organismo sexuado: su conciencia no puede ser definida por su sexualidad, sino por la conciencia de clase pues ella es un ser oprimido como lo es el proletariado. La sexualidad es solo un elemento más. La estructura económica de la sociedad tiene un peso como la sexualidad femenina pues es tan importante la capacidad productiva como reproductiva de la mujer. Además, si la sociedad “acude en su ayuda”, esto es, se ocupa del embarazo y de la alimentación del niño, los sacrificios no son tales, y se compensan con el “dominio del trabajo”.

La conquista de los derechos políticos tardó. Las mujeres, narra Beauvoir (1948-49), tienen que esperar hasta en 1928 en Inglaterra y 1945 en Francia para poder votar; eran descalificadas, consideradas menos inteligentes y preparadas que los hombres, y por ende no merecían disfrutar de este derecho. Por ello, eran confinadas al hogar y su función reproductora.

El destino de la mujer es el matrimonio, advierte la filósofa, y también lo es la maternidad. Aunque existen poblaciones en las que no exigen la virginidad a la mujer, como en algunas zonas rurales, de la Francia de Simone, lo que prevalece, por la ética paternalista, es que la mujer llegue virgen al matrimonio. El esposo quiere la propiedad, que es la mujer, “íntegra y exclusiva de la carne que hace”.

Para finales del siglo XIX, la autora comenta que se dan más violaciones en el matrimonio que fuera de él. Las mujeres son heridas por el pene a causa de una falsa postura, embriaguez o desproporción de los órganos masculinos (*Monatsschrift für Geburtshilfe* (1889), citado por Beauvoir (1948-49). Y, a la vez, el matrimonio lleva a la mujer al trabajo del hogar, que la aliena porque no tiene una repercusión en la sociedad pues no es útil a la colectividad; no produce. También la hace dependiente al marido y los hijos y no tiene autonomía, es desdichada.

La autora concluye, respecto al matrimonio, que la unión está condenada al fracaso si supone que el hombre complementa a la mujer y viceversa. Los dos deben estar integrados a la colectividad, como dos entidades autónomas que formarían lazos de solidaridad.

Finalmente, según Beauvoir, la mujer debe reconocerse como sujeto para asumir su identidad y ese reconocimiento empieza en el lenguaje, en ‘nosotras’, como lo hacen otros grupos humanos: los judíos, los negros de Norteamérica y los obreros: y, luego, considerarse parte de una comunidad, con intereses comunes y oportunidades entendidas en términos de libertad de acción.

Gabriela Mistral

Poetisa y prosista, educadora (maestra de escuela), diplomática y, aunque no confesa, feminista por sus ideas, obras y acciones,

que se dio a conocer como Gabriela Mistral, pues, su nombre real Lucila de María del Perpetuo Socorro Godoy Alcayaga. Ella se adelantó a su época una vez que rechazó los únicos papeles que la sociedad le concedía a la mujer, los de esposa y madre, para hacer de su profesión un acto de devoción; y de la escritura, su pasión. Con valores como el de luchadora social, combatió las injusticias, la sumisión y la represión, y creyó en un mundo sin exclusión alguna.

Debido a que en ella se formó, perteneció a la izquierda. Nació en Vicuña, Chile, en 07 de abril de 1889, y muere el 10 de enero de 1957 en Nueva York a los 67 años. Esencialmente poeta. También ensayista. Su poesía es sencilla e íntima. Poemas como *Todo es ronda* y *Corderito*, se los dedicó a los niños, quienes se transformaron en los personajes de su obra poética, una vez que se inspiró en ellos cuando ejerció su profesión de maestra en sectores rurales y defendió el derecho del niño a la educación maternal: si la madre debe trabajar, el niño tiene el derecho de contar con ella (“por medio del trabajo”²) en el hogar, y los derechos a la salud, al vigor y a la alegría; a la inteligencia y la tradición; y el “Derecho a la Libertad” desde antes de nacer, que alude a la protección del Estado sobre todo en los casos de las madres solteras.

Al dedicarse de lleno a la escritura y a la enseñanza, encarnó en sí misma un modelo atípico de mujer para su época. Y con ello renunció al ideal femenino de la que cuida a su esposo e hijos, los

² En la primera Convención Internacional de Maestros realizada en Buenos Aires en enero de 1928 expresa: “(...) a la madre presente, que no debe serle arrebatada por la fábrica o por la prostitución a causa de la miseria. Derecho a la madre a lo largo de la infancia, a su ojo vigilante, que la piedad vuelve sobrenatural, a su ímpetu de sacrificio que no ha sido equiparado ni por el celo de la mejor maestra. Cuando menos, si la madre debe trabajar, derecho a que el niño la tenga a su alcance por medio del trabajo en el hogar” (Mistral, 1979 [1928], p. 64).

cuales nunca tuvo aunque crió un sobrino, o hijo adoptado para algunos. Consideraba que las mujeres debían realizar tareas acordes a su naturaleza femenina como la enseñanza y la enfermería, mientras que los oficios más pesados y que ameritaban mayor esfuerzo intelectual debían ser realizados por hombres. También consideraba que el trabajo proporcionaba a la mujer la independencia económica.

Su obra es la creación de un discurso desde lo femenino, que desenmascara la literatura patriarcal dominante con una poesía intimista que le permite expresar abiertamente sus emociones, sentimientos e impresiones desde su voz y condición de mujer. Además, luchó por la igualdad de la mujer con el hombre —desde las diferencias entre los sexos en la organización de lo social— y demandó el derecho al voto para ellas.

Asimismo, en su ensayo *La instrucción de la mujer*, Mistral (1906, párr. 5), propone un revolucionario paradigma femenino, en el que expresa “porque la mujer instruida deja de ser ese ser desvalido que débil para luchar con la miseria acaba por venderse miserablemente si sus fuerzas físicas no le permiten ese trabajo”. Añade “instruir a la mujer es hacerla digna y levantarla. Abrirle un campo más vasto de porvenir, es arrancar a la depredación muchas de sus víctimas”.

Para evitar las penurias a las que la mujer era sometida, por ejemplo, en las fábricas, que consideraba una “precarización” laboral, propuso una legislación que dividía el trabajo por sexos y defendió la igualdad de salarios.

Por lo anterior, Mistral luchó por los derechos de la mujer, por la igualdad de esta con el hombre en la educación, por ejemplo, pero sabiéndose (como mujer) diferente al hombre, consciente de los roles de cada cual para la época. Y no lo hizo desde la corriente feminista de su tiempo, más bien discrepó de esta pues reconocía en la esencia de la mujer la maternidad y proponía la valoración de

la diferencias de sexos en la sociedad. Esto hizo que la criticaran y acusaran de albergar una posición favorable al sistema patriarcal. Además, la corriente feminista de su época excluía a las obreras y a las campesinas, y ella era una campesina orgullosa de serlo.

Manuela Sáenz, heroína de América

Una de las más grandes heroínas de América, quien tenía en su época una visión avanzada en materia independentista, es Manuela Sáenz. Rompió el molde de las mujeres de su tiempo quienes, salvo contadas excepciones, mostraban interés solamente en contraer nupcias. Por eso se convirtió en una figura molesta para los conservadores, cuya venganza definitiva fue su entierro al morir en una fosa común.

Desde muy joven, se integró a la División de Húsares y luego a la de los Vencedores. Esta dama fue nada más que Caballera de la Orden del Sol, Teniente de Húsares, Coronela del Ejército Libertador y Libertadora de El Libertador. Fue reconocida por su inteligencia, valentía y talento para contrarrestar los ataques de quienes adversaron a Bolívar y sabotearon su ideal de la Patria Grande.

A pesar del papel relevante que representó en la historia americana, aún en tiempos recientes, algunos quisieron disminuirla, y llamaron amante o barragana, como lo hizo aquel historiador.

El 27 de diciembre en 1797 nació en Quito, Ecuador, Manuela Sáenz, quien batalló por la libertad de América, considerada una de las primeras feministas de América Latina debido a su comportamiento fuera de los cánones de la época.

Falleció en Perú en 1856. La enterraron en una fosa común del cementerio local y todas sus posesiones fueron quemadas. Sin embargo, en 2010 sus restos fueron trasladados al Panteón Nacional donde yacen junto a los de El Libertador.

Hija del hidalgo Simón Sáenz, quien estaba casado con otra mujer, y de la criolla Doña Joaquina de Aispuru, de familia acomodada pero no de las altas esferas, Manuela destacó por su valentía. Combatió en la batalla de Pichincha que selló la libertad de Ecuador recibiendo el grado de Teniente de Húsares del Ejército Libertador.

También lo hizo el 09 de diciembre de 1824, bajo el mando del General en Jefe de Colombia, mariscal Antonio José de Sucre, en la batalla de Ayacucho que coronó la soberanía de Perú y de América del Sur. Gracias a esa actuación, por sugerencia de Bolívar, recibió el ascenso a coronela.

Huérfana de Madre, a Manuelita la llevaron a un convento de monjas conceptas donde pasó los primeros años de su vida bajo la tutela de Sor Buenaventura. Luego, la enviaron al monasterio de Santa Catalina de Siena, de la Orden de Santo domingo, en Quito, para ser educada como las jovencitas de su edad de las grandes familias de la ciudad. Ahí aprendió tres idiomas.

A los diecisiete años huyó del convento seducida por D' Elhuyary, oficial del Ejército Real Fausto. Dos años más tarde, en 1818, cuando tenía 19 años, contrajo por conveniencia matrimonio con el inglés James Thorne, veintiséis años mayor que ella, médico con una posición económica estable; entre 1819 y 1820 mudándose a Lima, Perú, donde se hizo amiga de Rosa Campuzano, con quien se involucró de lleno en actividades políticas. Apoyó la causa de Bolívar, en Nueva Granada; y de San Martín, en Perú.

Debido a su contribución a la liberación del Perú, el general José de San Martín luego de haber proclamado la independencia de ese país, le confirió el título de Caballeresa de la Orden del Sol.

En medio de fuegos artificiales y repiques de campanas, el 16 de junio de 1822, mientras hacía su entrada triunfal a Quito, Ecuador, el Libertador conoció a Manuela Sáenz, de ojos y cabellos

negros, de veinticuatro años, quien sería el más grande amor de su vida y fiel defensora. Ella le lanzó a Bolívar una corona de laurel que le cayó en el pecho. Mirándola él le sonrió.

Después hubo un encuentro posterior, en el baile de bienvenida de El Libertador. A partir de ahí, los dos se convirtieron en compañeros inseparables. Juntos participaron en acciones de combate para reducir un motín en la Plaza de Quito. Lograda la independencia, se radicaron en Santa Fe de Bogotá. Luego, en alianza con Simón Rodríguez, Manuela participó en la Constitución del Estado neogranadino contrarrestando los ataques de la clase conservadora en el Congreso.

Cuentan sus biógrafos que Thorne le pidió a Manuela que volviera a su lado, pero enfáticamente expresó que seguiría con Bolívar. Agregaba que no podía amar a un hombre que reía sin reír, que respiraba pero no vivía y que le generaba las más agrias repulsiones. Con este comportamiento, se distanció de las mujeres de su época quienes eran reprimidas y siempre sumisas.

En una carta dirigida al General José María Córdova, Bolívar le exigió respeto por Manuela y destacó sus logros, por lo que la llamó la Libertadora porque salvó su vida de dos intentos de asesinato, como el de la Fiesta de las Máscaras, en el teatro El Coliseo, el 10 de agosto de 1828, el primer atentado; y en el Palacio de San Carlos, el 25 de septiembre de ese mismo año, cuando Manuela para salvarlo lo convenció de que escapara por la ventana, el segundo intento de homicidio.

Después de la muerte de El Libertador, Manuela se recuperó y siguió en las causas revolucionarias, por lo que cuando el general Francisco de Paula Santander fue electo presidente la expulsó de la Nueva Granada. Huyó a Jamaica donde fue acogida por Maxwell Hyslop. Al año siguiente regresó a Ecuador donde también fue expulsada.

El 23 de noviembre de 1856 en Perú, esta heroína murió de difteria en una situación económica difícil y sin haber podido regresar a su patria.

