

Derecho y
Democracia



cuadernos unimetanos

Órgano de divulgación académica / Año II / No. 11 / Septiembre de 2007

Vicerrectorado Académico



UNIVERSIDAD
METROPOLITANA



CONTENIDO

Medio siglo de historia judicial en Venezuela (1952-2005)	Rogelio Pérez Perdomo	3
La sociedad civil y el ciudadano en Venezuela frente al sistema de justicia a partir de la nueva constitución	Laura Louza	25
La cultura jurídica y el acceso a la justicia en Venezuela	Jacqueline Richter / Carmen Luisa Roche.	40
La Justicia de Paz y su Evolución	María Teresa Zubillaga Gabaldón	56
El abogado, la abogacía y el sistema judicial	Ricardo Hernández Álvarez	76
La violencia legítima estatal en permanente desafío	Germán J. Briceño P.	111
La justicia sometida al poder y la interminable emergencia del poder judicial(1999-2006)	Allan R. Brewer-Carías	122
Los principios del proceso penal estadounidense y el caso de Michael Jackson	Miguel Angel Méndez Longoria	139
German Criminal Procedure in Practice	Stefan Machura	157
El "pueblo" desenmascarado	Humberto Njaim	167
Teoría de las relaciones internacionales y soberanía Construcción, deconstrucción y reconstrucción	Elsa Cardozo de da Silva	180
Constitución y garantías institucionales: Contribución para el desarrollo de una línea de investigación	Ricardo Antela Garrido	192
La responsabilidad de los socios en las sociedades civiles	Francisco Hung Vaillant	204
La suspensión administrativa de los funcionarios de elección popular	Giancarlo Henríquez Maionica	216
En materia de calificaciones, reenvío y otros asuntos de derecho internacional privado	Eugenio Hernández-Breton	227

Este número inicia la publicación de *Derecho y Democracia*, revista cuyo propósito es realizar un aporte significativo y novedoso a la reflexión y discusión sobre los temas de relación entre derecho y política, y de análisis institucional, como sugiere el nombre escogido.

Pensamos que más allá de la situación que vive en estos momentos el país, es una necesidad permanente el abordar en forma sistemática y rigurosa los temas que plantea el ordenamiento democrático en relación con el derecho, así como del derecho en relación con la política. La revista está inspirada por la inquietud de crear un ámbito de investigación para las preguntas y perplejidades que a menudo se plantean cuando el derecho llega a los límites de la política y, aparentemente, no puede avanzar más porque, como se suele decir, "el asunto ya no es jurídico sino político" y, por otra parte, cuando los planteamientos políticos descuidan, a la ligera, los aspectos jurídicos.

Derecho y Democracia tendrá el apoyo de la Universidad Metropolitana pero no es exactamente un órgano de su Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos. La responsabilidad académica de la revista estará en el Consejo Editor; tendrá una periodicidad anual y aspira a alcanzar en sucesivos números un carácter acentuadamente monográfico, pero aceptará también artículos no necesariamente vinculados al tema central. La revista será arbitrada conforme a las costumbres académicas y los aportes podrán realizarse en español e inglés.

El mayor número de trabajos que componen la presente edición se refiere a problemas y asuntos del sistema de justicia, lo que contribuye a comenzar a darle el carácter monográfico buscado. Se inicia con una detenida revisión de los recientes 50 años de historia judicial en Venezuela realizada por Rogelio Pérez Perdomo; a continuación Laura Louza evalúa si efectivamente se ha realizado el ideal del constituyente venezolano de conformar un estado democrático en el que la justicia sea un valor fundamental; enseguida Jacqueline Richter y Carmen Luisa Roche, analizan específicamente el papel de la cultura jurídica en tanto que barrera al acceso a la justicia; prosigue el análisis jurídico y de funcionamiento de la justicia de paz que realiza María Teresa Zubillaga; luego contamos con la oportunidad de examinar una visión, que proporciona Ricardo Hernández Álvarez, desde el punto de vista de la profesión de abogado; por su parte, Gerardo Briceño examina la idea de la eficacia del derecho penal como solución a los problemas sociales. Allan Brewer Carías abunda en argumentos para considerar que en materia de justicia la aplicación de las normas constitucionales las ha reducido a lo que denomina un florido lenguaje. Esta nutrida parte concluye con dos aportes de derecho comparado, ambos sobre el proceso penal, uno de Miguel Angel Méndez Longoria referido al de los Estados Unidos y otro de Stefan Machura sobre el sistema alemán.

Lo que podríamos llamar una segunda parte, está formada por un trabajo de Humberto Njaim en el que, además de examinar el concepto de pueblo, se pretende mostrar una forma de acercamiento a los objetivos programáticos de *Derecho y Democracia* y el de Elsa Cardozo que revisa el concepto de soberanía a la luz de la teoría de las relaciones internacionales.



Cierran este número tres contribuciones de clásica factura jurídica. En la primera indaga Ricardo Antela Garrido sobre las garantías institucionales en la Constitución, donde destaca, por su actualidad entre nosotros, la cuestión de si la autonomía universitaria está incluida entre tales garantías; Francisco Hung, por su parte, trata si los socios de las sociedades civiles con personalidad jurídica también están afectados por una responsabilidad personal y Eugenio Hernández Bretón examina la solución venezolana al complejo problema de las calificaciones en el derecho internacional privado.

Al finalizar esta presentación es necesario señalar como aspectos de edición de este número que cada artículo va acompañado de un resumen y un *abstract* además del sumario de su contenido; en una sección aparte se especifican los datos biográficos de los autores a quienes se les ha dejado en libertad de utilizar sus formas propias de confeccionar las referencias bibliográficas. Los próximos números deberán ajustarse estrictamente a las pautas sobre políticas de publicación y normas editoriales que aparecen en esta edición. Esperamos, además, desarrollar en el futuro temas centrales como los referidos a la educación jurídica y su contexto político; gobernabilidad y estado de derecho, etc.

Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos

Medio siglo de historia judicial en Venezuela (1952-2005)¹

Sumario

1. La Justicia del Ministro (1952-1969).
2. Jueces y Justicia bajo el Consejo de la Judicatura (1969-1998).
3. La Justicia del Tribunal Supremo de Justicia.
 - A. La renovación normativa de la justicia.
 - B. *De la Corte Suprema al Tribunal Supremo.*
 - C. *La independencia de los Jueces.*
4. Balance de la Reforma y la Revolución judicial.

Resumen

La creación del Ministerio de Justicia en 1952 significó un esfuerzo importante para hacer más eficiente el Sistema Judicial. A juzgar por las Memorias presentadas por los ministros y por los testimonios de la época, esos propósitos se lograron en buena medida. El Sistema Judicial permaneció bastante reducido y políticamente era marginal. Son bien conocidos los abusos de derechos humanos cometidos por la policía de la época (la Seguridad Nacional) ante los cuales el Sistema Judicial no tenía ninguna capacidad de reacción.

La democratización del país a partir de 1958 implicó una expansión del Sistema Judicial que, sin embargo, pierde su focalización en la eficiencia. A partir de 1969 la creación del Consejo de la Judicatura consagró la colonización del Poder Judicial por los partidos políticos. Gracias a la democratización y a los cambios constitucionales y legislativos, los Jueces comenzaron a tener mayor relevancia, resolviendo casos políticamente importantes. El Sistema atendió más asuntos pero se hizo ineficiente y corrupto. Esto generó la necesidad de una Reforma Judicial

Al final de la década de 1990 comenzó una modernización importante dirigida a hacer el Sistema más accesible y eficiente. El Sistema Judicial pasó a ser gobernado por el Tribunal Supremo de Justicia. Los esfuerzos de modernización han sido importantes, pero se ha acentuado la dependencia política de los Jueces. Muchos de ellos han sido destituidos argumentando corrupción, pero en un número de casos la destitución procede después de decisiones en contra del Gobierno. Cualquier decisión contra el Gobierno ha pasado a ser impensable.

El trabajo muestra estos cambios con estadísticas y documentos oficiales.

Rogelio Pérez Perdomo

Abogado (1964) y Doctor en Derecho (1974), UCV. Master en Derecho (Harvard, 1972). Decano de la Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos de la Universidad Metropolitana (Caracas), profesor jubilado de la UCV. Fue Director Científico del Instituto Internacional de Sociología Jurídica (Oñate, España), Director Académico del Stanford Program for International Legal Studies (California) y miembro del International Advisory Board for Law and Justice Reform del Banco Mundial. Su libro más reciente es *Los Abogados de América Latina, Una Introducción Histórica*, publicado por la Universidad Externado de Colombia (2004) en español y Stanford University Press en inglés (2005).

¹ El presente trabajo se basa en el informe de investigación que la Unidad Coordinadora de Proyectos de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura (Tribunal Supremo de Justicia) me solicitó a comienzos de 2004. Agradezco a L.Louza, A.M.Orrego, D.Fernández, D.Figueroa y J.P.Molina, para el momento funcionarios de la DEM, en la recolección de información. N.Villegas, C.L.Roche, R.Molina y Rafael Pérez Perdomo por información y comentarios. Por supuesto, la responsabilidad por las afirmaciones es enteramente mía.

Abstract

The Secretary of Justice, created in 1952, gave great importance to the efficiency of the judicial system. The official memoirs and the informants' recollection show that the efforts were quite successful. The judicial system was small and politically marginal. The torture of prisoners and other human right abuses by the political police of the time (Seguridad Nacional) were notorious and the judges did not have any capacity for reaction.

Starting in 1958, the democratization implied the expansion of the judicial system, but the focus in efficiency was lost. The creation of the Judicial Council (Consejo de la Judicatura) in 1969 accelerated the judges' colonization by the political parties. The changes in the constitution and legislation gave the judges more power and they started deciding politically important cases. The system handled more cases, but became inefficient and corrupt.

By the end of 1990s a program for the modernization of the judiciary started. In 1999 the new Constitution suppressed the Judicial Council and put the judges under the control and supervision of the Supreme Tribunal of Justice. Many judges have been dismissed with the argument of corruption. In practice, the political affiliation has been important. The modernization efforts have been important but judges have become more politically dependent. Decisions against the government are unthinkable again.

The article uses abundantly official statistics and documents.



La historia judicial puede ser entendida como el análisis de los cambios en el gobierno de los Jueces, las estructuras organizativas y las reglas de funcionamiento de los Tribunales de Justicia. Puede también ser entendida como la historia de la función social que éstos cumplen y su vinculación con el funcionamiento del sistema político institucional. La documentación oficial sobre el Sistema Judicial tiende a revelar el primer aspecto con considerable detalle y a ofrecer información relativamente detallada sobre determinados aspectos de funcionamiento. Los aspectos contextuales generalmente no son considerados en tal tipo de literatura. Para estos aspectos existe una literatura que podemos llamar contextual o externa, por cuanto no ha sido producida por el propio Sistema, sino por investigadores universitarios, observadores y periodistas. En este trabajo nos apoyamos fundamentalmente en la legislación e informes oficiales que reflejan las estructuras y reglas de funcionamiento; en las estadísticas, que muestran los resultados operativos, y en la literatura académica que ha analizado el funcionamiento del Sistema en el contexto socio político.

La mirada al último medio siglo de documentos oficiales sobre el funcionamiento de la Justicia revela frecuentes esfuerzos de reforma o reorganización en los distintos aspectos de funcionamiento del Sistema Judicial. La existencia de cambios y reformas indican una insatisfacción con el funcionamiento del



Sistema. A la vez, los documentos revelan una considerable satisfacción con los resultados de las reformas recientes. El carácter sucesivo de las reformas muestra que la satisfacción es puramente temporal. La siguiente reforma es testimonio de que la anterior fue incompleta, que las transformaciones sociales han sobrepasado las previsiones, o que, en definitiva, la reforma no tuvo los efectos esperados.