Manuela es un personaje femenino de gran valor en la historia, quien mostró una profunda lealtad al Libertador, su fiel compañera de lucha, digna mujer suramericana que dio devotamente todo por la causa de la Independencia de América.

Su desprendimiento y capacidad de entrega la convierten en una heroína sin comparación. Se reconoce su insigne participación en la gesta revolucionaria cuando sus restos, en 2010, son llevados al Panteón Nacional, Venezuela, donde reposan junto a los de Simón Bolívar. Por esto Manuela es considerada en este ensayo como una mujer que con su pensamiento y acciones revolucionarias que ayudaron a la libertad de países americanos contribuye a la revalorización de la identidad femenina a partir de la libertad emancipadora.

Juana “La Avanzadora”

Las mujeres han sido invisibilizadas a lo largo de toda la historia. En el siglo XIX, se les reconocía su presencia porque eran amantes o esposas, hermanas o madres de un hombre.

En particular, desde hace poco, dos décadas acaso, se aborda el tema de las mujeres de la Guerra de la Independencia para considerar su actuación en la sociedad venezolana. Una de ellas es Juana Ramírez, conocida como La Avanzadora por ir de primera en las filas contra el enemigo en la batalla.

No se sabe exactamente en qué lugar nació. Unos dicen que fue en Charaguamas, en el estado Guárico, y otros dicen que es monaguense nacida en Charaguamal, en Monagas, pero todos coinciden en la fecha de su muerte, a los 66 años, en 1856.

Tampoco se sabe quién fue su padre. Pudo haber sido el general Andrés o José Francisco Rojas. Juana Ramírez vivió en la esclavitud su juventud. Su oficio era cocinar, lavar, planchar y la agricultura, además de que aprendió a utilizar muy bien el machete.

Su crianza estuvo bajo la tutela de Doña Teresa Ramírez de Balderrama, quien la protegió y le dio su apellido. Doña Teresa Ramírez fue una mujer patriota: le inculcó sus ideales a la joven Juana.

Este personaje femenino, conocido por su valentía y entrega a la causa independentista, ha sido marginado aunque atributos como los de luchadora, patriota, valiente, poder de mando y espíritu de lideresa permitan rescatarlo.

En un primer acercamiento, se puede decir que Juana Ramírez es una heroína de la Independencia de Venezuela. Esclava liberada quien jugó un importante papel en las luchas independentistas libradas, especialmente en la ciudad de Maturín, del estado Monagas, lugar donde se desempeñó en oficios del hogar y el campo.

Cuando Monteverde atacó la ciudad de Maturín, junto con otras mujeres del pueblo, Piar conformó un batallón llamado “batería de mujeres” con las mujeres del pueblo, algunas de ellas fueron Graciosa Barroso de Sifontes, María Antonia (la abuela de Eloy Palacios), Dolores Betancourt Mota y Marta Cumbales. Por ir de primera en las filas contra el enemigo en el campo de batalla, le llamaron “La Avanzadora”.

Esa batalla, que comenzó cerca de las 11 de la mañana y finalizó al oscurecer el día, se libró al oeste de Maturín. Allí se reunieron los patriotas que venían de distintos lugares, desde La Cruz, San Simón o Las Cocuizas. El número de hombres llegaba a los dos mil, dispuestos a enfrentarse al ejército de Domingo Monteverde que los doblaba en hombres y artillería.

Fue una ardua lucha en la que Juana y su “batería de mujeres” se habían acomodado cerca de lo que hoy es la Plaza Piar de Maturín. Ella se destaca en su desempeño y despierta la admiración del Comandante Carrasquel, una vez que mantuvo a raya al ejército de Monteverde, impidiéndole el paso a la población donde se encontraban niños y ancianos.

Cuando Venezuela logra su independencia, Juana se queda a vivir en Guacharacas, cerca de Maturín, en una localidad que más tarde desaparece. Varios habitantes emigran hacia la parte alta del terreno y construyen las primeras casas de lo que llamaron San Vicente en el año 1924.

En aquel lugar, como esclava liberada, debido a que prestó servicios a la familia patriota a la cual servía, Juana tuvo cinco hijas: Clara, Juana, Juana, Josefa y Victoria, vivió junto al hombre del cual se enamoró, un patriota. Sus últimos años los pasó cultivando la tierra y disfrutando tanto de su libertad como de la Venezuela.

Muere en 1856, siendo enterrada en el cementerio antiguo de Guacharacas en El Bajo, el mismo que en la actualidad es utilizado por las comunidades de San Vicente y Pueblo Libre.

Hasta hace poco, Juana Ramírez era una heroína anónima de nuestra Independencia. Ahora se sabe que es una mujer luchadora, patriota, combativa y valiente, acciones que se transforman en atributos que contribuyen a la revalorización de la identidad femenina.

Agresión (física, sexual y verbal) a las mujeres

Haciendo un recorrido por la historia, hasta el presente, muchas mujeres han sido maltratadas por hombres quienes han mal utilizado su poder y fuerza para abusar de ellas. El maltrato hacia las damas —en cualquiera de sus manifestaciones, como agresión

física, sexual, verbal o psicológica— es penado por la justicia venezolana, e incluso con la privación de libertad.

En concreto, en la Ley Orgánica que Protege a las Mujeres de una Vida Libre de Violencia se define como violencia “todo acto sexista o conducta inadecuada que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, emocional, laboral, económico o patrimonial”. Y uno de los tipos más frecuentes de maltrato es la amenaza, que puede realizarse verbalmente o mediante un daño de cualquier índole que intimide a la mujer.

Con la proclamación de leyes como la venezolana, comienza la erradicación del lenguaje sexista pues en ellas se describe qué es violencia, cuáles son sus tipos y las posibles sanciones o penalizaciones. La tipificación de los delitos por agresión hacia la mujer en la Ley debe ir acompañada, desde instituciones como la Academia de la Lengua, universidades y ministerios, en la identificación del lenguaje sexista y a crear conciencia, sobre todo en los jóvenes, de los daños que causa pues representa una forma de violencia psicológica. Las víctimas de la violencia son excluidas de la sociedad, pierden la confianza en sí mismas y se vuelven incapaces de tomar decisiones, se alienan. Así se les coarta la libertad de acción.

Amenazar y agredir psicológicamente son acciones que van juntas. Implican cualquier acto humillante, vejatorio o discriminatorio, además de lo dicho con una intención no clara, por ejemplo: el límite entre una amenaza y/o un consejo, a veces, es difuso (‘no hagas tal cosa porque te puede pasar esto’).

A lo anterior se suma que, como el lenguaje es una forma de acción, cuando se habla, o se dice, se hace algo; y también de reacción, la amenaza, además de ser una forma de violencia, representa una manera de limitar los actos de la víctima, a causa de generarle temor, angustia o desasosiego. Por eso el lenguaje

juega un papel fundamental con mecanismos como el de etiquetar, como decía al principio de este ensayo. Y, a partir de ahí, se puede hablar de un lenguaje sexista o machista.

Lenguaje machista y sexista

A finales de los ochenta, cuando estaba muy de moda una canción cuya letra decía: ‘No controles mis sentidos, no controles mis vestidos’. Esa canción, según me acuerdo, trataba de cómo una joven se revelaba contra las órdenes de sus padres quienes querían corregir su manera de actuar, de vestir; de hablar y de ser. La jovencita no lo permitía.

Algo como lo que describe la letra de la referida canción ocurre con el trato despectivo que, a diario, reciben miles de mujeres por parte de los hombres, sobre todo, de esposos o novios, hasta de progenitores y hermanos. Sin embargo, muchas de ellas lo permiten, e incluso piensan que se lo merecen. Con ese trato, los hombres pretenden coartar y limitar la capacidad de acción de ellas. De esta manera, se consigue que tengan una posición pasiva ante la vida en la que la sumisión y la dominación están presentes.

Lo anterior forma parte de una situación en la que unos dominan y otros (u otras) resultan dominados (as). En el primer caso, los hombres crean las reglas y sus códigos, las leyes también han sido creadas desde una visión patriarcal.

Los hombres han dispuesto cómo deben ser interpretados esos códigos. En segundo lugar, las mujeres deben tanto obedecer esas reglas, así como interpretar tales códigos de acuerdo con lo que dicen los miembros del sexo opuesto, aunque esa manera de ver la realidad las perjudique y las hagan sentir rechazo a su condición femenina.

La situación anteriormente descrita se manifiesta en el lenguaje, concretamente, en el uso de frases negativas. La influencia

psicológica de tales calificativos, manifestados en frases que estereotipan, trae daños irreparables en la víctima, más que todo de tipo psicológico, a causa del maltrato verbal. Cuando hablo de la víctima me refiero a la mujer, a quien van dirigidos esos ataques verbales. Esta violencia va cercenando su capacidad de acción, limitándola y excluyéndola de su comunidad, de la sociedad.

A lo anterior se suma que los hombres critican duramente la conducta de las mujeres. Esas críticas se manifiestan en el empleo de estereotipos. Estereotipar —que he dicho que consiste en etiquetar negativamente a un grupo— lleva a enfatizar rasgos perjudiciales aplicables a unos pocos. Esos rasgos se generalizan a todo un grupo, población o sexo, como, en este caso, ocurre con las mujeres en general cuando se las califica despectivamente. A través del estereotipo, se ocultan los rasgos positivos o las cualidades que pueda poseer el afectado limitándolo y encasillándolo en un tipo, clase o grupo.

Un ejemplo de cómo funciona el estereotipo se presenta en la época de la Conquista de América cuando los indígenas eran calificados de ‘perezosos’ o de ‘bárbaros’. Asimismo, el comportamiento de las mujeres es actualmente etiquetado destructivamente como ‘generadoras de corrupción’.

Prueba de lo anterior es que existen frases encabezadas por un ‘si’ condicional en apariencia pero represivo en esencia. Ejemplo de tales frases son las siguientes: ‘Sí miras de esa manera pueden pensar que eres una mujer fácil’; ‘si te vistes de tal forma, pareces una prostituta’; ‘si no caminas de un lado determinado de la acera, pueden creer que eres una mujer de la calle’; ‘si miras más de una vez a un hombre, pueden sospechar que quieres algo con él’; y ‘si fumas en la calle, eres una mujer de comportamiento relajado’, o sea, una prostituta.

Existe, por consiguiente, una larga lista de expresiones similares, las cuales reflejan el pensamiento de una sociedad patriarcal

que busca mantener perennemente la supremacía del sexo masculino sobre el femenino. Las frases anteriores tienen como objetivo asociar el comportamiento de la mujer común, o sea, la profesional, la que desempeña un oficio laboral y la del hogar, con la actitud de damisela dispuesta a ceder fácilmente a los placeres del amor. Todo parte de un deseo que opera en el subconsciente de los miembros de sexo masculino, que proviene de la prehistoria, cuyo fin es demostrar que las mujeres son controlables. Estas, por consiguiente, solo tienen que obedecer ciegamente la autoridad de su pareja, la cual siempre tendrá en la relación sentimental más poder que ellas, aunque en la actualidad esta situación está cambiando.

La represión ha generado entonces una dependencia del sexo femenino hacia la figura masculina. El papel de las mujeres se reduce, pues, a la atención del hogar, a cuidar a los hijos y al esposo. Esa represión se evidencia en el uso de etiquetas que limitan el comportamiento de las mujeres. Tales etiquetas ejercen una presión psicológica cuyos perjuicios son de por vida.

El uso de los calificativos negativos tiene por objetivo demostrar la supuesta depravación latente en ellas. Las etiquetas van atando las manos de sus víctimas. Sin embargo, cada día que pasa, más mujeres se van revelando contra la agresión verbal, que las condena a vivir bajo el yugo y la sombra del hombre machista. Sobre todo, en el presente, en pro de la armonía, el bienestar y la unión familiar, el hombre debe concientizar esos maltratos solapados dirigidos a las mujeres de su entorno.

A pesar de lo anterior, cuando aún existe maltrato por parte de los hombres hacia las mujeres que se manifiesta en el lenguaje en el uso de etiquetas y frases negativas que tienen por finalidad limitar la capacidad de acción de sus compañeras, hijas o hermanas; en la actualidad, cada vez más, se revelan las mujeres, contra todo aquello que las encasille, sin dejar de lado que aquí, en Venezuela, existen leyes que las salvaguardan de agresiones o

maltratos psicológicos, como la Ley Orgánica que Garantiza a las Mujeres una Vida Libre de Violencia.

Hay otras manifestaciones de lenguaje sexista, como el uso desigual de los sentidos de las palabras, documentado por García Meseguer (1994), citado por Flores Treviño (2021), por ejemplo, en hombre público (funcionario o actor) versus mujer pública (prostituta); un cualquiera (un tipo común y corriente) y una cualquiera (una mujer de mala vida) y hombre honesto (confiable, probo) versus mujer honesta (que no es prostituta). Estos usos, según el autor, reflejan una carga valorativa para el sexo femenino. Y, enfatizo, constituyen una forma de estereotipación.

Lenguaje inclusivo

El lenguaje inclusivo —expresado en el desdoblamiento de algunos términos o voces, como por ejemplo ministro/ministra, y/o en el uso de formas para el masculino y el femenino en igual proporción (‘Las mujeres como los hombres merecemos el mismo trato’) y utilizado en algunas constituciones, como las de México, Bélgica y Quebec— cuenta aún con el rechazo o la indiferencia de las autoridades de la lengua.

El director de la Real Academia Española (RAE), Santiago Muñoz Machado, señaló que el lenguaje inclusivo “afea”; no promueve la igualdad “en ningún sentido” y deteriora la educación. Además, la Academia Española ha dicho que va en contra de la economía del lenguaje. Aunque la RAE ha aceptado algunos usos como ‘la azúcar’ por ‘el azúcar’ y ‘analfabeto’ por ‘analfabeta’ —hasta hace poco forma única de origen griego, de ahí su terminación— rechaza todavía el lenguaje inclusivo. Esto es signo de un desequilibrio de poderes en esta institución civil pues entre sus miembros son más los hombres que las mujeres y, por ello, se siente en ese espacio el vestigio ideológico que legitima el sistema patriarcal.

El lenguaje inclusivo es un reconocimiento a las luchas de la mujer por la igualdad, desde aspectos concretos como que deven-guen el mismo salario que el hombre, y el acceso a la educación; e incluso hasta la libre elección de ser o no madre, esposa o no, de trabajar o dedicarse al cuidado del hogar y/o de alternar ambos oficios. Es una huella de la mujer en la sociedad (en la producción y división del trabajo y en la conciencia de clase); un desagravio ante tantos siglos de exclusión y/o trato desigual.

Recientemente, el diario ABC de España publicó una nota de prensa digital que tenía por título el siguiente: “Aragón oferta plazas para médicos transexuales y facultativos con enfermedad mental”. Con este titular este diario equipara la transexualidad a una enfermedad mental. Por ello, es una clara muestra de lenguaje sexista reflejo de cómo se conciben las relaciones en el sistema patriarcal.

En definitiva, avalar el lenguaje inclusivo es una forma de dar a las mujeres poder a través del lenguaje; un aporte a la revalorización de su identidad; un paso más para reparar los daños a causa del lenguaje sexista impuesto por el sistema patriarcal; una forma de “descolonizar el lenguaje desde lo femenino”.

Las mujeres ante el poder

Para algunos, las mujeres que anhelaban la igualdad lo que querían era invertir la situación: marginar y subyugar a los hombres. De ahí que el feminismo se transforme en la contraparte del machismo. Sin embargo, se trata de sopesar los roles de ambos en la balanza y de otorgarles tanto a mujeres como hombres el lugar que merecen en igualdad de condiciones.

A través de la historia, como he explicado, las mujeres no han tenido poder, o no, por lo menos, ese poder convencional que han devengado los hombres. Solo a partir del siglo XX, concretamente

después de los sesenta —con lo que se llamó la revolución femenina— han tenido acceso a espacios que antes pertenecían al ámbito masculino.

Haciendo un breve recorrido, las mujeres han tenido poder en el espacio que se conoce como privado: el hogar, lo doméstico, en concreto, a ciertas partes de la casa, como el dormitorio, por ser el lugar reservado para el descanso y el disfrute masculino; la sala de estar y la cocina. En ese espacio privado están, en la intimidad, con personas de confianza.

Por el contrario, los hombres han ocupado los espacios públicos: calles, oficina, una plaza, o un bar, donde se van a socializar o a relacionarse. Sin embargo, esa situación ha cambiado, en el sentido de que las mujeres han empezado también a dominar los contextos que forman parte del espacio público: la sociedad en general, puestos de trabajo con los que tienen condiciones igual ventajosas que los hombres.

A pesar de lo anterior, ese espacio público sigue generando peligro para las mujeres, ya que pueden convertirse en víctimas de violencia o discriminación, por ejemplo, ser un blanco del lenguaje sexista. Por otro lado, en los espacios que se conocen como femeninos, la figura del hombre puede ser ridiculizada, por su torpeza, ignorancia o sumisión, mientras que en los espacios públicos ellos muestran su virilidad y lo macho que son.

El espacio que ha sido confinado a la mujer ha determinado su forma de comportamiento, en concreto, a no llamar la atención, a mantener las piernas cerradas cuando se sienta, por ejemplo. De igual manera, el espacio masculino implica conductas determinadas que se distancian de lo femenino.

Años atrás la mujer era quien ocupaba el papel de dominada. En el momento actual, como ha podido superarse profesional y personalmente, está en el mismo nivel que el hombre y, por ende, no está dispuesta a aceptar las reglas impuestas autoritariamente por

el hombre para la convivencia de ambos. Esto provoca que la lucha por el poder en la relación conyugal sea mayor una vez que existan más aspectos que negociar, como los gastos del hogar y el cuidado de los hijos. A esto se suma que, aunque algunos hombres aceptan que la mujer tenga el mismo nivel (académico o económico) que ellos, otros todavía lo rechazan y mantienen una actitud machista.

Ahora las mujeres ocupan espacios públicos —calles, oficina, reuniones— que antes eran solo ocupados por los hombres. Esto ha ocasionado que algunos hombres busquen en una mujer cualidades, como educación, inteligencia y sociabilidad, que antes temían encontrar en una compañera sentimental.

Identidad masculina en construcción

Es indiscutible que existen diferencias de género sexual cuando algunos conceptos identifican a las mujeres; y otros elementos, a los hombres, pero no son grandes abismos, tal como se ha querido ver por mucho tiempo y calificado como irreconciliables.

Beauvoir en *El Segundo Sexo* dice que basta pasearse por la humanidad con los ojos abiertos para darse cuenta de que esta se divide en dos categorías de individuos que tienen cuerpos, intereses y ocupaciones, entre otros aspectos, totalmente diferentes que pueden ser superficiales y destinados a desaparecer. Si el asunto es biológico, la sexualidad del hombre no contraría su vida personal. Esta última transcurre sin crisis. En cambio, la mujer ha estado esclavizada a su función reproductora, que se transforma en su destino, y vive los procesos traumáticos propios de su condición biológica sexual como la menstruación, el embarazo y la menopausia.

En el aspecto económico, las diferencias comienzan a ser cada vez menos en el momento presente. Por un lado, la mujer puede elegir quedarse en el hogar y no producir; en este caso, no se

rebela al hombre, quien le garantiza su sustento económico; se subordina a él y, por el otro, tiene la opción de salir a trabajar. Si opta por el trabajo, tiene la independencia económica porque produce. Si se educa, obtiene un mejor salario. Este cambio de perspectiva hace a la mujer tan igual como el hombre, la convierte en proveedora del hogar. Él debe asimilar esta realidad pues, además de esposa, tiene compañeras de trabajo y mujeres en cargos clave y que pueden incluso ostentar una jerarquía superior.

El asunto se complica cuando, al buscar y obtener la preciada independencia, las mujeres han dado un paso trascendental que no ha sido asimilado del todo por algunos hombres. Por eso, ellos pueden estar viviendo una crisis de identidad, que los lleva a pasar por momentos de incertidumbre, temor o inseguridad frente a cómo actuar en el momento actual para conservar a sus mujeres.

Desde lo psicológico, las diferencias sobresalen como lo hacen desde lo biológico. Mientras que las emociones y la intuición se atribuían a la mujer, el pensamiento y la acción aparecían como funciones propias del hombre. Y el asunto de las diferencias parte de la misma definición del DRAE, cuando lo femenino se asocia a lo débil y endeble; y lo masculino, a lo varonil y enérgico.

Los hombres tienen el modelo de sus padres y abuelos, el cual, en el presente, le está creando una crisis de identidad pues no saben cómo actuar para ser exitosos en el amor y en las relaciones con las mujeres que lo rodean en una sociedad como la actual, en la que la figura femenina comparte con ellos protagonismo, a diferencia del pasado cuando lo masculino anulaba lo femenino.

Por lo anterior, aquello de contener las emociones lleva a los hombres a tener relaciones sentimentales frustradas, en las que no son capaces de resolver problemas por negarse a comunicar sus sentimientos y a llegar a acuerdos con sus mujeres.

A pesar de lo anterior, ser demasiado expresivos contrasta arduamente con el comportamiento que tenían los progenitores

y abuelos de esta nueva generación masculina, que debe dar un cambio trascendental para cumplir con las metas recientes que la sociedad actual les impone, como tener una relación conyugal duradera y llevarse bien con mujeres cercanas, madre, esposa, hermanas, hijas, amigas y compañeras.

Asimismo, como muchos hombres han sido educados para reprimir lo que sienten, a ellos les cuesta expresar sus afectos. A esto se suma que la expresión de las emociones, la asocian al lado femenino, en concreto, lo ven como un asunto de mujeres mientras que el lado masculino se asocia a lo viril, conquistar, a la lucha de poderes; y a ser un macho reproductor. De ahí que los hombres deban ser fuertes, impenetrables, en fin, todo lo que les permita dominar o mantener una actitud dominante en todo momento, que, en el presente, les causa más problemas que ventajas cuando se relacionan con mujeres.

De igual manera, los varones tienen un lenguaje diferente al de las mujeres. Por algo a las mujeres recién nacidas, se les viste con prendas de color rosado, y a ellos de azul. Justo ahí, comienza un largo camino que los aparta porque el rosa lleva a la manifestación de las emociones y el azul al control de las mismas. Ellos privilegian la acción sobre las emociones, las actividades inmediatas sobre las relaciones.

En cambio, las mujeres tienen una manera de comunicarse en la que priva lo abstracto y lo afectivo, las relaciones humanas, lo psicológico, en general, ellas están más dispuestas a comunicar sus emociones y hablar de sí mismas que los varones. Por eso es que se les enseña a compartir las intimidades y sentimientos con sus amigas, en busca de apoyo o solidaridad.

En definitiva, todo aquello que los hombres traen de atrás de sus padres y abuelos, que los hombres no pueden decir o hacer porque no es masculino —o los hace verse débiles ante los demás

congéneres— está negado para muchos varones que temen ser sancionados o ser objeto de burla de otros hombres.

Antes los hombres dominaban a las mujeres porque ellos eran los proveedores del hogar. Ahora, este panorama es diferente. Ellas no buscan hombres que las mantengan. Quieren a un compañero sentimental. Esto les causa confusión a muchos hombres, porque ya no pueden establecer una relación de dominación, sino de igualdad, en la que cada uno tenga un rol y lo cumpla satisfactoriamente en un clima de respeto mutuo y solidaridad.

La sumisión comienza a ser un asunto del pasado pues la mujer está desarrollando sus propias herramientas para librarse de cualquier situación de desventaja. Por dar un ejemplo, en el presente, las mujeres no toleran la infidelidad por aquello de que todos los hombres son infieles por naturaleza. Eso de sí una dependía económicamente de ellos, soportaba situaciones en las que no existía respeto mutuo, más que un tiempo que remita a pasado, es el pasado mismo.