Los problemas a los cuales los cambios entienden responder frecuentemente no están explícitos en los documentos legales. Los cambios son normativos: se cambian estructuras organizativas y reglas de funcionamiento y claramente se espera que esto produzca unos resultados. El mero análisis de esos cambios dejaría la impresión de que los cambios se producen por caprichos de quienes han tenido o tienen a su cargo la política judicial. Por esto, hemos considerado importante referirnos a los problemas percibidos y a los resultados obtenidos.

Para las épocas tempranas del período analizado los problemas que se intentaba responder y los resultados alcanzados pueden ser inferidos de los cambios de políticas reflejados en la documentación. No existe una literatura de investigación. Para los períodos más recientes la literatura académica es de una ayuda inestimable para reconstruir los problemas que las reformas encaraban y los resultados obtenidos. También hay una abundante literatura periodística producida por quienes han tomado las decisiones o sus críticos.

La historia judicial de Venezuela no ha sido escrita². Para este trabajo hemos escogido los últimos 50 años y para trazar los grandes períodos dentro de este fragmento de la historia judicial hemos atendido al gobierno de los Jueces y los organismos que han decidido sobre políticas judiciales. En la primera etapa el Ministro de Justicia tenía claramente la preeminencia en la designación y disciplina de los Jueces, y en las decisiones más importantes en materia de política judicial (1952-1968). Este período incluye lo que en la historia política conocemos como la dictadura del General Marcos Pérez Jiménez y la primera década de gobierno democrático. En el segundo período el organismo central en el gobierno de los Jueces y la política judicial fue el Consejo de la Judicatura (1969-1998). En términos políticos corresponde a una democracia de partidos. En la etapa más reciente el organismo clave es el Tribunal Supremo de Justicia. Este período corresponde hasta ahora a las presidencias del Teniente Coronel Hugo Chávez.

1. La Justicia del Ministro (1952-1969)

Nuestro primer período se inicia con la completa primacía del Ministro de Justicia. Éste era un funcionario del Poder Ejecutivo que tenía a su cargo mucho del gobierno judicial, y en un sentido amplio, lo que hoy denominamos el sistema de justicia. El Poder Judicial había sido centralizado en 1945 (hasta ese momento correspondía a los estados, con excepción de un pequeño grupo de tribunales federales). El Ministerio mismo fue creado en 1952. Dentro de su competencia estaba lo que hoy corresponde a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y al propio Ministerio de Justicia. Además, tenía importantes funciones en relación con el Ministerio Público, que hoy no tiene el Poder Judicial ni el Ejecutivo Nacional.

Correspondía al Ministro de Justicia proponer ante la Corte Federal (que tenía funciones similares a las que tienen hoy las salas Plena, Constitucional y Político Administrativa), ternas de candidatos para cada designación judicial. De la lectura de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1956 se infiere que la postulación no era rechazable y que la Corte Federal sólo podía escoger a quién designaba Juez Principal y quiénes iban a ser Jueces Suplentes (Artículos 34 y 35). El Ministro también tenía a su cargo el control y administración de la actividad judicial. Los inspectores de tribunales eran los funcionarios encargados de ejercer el control mediante visitas periódicas y la revisión de las estadísticas judiciales. El Ministro tenía a su cargo las sanciones a los Jueces, incluida la destitución.

Los Jueces eran designados por períodos constitucionales (Ley Orgánica del Poder Judicial de 1956, Artículo 11), es decir, su designación se correspondía con la del Presidente de la República y los parlamentarios. Durante ese período de cinco años no podían ser destituidos sino por las causales establecidas en la Ley (Artículo 12, *eiusdem*). La conducta intachable y el buen rendimiento les daban prioridad para aspirar a la reelección. El régimen se consideraba provisional mientras se producía la Ley de Carrera Judicial, pero ésta no se promulgó en todo el período. Una excepción importante eran los Jueces instructores (a cargo de la investigación penal) que eran de la libre designación y remoción del Ministro de Justicia (Artículo 35).

La Memoria y Cuenta del Ministerio de Justicia en 1955 entiende ser un panorama general del funcionamiento de la justicia para ese año y tiene la virtud de reportar datos también para 1953 y 1954. La cita del documento es útil para recuperar los problemas a los cuales se entendía responder en la época:

2 / Para una historia de la Judicatura en el siglo XIX puede verse Pérez Perdomo, 1990.

“Para analizar la labor cumplida es indispensable no olvidar que, dentro de los objetivos perseguidos por el Ejecutivo Nacional, al crear el Ministerio de Justicia, se contó el de agilizar los procesos y lograr que la justicia se administre con prontitud y con eficiencia, para remover así las causas que habían venido determinando una marcada lentitud en la marcha de los juicios, perjudicial para los encausados ante los Tribunales Penales, para el propio Estado, para los intereses patrimoniales de los litigantes y para el crédito y buen nombre de los abogados intervinientes”. (Ministerio de Justicia: Memoria y Cuenta, 1955, pág. 119).

Lo primero a destacar es que la lentitud de la justicia era percibida como un problema del Ejecutivo Nacional. Lo implícito en la afirmación es que al Poder Judicial le correspondía sólo la decisión de los casos. El control administrativo y disciplinario de los Jueces, y la administración del sistema, correspondía al Poder Ejecutivo. Esto no era obstáculo para que se afirmara que los ellos contaban con amplia autonomía.

El principal problema percibido era la lentitud de los juicios en materia penal. Los resultados reportados por el Ministerio son considerados positivos por éste, o para usar sus palabras, “mucho se ha logrado”. El instrumento fundamental fue el mayor control de la actividad de los Tribunales. Es notable la atención que se prestó a la estadística. Como informa la Memoria, los Tribunales y demás dependencias de justicia debían reportar mensualmente. Cuando había errores en el reporte, el Director de Justicia los hacía del conocimiento del Juez y del público, publicando los oficios con las correcciones respectivas en la Memoria del Ministerio. Son varios los oficios corrigiendo los datos estadísticos suministrados por Jueces, Fiscales del Ministerio Público, Defensores Públicos de Presos, Procuradores de Menores y Médicos Forenses. Todo hace suponer que la demora en la entrega de la información y los errores importantes en la información suministrada no era una falta ligera de los funcionarios y que la estadística judicial puede tomarse como un buen indicador de la actividad y los logros del sistema en esta época.

La Memoria reporta igualmente que el descenso en el rendimiento se atendía de inmediato y que se prestó atención a “las 2.515 causas penales cuyos reos cumplieron un año de detención sin haber concluido el proceso” (Memoria y Cuenta, 1955, Pág 120). Esto indica que el transcurso de un año en una

causa penal sin que hubiera concluido el proceso se consideraba una anomalía y a esto se refería la demora que se quería corregir. El informe no señala el universo de las causas penales, pero en la sección estadística informa que en 1955 ingresaron 5.439 causas penales y fueron sentenciadas en segunda instancia 5.310 (Memoria y Cuenta, 1955. Anexo Estadístico 88). Esto implica que el número de causas iniciadas y concluidas era similar, pero que había un remanente de aproximadamente un tercio de las causas en 1955.

El análisis de las estadísticas judiciales permite formarse una imagen de la situación del Poder Judicial y, de una manera general, del funcionamiento del Sistema de Justicia. La estadística reporta en los Tribunales cuya misión fundamental era la producción de sentencias, el número de causas ingresadas y causas sentenciadas. Lo hace para los años 1953, 1954 y 1955, advirtiendo que 1953 es el primer año para el cual los datos están completos. La serie de causas ingresadas tienen un incremento sustancial en esos tres años, y el incremento es mayor en el renglón de las causas sentenciadas. Dicho en otras palabras, la imagen general es la de un sistema judicial que aumentó su producción en pocos años.

También llama la atención que hay una clasificación de los Tribunales por el número de casos que recibe y de los cuales dispone. En la primera categoría están los Tribunales con un volumen superior a los 27 asuntos por mes (implica aproximadamente una sentencia diaria). En la cuarta están los Tribunales con un volumen de trabajo inferior a los 9 asuntos por mes. Es notorio que la mayor parte de los Tribunales se agrupan en esta categoría y en la anterior (más de nueve y menos de 18). Creemos que la diferencia de categoría se reflejaba en los salarios de los Jueces y Secretarios, pero no hemos podido verificar esta conjetura.

Uno de los problemas centrales percibidos era la selección del personal apto para el desempeño de cargos judiciales. La satisfacción con lo logrado está también presente:

“...el Despacho no descansa en su afán de lograr que esos cuadros judiciales queden integrados por los elementos más capaces. (Para ello) el Ministerio pone en juego una serie de factores confluentes a procurar el mejor acierto en la elección. En este sentido los Inspectores de Tribunales se ocupan de recoger los datos sobre cada uno de los posibles designados, en cuanto

a su conducta, sus conocimientos, su especialidad, tiempo de ejercicio profesional, y en general todo cuanto tienda a puntualizar la condición del candidato...” (Memoria y Cuenta, 1955, pág 275).

La Memoria da también detalles de los procedimientos usados para la promoción del personal. En resumen, hay un gran orgullo por los resultados obtenidos y por las reformas que se han realizado o que proyectan realizarse en el futuro. Ese orgullo está apoyado en “datos recopilados estadísticamente con criterio funcional, que demuestra con considerable exactitud, tanto el funcionamiento de la Administración de Justicia en todos sus aspectos, como la labor que rinden sus diversas dependencias” (*Memoria y Cuenta* cit, pág 274). Sin duda, la mentalidad reflejada es una meritocrática. El siguiente párrafo puede ser el resumen del balance:

“El funcionamiento de los Tribunales ha sido excepcionalmente satisfactorio. Se ha evitado la paralización de procesos y el número de decisiones ha señalado una actividad superior a otros años, y muy especialmente en materia penal la celeridad de las causas se ha ajustado en lo posible a los términos legales evitando dilaciones injustificadas” (Memoria y Cuenta, 1955, pág. 274).

La impresión general que deja la lectura de la información oficial es la de un sistema judicial que maneja con comodidad un número creciente pero no demasiado alto de casos. El gobierno judicial sigue expresamente políticas meritocráticas, de mayor control y de propulsión de eficiencia, que lograron un claro aumento de la productividad del sistema. Los abogados de mayor edad en el presente recuerdan el período como una edad de oro de los Tribunales Venezolanos, en la cual tanto la casación como los Tribunales de Instancia resolvían los casos con prontitud y producían sentencias con alta calidad jurídica.

Por otra parte, el inevitable análisis del contexto político muestra la marginalidad del Poder Judicial. El gobierno del General Pérez Jiménez no sólo fue el producto del desconocimiento de los resultados electorales de 1952 sino que son bien conocidas sus políticas represivas. La Seguridad Nacional era la ampliamente temida Policía Nacional, en cuyos calabozos se torturaba sistemáticamente. Los Jueces ignoraban oficialmente lo que pasaba en la Seguridad Nacional y

no era pensable que un Juez interfiriera con procedimientos policiales para garantizar la libertad, aunque éste fuera un derecho declarado en la Constitución. Los opositores eran tratados como rebeldes y cualquier manifestación de oposición era seriamente reprimida. Cualquier ciudadano o abogado que demandara al Estado no sólo podía esperar muy poca comprensión sino que su acto podía considerarse un acto de oposición al régimen, con graves consecuencias para el peticionario. En otras palabras, en términos políticos, el sistema judicial era marginal y relativamente cómplice del régimen. No podía esperarse de él el control de la legalidad de los actos de los poderes políticos o la garantía de los derechos individuales.