Por consiguiente, ellos deben aprender a comunicar sus emociones, apoyar sus compañeras, cuidar la relación sentimental y cultivar el amor que ambos se devengan, para que, de ese modo, la relación se sustente en la igualdad, en un nexo en el que ambos se afirmen y se aporten de manera equitativa. Tanto el uno como la otra crean y mantienen un vínculo que tendrá determinado grado de durabilidad, según cuanto cada uno y una puedan hacer en proporciones equitativas.

Por otro lado, prueba de que algunos hombres no han asimilado que ahora la mujer comparte con ellos, los lleva a la violencia de género, en cualquiera de sus manifestaciones, psicológica, verbal y física, en diversos escenarios: el laboral, el hogar y la calle. Cuando no consiguen el protagonismo al que aspiran, buscan medidas de sometimiento y de coacción, a través de la amenaza,

la discriminación y el menosprecio, entre otras formas de dominación a la mujer que se manifiestan en el lenguaje.

En el presente, en una relación conyugal, ninguno puede dominar sobre el otro, más bien los dos deben aportar en todos los sentidos, y no solo en el material para hacer de la igualdad un rol compartido y no una imposición sin sentido.

Lo anterior obliga a los hombres a comunicar más sus emociones, a hablar para resolver; a decir y a actuar al mismo tiempo, porque, en definitiva, la intuición y sensibilidad, son cualidades o estados que, una vez que se desarrollan, van más allá del género sexual, de lo femenino y lo masculino.

De igual manera, aceptar que las mujeres pueden tener posiciones protagónicas ha hecho que, en el presente, los hombres esperen de una mujer cualidades diferentes de las que ellos anhelaban en el pasado. Antes por lo menos, la castidad era un valor necesario porque la mujer era propiedad del hombre. La virginidad se exigía. Y si, por el contrario, brillaba por su ausencia era sinónimo de traición o engaño. En la sociedad actual, por lo menos en la cultura occidental, ya ningún hombre aspira a que su pareja esa casta, por lo que este valor queda descartado.

De igual modo, en el pasado, los hombres esperaban que su compañera fuera buena cocinera y ama de casa. Ahora no es que no desean esta cualidad, sino que prefieren otros elementos, como la existencia de atracción y amor mutuo, demostrando con eso que el hombre ha priorizado su vida privada y, de esta manera, ha buscado asegurarse de que en el futuro no exista la posibilidad de una infidelidad. Otras cualidades que busca el hombre actual son inteligencia y educación, con lo que la *mujer adorno* queda descartada mientras que, cada vez más, el nivel educativo se valora y se considera positivo.

Finalmente, en la actualidad, los hombres esperan que su compañera sentimental sea sociable, con lo que ponen de manifiesto

que como la mujer ya no está relegada al espacio privado, reducido al hogar y a la intimidad, ellos necesitan quien comparta con ellos sus actividades públicas, que incluyen el trato con familiares, amigos y compañeros de oficina hasta extraños y gente que están empezando a conocer.

Crisis del sistema patriarcal

El asunto puede ser más complejo de lo explicado hasta ahora. En el mundo occidental, está en proceso un cambio de valores y principios en la estructura social, de disolución de las relaciones tradicionales, según Fromm (2021). Este pensador avizora una crisis del orden patriarcal. Esto significa que la sociedad patriarcal, que ha imperado desde el Viejo Testamento y desde Roma hasta hoy, está mutando.

Fromm (2021), siguiendo a Bachofen (s. f.), retoma la idea de que la sociedad, en su génesis, se ha dividido en dos grandes sistemas: el patriarcal y el matriarcal. Mientras que, en la sociedad patriarcal, el principio supremo es el Estado, la Ley, la abstracción: el individuo debe subordinarse totalmente al Estado y es la conciencia moral autoritaria del padre la que rige y premia la obediencia, como castiga la desobediencia; en la sociedad matriarcal, los vínculos naturales prevalecen; así también lo hace una conciencia moral humanista, en la que todos tienen derechos garantizados como individuos de una comunidad.

En el derecho patriarcal primitivo, argumenta Fromm (2021) y Beauvoir (1948-49), las mujeres y los hijos eran propiedad del padre, como los esclavos y el ganado, ahora, en cambio, las mujeres luchan por el que se les garantice sus derechos fundamentales.

A la par de estos cambios, otros están en progreso como la sustitución de la relación laboral de subordinación por la de interdependencia; y el rechazo a la obediencia y la renuncia impuestas

por el sistema capitalista en el que las circunstancias favorecen más a unos y desfavorecen a los que están en una situación de vulnerabilidad.

Finalmente, como el capitalismo está crisis, también lo está el sistema patriarcal, reforzado, o legitimado por aquel, el autoritarismo es cada vez más cuestionado y los pueblos luchan por la igualdad y el respeto a sus derechos fundamentales. Esto, en definitiva, es un acto de desobediencia y un pecado capital para el patriarcado pero es una necesidad para el matriarcado, que llama al restablecimiento del vínculo del hombre con la naturaleza, con la tierra, con la vida y lo femenino, para garantizar la supervivencia de la humanidad.

Conclusiones

La identidad de la mujer se ha anulado pues se le ha concebido como lo no esencial, lo otro. Ella ha sido colonizada, subyugada y definida desde lo biológico, disminuida a sus órganos reproductores (a los ovarios, al útero, la vagina), confinada a cumplir un destino único, que es el de esposa y madre. Si la mujer se revela a su suerte, es descalificada, considerada promiscua e indecente. También, psicológicamente hablando, la mujer es descalificada: identificada con la pasividad, las emociones desbordadas, la vulnerabilidad y la debilidad, mientras que el hombre representa el control de su mundo emocional, la fuerza moral y la acción.

En el proceso anterior, el sistema patriarcal ha dominado el lenguaje mediante el mecanismo de estereotipación y/o descalificación. De esa manera, la mujer es víctima de violencia verbal, que es parte de la violencia psicológica, tipificada como un delito en la Ley Orgánica que Garantiza a las Mujeres una Vida Libre de Violencia. Aquí el lenguaje sexista sale a relucir pues es violencia psicológica (y por ello una violación a un derecho humano)

y erradicarlo es una manera de evitar actos violentos. Y una de tantas maneras de reparar ese daño moral que se le ha causado a la mujer es avalar el lenguaje inclusivo para darle su lugar merecido en la sociedad.

En este contexto, la imagen masculina está en reconstrucción pues el hombre está aprendiendo a ver a la mujer como su compañera en el hogar, en el trabajo, en todos los espacios donde interactúa con ella. Está aceptando que ella tiene un papel protagónico como él. Y hacerlo lo lleva a abandonar el lenguaje sexista y así contribuir a la descolonización del lenguaje de lo femenino, como he titulado este ensayo.

Finalmente, el sistema patriarcal que ha imperado por siglos está en crisis como lo está el neoliberalismo que ha mantenido, venerado y legitimado la sociedad patriarcal. Un nuevo cambio en las relaciones tradicionales está en proceso. El sistema matriarcal, que se expresa en nombres femeninos esenciales como 'tierra' (la madre tierra) y 'naturaleza' (la madre naturaleza), cobra fuerza y esto es necesario para garantizar la vida y proteger la humanidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- De Beauvoir, S (1948-49). *El segundo sexo. Los hechos y los mitos*. México: Siglo veinte.
- Fromm, E. (2021, junio). La crisis del orden patriarcal. *Bloghemia.com*. Recuperado de <https://www.bloghemia.com/2021/06/la-tesis-del-orden-patriarcal-por.html>
- Mistral, G. (1906). *Pensando a Chile. Una visión esencial sobre nuestra identidad*. Google Book. Recuperado de https://books.google.co.ve/books/about/Pensando_a_Chile_Una_visi%C3%B3n_esencial_so.html?id=0yRLDwAAQBAJ&redir_esc=y
- Ley Orgánica que Protege a las Mujeres de una Vida Libre de Violencia. Recuperado de <https://siteal.iiep.unesco.org/bdnp/1121/ley-organica-derecho-mujeres-vida-libre-violencia>
- _____. (1979[1928]). El universo femenino excluido de su bibliografía oficial. Recuperado de <https://www.mgmistral.gob.cl/colecciones/gabrie-la-mistral-el-universo-femenino-excluido-de-su-biografia-oficial>
- Flores Treviño, M. (2021). *Dispositivos discursivos del poder. Política, educación y género*. México: Res Pública.

9. Caracterización del discurso institucional de naturaleza administrativa-jurídica en el contexto académico universitario

Characterization of the institutional discourse of a legal administrative nature in the academic context

JOSEFA PÉREZ TERÁN*

* Profesora en Lengua de la Universidad Pedagógica Experimental Libertador, Instituto Pedagógico de Miranda José Manuel Siso Martínez. Magister en Lectura y Escritura. Doctora en Educación, Instituto Pedagógico de Caracas.

RESUMEN

El discurso institucional de naturaleza administrativa-jurídica tiene como objetivo dejar constancia de una realidad; hacer que los acuerdos a los que se han llegado, después de las deliberaciones pertinentes, permanezcan vivos y por escrito (Álvarez, 1997). El objetivo de este artículo fue caracterizar este discurso, el cual se produce, circula y se recibe en la Universidad Pedagógica Experimental Libertador (UPEL), con sede en el Pedagógico de Miranda José Manuel Siso Martínez, a partir de una serie de elementos presentes en las actas y resoluciones estudiadas. Nos sustentamos en la perspectiva semio-discursiva de Charaudeau (2004). Se estudiaron elementos como el ámbito, la identidad de los participantes, los objetivos del discurso, los modos enunciativos, de organización discursiva, de semiologización, la disposición del paratexto, la organización del texto en sus partes, las unidades fraseológicas que lo determinan (locuciones), los conectores discursivos y el empleo de verbos. Como conclusión podemos decir que un discurso es reconocido como género cuando se identifican las restricciones del acto comunicativo en el que se inserta, las inherentes a su discursividad y las que corresponden a lo textual.

Palabras claves: discurso institucional administrativo-jurídico, caracterización, contexto académico universitario.

ABSTRACT

The institutional discourse of an administrative-legal nature aims to record a reality; make the agreements that have been reached, after the pertinent deliberations, remain alive and in writing (Álvarez, 1997). The objective of this article was to characterize this discourse, which is produced, circulated and received at the Libertador Experimental Pedagogical University (UPEL), based in the José Manuel Siso Martínez Pedagogical School of Miranda, based on a series of elements present in the minutes and resolutions studied. To do this we rely on the semi-discursive perspective of Charaudeau (2004). To characterize this discourse, elements such as the scope, the identity of the participants and the objectives of the discourse, the enunciative modes, discursive organization, semiologization, the provision of the paratext, the organization of the text in its parts, the phraseological units that they determine it (locutions), the discursive connectors and the use of verbs. As a conclusion, we can say that a discourse is recognized as a genre when the restrictions of the communicative act in which it is inserted are identified, those inherent to its discursiveness and those that correspond to the textual.

Keywords: administrative-legal institutional discourse, characterization, university academic context.

INTRODUCCIÓN

El discurso como práctica social implica diversos modos de producción de saberes y conocimientos; constituye los escenarios, los ámbitos de comunicación en los que se produce la vida social, ya sean el económico, político, familiar, cultural, académico o de carácter cotidiano (Fairclough, 2003). En palabras de Bolívar (2007), se trata de los diferentes contextos en su dimensión global, histórica y cultural. En esos escenarios sociales situamos los discursos institucionales y no institucionales.

De acuerdo con Foucault (1980), la producción de los discursos institucionales está controlada, seleccionada y redistribuida por ciertos procedimientos que determinan lo que debe ser dicho y lo que debe ser recibido. Las instituciones hacen que los discursos mantengan un halo de solemnidad, buscan captar la atención de sus miembros y su aceptación tácita a partir de actos protocolares, lo que dificulta que puedan ser modificados.

Debido a la multiplicidad de discursos que coexisten en el ámbito institucional podemos referirnos a ellos, en sentido figurado, como universos discursivos que se encuentran inmersos en determinadas galaxias. Cuando hablamos de universos nos centramos en el orden de esos discursos en entornos de índole académico, político, religioso, jurídico, científico, artístico, filosófico, económico, administrativo, gerencial, literario, periodístico, mediático, familiar, deportivo, esotérico, entre muchos otros campos del mundo físico y social, en los que se materializan, a través de constelaciones, las comunidades discursivas de acuerdo con sus respectivas formaciones discursivas.