Dado el carácter del régimen, los documentos de época que hacen referencia a esta situación usan un lenguaje indirecto. Un buen ejemplo de éste es el trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Pablo Ruggeri Parra, profesor de Derecho Constitucional en la época:

“La experiencia señala que no basta con garantizar en la ley independencia a los Jueces, adecuada remuneración y estabilidad en sus cargos para lograr en la práctica una buena justicia. En efecto, la justicia funciona como parte de un complejo total; y sin una honesta administración pública, y la necesaria autonomía del Parlamento, es decir, sin un funcionamiento normal del Estado de derecho, serán vanos los esfuerzos por la dignificación del órgano judicial. La justicia en estas condiciones respirará la atmósfera deletérea del país y sucumbirá agobiada por el ambiente en que vive” (Ruggeri Parra, 1957:102).³

La caída de Pérez Jiménez en enero de 1958 no tuvo ningún impacto apreciable inmediato en el Poder Judicial. No hubo una purga de Jueces durante el gobierno provisorio (1958) ni durante el gobierno de Rómulo Betancourt (1959-64), confirmando la respetabilidad personal de los Jueces, pero también su marginalidad política. Se mantuvo la Ley Orgánica del Poder Judicial y la preeminencia del Ministro de Justicia como eje del Sistema de Justicia. En 1961 se

³ / Ruggeri Parra (1957) tiene el cuidado de hacer esta observación en general, sin referir a Venezuela, y cita como ejemplo el descenso de la justicia italiana bajo el fascismo, pero la referencia a la situación venezolana era comprensible para un lector educado. Hernández Ron, en su contestación al discurso de incorporación de Ruggeri Parra señala esa frase, pero destaca que Venezuela, desde la creación del Ministerio de Justicia se ha hecho mucho por dignificar a los Jueces y considera que éstos son verdaderamente independientes (Ruggeri Parra, 1957:23-24).

promulgó una nueva Constitución con varias previsiones importantes.

La Constitución de 1961 unificó la Corte Federal y la Corte de Casación en una sola que pasó a denominarse Corte Suprema de Justicia, conforme a la vieja tradición republicana. Sus competencias se ampliaron en materia de control de constitucionalidad y legalidad del Poder Público (Artículos 206 y 215). La detención policial se limitó a 72 horas y los Jueces tenían lapsos perentorios para dictar autos de detención o dejar en libertad a los detenidos. Se estableció el habeas corpus y también el amparo, aunque no se reguló este último. La Constitución creó también la figura del Fiscal General de la República como cabeza del Ministerio Público (Artículo 218 ss). Hasta ese momento, la cabeza del Ministerio Público era el Procurador General y los fiscales eran designados por éste a proposición del Ministro de Justicia. El Fiscal General fue concebido como una figura independiente del Poder Ejecutivo, designado directamente por el Congreso por un período constitucional. Tenía, además de las funciones de Ministerio Público, velar por el respeto de los derechos constitucionales y por la celeridad de la justicia (Artículo 219, 1° y 2°). La Constitución previó también la creación del Consejo de la Judicatura “con el objeto de asegurar la independencia, eficacia, disciplina y decoro de los Tribunales y de garantizar a los Jueces los beneficios de la carrera judicial” (Artículo 217).

En la práctica los cambios inmediatos fueron menos importantes que los previstos en la Constitución. La Seguridad Nacional fue suprimida a la caída de la dictadura y hubo esfuerzos por hacer más técnica la función policial. La creación del Cuerpo Técnico de Policía Judicial y de cuerpos policiales descentralizados revela un propósito de tecnificación y de acercar la policía a los entes regionales y locales. Las Memorias y Cuentas de los ministros de justicia del período reportan el creciente número de recursos de habeas corpus, la mayor parte de los cuales se declaraban con lugar. Como la oposición estuvo prevista en el sistema político, se permitió libertad de expresión, de reunión y varias otras libertades. Sin embargo, el cambio cultural fue lento. Se continuó abusando de las torturas y maltratos a los detenidos, aunque de manera más selectiva: el sistema judicial funcionaba para quienes podían pagar a un abogado. Se congestionaron y descuidaron las cárceles, que se hicieron más inhóspitas.

Tampoco se tomó ninguna acción inmediata para la creación del Consejo de la Judicatura ni para elaborar la Ley de Carrera Judicial. Las designaciones de Jueces siguieron en manos del Ministro de Justicia,

quien comenzó a atender las recomendaciones de los partidos en el gobierno.

En la década de 1960 el gobierno enfrentó varios movimientos insurreccionales. Los primeros, bastante débiles, fueron movimientos militares que pueden considerarse remanentes de la dictadura de Pérez Jiménez y fueron dominados rápidamente. El movimiento más importante fue el de la izquierda marxista (Partido Comunista y Movimiento de Izquierda Revolucionario) que abrieron varios frentes guerrilleros, tanto rurales como urbanos. La reacción gubernamental fue desviar los casos de mayor contenido político a los Tribunales Militares y controlar políticamente a los Tribunales Penales. Un dirigente del partido Acción Democrática, David Morales Bello, se distinguió por el control ejercido sobre un número de Jueces desde su posición política y de su escritorio de abogados. La red que se configuró se conoció en los medios judiciales y políticos como la Tribu de David y fue el modelo del encuadramiento político de Jueces y, a la vez, una forma de garantizar resultados por razones políticas o mediante el pago de altas sumas de dinero que formalmente aparecían como honorarios profesionales de los abogados que intervenían en el proceso (Pérez Perdomo, 1995).

Las Memorias y Cuentas de los ministros de justicia durante la primera década de gobierno democrático mantienen el formato establecido. La Memoria de 1959, el primer año de gobierno democrático, reitera las atribuciones legales del Ministerio pero no menciona para nada el posible impacto del cambio político. Al contrario, la estadística de los Tribunales es provista para los últimos cinco años, lo cual puede ser útil para construir series parciales. Las Memorias posteriores reflejan una disminución de la preocupación meritocrática y una disminución de la calidad de los datos. La Memoria de 1960 confiesa que los datos para el segundo semestre del año no están completos y que para hacer las cifras comparables han utilizado proyecciones (*Memoria del Ministerio de Justicia*, 1960, nota al cuadro 17).

La Memoria de 1963 es seguramente la más significativa. Bien sea por ser el último año del período presidencial de Rómulo Betancourt o por cambios personales en el Ministerio, la Memoria asume la tarea de hacer un balance, destacar los cambios desde el período de Pérez Jiménez y mirar al futuro. El cuadro 1, que elaboramos con ayuda de esa Memoria, presenta las cifras comparativas entre el último año de gobierno de Pérez Jiménez y el último de Betancourt:

Comparación del número de Tribunales y Oficinas de Justicia 1957-1963

	1957	1963
Tribunales Superiores	36	41
Tribunales Primera Instancia	88	150
Tribunales de Distrito	163	173
Tribunales de Municipio	256	359
Fiscalías Ministerio Público	36	44
Defensorías Públicas	31	44
Jueces	591	754
Jueces por 100.000 habitantes	8.8	9

FUENTE: Memoria y Cuenta del Ministerio de Justicia 1963.

Se aprecia un aumento considerable en el número de Tribunales y otras Oficinas Judiciales. La Memoria destaca que el régimen dictatorial había disminuido el número de tribunales y que para enero de 1958 había sólo 591 Jueces, de los cuales sólo 211 eran abogados (*Memoria y Cuenta 1963*, pág. 310). En cambio, en 1963 se había incrementado el número de Tribunales a 723 y el de Jueces a 754, de los cuales 303 eran abogados. Esto refleja que había dificultades para contratar abogados para los cargos de Jueces de menor rango (distrito y municipio) todavía en 1963, y que el crecimiento del sistema judicial se produjo sobre todo en la categoría de Jueces municipales.

La Memoria de 1963 trae también estimaciones sobre el número de jueces necesarios. Centra su atención en los jueces penales de primera instancia y de instrucción. Para ese momento había 44 en la primera categoría y 31 en la segunda. La estimación es que se requiere 93 y 93. Nótese que se aboga por un aumento muy sustancial, mayor a la duplicación. El Ministro señala también que se requiere una mejoría en los salarios. No hay una buena argumentación para el requerimiento, ni tampoco las razones del cambio de foco: el incremento necesario parece ser en los Tribunales de Primera Instancia e Instrucción Penal, pero en los años anteriores el incremento fue en los Jueces municipales. En resumen, la Memoria de 1963 revela la pérdida de la búsqueda de la eficiencia y la completa falta de planificación en el área judicial. No menciona en absoluto los criterios y procedimientos de selección del personal judicial.

2. Jueces y Justicia bajo el Consejo de la Judicatura (1969-1998)

El Consejo de la Judicatura era una vieja aspiración de los Jueces venezolanos, que veían en ella un paso para la consolidación de la carrera judicial y una garantía de la independencia de los Jueces. La imagen normativa es que tal organismo liberaría a la Judicatura de la tutela del Poder Ejecutivo y haría del gobierno de los Jueces un asunto objetivo y políticamente neutral. En este sentido, la existencia del Consejo se asociaba a la carrera judicial y la profesionalización de la Judicatura. La Constitución de 1961 previó su creación, en su Artículo 217, señalándole como misión el asegurar la independencia, eficacia, disciplina y decoro de los Tribunales y asegurar la carrera judicial. Sin embargo, la creación del Consejo no se produjo hasta 1969.

Las circunstancias de la creación del Consejo de la Judicatura han sido bien documentadas en el trabajo de Brito González (1978). En 1969 asumió como Presidente Rafael Caldera, líder del principal partido de oposición de la época (COPEI). Se estimaba que en los diez años bajo la presidencia de dirigentes de Acción Democrática, el Poder Judicial se había *adequizado* y que uno de los méritos principales para la designación como Juez era la pertenencia a ese partido político. Había también severas críticas a la corrupción de los Jueces y la Tribu de David era citada como el ejemplo más obvio de la corrupción de la justicia. Corrió la información que el Ministro de Justicia, José Guillermo Andueza, tenía la lista de los Jueces de Acción Democrática a quienes no se les renovarían la designación. Como Acción Democrática

tenía una fuerza parlamentaria superior a la de COPEI decidió coaligarse con los partidos minoritarios (MEP y URD) para reformar la Ley Orgánica del Poder Judicial e introducir en esa reforma al Consejo de la Judicatura. Esto se hizo en septiembre de 1969.

El Consejo fue configurado como un organismo de nueve miembros o Magistrados que asumió las funciones que tenía el Ministro de Justicia en materia judicial. Pasó al Consejo la designación de Jueces, sin necesidad de consulta a la Corte Suprema de Justicia, así como el control del Sistema y la vigilancia o inspección judicial. El Consejo tenía igualmente la autoridad para sancionar, incluso destituir a los Jueces, y tenía el control del presupuesto.

Los nueve Magistrados del Consejo de la Judicatura eran designados por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (5), el Congreso (2) y el Presidente de la República (2). Acción Democrática tenía una mayoría sólida en la Sala Político Administrativa, lo cual le garantizaba una presencia importante en el Consejo. Los representantes de los otros poderes del Estado daban igualmente representación a todos los partidos importantes. Para darle legitimidad al Consejo, la Sala Político Administrativa designó Presidente a Rafael Pizani, un jurista de probada honestidad e independencia política. Pizani muy pronto se dio cuenta que era una voz aislada en el Consejo y que de lo que se trataba era de un reparto político de los cargos judiciales. Por eso renunció con una carta pública que llamaba la atención sobre el reparto político del Poder Judicial.