El discurso, desde una visión amplia, es concebido como una configuración de sentido delimitada por un espacio y un

tiempo específico; se trata de un conjunto de enunciados en tanto pertenezca a un contexto determinado y a unas formaciones discursivas que hacen que esté regido por normas generales y particulares. Por su parte, el discurso institucional conlleva en su semiosis elementos como la conducta manifiesta a través de los roles; la tendencia a la diferenciación; y los mecanismos de poder institucional (Renkema, 2001). En este sentido, referirnos al discurso institucional es hablar de aquel que tiene lugar entre los representantes de las instituciones y los ciudadanos. En las instituciones presenciamos situaciones discursivas como las que se dan, por ejemplo, entre un mandatario y sus ministros, entre los médicos y sus pacientes o entre las autoridades y los demás miembros. En dichos casos, las relaciones son asimétricas y la negociación de poder es un elemento que siempre está presente.

De modo particular, cuando nos referimos a los discursos académicos pensamos en aquellos que están vinculados a los procesos de enseñanza y aprendizaje. El contexto académico universitario es el universo discursivo de la Educación Superior. En este ámbito conviven diversas comunidades discursivas, cuyas identidades están marcadas por los saberes, creencias y conocimientos en los que sus miembros se reconocen y de los que dan fe los discursos que circulan en tales grupos sociales. En estos espacios contamos con comunidades discursivas y, por lo tanto, con prácticas discursivas centradas en el conocimiento especializado producido a partir de diversas formaciones discursivas; pero también en este ámbito coexisten comunidades discursivas, cuyas prácticas giran en torno a los procesos de naturaleza administrativa-jurídica inherentes a este contexto e igualmente arraigadas a determinadas formaciones discursivas. Ambos discursos, a los que pudiéramos llamar género académico especializado y de índole administrativo-jurídico, se configuran delimitados por este espacio y tiempo; en ellos participan actores con diversos roles

y objetivos. Se trata de campos discursivos que se despliegan en función de un número ilimitado de subgéneros que responden a formaciones discursivas particulares.

Las comunidades discursivas de naturaleza especializada son espacios académicos de formación, las cuales ofrecen un repertorio de prácticas discursivas que se constituyen en accesos al conocimiento y a las prácticas especializadas orales y escritas que involucran tanto el saber como el accionar de sus miembros (Parodi, 2008). Algunas se materializan en revistas, manuales, libros, guías, problemarios, mapas, ensayos, reseñas, artículos, informes, ponencias, entre otras. Por su parte, las comunidades discursivas de naturaleza administrativa-jurídica insertas en la comunidad académica están constituidas por grupos de personas que producen y reciben actos como las declaraciones de carácter general o particular emitidas de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos por los órganos de la administración pública, en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981). Dentro de este universo de prácticas encontramos resoluciones, solicitudes, memorandos, notificaciones, cartas, anuncios, constancias, actas, notas certificadas, formularios, diplomas, títulos, entre otras.

La finalidad del presente artículo es caracterizar el discurso institucional de naturaleza administrativa-jurídica, que se produce, circula y se recibe en el contexto académico universitario, específicamente en la Universidad Pedagógica Experimental Libertador (UPEL), con sede en el Pedagógico de Miranda José Manuel Siso Martínez, a partir de una serie de elementos propios de los niveles en los que este se estructura.

El discurso institucional

El término “institución” tuvo origen en la Sociología y se utiliza para describir aquellas actividades históricas y culturales por medio de las cuales los individuos construyen y mantienen una sociedad. Cada uno de los fines que las instituciones tienen implica un aspecto ético que les proporciona autoridad moral. Para el investigador holandés Renkema (2001), los grupos de personas crean costumbres basadas en conductas repetitivas que se transmiten de generación en generación. Cuando los miembros del grupo comienzan a creer que estas costumbres son las correctas, estas se transforman en la norma para la conciencia individual y comunitaria.

Hay tres aspectos del concepto de “institución” que según el autor resultan importantes en los estudios del discurso, a saber: la conducta a través de roles (a), las tendencias a la diferenciación (b) y el poder institucional (c). En el primer caso, las instituciones regulan las conductas de los individuos a través de sistemas de roles sociales que deben cumplir los participantes. En segundo lugar, en la medida que las sociedades se complejizan el énfasis se traslada de la persona al rol. La tendencia a la diferenciación significa que las instituciones definen sus áreas de influencia en forma cada vez más precisa, por ejemplo, los docentes son unos de los responsables de la transmisión de la información de índole pedagógica o andragógica. En este siglo existen más formas de impartir conocimientos que en siglos pasados: conferencias, seminarios, asesorías, clases magistrales, sesiones individuales, etc. Dependiendo de la situación discursiva, el comportamiento lingüístico varía. Por último, las instituciones regulan la conducta individual por medio de sus sistemas de normas y ejercen el poder a partir de estas.

En palabras de Gabilondo (1990), el discurso institucional se basa en un conjunto de reglas históricas, determinadas en el

tiempo y en el espacio, que han definido en cada época las condiciones para enunciar lo que se dice. Es producido por un orador responsable de la enunciación. Aunque su presentación quede a cargo de un funcionario o vocero legitimado, este actúa como tal por delegación del colectivo, es decir, del grupo social correspondiente a la organización a la cual representa (Martín y Whittaker, 1998). Además, establece con los receptores un contrato de lectura y reconocimiento que condiciona las actitudes de los interlocutores, poniendo en juego un hacer persuasivo por parte del enunciador y, en compensación, la adhesión del destinatario. Y, por último, es así como la palabra pública, que se instala y circula a través de los discursos institucionales, es considerada por los receptores palabra verdadera y legítima, al mismo tiempo (Carvallo y Marín, 2004).

Además de los tres rasgos distintivos relacionados con los procesos de producción mencionados anteriormente, el discurso institucional exhibe otras características, como las que se presentan a continuación: (a) las temáticas tienen relativa estabilidad y vigencia en el espacio social y resisten con éxito al paso del tiempo; (b) constituyen la memoria de las instituciones. Esta clase de discurso puede ser de carácter público o privado. En el primer caso se incluyen las producciones orales que son accesibles a los ciudadanos a través de los medios de comunicación social (programa de radio y televisión, conferencias, encuentros políticos, etc.). En el segundo, se estaría en presencia de situaciones discursivas como las que se dan en un salón de clase, en un consultorio o en una oficina. En ambos casos, las relaciones son asimétricas y la negociación de poder es un elemento que siempre está presente. Esta asimetría no se refiere solo a diferencias en el estatus social, sino al estatus interaccional, es decir, a la “capacidad de control discursivo” y a la “oportunidad de intervención”.

La elección del léxico es otro de los elementos mediante el cual los participantes evocan el contexto institucional. La forma

indirecta o impersonal de introducir tópicos para mostrar neutralidad, las restricciones en los temas desarrollados, la especialización de los patrones discursivos utilizados, el conocimiento compartido, la diferencia de roles en los eventos materializados, conecta con un sistema inferencial-interpretativo específico de este tipo de discurso (Prego, 1998).

El discurso administrativo-jurídico

Particularmente, el discurso administrativo-jurídico se enfoca en las declaraciones de carácter general o particular emitidas por una institución de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la Ley, por los órganos de la administración pública. Se trata de actos administrativos que se deben ejecutar en un tiempo específico. Tienen la siguiente jerarquía: decretos, resoluciones, órdenes, providencias y otras decisiones dictadas por órganos y autoridades administrativas (Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, LOPA, 1981).

Según Álvarez (1997), el discurso administrativo-jurídico se concreta en documentos de índole interna o general que reflejan lo acontecido en una reunión o asamblea. Tienen como objetivo dejar constancia de una realidad; hacer que los acuerdos a los que se ha llegado, después de las deliberaciones pertinentes, permanezcan vivos y por escrito. Cabe añadir que se trata de textos de naturaleza jurídica porque se sustentan en reglamentos institucionales y su incumplimiento deviene en consecuencias de esta índole.

Seguidamente se explicitan las características textuales y paratextuales de esta clase de discurso de acuerdo con la LOPA.

Todo acto administrativo deberá contener: (1) Nombre del Ministerio u organismo al que pertenece el órgano que emite el acto. (2) Nombre del órgano que emite el acto. (3) Lugar y fecha

donde el acto es dictado. (4) Nombre de la persona u órgano a quien va dirigido. (5) Expresión sucinta de los hechos, de las razones que hubieren sido alegadas y de los fundamentos legales pertinentes. (6) La decisión respectiva si fuere el caso. (7) Nombre del funcionario o los funcionarios que los suscriben, con indicación de la titularidad con que actúan, e indicación expresa, en caso de actuar por delegación, del número y fecha del acto de delegación que confirió la competencia. (8) El sello de la oficina. (1981, p. 2)

Para alcanzar nuestro objetivo, nos sustentamos en el enfoque semio-discursivo de Charaudeau (2004), el cual se basa en la situación de comunicación como un lugar en el que se establecen las restricciones que definen las reglas del juego del lenguaje y determinan el marco de la escenificación del discurso. De acuerdo con el autor la situación de comunicación se transforma en un contrato, factor fundante del género. De esta forma, todo género se construye a partir de los diferentes niveles en los que se estructura el acto de lenguaje. En primer lugar, el nivel general de la situación de comunicación; en segundo lugar, el nivel de organización discursiva; y, por último, el nivel de las marcas formales o textuales. En lo sucesivo, nos referiremos a los tres niveles y a una serie de elementos dentro de cada uno de estos, que precisan al discurso institucional de naturaleza administrativa-jurídica. Comenzaremos definiéndolos y desglosando los elementos analizados en algunas prácticas discursivas estudiadas.

Nivel de las restricciones generales de comunicación

Este primer nivel es el lugar en el que se instituyen las restricciones o limitaciones que se ponen en juego en todo intercambio comunicativo, de acuerdo con la práctica social que se dé. Limitaciones inherentes al ámbito en el que se encuentran

los discursantes, a la identidad de los participantes, al lugar que ocupan en la interacción, y a los objetivos planteados dentro del acto de comunicación.

Las Actas de Evaluación de los Trabajos de Ascenso son prácticas que se producen en los departamentos, lugar de adscripción del profesor aspirante a una categoría académica. En la materialización del acto participan tres profesores en calidad de jurado evaluador (uno de ellos casi siempre es un invitado externo), y uno de los otros dos funge como coordinador del evento, sumado al profesor o licenciado aspirante a la categoría académica correspondiente. La finalidad del acto es “hacer saber”, el yo (en el rol de coordinador- jurado) está legitimado en su posición de saber; el tú (los invitados) se encuentra en la posición de “deber saber” algo sobre la existencia de los hechos, o sobre el porqué se materializó la presentación y evaluación de un trabajo de ascenso. Además, se busca “establecer la verdad y dar pruebas” sobre el trabajo que presentó el aspirante, según una cierta posición de autoridad de saber (erudito, especialista, experto); el tú (el profesor aspirante y los invitados) está en posición de tener que recibir y “tener que evaluar” una verdad y la capacidad de hacerlo. Y, por último, las autoridades presentes quieren “hacer-hacer”, quienes tienen la autoridad de poder sancionar el acto; y el tú (el aspirante y los invitados) se encuentra en posición de “deber aceptarlo”.