Para las elecciones subsiguientes de los Magistrados del Consejo de la Judicatura, las negociaciones entre los partidos eran conocidas públicamente. Eran ellos quienes escogían a los Magistrados aunque formalmente aparecieran siendo designados por la Corte Suprema, el Congreso o el Presidente. La escogencia recayó en abogados conocidos por su actividad política y por la lealtad hacia los partidos. Por ejemplo, en 1989, el recién electo Presidente del Consejo declaró en la prensa que era un Consejo equilibrado, pues dos de sus miembros eran de COPEI, dos de Acción Democrática y él mismo era del MAS (Pérez Perdomo, 1995).

Desde su inicio, una de las tareas más importantes del Consejo de la Judicatura fue la selección y designación de los Jueces. Sólo los quince Magistrados de la Corte Suprema de Justicia eran designados directamente por el Congreso (por períodos de nueve años). Los cinco magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (creada por la Ley

de la Corte Suprema de Justicia de 1976) y los tres del Tribunal Superior de Salvaguarda (creado por la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público de 1982) eran designados directamente por la Corte Suprema de Justicia. Todo el resto de los Jueces y del personal judicial era escogido, evaluado y controlado por el Consejo de la Judicatura. Fue una responsabilidad enorme para la cual el Consejo no diseñó los mecanismos apropiados, como veremos luego.

El Consejo de la Judicatura se convirtió en el instrumento mayor de control político de los jueces y el eje clientelar de la judicatura. Para ser designado, sobrevivir como Juez o para progresar en la carrera, el mérito principal pasó a ser la conexión adecuada dentro del Consejo o con un partido político que pudiera influir con miembros del Consejo. A la vez, la protección directa de un Magistrado o grupo de poder dentro de la judicatura garantizaba que ninguna queja sería atendida. La dotación de los Tribunales reflejaba también el grado de poder dentro de la Judicatura del Juez respectivo (Andueza, 1985; Rangel, 1985; Quintero, 1983, 1988).

Las frecuentes quejas públicas sobre el funcionamiento de la justicia llevaron a reformas legislativas importantes. En 1980 el Congreso aprobó la Ley de Carrera Judicial. Como hemos visto, ésta era una aspiración desde la década de 1950, pero las necesidades de encuadramiento político de los Jueces hacían que nunca hubiera sido emprendida. Es notable que fuera el Ministro de Justicia (de nuevo José Guillermo Andueza) y no el Consejo de la Judicatura, como cabía esperarse, quien preparó el proyecto legislativo.

La Ley de Carrera Judicial refleja la intención de adoptar criterios meritocráticos en la selección y evaluación de los Jueces. La selección procedería por concurso de oposición cuyas pruebas fueron reguladas. La evaluación atendería a criterios de productividad y calidad de las decisiones. Entre esos criterios, estaba, por ejemplo, el grado de cumplimiento de los lapsos procesales en la toma de decisiones, y el número de sentencias confirmadas por los Jueces Superiores, en relación con el número de sentencias producidas. En 1988 se promulgó la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, que redujo el número de Magistrados a cinco e intentó hacer más eficientes los mecanismos del Consejo. Esta Ley modificó parcialmente el contenido de la Ley de Carrera Judicial.

Las reformas legislativas no tuvieron ningún efecto importante en la práctica. Por ejemplo, en 1988

Jesús Petit Da Costa, para entonces Magistrado del Consejo de la Judicatura, señaló que desde la aprobación de la Ley de Carrera Judicial en 1980 no había sido convocado ningún concurso de oposición (El Universal, 24-04-88, citado por Marín, 1988:9). Tal afirmación no pareció ser escuchada en el propio Consejo de la Judicatura porque para el resto de su existencia tampoco celebró concursos públicos de oposición. Aun los concursos de credenciales, un sucedáneo a la oposición, se realizaban con dificultades y hubo graves acusaciones de fraude o inutilidad de estos concursos (Pérez Perdomo, 1995:33). La organización de concursos de oposición no requiere de capacidades organizativas muy desarrolladas y, de hecho, las universidades nacionales tenían una larga experiencia organizándolos para la selección del personal docente y de investigación. La dificultad era otra: el concurso de oposición excluía la selección clientelar de los Jueces.

En materia de selección de Jueces, dificultades similares corrió la Escuela de la Judicatura. Dicha escuela, creada a raíz de la Ley de Carrera Judicial de 1980, previó un curso de ingreso cuyo propósito era preparar a los aspirantes a seguir la carrera de Juez. El modelo general era la *École de la Magistrature*. La variante principal es que el concurso de ingreso a la escuela en Francia es también concurso de ingreso a la carrera. Esta regla no se adoptó en Venezuela, con lo cual se disoció ambos temas. El resultado es que en 1987 la Escuela de la Judicatura había organizado tres cursos de ingreso, y 243 aspirantes los habían aprobado, pero ninguno había sido designado Juez (Marín, 1988). En 1991, la escuela reinició actividades y se comenzó a exigir como requisito que los aspirantes a ingresar como Jueces aprobaran el curso. Sin embargo, esta regla tenía numerosas excepciones y, en todo caso, la aprobación del curso no garantizaba el ingreso a la Judicatura. El ingreso se hacía teóricamente por concurso de credenciales, con lo cual la designación era provisoria. En resumen, la Escuela de la Judicatura no sirvió para regularizar el ingreso a la Judicatura y librarla del clientelismo político. Al contrario, la forma clientelar como se producía ese ingreso privó a la escuela de una función plausible y potencialmente muy importante.

El Artículo 35 de la Ley de Carrera Judicial estableció que el Consejo de la Judicatura evaluaría el rendimiento de los Jueces anualmente o cuando considerara conveniente. El Artículo 36 fijó los elementos a partir de los cuales se evaluaría ese rendimiento. Entre éstos estaba el número de sentencias dictadas,

con distinción entre las interlocutorias y definitivas; el número de sentencias revocadas o casadas; la observancia de los plazos judiciales; la duración de las causas; las inhibiciones y recusaciones introducidas contra el Juez. Tal artículo, in fine, estableció igualmente que el Consejo fijaría la escala de rendimiento satisfactorio, la haría pública y que los ascensos se efectuarían con estricta sujeción a ella. El Consejo no diseñó nunca los instrumentos adecuados para evaluar a los Jueces, seguramente porque la función clientelar le hizo preterir cualquier otra función. La estadística judicial perdió su función de control de gestión.

Conforme a los términos del Artículo 36 citado, el Consejo de la Judicatura requería de un flujo de información continuo sobre los ítems que indicaba. En la práctica, tal flujo de información no se producía y, conforme a la indicación de los funcionarios de la sección de estadística del Consejo entrevistados en la época (Pérez Perdomo, entrevistas para la realización de los estudios 1987 y 1995), los Jueces eran negligentes en entregar la información, hasta el punto que seis meses después de concluido un año no se disponían todavía de datos suficientes para producir la estadística del año anterior. Una de las funciones teóricas de los Inspectores de Tribunales era chequear la veracidad de la información estadística, pero en la práctica los propios inspectores no recibían ningún entrenamiento y cada uno hacía las inspecciones como podía (Pérez Perdomo, 1995). Ante tal panorama puede concluirse que los propios magistrados del Consejo de la Judicatura no recibían información fiable y oportuna para evaluar el rendimiento de Tribunales y Jueces.

La falta de evaluación del trabajo de los Jueces no impidió que éstos alcanzaran una considerable estabilidad. En parte, esto se debió a la agremiación de los propios Jueces. La primera Asociación de Jueces se constituyó en Caracas en 1979 y en 1986 se constituyó la Federación Nacional de Asociaciones de Jueces. Uno de sus objetivos fue naturalmente la defensa de sus agremiados y, en especial, la estabilidad en los cargos. En realidad, la probabilidad para un Juez de permanecer en su cargo era alta. En 1974 se ratificó al 68 por ciento y en 1980, el 79 por ciento. Pero los datos pueden ser leídos a la inversa: en esos dos momentos se excluyó uno de cada tres y uno de cada cinco, respectivamente. La mayor estabilidad fue seguramente debida a decisiones de la Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia que frecuentemente revocó decisiones del Consejo de la Judicatura desti-

tuyendo Jueces sin una motivación suficiente. La Corte estableció que el Consejo no tenía discrecionalidad para remover a los Jueces, aun cuando no hubieran ingresado por concurso (Pérez Perdomo, 1995:34). Ante la inexistencia de criterios que pudieran hacerse explícitos para evaluar a los Jueces, el efecto de las decisiones de la Sala fue facilitar la permanencia de Jueces incompetentes e ineficientes.

El Consejo de la Judicatura no se consideró obligado a rendir cuentas públicamente hasta el año final de su existencia. La única Memoria y Cuenta publicada corresponde a 1998. Los datos disponibles sobre el funcionamiento del Sistema Judicial venezolano fueron publicados por el Anuario Estadístico de la Oficina Central de Estadísticas e Informática (OCEI), una dependencia del Ministerio de Fomento. Las estadísticas publicadas no reflejan la marcha de los casos. Las categorías centrales usadas eran "asuntos ingresados" y "asuntos resueltos". Lamentablemente no aparece la definición de las categorías. En las entrevistas a los Inspectores de Tribunales quedó claro que no podía identificarse "asunto" con "caso", sino por lo contrario, que un caso generaba una variedad de "asuntos". "Asunto resuelto" tampoco implicaba que se hubiera cerrado un tema o caso. En materia penal, en la cual se desglosaba la información, los autos de detención aparecían entre los asuntos resueltos, aunque éstos en realidad indicaban el comienzo de un caso. La persistencia de una cantidad mayor de asuntos resueltos sobre los ingresados tiene muy poca significación, salvo, probablemente, la función de aparentar una eficiencia que no existía.

El Consejo de la Judicatura nunca produjo información sobre la duración de los casos y el cumplimiento de los lapsos procesales. Hubo algunas mediciones parciales, realizadas en trabajos de investigación muy focalizados. Por ejemplo, Van Groningen (1980) midió la duración de los procesos de homicidio y encontró que aquellos que llegaban hasta sentencia definitivamente firme tomaban más de cuatro años. Nótese la diferencia con el criterio establecido en la década de 1950, en la cual se consideraba demorado un proceso penal que excedía al año de duración. Lo notable es que el Consejo de la Judicatura nunca midiera la duración de los juicios, informara al público del problema ni tomara medidas para remediar el problema analizado.

Uno de los problemas detectados, relacionado con el de la duración de los procesos penales, era la cantidad de presos sin condena (en espera de sentencia). El cuadro 2 refleja la situación en las prisiones:

Cuadro 2

Población Reclusa en Venezuela 1962-1997

Reclusos	1962	1977	1987	1997
Población reclusa total	8.217	15.357	28.972	25.575
Reclusos por 100.000 habitantes	102	118	160	111
Reclusos no condenados (%)	68	61	67	69

FUENTE: Pérez Perdomo (2003:445) a partir de datos del Ministerio de Justicia

Se toma 1962 como primer año, pues fue la Constitución de 1961 que garantizó la libertad y estableció el control judicial sobre la población reclusa. La existencia de un número alto de presos sin condena en América Latina había sido un tema que había llamado la atención de los organismos especializados de las Naciones Unidas (Carranza et al., 1983). Una persona no condenada es legalmente inocente y mantenerlo en prisión es una injusticia flagrante. En la década de 1980 la prensa empezó a poner atención al tema y a usarlo como un instrumento de crítica al sistema de justicia penal.

El cuadro 2 muestra que Venezuela durante todo el período tiene un número relativamente bajo de prisioneros con respecto a la población, si comparamos con los Estados Unidos o Rusia⁴. Es notable que en la década de 1990 se incrementara sustancialmente la delincuencia violenta (Pérez Perdomo, 2003b) y, en contra de lo que podía esperarse, la población reclusa disminuyera. Tal resultado puede ser explicado por la preocupación pública por las condiciones de vida en las cárceles (Pérez Perdomo & Rosales, 2003), la cual, en definitiva, influyó en la sustancial reforma del proceso penal ocurrida en 1998. También es notable que, a pesar del relativamente bajo número de prisioneros, la población reclusa era fundamentalmente una que esperaba sentencia. Esto es un hecho gravísimo que mostraba patentemente el mal funcionamiento de la justicia penal.

La presión de la opinión pública llegó al Consejo de la Judicatura. Por iniciativa de la Magistrado María Elena Crespo de Hernández se realizó un estudio de la población reclusa. El estudio reveló casos dramáticos de personas detenidas cuya detención era ignorada por los Tribunales o de personas detenidas por largo tiempo simplemente porque los Tribunales "olvidaban" sus casos. La Comisión Andina llegó a conocer el informe y lo publicó parcialmente tiempo después (Comisión

4 / Por el contrario, es similar a los países europeos.

Andina de Juristas, 1992). Es notable que el propio Consejo de la Judicatura nunca considerara oportuno publicarlo.

Conscientes del problema de la demora de la Justicia Penal y las implicaciones que tenía, el Consejo de la Judicatura decidió crear Jueces itinerantes que asumieran las causas en estado de sentencia que se hubieran acumulado en los Tribunales. Es dudoso que esto fuera una respuesta adecuada a los problemas de funcionamiento, pues muchas de las paralizaciones y otras dificultades ocurrían antes de que las causas llegaran al estado de sentencia. El programa fue evaluado muy positivamente porque los Jueces itinerantes dictaron un número elevado de sentencias (Morais de Guerrero et al., 1994). Lo que generalmente no se observa es que el número total de sentencia cayó porque los Jueces titulares dictaron menos sentencias. En otras palabras, el programa de Jueces itinerantes incrementó la ineficiencia de la Justicia. El Consejo de la Judicatura claramente falló al no abordar directamente el problema de ineficiencia y no poner atención a la evaluación seria del trabajo de los Tribunales y Jueces.

El número de Jueces durante el período del Consejo de la Judicatura se incrementó lentamente, a un ritmo menor que el crecimiento de la población, lo cual implica una disminución del número relativo de Tribunales. El cuadro 3 muestra los cambios en el número de Tribunales

Cuadro 3

Cambios en el Número de Tribunales bajo el Consejo de la Judicatura

Tribunales	1971	1981	1990	1997
Superiores	55	96	148	181
Primera Instancia	200 a	289 b	326	368
Distrito (c)	169	200	208	219
Municipio (c)	359	356	354	343
Totales	783	941	1.036	1.111
Por 100.000 habitantes	7.3	6.5	5.3	4.9

NOTAS: a- Incluye 53 Juzgados de Instrucción; b- Incluye 77 Juzgados de Instrucción que fueron suprimidos y pasaron a ser Juzgados de primera instancia. (c) Durante el período hubo cambio de denominación. Por la mayor parte del tiempo se denominaron "Juzgados de Distrito o Departamento" y "Juzgados de Municipio o Parroquia". Hacia el final del período los primeros pasaron a llamarse Juzgados de Municipio y los segundos Juzgados de Parroquia.

FUENTE: Pérez Perdomo, 2003, basado en el Anuario Estadístico de la OCEI.

Los años 1971, 1981 y 1990 se escogieron por ser los de Censo General de Población. 1997 por ser el penúltimo año de existencia del Consejo de la Ju-

dicatura y no tener la contaminación de las reformas que se iniciaron en 1998. El número de Tribunales refleja bastante bien el número de Jueces, pues todos eran unipersonales salvo la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (5 Jueces) y el Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público (3 Jueces). En la década de 1990 deben agregarse los Jueces itinerantes, que fueron 50 para la mayor parte de la década. Aun con estas correcciones, el cuadro muestra un Poder Judicial considerablemente pequeño en términos comparativos⁵.

Si observamos también la porción del presupuesto nacional puede apreciarse igualmente la poca importancia del Poder Judicial. Entre 1971 y 1993 la porción dedicada del presupuesto era, en promedio, el 0.5 por ciento del Presupuesto Nacional, con los picos más altos llegando al 0.6 (Pérez Perdomo, 1995:12).

El ámbito de la justicia civil despertó mucho menos interés que la penal y se le prestó menos atención. De hecho el área de la justicia que se especializó y en la cual se produjo el mayor aumento de los Tribunales fue la penal. En materia de justicia civil y mercantil la demanda permaneció plana, y sólo se incrementó el número de asuntos en materia de familia y laboral (Pérez Perdomo, 2003). Para los abogados de negocios y, en general, la gente de negocios, el recurso a los Tribunales era condenable éticamente, pues fundamentalmente recurrían aquellos que deseaban aprovecharse de las falencias de la justicia para ganar ventajas que la gente de negocios consideraban indebidas (Pérez Perdomo, 1996).

En resumen, entre 1969 y 1998, la Judicatura venezolana es un sector marginal del sistema institucional venezolano. Su órgano de gobierno y control fue el Consejo de la Judicatura, cuyos dirigentes, con algunas excepciones, eran operadores políticos de segunda categoría, sin particular prestigio académico o profesional entre los abogados. En definitiva esto produjo una Judicatura con muy poco aprecio del público⁶. En las dos primeras décadas de existencia del Consejo de la Judicatura la situación era tole-

5 / Las cifras son bajas comparadas con los países latinos de Europa (Italia, España, Francia) y con países latinoamericanos como Argentina, Colombia y Costa Rica. Sin embargo, son ligeramente más altas que las de México y Chile (Pérez Perdomo & Friedman, 2003).

6 / Esta afirmación es polémica. Se basa en las encuestas de opinión que se realizaron en distintos momentos del período. La opinión sobre los Jueces fue siempre considerablemente negativa, pero llegó a la cima en los años finales del período (Pérez Perdomo, 2003; Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, 1998). Otros análisis señalan a los Jueces venezolanos como honestos y eficientes, apoyándose en el bajo número de Jueces sancionados por el Consejo de la Judicatura (Calcaño de Temeltas, 1982). Sin embargo, este análisis no toma en cuenta que se criticaba al Consejo de la Judicatura no sancionar a los Jueces ineficientes, ignorantes o corruptos.

rable porque el nivel de conflicto en el país era bajo y los actores políticos principales actuaban como intermediarios en los procesos de negociación que permitían resolver la mayor parte de los conflictos. A final de la década de 1980 y en la de 1990 los conflictos se agudizaron y el sistema político perdió la capacidad de manejarlos (Naim & Piñango, 1987). Por tal motivo, la conflictividad política mostró la necesidad de Jueces que decidieran los propios conflictos políticos. Muchos de estos conflictos involucraban organismos del Estado o a personas dispuestas a llegar a los últimos peldaños judiciales. Por esto la presión se hizo también sentir en la Corte Suprema de Justicia que aumentó exponencialmente el número de casos a decidir⁷.

La insatisfacción con el Sistema Judicial, y especialmente con la Corte Suprema de Justicia, se convirtió en un grave flanco de crítica al sistema político e institucional venezolano. La impunidad de los delitos de corrupción era una de las principales quejas contra el Sistema Judicial, y la queja se agravaba por los propios escándalos de corrupción que empezaron a darse dentro de él. En diciembre de 1991 circuló un documento público, llamado inmediatamente “carta de los notables” por estar firmada por Arturo Uslar Pietri y un conjunto de intelectuales y políticos independientes bien conocidos. La carta se refería al deterioro del sistema político y solicitaba la renuncia de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. El intento de Golpe de Estado en febrero de 1992, encabezado por el Teniente Coronel Hugo Chávez, dio urgencia a la necesidad de renovar la Corte Suprema de Justicia y prestar atención al sistema judicial.

En la década de 1990 el tema de la justicia pasó a ser central en la vida política venezolana. Hasta ese momento era un tema de abogados y de personas profesionalmente vinculadas al tema. En la medida en que transcurre la década la situación cambia radicalmente. Los periodistas comienzan a “cubrir la fuente judicial”, como se indicaba en el lenguaje de la época. Esto implicaba que todos los días había periodistas en los Tribunales y en los noticieros de la noche era infaltable la figura de un Juez penal explicando una decisión tomada en un caso importante⁸.

7 / No existe un análisis del número y tipo de casos manejados históricamente por la Corte Suprema de Justicia y cómo se modificaron en la década de 1990. Nuestra afirmación se basa en comunicaciones personales con Cecilia Sosa Gómez y Enrique Sánchez Riso, Presidente y Secretario, respectivamente, de la Corte Suprema de Justicia en la época.

8 / La tradición era que los crímenes se reportaban sólo en los periódicos, usualmente en la última página o “página roja”. El interés era mayormente en el crimen. Lo que notamos es una diferencia de foco: el interés pasó a ser la decisión del Tribunal y la televisión pasó a ser el medio.

En realidad la mayor parte eran Jueces y sus elaborados peinados y vestidos pasaron a ser también objeto de atención en el periodismo frívolo. No todo era frivolidad. La atención periodística se dirigió a las redes de corrupción dentro del sistema (las *tribus* y *clanes*) y a los sonados casos de corrupción de Jueces. También se puso gran atención pública al funcionamiento del Consejo de la Judicatura que no defraudó al público produciendo grandes escándalos por los conflictos entre sus miembros. En la segunda mitad de la década la Corte Suprema de Justicia transformó su papel social: se convirtió en un punto de referencia para la política venezolana, pues casi todos los conflictos políticos y económicos importantes generaron decisiones de la Corte Suprema. La imagen de la Presidenta de la Corte Suprema de Justicia, Cecilia Sosa, explicando semanalmente con palabras sencillas las decisiones de la Corte en el tenso clima político venezolano puede considerarse el momento cumbre de la Corte Suprema en el sistema institucional. Esto hacía previsible una reorganización del Sistema Judicial bajo la égida de la Corte Suprema.

La atención a lo judicial generó fuertes movimientos de reforma. En el plano legislativo la primera manifestación de cambio sustancial del Sistema Judicial fue la creación de la justicia de paz. La Ley Orgánica de la Justicia de Paz (1994), enfrentó el problema del acceso a la Justicia estableciendo una jurisdicción de mediación y Jueces electos por la comunidad. Fue una legislación bastante improvisada, sin estudios sociales previos ni consultas en las comunidades y en los círculos académicos, lo cual la llevó a que fuera modificada antes de entrar en vigencia.

Los Jueces de Paz son personas de la comunidad que no requieren un grado en derecho y que no reciben remuneración. Deben actuar como mediadores o conciliadores. En caso que la mediación no tuviera los resultados esperados, el Juez de Paz puede actuar como adjudicador. Atienden los casos de menor cuantía y asuntos penales menores (faltas). Las partes deben concurrir personalmente, prohibiéndose la representación o asistencia por abogados. En otras palabras, se regula una justicia informal como remedio a la falta de acceso a la justicia formal.

Los municipios son los órganos públicos a cargo de la realización de elecciones para Jueces y sufragar los gastos de la Justicia de Paz. Es notable que la legislación no estableciera relación entre la Justicia de Paz y la justicia formal. Se trata de una búsqueda de la justicia fuera del sistema judicial. La Ley revela así la enorme desconfianza frente al sistema formal de Justicia.