Por su parte, las Actas de Evaluación de los Trabajos de Grado son prácticas que se concretan en el ámbito de la Subdirección de Investigación y Postgrado o en algún espacio designado por dicha instancia. De modo semejante al caso anterior, los participantes de este acto son tres profesores en calidad de jurado (uno de ellos casi siempre es un invitado externo), y uno de los otros dos es el tutor y coordinador del evento. Este acto tiene tres finalidades: informar, demostrar y prescribir. En primer lugar, “hacer-saber” sobre el porqué se materializa el acto (en el rol de

tutor- coordinador), quien está legitimado en su posición de saber; el tú (los invitados) se encuentra en la posición de “deber-saber” algo sobre la existencia de los hechos, o sobre el porqué se materializó la presentación y evaluación de un trabajo de ascenso. En segundo lugar, se busca “establecer la verdad y dar pruebas” sobre el trabajo que presentó el aspirante, según una cierta posición de autoridad de saber como especialista; el tú (el profesor aspirante y los invitados) está en posición de tener que recibir y “tener que evaluar” una verdad y tener la capacidad de hacerlo. Y, finalmente, las autoridades presentes quieren “hacer-hacer”, y tienen la autoridad de poder sancionar el acto; el tú (el aspirante y los invitados) se encuentra en posición de “deber aceptarlo”.

Por otro lado, las Actas de Acuerdo son declaraciones de naturaleza administrativa-jurídica, de índole interno, en las que se presentan por escrito las decisiones previas a las que llega un docente universitario y sus estudiantes para alcanzar los objetivos de un curso. Estas declaraciones se realizan en el aula de clase al comenzar un período académico y participan el profesor del curso y los estudiantes inscritos. Los objetivos de esta situación de comunicación son informar e instruir. En el primer caso, hacer saber acerca de los contenidos que se desarrollarán y las actividades que se realizarán en el tiempo estipulado para la concreción del curso, además de la ponderación asignada y las fechas para cada actividad. Algunos profesores incluyen normas de interacción, de comportamiento y de vestimenta que deben cumplir los participantes. En el último caso, se trata de “hacer-saber-hacer”. El profesor (yo) se encuentra a la vez en posición de autoridad de “saber y de legitimación para transmitir el saber”; el estudiante (tú) está en posición de “deber-saber-hacer” según un modelo o con base en las instrucciones que son propuestas por el yo.

Por último, las Resoluciones de Designación de Jurado para los Trabajos de Grado son prácticas discursivas que se emiten en

la secretaría del instituto y se hacen llegar a los profesores que son designados en calidad de jurado a través de los departamentos a los que están adscritos. Los participantes involucrados son el Consejo Directivo, los profesores designados como jurado y el profesor o licenciado aspirante a grado. Los objetivos de esta práctica comunicativa son prescribir, informar y solicitar. En el primer caso, porque las autoridades a través del Consejo Directivo quieren “hacer- hacer” y tienen la autoridad de designar al jurado que evaluará el Trabajo de Grado. Asimismo, las autoridades quieren “hacer-saber” a los profesores designados el rol que les toca cumplir, además de facilitar información relacionada con el ciudadano (a) aspirante a grado. Por último, el Consejo Directivo (yo) quiere “saber”, y está en posición de inferioridad de saber frente al tú, pero legitimado en su solicitud; y el profesor designado en calidad de jurado (tú) está en posición de “deber-responder” a la solicitud.

Nivel de las restricciones discursivas

El nivel de las restricciones discursivas es el intermedio entre el de las restricciones comunicativas y las configuraciones formales. Estas limitaciones determinan lo que debe ser el marco del procesamiento lingüístico en el cual se ordena el discurso. Por ejemplo, tenemos los modos de organización discursiva, los cuales se conocen como las esquematizaciones o modos fundamentales de construir los discursos (narrar, describir, exponer, argumentar, etc.). En palabras de Sánchez (1993), una práctica discursiva puede estar constituida por varios modos, pero predomina uno de estos. En las prácticas discursivas estudiadas están presentes la narración, la descripción, la argumentación y la instrucción. Ahora bien, de modo particular en las Actas de Evaluación de Trabajos de Ascenso y en las de Trabajo de Grado predomina la argumentación de las razones por las cuales se aprueba un trabajo de esta naturaleza. En

las Actas de Acuerdo predomina la instrucción de las acciones que seguirán los participantes para alcanzar los objetivos del curso. Y en las Resoluciones de Designación de Jurado para los Trabajos de Grado predomina la narración.

Otra limitación es el modo enunciativo. Para Charaudeau (1992), este tiene un estatus especial en la organización del discurso; por una parte, tiene la misión de dar cuenta de la posición del locutor (hablante) respecto a su interlocutor, de sí mismo y de los demás; y, por otra, interviene en la misma escena de los otros tres modos de organización (narración, descripción y argumentación). En las Actas de Evaluación de los Trabajos de Ascenso, en las Actas de Evaluación de los Trabajos de Grado y en las Resoluciones de Designación de Jurado para los Trabajos de Grado está presente el modo delocutivo, de tenor impersonal, a través del sistema deíctico referido a personas. En estos casos, por medio de la utilización de la tercera persona del plural y del singular, respectivamente, no se hace mención explícita a los protagonistas de la enunciación, sino a los actores autorizados institucionalmente en su conjunto, quienes forman parte de un acto administrativo. De acuerdo con Álvarez (1997), se trata del empleo del “plural oficial” con la intención manifiesta de transmitir mayor objetividad y, en definitiva, un cierto alejamiento de la administración con respecto a los administrados. Se promueve un modelo de presentación “objetiva” en el que el mensaje se inicia tematizando la identidad de los emisores, como responsables administrativos del acto. Por ejemplo:

Quienes suscriben, miembros del jurado designado por el Consejo Directivo del Instituto Pedagógico de Miranda José Manuel Siso Martínez, reunidos para evaluar el trabajo de ascenso de... dejan constancia... (Ver anexo A-1) Quienes suscriben, miembros del jurado designado por el Consejo Directivo del Instituto Pedagógico de Miranda José Manuel Siso Martínez,

reunidos para evaluar el trabajo de grado... dejan constancia...
(Ver anexo A-2) El Consejo Directivo... resuelve... (Ver anexo A-4)

En cambio, en las Actas de Acuerdo está presente el modo enunciativo elocutivo que indica cercanía y subjetividad entre el locutor y el interlocutor. Se presenta a partir del uso de la primera persona del plural, por ejemplo: “Nosotros, los abajo firmantes...” “Nosotros, estudiantes del curso...” o “... los estudiantes del curso conjuntamente con el facilitador...llegamos a los siguientes acuerdos...”. De acuerdo con Calsamiglia y Tusón (2012), identificar a la persona que habla con la primera persona del plural implica incorporar al locutor a un grupo. Es el grupo el que proporciona al locutor la responsabilidad del enunciado; por eso hay un uso genérico del *nosotros* para representar al locutor que ocupa un lugar dentro de un colectivo, ya se trate de una institución, empresa, organización, gobierno, grupo de clase, etc. A este uso se le ha llamado inclusivo por cuanto incorpora al receptor (los estudiantes) en la referencia al emisor. Se da en todos aquellos casos en que es importante para el emisor la inclusión del receptor, particularmente en relaciones asimétricas como la de médico/paciente, docente/alumno, que necesitan una señal de acercamiento suplementaria, para superar la barrera jerárquica y de esta forma alcanzar el grado de proximidad y compromiso requerido.

Un penúltimo elemento dentro de este nivel está compuesto por los modos de tematización; Charaudeau (2004) se refiere a ellos como la manera como se estructura aquello acerca de lo cual se habla, es decir, los temas y subtemas que se abordan dentro del discurso. En el caso de las Actas de Evaluación de los Trabajos de Ascenso y las Actas de Evaluación de los Trabajos de Grado, el tema es la legitimación de la presentación del Trabajo de Ascenso y del Trabajo de Grado, respectivamente. En las Actas de Acuerdo, el tema es la certificación de los acuerdos vinculados con el plan de

evaluación y las actividades inherentes al desarrollo del curso, entre los estudiantes y el profesor. Y en las Resoluciones de Designación de Jurado para los Trabajos de Grado el tema es la certificación de la designación del jurado.

Por último, tenemos los modos de semiologización, los cuales se refieren a las formas como se organiza la escena material de la situación de comunicación. Las circunstancias materiales permiten distinguir variantes dentro de la situación global de comunicación que le dan dimensiones específicas. Se trata de lo que determina las situaciones de intercambios orales (interlocutivas) o escritas (monolocutivas). En las situaciones *interlocutivas*, el sujeto que toma la iniciativa de hablar se adueña del espacio de expresión excluyendo al otro, aunque sea por unos momentos; pero al mismo tiempo se halla expuesto a las reacciones del otro o de los otros. Sus intervenciones o turnos de habla se caracterizan por una lucha, por justificar su derecho de hablar y por orientar la tematización. A raíz de esto, se producen actos de lenguaje discontinuos, cuya coherencia no depende de un solo locutor, sino de varios.

La circunstancia material interlocutiva se evidencia en el caso de las Actas de Evaluación de Trabajos de Ascenso, Actas de Evaluación de Trabajos de Grado y Actas de Acuerdo, debido a que los participantes del acto (jurado, profesor y estudiantes) conversan y luego registran en el papel lo que certifican, con el fin de alcanzar los objetivos.

En las situaciones monolocutivas no ocurre igual, ya que el sujeto hablante no le quita la palabra a nadie. En este caso, debido a que el otro no está presente físicamente (o no tiene derecho de hablar-conferenciar), el mismo sujeto hablante es quien solicita la intervención del interlocutor y le asigna la ubicación que le conviene. De la misma manera, puesto que el otro no puede interactuar de inmediato, sino de manera diferida, la justificación del derecho de hablar ya no tiene razón de ser, y la lucha discursiva, siempre posible,

no puede darse sino por simulación. De esta forma, el hablante se ve relativamente dueño del espacio de tematización; lo introduce, lo impone al otro, lo desarrolla a conveniencia y puede completarlo, sin tomar en cuenta las reacciones del otro. Esta circunstancia es característica de las Resoluciones de Designación de Jurado para los Trabajos de Grado, dado que quien elabora este tipo de práctica (el Consejo Directivo a través de la Secretaría) es dueño del espacio discursivo y designa al jurado examinador atendiendo a la solicitud presentada por el Subdirector de Investigación y Postgrado sin tener en cuenta las reacciones del o la designada. Sumado a esto debemos considerar el soporte físico, el cual es el papel o el computador, en el que esta circunstancia material se define.

Nivel de las restricciones formales

El último nivel de las condiciones formales obedece a normas de uso codificadas, convencionales, cuyas formas pueden variar; y son en esencia las circunstancias materiales de las que hablamos anteriormente (interlocutivas, monolucutivas, de soporte oral, escrito o mimo-gestual) y las condiciones de construcción lingüística (morfosintáctica y léxico-semántica), las que influyen más directamente sobre la concreción de este tercer nivel, puesto que inducen a la elaboración de “dispositivos materiales”, conocidos como prácticas discursivas o textos. No obstante, esta construcción de las prácticas discursivas, como hemos visto, forma parte de un continuum delimitado por un inicio y un cierre en el que intervienen las restricciones de la situación general de comunicación, las discursivas y este último nivel.

Otro elemento clave dentro de este nivel textual es la disposición del paratexto. En palabras de Charaudeau y Maingueneau (2005), consiste en todo aquello que se encuentra localizado alrededor del texto y que lo hace libro, guía, acta, resolución, etc.,

y se propone como tal al público. En palabras de Genette (1987), (citado por Charaudeau y Maingueneau, 2005), se trata de una de las cinco formas de relaciones transtextuales del texto que implica características espaciales, temporales, sustanciales, funcionales y pragmáticas. En las Actas de Evaluación de los Trabajos de Ascenso, prevalecen las características espaciales que definen cómo se estructura la información en el soporte físico, las sustanciales a partir de la aparición de los logos, el de la Universidad Pedagógica Experimental Libertador del lado izquierdo y el del Instituto Pedagógico de Miranda José Manuel Siso Martínez del lado derecho, el membrete y el título en el centro y las funcionales y pragmáticas a través del uso de la coetilla “XXXIII años de innovación en la formación docente”, en la que se señalan los años que tiene la institución. Cabe decir que de las diez actas escogidas solamente seis presentaron la coetilla, además el tiempo que se señala en el eslogan de la coetilla se encuentra desactualizado, por una diferencia de siete años, debido a que la institución alcanzó a cumplir, en el 2016, cuarenta años de servicio ininterrumpido.