Paralelamente a estos cambios que esquivaban la Justicia formal, había los esfuerzos para la reforma de ésta. Entre estos esfuerzos estuvieron los acuerdos con el Banco Mundial. El primero (3514-VE) fue firmado en diciembre de 1993 por 60 millones de dólares, de los cuales el Banco Mundial aportaría 30 como préstamo. Abordaba un vasto plan de modernización del Consejo de la Judicatura y los Tribunales. El segundo (4270-VE) fue suscrito en diciembre de 1997, por un total de 7.300.000 dólares de los cuales el Banco Mundial aportó 4.700.000. Estaba dirigido especialmente a la modernización de la Corte Suprema de Justicia. Como la implementación de las medidas que se prepararon con estos préstamos y muchos de los efectos de las medidas legislativas que se tomaron en 1998 han ocurrido bajo la égida del Tribunal Supremo de Justicia, se analizarán en el apartado siguiente.

3. La Justicia del Tribunal Supremo de Justicia

A. La renovación normativa de la Justicia

Los cambios legislativos que modificaron la fisonomía del sistema judicial venezolano ocurrieron en 1998 y 1999. Cronológicamente el primero fue el Código Orgánico Procesal Penal. Esta legislación sustituyó un procedimiento fuertemente inquisitivo, en el cual el Juez actuaba teóricamente como buscador de la verdad. En la práctica se limitaba a leer actas levantadas por la policía o por sus propios empleados. Este procedimiento fue sustituido por uno acusatorio, oral, inmediato. En él los Jueces presiden el desarrollo del juicio y tienen un contacto directo con las partes y los elementos probatorios. Los cambios en el procedimiento penal no pueden ser tratados aquí, pero es importante señalar que son cambios muy importantes que modificaron el papel del Juez, del Fiscal y de la defensa en la Justicia Penal. En materia de organización judicial se establecieron los circuitos judiciales en cada uno de los cuales se distribuyeron las distintas funciones que antes tenía el Juez en un Tribunal unipersonal en un equipo de Jueces. La parte administrativa se concentra en el Juez-presidente, lo cual permite a los demás Jueces concentrarse en sus funciones propiamente judiciales. Permite también un uso más eficiente del personal judicial. Es un cambio sustancial respecto al modelo de Tribunales unipersonales que dominó en los cincuenta años anteriores.

La Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente acogió e hizo operativos los principios consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por Naciones Unidas en 1989). Esta nueva Ley implicó un cambio de paradigma en el tratamiento de niños y adolescentes, creó una nueva jurisdicción (que sustituyó a la de menores), introdujo los procedimientos orales en materia civil, y planteó nuevos roles para los Jueces y Tribunales.

La nueva Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura (ambas de 1998) se propusieron modernizar las estructuras judiciales para atender a las necesidades de la reforma. En particular, a la Corte Suprema de Justicia se le otorgaron competencias para asumir un papel más importante en materia de políticas judiciales y en la dirección del Sistema Judicial. El Inspector General de Tribunales pasó a ser designado por la Corte Suprema de Justicia y se incrementó sustancialmente su poder.

Todos estos cambios se producían mientras era palpable la situación de cambio político. Las elecciones generales de 1998 mostraron el debilitamiento casi completo de los partidos hasta el punto de que los partidos principales no presentaron candidatos propios a la Presidencia de la República. El candidato que resultó ganador en diciembre de 1998 fue el Teniente Coronel Hugo Chávez, que prometía cambios muy radicales, entre ellos el convocar una Asamblea Constituyente para producir una nueva Constitución nacional y refundar la República. Una dificultad importante es que la Constitución de 1961 no preveía la convocatoria de una asamblea como método de cambio constitucional.

La Corte Suprema de Justicia interpretó que un referendun consultivo para conocer si la población deseaba la convocatoria de una Asamblea Constituyente era posible. En otra decisión la Corte Suprema obligó al Presidente Chávez a explicitar los términos de la convocatoria antes de convocar al referendun. En otras palabras, las decisiones del alto Tribunal, aunque polémicas, resolvieron una situación de gran tensión permitiendo una salida democrática y pacífica.

La Asamblea Constituyente fue convocada y en pocos meses produjo un proyecto de Constitución que se sometió a referendun y, en diciembre de 1999, fue aprobada la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. La lectura del texto aprobado muestra que muchas de las aspiraciones del momento en materia de justicia fueron recogidas (Lander, 2000, 2001; Rondón de Sansó, 2000; Louza, 2002).

El nuevo texto constitucional creó al Tribunal Supremo de Justicia, con una estructura y funciones algo distintas a la Corte Suprema. Suprimió al Consejo de la Judicatura y le otorgó al Tribunal Supremo las tareas de dirección y gobierno judicial. Previó la creación de un órgano administrativo en la propia estructura del Tribunal Supremo que lo apoyara en esas tareas: la Dirección Ejecutiva de la Magistratura (Constitución, Artículo 267). Creó la Sala Constitucional con amplias atribuciones como guardiana de la Constitución (Artículos 334, 335 y 336)

Los Magistrados del Tribunal Supremo tienen un período de 12 años de permanencia en el cargo sin reelección. Con este largo período, la Constitución trata de evitar que los Magistrados sean fácilmente susceptibles de presión política y, a la vez, evita los escollos de la designación vitalicia. Para la elección de los magistrados se crea un sistema de participación ciudadana que pretende lograr la transparencia, siendo su remoción sólo posible por causas extremadamente graves y previo el cumplimiento de un procedimiento (Artículos 263, 264 y 265) (Louza, 2001).

La Constitución organiza al Tribunal en salas, reduciendo las competencias de la Sala Plena o reunión de todos los magistrados. Una de las salas, la Constitucional, tiene un mayor número de integrantes que las restantes. La Sala Constitucional tiene funciones similares a las que en otros países tienen las Cortes Constitucionales. Incluyéndola en el Tribunal Supremo se busca evitar conflictos entre dos órganos distintos de la cúpula judicial: los conflictos entre salas pueden ser dirimidos en la Sala Plena (Constitución, Artículo 266, 7°).

La Constitución tiene otras disposiciones que tienden a garantizar la autonomía o independencia de los Jueces y la carrera judicial. Se establece el sistema de concursos de oposición para el ingreso (Artículo 255). La innovación es que la norma tiene rango constitucional. La Constitución establece también que “la Ley garantizará la participación ciudadana en el procedimiento de selección y designación de jueces o juezas” (Artículo 255).

El acceso a la justicia se establece como derecho expreso (Artículo 26). Aun cuando, era ya un derecho consagrado en la Constitución anterior (Artículo 68), el presente articulado es mucho más específico. La administración de justicia se concibe no sólo como un poder del Estado, sino también como un servicio público, que genera obligaciones para los órganos de administración de Justicia respecto de los ciudadanos, de modo que según el texto de la Constitución

ese servicio debe ser “transparente, expedito, y accesible” (Artículos 26 y 257). Además, “el Poder Judicial no está facultado para establecer tasas, aranceles, ni exigir pago alguno por sus servicios” (Artículo 254). Para aumentar la eficiencia se promueve la organización de los Tribunales por circuitos, así como la descentralización administrativa y jurisdiccional del Poder Judicial (Artículo 269).

La Constitución reconoce también la Justicia de Paz y los medios alternativos de resolución de conflictos, como la conciliación, el arbitraje, la mediación (Artículos 26, 253 y 258). También ordena la creación de un servicio autónomo de defensa pública, que coordine a los Defensores Públicos (Artículo 268). Se reconoce a la Justicia indígena, siempre que sus normas y procedimientos no sean contrarios a la Constitución, a las Leyes y al orden público (Artículo 260). Todas estas son medidas para hacer más accesible la justicia.

La Constitución recoge expresamente las aspiraciones de la reforma judicial de la década de 1990, algunas de las cuales habían obtenido ya sanción legislativa. Al consagrarlas constitucionalmente y definir al Tribunal Supremo de Justicia como el eje del Sistema Judicial, fija el patrón por el cual será medido el desempeño de éste.

B. De la Corte Suprema al Tribunal Supremo

Para entender los cambios que se produjeron en 1999 y en los años subsiguientes, el proceso constituyente es más importante que el texto mismo de la Constitución. El 18 de agosto de 1999, la Asamblea Nacional Constituyente decidió declarar al Poder Judicial en emergencia y reorganización. Para ello designó la Comisión de Emergencia Judicial que debía evaluar el funcionamiento y desempeño de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de la Judicatura, asumió la depuración del cuerpo de Jueces y la instauración de concursos de oposición para la designación de nuevos Jueces.

La designación misma de la Comisión de Emergencia Judicial sacudió a la Corte Suprema. En una decisión dividida 8-7, del 23-08-99, la Corte aceptó la legitimidad de la Comisión y autorizó a uno de sus Magistrados a integrarse a ella (Brewer, 2005). El voto salvado de la Presidenta de la Corte, Cecilia Sosa Gómez, fue especialmente dramático. Destacó que la Comisión de Emergencia asumía funciones de dirección del Poder Judicial y desplazaba a la Corte Suprema, a la cual ponía bajo su supervisión. En una declaración pública señaló que la Corte Suprema se había suicidado para evitar ser asesinada, y renunció.

La Asamblea Constituyente designó provisionalmente los veinte Magistrados del nuevo Tribunal Supremo de Justicia y un año después la Asamblea Nacional designó los Magistrados definitivos. Muy pocos Magistrados de la extinta Corte Suprema de Justicia sobrevivieron a estos cambios, pero uno de ellos, Iván Rincón Urdaneta, sobrevivió a las sucesivas depuraciones y pasó a ser el Presidente del Tribunal Supremo. Su papel ha sido importante en varios aspectos. Uno de ellos fue preservar tanto los equipos técnicos que venían trabajando en la reforma judicial como el esfuerzo de renovación. A pesar de la designación por el nuevo régimen sin atender a los mecanismos de consulta previstos en la Constitución, los Magistrados mostraron pronto que el Tribunal estaba escindido por mitad, pero que el control de la Sala Constitucional, la Política Administrativa y de la Presidencia lo alineaba generalmente con el gobierno.

Al Tribunal Supremo le tocó decidir casos políticamente muy importantes. Tal vez el más polémico fue el antejuicio de mérito de los generales que depusieron por breve tiempo al Presidente en abril de 2002. La decisión correspondía a la Sala Plena que negó que los generales pudieran ser enjuiciados por rebelión militar. El caso mostró la división del Tribunal y el Presidente y la Asamblea mostraron que no aceptarían su independencia (Pérez Perdomo, 2005). Cuando al año siguiente se planteó la realización del referéndum revocatorio del mandato del Presidente, la Sala Electoral revocó una decisión del Consejo Nacional Electoral ante lo cual la Sala Constitucional intervino, revocando la decisión de la Sala Electoral.

En mayo de 2004 la Asamblea Nacional sancionó la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. El tema fue polémico porque tenía claramente un propósito de control político. La Asamblea Nacional no siguió el procedimiento previsto en la Constitución respecto a las leyes orgánicas, apoyada en un fallo de la Sala Constitucional (Sentencia del 28-01-04). La nueva Ley aumentó el número de Magistrados a 32. Varios prefirieron retirarse, con lo cual el control político del gobierno sobre ellos se hizo más obvio.

En la designación de los nuevos Magistrados tampoco se siguió el procedimiento constitucionalmente pautado. Entre ellos se incluyeron dos que habían sido destituidos un año antes por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial por ignorancia del Derecho.

Mientras estos conflictos se sucedían, el Tribunal Supremo operó con los sistemas modernos de gestión implantados en 1998. La publicación en Internet de las decisiones y la posibilidad de seguir la marcha de los casos utilizando la informática ha facilitado la consulta, y la productividad como Tribunal se ha incrementado en pocos años. El cuadro 4 muestra la producción del Tribunal Supremo en los últimos 9 años.

Cuadro 4

La producción de la Corte Suprema y el Tribunal Supremo

Casos 2001	1997* 2002	1998* 2003	1999* 2004	2000 2005
Ingresados 6.851	5.659 7.018	5.659 8.039	4.516** 10.531	6.488 11.972
Decididos 8.844	3.999 7.207	5.180 8.974	7.202 10.464	7.681 15.841

* Hasta 1999 operó la Corte Suprema de Justicia. A partir de 2000 se denomina Tribunal Supremo de Justicia.

**La fuente no tiene datos para el número de asuntos ingresados en la Sala de Casación Penal. Para evitar una distorsión mayor hemos supuesto la cifra de 1.800 casos ingresados. Esto es el promedio de los ingresos en 1998 y 2000.

FUENTES: Para 1997: Corte Suprema de Justicia, *Informe 1998*, pag.30. Para todos los demás años: Tribunal Supremo de Justicia, www.tsj.gov.ve, visitado el 25-03-04 y el 24-02-06.

Nótese que el enorme incremento en la producción de sentencias en los años 1998 y 1999. En esos años la Corte Suprema de Justicia adoptó los sistemas modernos de gestión. Aunque mantuvo su estructura de cuatro salas y quince Magistrados, su producción aumentó hasta las 7.000 sentencias por año. El Tribunal Supremo de Justicia, con siete salas y veinte Magistrados, mantuvo e incrementó la producción. En 2005 el Tribunal Supremo contó con 32 Magistrados. El enorme aumento de la producción de ese año es realmente sorprendente pues en los años anteriores el Tribunal se ufana de estar al día, es decir, de no tener un remanente de casos. El súbito crecimiento en el número de "resueltos" puede significar o que las declaraciones anteriores eran falsas o que cambió la definición de la categoría "resueltos" y que ésta no implique más sentencias y acuerdos sino cualquier asunto que resuelve, tal como la admisión de un caso. Cabe notar que en la estadística se dejó de hablar de casos resueltos. La importancia e impacto de las sentencias se analiza en otro lugar.

C. La independencia de los Jueces

En 1999, la Comisión de Emergencia, trabajando conjuntamente con el Inspector General de Tribuna-

les,⁹ suspendió y sometió a proceso a 340 jueces,¹⁰ lo cual significaba cerca de un tercio del total de Jueces en la época. Muchos de ellos fueron subsecuentemente destituidos y otros renunciaron. Los Jueces fueron sometidos a procesos de evaluación. Muchos, aunque no sometidos a procesos disciplinarios o aprobados en la evaluación, solicitaron la jubilación o renunciaron. En otras palabras, las acciones generadas por el proceso constituyente permitieron la depuración del Cuerpo de Jueces pero probablemente privaron al sistema de muchos Jueces experimentados y sometieron a todos a tensiones muy considerables.¹¹ Para el momento en que se escribe este documento no existen datos estadísticos sobre la antigüedad de ellos, pero puede formularse la hipótesis de que son pocos los que han ingresado antes de 1999 y que la mayoría ha ingresado después de 2002. Esto probablemente ha producido un rejuvenecimiento de la Judicatura y seguramente la formación de los nuevos puede ser distinta a la de los antiguos, pero lamentablemente no hay estudios al respecto.

La Comisión de Emergencia Judicial (con el nombre de Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial que asumió después de aprobada la Constitución) aprobó también la Reforma Parcial de la Normas de Evaluación y Concursos de Oposición para el Ingreso y Permanencia en el Poder Judicial. Esta normativa rigurosa presidió sobre los concursos de oposición y la evaluación de los Jueces que se realizó en los años inmediatamente posteriores. En los primeros años después de la publicación de las normas, se llamaron a concurso de oposición 486 plazas de Juez. A pesar de una concurrencia masiva, sólo 270 fueron provistas. Para 2002, 213 Jueces eran titulares por concurso, 71 eran titulares por venir como tales del régimen anterior y 1.228 eran provisorios. Esto hacía que el 81 por ciento de los Jueces fueran provisorios en ese año (Información

de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, ver Pérez Perdomo, 2004). Como el número de Jueces se incrementó y no se reanudaron los concursos de oposición la proporción de Jueces provisorios se incrementó. Los Jueces fueron designados por recomendación de un Magistrado o de un Juez Rector (declaración del Magistrado Velásquez Alvaray, El Universal 04-01-06, pág 1-4).

Al desaparecer el Consejo de la Judicatura, el Tribunal Supremo de Justicia asumió la designación de los Jueces. La Constitución (artículo 267) previó la existencia de un órgano semi autónomo dentro del Tribunal Supremo denominado Dirección Ejecutiva de la Magistratura. Previo también la existencia de una jurisdicción disciplinaria judicial. En la práctica el Tribunal Supremo estableció un grupo de Magistrados, no previsto en la Constitución, denominada la Comisión Judicial, a la cual subordinó completamente la Dirección Ejecutiva de la Magistratura. En resumen, son los Magistrados que integran la Comisión Judicial quienes tienen un control completo sobre los Jueces.

La situación laboral y la independencia de los Jueces provisorios también se han deteriorado. En el pasado, la destitución de un Juez, aun provisorio, tenía un procedimiento y debía ser motivada. La Corte Suprema de la época no permitió las decisiones discrecionales del Consejo de la Judicatura en esa materia. El Artículo 267 de la Constitución prevé que los Jueces sólo pueden ser destituidos siguiendo un procedimiento dentro de la jurisdicción disciplinaria. Una fórmula verbal permitió eludir la dificultad constitucional: los Jueces sancionados no son destituidos sino que se les revoca su designación. Como el acto de la designación y el de revocación de la designación son discrecionales y no motivados, no hay posibilidad de defensa o de reclamo de las decisiones de la Comisión Judicial. Cualquier reclamo tendría que hacerse ante el propio Tribunal Supremo, con lo cual hay una garantía que el reclamo no contará con la simpatía de los Magistrados.

En el curso de 2005 los medios de comunicación dieron cuenta de los casos más notables de destitución o suspensión de Jueces, especialmente cuando la "revocación de la designación" se producía mediante un acto en el cual el nuevo Presidente de la Comisión Judicial, Luis Velásquez Alvaray, visitaba la sede de los Tribunales en una jurisdicción, la ocupaba con cooperación militar o policial, y procedía a anunciar las medidas. En enero 2006, el Magistrado Velásquez Alvaray anunció que la Comisión Judicial

9 / René Molina fue el Inspector General de Tribunales (designado por la Corte Suprema de Justicia y ratificado por la Asamblea Nacional Constituyente) fue el actor principal de este proceso. Los datos son tomados de un informe que presentó al público (documento sin fecha, pero estimamos que es de septiembre 2000).

10 / Conviene transcribir el caso de una Juez sancionada que aparece en el informe y que muestran el grado de corrupción y abuso dentro del Sistema Judicial. "La Juez admite y tramita un procedimiento contra la República sin notificación a los órganos encargados de la defensa del Estado (Procuraduría General de la República). Condena al Estado. Ordena una experticia complementaria del fallo por la que acuerda pagar a la experta designada para ese caso US \$ 1.142.000 con cargo a la parte perdidosa que fue el ente del Estado. Con lo que la Juez evidenció crasa ignorancia del Derecho, violación del derecho a la defensa, violación del debido proceso e incurrió en error inexcusable, causándole grave daño al patrimonio del Estado". (pág 13). 20 Jueces tenían procedimientos penales en su contra y 9 fueron suspendidos por ostentar signos externos de riqueza muy superiores a lo que corresponden los ingresos de un Juez. Informe de René Molina, citado. (Cf. Pérez Perdomo, 2004)

11 / Entrevista personal con varios Jueces que solicitaron la jubilación o se retiraron en ese periodo

destituyó 220 Jueces y ha sometido a investigación 400 (El Universal, 04 enero 2006, pag 1-4) en el año 2005. En marzo declaró que en total fueron destituidos 400 Jueces (El Nacional, 23-03-06, pág A-2). Esto es alrededor de un quinto de los Jueces. Esta cuenta no incluye a los destituidos e investigados por la Comisión de Funcionamiento o a los destituidos por la Comisión Judicial del Tribunal Supremo en los años anteriores.

Un caso especialmente importante y dramático fue el cierre de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Este Tribunal es jurídica y políticamente muy importante porque tiene el control en Primera Instancia de la legalidad de las acciones de los organismos gubernamentales. En los conflictivos años 2002 y 2003 la Corte Primera decidió varios casos importantes en contra del Gobierno por mayoría de tres a dos. Esto irritaba al gobierno y tanto el Presidente de la República como otros altos funcionarios llamaron públicamente a no obedecer los mandatos de este Tribunal (y de otros) que fallaban en contra del Gobierno.

El Gobierno desató una investigación sobre presuntos actos de corrupción cometidos por los Jueces de la Corte Primera, pero aparentemente no encontraron ningún acto irregular pues ninguno de ellos ha sido sometido a juicio hasta ahora. En octubre 30, 2003, la Comisión para el Funcionamiento y la Reestructuración del Poder Judicial, que había hibernado desde el final de la Asamblea Constituyente y que está controlada por partidarios del Gobierno, reapareció para destituir a los Jueces de la Corte Primera. El motivo fue una decisión anterior de la Sala Política Administrativa que revocó una sentencia de la Corte Primera por encontrar que interpretaba erróneamente el Derecho. Según la Comisión antedicha esto revelaba un error grave e ignorancia del Derecho, lo cual es motivo de destitución.

En diciembre 2004, dos de las Magistradas declaradas ignorantes del Derecho, pero que habían mostrado su lealtad al régimen, fueron designadas Magistradas del Tribunal Supremo. Estas dos Magistradas, Luisa Estella Morales y Evelyn Marrero, presiden ahora la Sala Constitucional y la Sala Político Administrativa, respectivamente.

La crítica del carácter provisorio de la mayor parte de los Jueces llevó al Tribunal Supremo a establecer en 2005 el Programa Especial de Capacitación para la Regularización de la Titularidad. Mediante un curso de dos semanas de duración (72 horas acadé-

micas) a cargo de los magistrados del Tribunal Supremo y de exámenes psicológicos se haría titulares a los Jueces que aprobaran las evaluaciones con una calificación de 15 sobre 20.

El Programa Especial de Capacitación ofreció dos flancos de crítica. El primero es que obviamente dos semanas es un tiempo de capacitación muy breve. El segundo que es una vía de ingreso a la Judicatura distinta a los concursos públicos de oposición previstos en la Constitución. El anuncio realizado por el Presidente del Tribunal Supremo, Omar Mora, al final de diciembre de 2005 es que aproximadamente la mitad de los Jueces venezolanos aprobaron las evaluaciones. Estos serían "titulares", o dejarían de ser provisorios. En realidad, el anuncio tiene dos caras. Una de ellas es que la destitución (o "revocación de la designación") de los Jueces que no aprobaron el Programa Especial de Capacitación puede proceder en cualquier momento. Aquellos que aprobaron no es seguro que tengan realmente estabilidad por cuanto no han aprobado un concurso público de oposición. Su status seguramente será definido más adelante por el propio Tribunal Supremo.

En resumen, la independencia de los Jueces parece estar completamente negada con el nuevo gobierno judicial.