La composición interna que presentan los textos es entendida como la articulación entre cada una de sus partes (Charaudeau, 2004). En un apartado anterior, señalamos que esta clase de práctica discursiva se define en términos legales como acto administrativo. En la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981), artículo 18, se discrimina cada una de sus partes de la siguiente manera:

Todo acto administrativo deberá contener: 1. Nombre del Ministerio o institución a que pertenece el órgano que emite el acto. 2. Nombre del órgano que emite el acto. 3. Lugar y fecha donde el acto es dictado. 4. Nombre de la persona u órgano a quien va dirigido. 5. Expresión sucinta de los hechos, de las razones que hubieren sido alegadas y de los fundamentos legales

pertinentes. 6. La decisión respectiva, si fuere el caso. 7. Nombre del o los funcionarios que suscriben el acto con indicación de la titularidad con que actúan, e indicación expresa, en caso de actuar por delegación, del número y fecha del acto de delegación que confirió la competencia. 8. El sello de la oficina. (p.7)

Sobre la base de lo estudiado podemos decir que esta clase de práctica cumple con todos los elementos que indica la ley. Solo se presenta variación en el orden de alguna de las partes por ser la fisionomía de la estructura de esta clase de texto. Asimismo, se especifica la acción que se realiza en el acto e indica el nombre, la cédula y la firma de los funcionarios que lo suscriben.

Las locuciones fueron otro de los elementos que consideramos de suma importancia en el nivel de las restricciones formales por estar vinculadas con el nivel de construcción léxico-semántico y morfosintáctico del texto. La Nueva Gramática Básica de la Lengua Española (2011) define las locuciones como grupos de palabras que se han lexicalizado, es decir, que forman una unidad inseparable, semejante a una pieza léxica y en los diccionarios aparecen registradas con todos sus elementos.

Para Corpas (1996), la locución es una “construcción fija integrada por un conjunto de palabras con significación unitaria y gramaticalmente equivalente, por lo general a un elemento único capaz de desempeñar distintas funciones gramaticales” (p.89). Se diferencia de las combinaciones libres de palabras y otras unidades complejas por su institucionalización, su estabilidad sintáctico-semántica y su función denominativa. Bajo el concepto de estabilidad se incluyen los aspectos léxico-semánticos como los morfosintácticos. La cohesión semántica se refleja en el carácter de unidad de significación en la lengua que presentan dichas unidades. Y la cohesión morfosintáctica se ha traducido gracias a la aplicación de determinadas pruebas y operaciones formales,

que comprueban tanto la estabilidad formal de las locuciones, como su integridad semántica. Las principales pruebas aducidas son: de sustitución, de eliminación y de deficiencias transformativas, las cuales no explicaremos por no ser este, específicamente, nuestro objeto de estudio.

En las actas observamos la presencia de locuciones verbales, adverbiales, prepositivas y clausales. Las primeras expresan procesos, formando los predicados, con o sin complementos. Por ejemplo, en “se deja constancia”, se usa un verbo transitivo, además de reflexivo por estar acompañado de la variante pronominal *se* + el complemento directo “constancia”. En el caso de la locución “dejando constancia”, se trata del uso de la forma impersonal “dejando” en gerundio + el complemento directo “constancia”. Por su parte, las locuciones adverbiales son unidades fraseológicas de estructura muy diversa. Frecuentemente se trata de sintagmas prepositivos que, por razones de naturaleza semántica o funcional, parecen tener cierta relación con la categoría gramatical de adverbio.

Para Corpas (1996), la mayoría de las locuciones adverbiales o modos adverbiales de la filología española son sintagmas prepositivos. Por ejemplo, “a los fines de cumplir con el requisito legal”, “a todos los efectos legales”, “por unanimidad” y “en fe de lo cual”. En lo que respecta al aspecto semántico, conviene tener en cuenta que estas locuciones expresan distintos valores referenciales, especialmente de finalidad y de modo, como es el caso de los ejemplos citados, pero además pueden expresar valores de cantidad, de tiempo y de espacio. Cabe señalar que las locuciones prepositivas están formadas por un adverbio o sustantivo adverbializado seguido de una preposición o bien por un sustantivo o dos coordinados seguidos de una proposición, y, opcionalmente, precedidos por otra. Por último, nos es necesario mencionar las locuciones clausales, entendidas como locuciones

de diversa índole formadas por varios sintagmas, de los cuales al menos uno de ellos es verbal. Se trata de cláusulas enteras, que no tienen independencia textual, y carecen de fuerza ilocutiva. Generalmente funcionan como cláusulas subordinadas que complementan al núcleo de un sintagma nominal, tal es el caso de la locución “quienes suscriben, miembros del jurado”.

En relación con el uso del verbo en las prácticas discursivas estudiadas, podemos señalar que su función genérica es la predicación con respecto al sujeto. Su función específica es la de ser núcleo del predicado (Varela y Pérez, 2014). Sobre la base de lo que observamos en el corpus estudiado, los verbos que caracterizan a esta práctica discursiva de acuerdo con su clasificación semántica suelen ser muy diversos: copulativos (ser), no copulativos, predicativos, ya sean transitivos e intransitivos (soporta, dado, decide, actuó, constituye, tiene, ofrece, representa, deja, constituye, tiene, reunidos, etc.), pronominales reflexivos (se procedió, se considera, se levanta, se deja, se sugiere, se espera, etc.), impersonales (designado, presentado, dejando, evaluar, optar, cumplir, incentivar, construir, ascender, etc.) y perifrásticos (puede servir, puede ser aplicada, permite fortalecer, debe resultar, etc.).

Por último, presentamos los conectores discursivos que, según la Nueva Gramática Básica de la Lengua Española (2011), son unidades lingüísticas que vinculan semánticamente grupos sintácticos, oraciones o partes de un texto. Se trata de un grupo heterogéneo en el que se destacan adverbios, grupos preposicionales y conjuntivos, aunado a otro tipo de construcciones. Se agrupan por su contenido en clases que guardan relación con los tipos de conjunciones: aditivos (a); contraargumentativos o adversativos (b) e ilativos (c). Los primeros aportan el significado de suma y son compatibles con la conjunción copulativa y. Los que siguen se ubican en el segundo término de una construcción binaria y expresan, como las conjunciones adversativas, oposición

o contraposición de ideas. Los últimos hacen referencia a una construcción bimembre que favorece la interpretación del segundo término como consecuencia del primero.

En el caso que nos ocupa, las Actas de Evaluación de los Trabajos de Ascenso se caracterizan por la utilización de conectores de naturaleza ilativa, tales como: “de acuerdo con”, “dado los criterios anteriores” y “conforme con”.

La disposición del paratexto en las Actas de Evaluación de los Trabajos de Grado es semejante a la práctica anterior, por cuanto prevalecen las características espaciales que definen cómo se estructura la información en el soporte físico, las sustanciales a partir de la aparición de los logos, el de la Universidad Pedagógica Experimental Libertador del lado izquierdo y el del Instituto Pedagógico de Miranda José Manuel Siso Martínez del lado derecho. En el centro se encuentra el membrete, el nombre del subprograma el cual se indica en algunas de las actas escrutadas, el nombre de la mención y el título de la práctica discursiva, caso contrario al anterior, no observamos el uso de la coletilla.

La organización del texto en sus partes también se presenta de modo semejante a las primeras, por cuanto aparecen los mismos elementos y concuerda, asimismo, con lo expuesto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981), en el artículo 18.

Las unidades lingüísticas lexicalizadas que están presentes en estas actas son las mismas que observamos en las actas anteriormente citadas; locuciones de tipo verbal “se deja constancia”, “dejando constancia”, “se levanta la presente acta”, adverbial de finalidad “a los fines de cumplir con el requisito legal”, adverbial de modo “por unanimidad”, “en fe de lo cual”, y clausal “quienes suscriben”.

De igual forma, observamos la presencia de verbos copulativos (el verbo ser en pasado, fue), no copulativos, predicativos, ya sean transitivos e intransitivos (suscriben, reunidos, estuvo,

dado, decide, actuó, demostró, responde, evidencia, plantea, aborda, representa, vincula, ofrece, etc.), pronominales reflexivos (se ajustaron, se procedió, se considera, se levanta, se deja, etc.), impersonales (evaluar, optar, cumplir, subsanar, garantizar, incorporar, ascender, dejando, designado, presentado, etc.) y perifrásticos (pueden contribuir). El conector discursivo que prevalece en estas actas es el de tipo ilativo, tal es el caso de “de acuerdo con”.

La organización del paratexto en las Actas de Acuerdo es similar al de las Actas de Trabajo de Ascenso por disponer de un mismo formato. Sin embargo, algunas de ellas no cuentan con la coletilla, puesto que fueron elaboradas en un formato no convencional elaborado por el profesor del curso. Asimismo, dos de las actas no presentan los logos, el membrete ni el título. En lo que respecta a la organización del texto, de las once partes canónicas que señala la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981), en su artículo 18, esta se organiza en cinco partes, la estructura es mucho más breve y en algunos casos libre.

Las locuciones son de tipo nominal y adverbial. Las locuciones nominales de acuerdo con Corpas (1996) están formadas por sintagmas nominales de diversa complejidad. Los patrones sintácticos más productivos son los formados, esencialmente, por sustantivo + adjetivo y por sustantivo + preposición + sustantivo. Como ejemplos podemos mencionar una locución nominal “la presente acta”, una locución adverbial formada por un sintagma sustantivado conformado por un determinante, un adverbio y un adjetivo “los abajo firmantes” y otras locuciones adverbiales de modo “por medio de la presente”, “en conformidad firman”, “de manera unánime”.

Asimismo, observamos la presencia de verbos no copulativos, predicativos, ya sean transitivos e intransitivos conjugados en la primera persona del plural (llegamos, firmamos, manifestamos, aceptamos, involucrarnos, comprometernos, etc.), pronominales

reflexivos (se aprobó, se realizarán, se enviarán, se recibirán, se levanta, se firma, se descarga, se delegó, etc.), impersonales (conocer, discutir, negociar, dejar, mantener, presentado, discutido, establecido, etc.) y perifrásticos (se hace constar, será utilizado, salir para contestar). Los conectores discursivos que prevalecen en estas actas son los de tipo aditivo “también” e ilativos “el cual” y “de igual manera”.

La disposición del paratexto en las Resoluciones de Designación de Jurado de los Trabajos de Grado varía en comparación con las prácticas anteriores. Esta última incluye, además de los logos institucionales y el membrete, el número de la resolución, el número de acta y las siglas del director, de la secretaria, y de quien elabora el acta. En cuanto a la organización del texto en sus partes, a diferencia de las anteriores en esta resolución se hace referencia a los textos legales superiores relacionados, como principios jurídicos establecidos de los que el mensaje parte, por ejemplo, se menciona el Reglamento General de la Universidad Pedagógica Experimental Libertador (1993) y el Reglamento de Estudios de Postgrados (2008), y se insertan las abreviaturas de los funcionarios que participan en la elaboración del texto.

En número, son menos las locuciones que caracterizan a estas resoluciones en contraste con las anteriores. Están presente dos locuciones adverbiales de modo “En uso de las atribuciones que le confiere”, “En atención a la solicitud que formulara”; una locución nominal “El precitado jurado” y una locución verbal “Dado, firmado y sellado”.

De igual forma, observamos la presencia de verbos no copulativos, predicativos, transitivos, conjugados en tercera persona del singular (confiere, formulara, resuelve), impersonales (designar, optar, determinar, remitir, dado, firmado, sellado) y perifrásticos (estará integrado). El conector discursivo que prevalece en las resoluciones escrutadas es de tipo ilativo, por ejemplo: “en cuanto a”.

Discusión de cierre

La perspectiva semio-discursiva nos permitió conocer el sustrato de las actas y resoluciones estudiadas y alcanzar uno de nuestros objetivos de investigación, por cuanto pudimos obtener una caracterización del discurso institucional administrativo-jurídico a partir del contrato de comunicación en el que se apoya la práctica, la discursividad y los elementos formales de escritura, en concatenación con algunos elementos que lo soportan, lo que no deja por fuera la inclusión de otros aspectos que pudieran ser ampliados en futuros estudios.

A diferencia de lo que propone van Dijk (1980) en su obra *Estructuras y funciones del discurso*, en la que deja ver que podemos partir indistintamente por la micro o macro estructura al iniciar estudios de esta naturaleza; en esta perspectiva es clave partir con la delimitación del acto general de comunicación (ámbito en el que se concreta el discurso, la identidad de los discursantes y objetivos del evento), para así poder identificar el género discursivo, delimitar los elementos propios de la discursividad y los formales dentro de la estructura de este discurso.

Cada uno de los elementos abordados para la caracterización del discurso administrativo-jurídico fue considerado por la autora a partir de los textos especializados consultados y como resultado de investigaciones anteriores en torno al discurso institucional. Sin embargo, en la medida que se incluyan otros elementos, más exhaustiva será la delimitación de la estructura del género escogido. Por esta razón, lo presentado aquí es solo una parte de una investigación mucho más amplia, en la que se analizó la estructura de este discurso, su funcionamiento y los patrones recurrentes que permitieron delimitarlo.

ANEXOS

[ANEXO A-1]

[Acta de Evaluación de Trabajo de Ascenso]



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA EXPERIMENTAL LIBERTADOR
INSTITUTO PEDAGÓGICO DE MIRANDA
"JOSÉ MANUEL SISO MARTÍNEZ"



ACTA DE EVALUACIÓN DE TRABAJO DE ASCENSO

Quienes suscriben, miembros del Jurado designado por el Consejo Directivo del Instituto Pedagógico de Miranda José Manuel Siso Martínez, reunidos para evaluar el Trabajo de Ascenso presentado por la ciudadana **ÉRIKA CAMPOS FERNÁNDEZ**, Cédula de Identidad número **12.179.072**, bajo el título: **"LA COMPETENCIA TEXTUAL ARGUMENTATIVA EN LA REDACCIÓN DE ENSAYOS POR ESTUDIANTES DEL I. P. M. JOSÉ MANUEL SISO MARTÍNEZ, PERÍODOS ACADÉMICOS 2009 - I Y 2009 - III"**, a los fines de cumplir el requisito legal para ascender a la Categoría Académica de **ASISTENTE**, dejan constancia de lo siguiente:

- 1) Se procedió al acto de presentación pública en el Instituto Pedagógico de Miranda José Manuel Siso Martínez, Edificio Mirage, piso 2, Aula M2-A1, conforme con el reglamento que rige la presente.
- 2) El trabajo se considera **APROBADO** por unanimidad, de acuerdo con los siguientes criterios:
 - a) Solidez teórica.
 - b) Pertinencia del contenido.
 - c) Relevancia de los resultados para la institución.

Se deja constancia a todos los efectos legales que actuó como Coordinadora del Jurado la Doctora Josefa Pérez Terán.

INSTITUTO PEDAGÓGICO DE MIRANDA



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA EXPERIMENTAL LIBERTADOR
INSTITUTO PEDAGÓGICO DE MIRANDA
"JOSE MANUEL SOTO MARTÍNEZ"
DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO



PROGRAMA DE POSTGRADO
SUBPROGRAMA DE MAESTRÍA EN EDUCACIÓN,
MENCIÓN: ESTRATEGIAS DE APRENDIZAJE

ACTA DE EVALUACION DE TRABAJO DE GRADO

Quiénes suscriben, miembros del jurado designado por el Consejo Directivo del Instituto Pedagógico de Miranda José Manuel Soto Martínez, Universidad Pedagógica Experimental Libertador, reunidos para evaluar el Trabajo de Grado presentado por la estudiante: **BLANCA BONDON**, titular de la cédula de identidad N° 8.418.398, bajo el título: **ESTRATEGIAS LÚDICAS EN LA ENSEÑANZA DEL CONCEPTO DE NÚMERO DIRIGIDO A LOS DOCENTES DEL PRIMER GRADO DE EDUCACIÓN PRIMARIA EN LAS UNIDADES EDUCATIVAS DEL SECTOR 02 DE CARTANAL MUNICIPIO INDEPENDENCIA**, a los fines de cumplir con el requisito legal para optar al título de Magister en Educación, mención Estrategias de Aprendizaje, dejando constancia de lo siguiente:

Se procedió a la presentación del trabajo en el aula 542-A3 del Edificio Muga, del Instituto Pedagógico de Miranda José Manuel Soto Martínez.

El mismo se calificó: **APROBADO** por unanimidad de acuerdo con los siguientes criterios:

1. El tema desarrollado es relevante, porque aborda un área poco investigada en el subprograma de Estrategias de Aprendizaje.
2. El trabajo responde a las Líneas de Investigación del Subprograma.
3. La investigación constituye un aporte para la articulación entre el nivel de Educación Inicial y el Ter Grado de Educación Primaria.



CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA
CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA LABORAL
CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA
"CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA"
CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA



4. La responsabilidad efectiva respecto a los objetivos de la intervención.

En lo de lo cual se trata se trata de garantizar que a los efectos de las del caso de distribución de JRS, durante la comisión, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa aplicable, se garantice la presencia de los JRS, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa aplicable, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa aplicable, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa aplicable.


Juan Carlos Rodríguez Cordero
C.E. 9.862.788




Juan Carlos Rodríguez Cordero
C.E. 9.862.788


Juan Carlos Rodríguez Cordero
C.E. 9.862.788
(Comandante)

[Resolución de Designación de Jurado de Trabajo de Grado]

	<p>REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA EXPERIMENTAL LIBERTADOR INSTITUTO PEDAGÓGICO DE MIRANDA JOSÉ MANUEL SISO MARTÍNEZ SECRETARÍA</p>	
<p>RESOLUCIÓN S-Nº. 2016-5-210</p>		<p>ACTA No. 467 FECHA: 06-07-2016</p>
<p>EL CONSEJO DIRECTIVO</p>		
<p>En uso de las atribuciones que le confiere el Reglamento General de la Universidad Pedagógica Experimental Libertador y el Reglamento de Estudios de Postgrado Conducientes a Títulos Académicos, en atención a la solicitud que formulara el Subdirector de Investigación y Postgrado del Instituto en cuanto a la designación del jurado examinador para el Trabajo de Grado de la estudiante YOLIBEL APONTE MONTAÑEZ C.I.Nº 13.189.864.</p>		
<p>RESUELVE</p>		
<p>ARTÍCULO 1 Designar el Jurado Examinador del Trabajo de Grado presentado por la estudiante YOLIBEL APONTE MONTAÑEZ C.I.Nº 13.189.864, para optar al grado de Magister en Educación Mención Estrategias de Aprendizaje, titulado: ESTRATEGIAS DIDÁCTICAS EMPLEANDO LAS TICs PARA EL APRENDIZAJE DE LA LENGUA ESCRITA EN ESPAÑOL COMO SEGUNDA LENGUA A ESTUDIANTES CON DISCAPACIDAD AUDITIVAS QUE CURSAN SEGUNDO GRADO DE LA U.E.E.B. "ANDRÉS ROSENDO ARMAS" GUARENAS.</p>		
<p>ARTÍCULO 2 Determinar que el prestado jurado cuente integrado por los siguientes miembros:</p>		
<p>PRINCIPALES</p>	<p>SUPLENTE</p>	
<p>PROF. BELKIS PRATO (TUTORA)</p>	<p>PROF. MARÍA DOMÍNGUEZ</p>	
<p>PROF. JOSEFA PÉREZ</p>	<p>PROF. CARMEN ALIDA FLORES</p>	
<p>PROF. JOSÉ ANTONIO BARRERA</p>		
<p>• Remite copia de la presente Resolución a la Subdirección de Investigación y Postgrado.</p>		
<p>Dado, firmado y sellado en el Salón de Sesiones del Consejo Directivo, a los seis días del mes de julio de dos mil dieciséis.</p>		
 <p>Prof. Manuel Reyes Barrios Director Ejecutivo del Consejo Directivo</p>		 <p>Prof. María Esperanza Pizarro Secretaria del Consejo Directivo</p>
<p>MRB/MEP/AA**</p>		

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez, M. (1997). *Tipos de escritos III: Epistolar, administrativo y jurídico*. Madrid, España: Arco/ Libros.
- Bolívar, A. (2007). El análisis interaccional del discurso: del texto a la dinámica social. En Bolívar, A. (2007)(Ed.) *Análisis del discurso ¿Por qué y para qué?*(pp. 247-277). Caracas, Venezuela: El Nacional.
- Calsamiglia, A. y Tusón, H. (2012). *Las cosas del decir. Manual de Análisis del Discurso*. Barcelona, España: Editorial Planeta, S.A.
- Carvalho, S. y Marín, R. (2004). *Discursos institucionales, palabras públicas. Rasgos distintivos y características genéricas*. Recuperado de: <http://www.eca.usp.br/alaic/trabalhos2004/gt11/silviacarvalho.htm>
- Charaudeau, P. (1992). *Grammaire du sens et de l'expression*. París, Francia: Hachette Éducation.
- Charaudeau, P. (2004). *La problemática de los géneros. De la situación a la construcción textual*. Recuperado de: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09342004005600003
- Charaudeau, P. y Maingueneau, D. (2005). *Diccionario de análisis del discurso*. Buenos Aires, Argentina: Amorrortu editores.
- Corpas, G. (1996). *Manual de fraseología española*. Madrid, España: Gredos.
- Fairclough, N. (2003). El análisis crítico del discurso como método para la investigación en ciencias sociales. En Wodak, R. & Meyer, M. (Ed.). *Métodos de análisis crítico del discurso*. (pp.179-204). Barcelona, España: Gedisa.
- Foucault, M. (1980). *El orden del discurso*. Barcelona, España: Tusquets Editores.
- Gabilondo, A. (1990). *El discurso en acción. Foucault y una ontología del presente*. Barcelona, España: Anthropos editorial del hombre.
- Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. (1981). Caracas: Imprenta Nacional y Gaceta Oficial.

- Martín, L. y Whittaker, R. (1998). *Poder-decir o el poder de los discursos*. Madrid, España: Arrecife.
- Parodi, G. (2008). *Géneros académicos y géneros profesionales: accesos discursivos para saber y hacer*. Valparaíso, Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Prego, G. (1998). *Algunas consideraciones sobre discurso institucional*. Recuperado de: <file:///C:/Users/CarPer/Downloads/Dialnet-Algunas ConsideracionesSobreElDiscursoInstitucional-897083.pdf>
- Real Academia Española(2011). *Nueva gramática básica de la lengua española*. Bogotá, Colombia: Espasa.
- Renkema, J. (2001). *Manejo de la comunicación. Evaluación de la calidad del discurso institucional*. Recuperado de: <https://pure.uvt.nl/portal/files/452607/MANEJODE.PDF>
- Sánchez, I.(1993). Coherenciay órdenes discursivos. *Letras*, 50, pp.61-82.
- Universidad Pedagógica Experimental Libertador. (1993). *Reglamento General de la Universidad Pedagógica Experimental Libertador*. Caracas, Venezuela: Autor.
- Universidad Pedagógica Experimental Libertador. (2008). *Reglamento de Estudios de Postgrado de la Universidad Pedagógica Experimental Libertador*. Caracas, Venezuela: Autor.
- Van Dijk, T.(1980). *Estructuras y funciones del discurso*. México: Siglo XXI.
- Varela, I. y Pérez, E. (2014). *Nueva gramática para trabajar en el aula*. Córdoba, Argentina: Comunicarte.

Esta investigación forma parte de los resultados obtenidos en el proyecto: *El género discursivo institucional pedagógico: un estudio de sus textos, prácticas y eventos discursivos, desde la teoría del Análisis Crítico del Discurso*(2016). Seejecutó en el marco de la línea de investigación Estudios, Teorías y Análisis del Discurso, ETAD, adscrita al Núcleo Área Estética y Desarrollo Social y Cultural del Hombre y la Mujer, y a la Coordinación General de Investigación del Instituto Pedagógico de Miranda José Manuel Siso Martínez (IPMJMSM).

Magista Año 12 | N°1 | 2022
EDICIÓN DIGITAL



Escuela Nacional
de la Magistratura