4. Balance de la Reforma y la Revolución Judicial

En la década de 1990 estuvo de moda hablar de *reforma judicial* para designar el proceso de modernización que se emprendió en esa época. Como hemos visto esto incluyó cambios legislativos importantes y la inversión de recursos importantes en procedimientos gerenciales y tecnología en el manejo de los asuntos judiciales. Parte de esos ingresos vinieron de préstamos del Banco Mundial, que también prestó asistencia técnica. En los últimos años las autoridades judiciales han preferido usar el término de *revolución judicial*, que designaría una profundización de ese proceso pero también una mayor sintonía con el proceso general de *revolución* que vive Venezuela bajo la égida del Presidente Chávez. En esta parte final analizaremos el balance de la reforma y la revolución en el contexto de la historia judicial venezolana.

Lo primero a destacar es que hay cambios muy visibles. Las oficinas judiciales del país han dejado de ser arcaicas y es apreciable el número de computadoras trabajando en red que pueden verse en el Tribunal Supremo y en muchos otros Tribunales

del país. Las sentencias del Tribunal Supremo y de otros tribunales se publican en Internet o están disponibles en forma digital. En un número de Tribunales pilotos se han implantado sistemas de gestión moderna que facilitan la consulta de la marcha de los casos y hacen transparente la asignación de casos a los distintos Jueces. Buena parte de los Tribunales ocupan sedes modernas y funcionales, adaptadas a los requerimientos de los nuevos equipos electrónicos y al nuevo modelo de procedimiento oral.

También es notable el aumento en el número de Jueces. En 2002, el número se incrementó a 1.512 y en 2003 a 1733.¹² El cuadro 5 muestra el cambio del número de jueces por jerarquía en 1998, último año del Consejo de la Judicatura, y 2003, que son las cifras más recientes.

Cuadro 5

Cambio en el número de Jueces bajo el Tribunal Supremo de Justicia

Jueces	1998	2003
Superiores	183	233
Primera Instancia	368	1070
Municipio*	562	430
Totales	1113	1733
Jueces por 100.000 habitantes	5.3	7.3

* Para 1998 hemos sumado los Jueces de Municipio y Parroquia. Para 2003, hemos sumado municipio ordinario y ejecutor de medidas.

FUENTES: Para 1998: Consejo de la Judicatura, Memoria y Cuenta 1998. Para 2003: Datos suministrados por la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, Tribunal Supremo de Justicia.

Los convenios con el Banco Mundial implicaron una inversión muy considerable en el Sistema Judicial que se produjo fundamentalmente en la segunda mitad de la década de 1990. La inversión se ha mantenido alta. Las cifras en bolívares son difíciles de manejar por el carácter inflacionario de la época y la traducción a dólares tiene la dificultad de las distintas tasas de cambio. Por esto, la propia Dirección Ejecutiva de la Magistratura expresa el presupuesto asignado en porcentajes respecto al Presupuesto Nacional y el presupuesto ejecutado en porcentaje respecto al asignado. El cuadro 6 ofrece esta información.

12 / La cifra es información de la Dirección de Planificación y Desarrollo Institucional de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura para el momento en que preparábamos el informe técnico que está a la base de este trabajo. En esa misma época, la Dirección de Recursos Humanos del mismo organismo informó de una cifra de 1719 Jueces. La discrepancia pudo haber estado en cargos a cubrir. No logramos obtener información para actualizar los datos.

Cuadro 6

Presupuestos del Poder Judicial

Presupuesto	2001	2002	2003
Presupuesto asignado*	0.9	1.4	1.7
Presupuesto ejecutado**	104.3	63.6	69.3

* En porcentaje del Presupuesto Nacional

** En porcentaje del presupuesto asignado

FUENTE: Tribunal Supremo de Justicia. Dirección Ejecutiva de la Magistratura

Presupuesto asignado es el aprobado en la Ley del Presupuesto, pero hay muchas razones para que el Presupuesto no se ejecute. Una de ellas es que la Tesorería Nacional no haga efectiva las asignaciones por distintos motivos. Otra razón es que el organismo público no tenga la capacidad de invertir o gastar la cantidad asignada. La primera situación es la más frecuente. En ese caso, los gerentes públicos retrasan las inversiones y dan prioridad al pago de salarios. Éste ha sido el caso del sistema judicial en los últimos años. También puede ocurrir que el Poder Ejecutivo tramite créditos adicionales o la institución genere recursos especiales. Esta segunda hipótesis es plausible para el año 2001.

Las cifras muestran que el Poder Judicial maneja cerca del 1 por ciento del Presupuesto Nacional. Esta cifra es inferior a la prevista en la Constitución (2 por ciento para el sistema de justicia, como mínimo, según el Artículo 254), pero es mucho mayor al 0.5 por ciento del presupuesto de Justicia de los tiempos del Consejo de la Judicatura. Claramente ha habido un incremento en el presupuesto de la Justicia.

La modernización parece haber tocado aspectos importantes, pero otros han permanecido sin variación o se han deteriorado. Las estadísticas judiciales son ahora tan pobres como lo fueron en la época del Consejo de la Judicatura, o probablemente aun peores. Todavía no existe la posibilidad de conocer el funcionamiento real de los Tribunales con medidas sencillas como número de casos ingresados y resueltos, y duración de los procesos. Tampoco se conoce el número de sentencias dictadas, revocadas y confirmadas por Juez. En otras palabras, el Tribunal Supremo de Justicia no se ha dotado de la información necesaria para evaluar seriamente a los Jueces y conocer la productividad de Jueces y Tribunales y la calidad de sus decisiones. O en el caso de que disponga de esa información, no la hace pública.

A inicios de 2004 en la Dirección Ejecutiva de la Magistratura sólo el 72 por ciento de los formatos de información (*planillas*) que los Jueces han debido entregar con información para 2002 habían sido en-

tregados. La cifra es aún más baja en la jurisdicción penal, donde sólo el 52 por ciento de las planillas debidas fueron entregadas. Respecto al primer semestre de 2003 se había recogido el 71 por ciento de las planillas (información recabada in situ en 2004). Esto implica que el propio Tribunal Supremo carece de datos recientes que le permitan una decisión informada sobre cualquier aspecto importante de política judicial.

Sin embargo, el Tribunal Supremo de Justicia ha debido tomar medidas muy importantes como la creación de Tribunales y el incremento del número de Jueces. Como puede apreciarse en el cuadro 5 se ha incrementado muy sustancialmente el número de Jueces, especialmente en la categoría de Primera Instancia. El cambio es todavía más dramático si se atiende a la materia. Los Jueces de Primera Instancia en lo Penal en 1998 eran 179, en 2003 son 653. Es decir, se han multiplicado por un factor de 3.6. Los Jueces de Trabajo pasaron de 25 a 89, es decir, se han multiplicado por un factor semejante; mientras los Jueces de Menores (ahora denominados de *protección*) se han duplicado (han pasado de 42 a 88).

A pesar de la pobreza de los datos, pueden intentarse algunos análisis, más que para obtener conclusiones sólidas, para mostrar cuál pudiera ser la utilidad de los datos si pudiéramos contar con unos confiables. El cuadro 7 es un ejercicio con ese propósito.

Cuadro 7

Comparación de asuntos ingresados en Tribunales de Primera Instancia 1998-2003

Materia	1998	2003
Penal*	125.579	166.593
Civil, Mercantil, Agrario y Tránsito	110.102	70.061
Protección del Niño y Adolescente**	49.218	78.710
Trabajo	39.871	25.194

*En 2003: Tribunales de Primera Instancia en función de control

** "Menores" en 1998.

OBSERVACIÓN: La fuente indica que los datos en materia de justicia laboral fueron afectados por la entrada en vigencia de la nueva Ley. Para 2003, la fuente indica que un 24 por ciento de las planillas solicitadas estaban faltantes para el momento de la publicación (pág. 136), con lo cual puede suponerse que los números reales son más altos. Para 1998 no hay indicación del número de planillas faltantes.

FUENTES: 1998. Consejo de la Judicatura, *Memoria y Cuenta 1998*. 2003: Tribunal Supremo de Justicia: Informe 2004.

En materia penal, el cambio introducido por el Código Orgánico Procesal Penal hace difícil la comparación. Hemos optado comparar los "asuntos ingresados" en los antiguos Tribunales de Primera Instancia con los "asuntos ingresados" de los Tribunales

de Control. De todas maneras, las cifras de asuntos ingresados en los Tribunales de Juicio y de Ejecución son tan bajas, que no cambiaría mucho el análisis. Lo que muestran las cifras es que el incremento tan sustancial del número de Jueces Penales de Primera Instancia no estuvo justificado y que estos Jueces deben estar bastante desocupados en la actualidad.

Las cifras son débiles. Sólo la mitad de los Jueces Penales ofrecieron información estadística y no sabemos cuántos ofrecieron esa información en 1998. Tampoco sabemos si la categoría "asuntos ingresados" fue redefinida. Sin embargo, las entrevistas informales con abogados y Jueces confirman la apreciación de una disminución de la carga de trabajo en los Tribunales Penales. El nuevo procedimiento penal pone en manos del Ministerio Público la acción penal y mucho de lo que hacían antes los Jueces de Primera Instancia ha pasado a mano de los fiscales. Las entrevistas informales con conocedores del campo sugieren que, por diversos motivos, los fiscales tienden a no ejercer la acción penal en muchos casos. De esta manera sirven de diques: un número alto de casos no están llegando al Sistema Judicial. Lamentablemente las cifras de la Fiscalía General de la República no se han publicado o producido. Como existe la percepción que la delincuencia se ha incrementado sustancialmente (al menos el número de homicidios se duplicó entre 1998 y 2002), la percepción general es que el Sistema de Justicia no está funcionando adecuadamente y se ha incrementado la impunidad. La percepción que la productividad por Juez Penal ha bajado dramáticamente podría ser cierta.

La escasa fiabilidad de las cifras, o la inexistencia de ellas, no permite mostrar fehacientemente que la creación de cargos de Jueces Penales ha estado justificada. Tampoco sabemos si la impunidad se ha incrementado o no, pues no están disponibles las cifras de sentencias dictadas para compararla con las cifras de delincuencia. En caso de que la impunidad se hubiera incrementado no sabemos si es responsabilidad del Ministerio Público o de los Jueces Penales.

Lo analizado para el área penal puede ser aplicado al área laboral, donde se ha producido un incremento similar, pero allí tenemos aún menos información. Los abogados que ejercen en el área informan que un número elevado de casos se resuelven por mediación y que el tiempo general de disposición de casos probablemente ha bajado.

Un aspecto importante es la duración de los juicios. Por primera vez el órgano de gobierno judicial

Efecto del Juris 2000 en la duración de los juicios (en días)

Tribunal	Lugar	Procedimiento	Antes	Después
Municipio Ordinario	Barquisimeto	Resolución contrato arrendamiento	242	127
Municipio Ordinario	Ciudad Bolívar	Resolución contrato arrendamiento	368	180
Primera Instancia	Barquisimeto	Cobro de bolívares	790	237
Primera Instancia	Ciudad Bolívar	Cobro de bolívares	744	242
Primera Instancia	Barquisimeto	Prestaciones sociales	785	257
Primera Instancia	Ciudad Bolívar	Prestaciones sociales	484	229
Penal de control	Acarigua	Ordinario	257	164
Penal de control	Acarigua	Abreviado	148	54
Penal de control	San Felipe	Ordinario	144	65
Penal de control	San Felipe	Abreviado	40	18
Penal de control	Mérida	Ordinario	106	78
Penal de control	Mérida	Abreviado	16	7
Penal de control	Trujillo	Ordinario	240	196
Penal de control	Trujillo	Abreviado	188	77
Penal de control	Barinas	Ordinario	215	93
Penal de control	Barinas	Abreviado	149	79
Penal de control	Ciudad Bolívar	Ordinario	207	145
Penal de control	Ciudad Bolívar	Abreviado	44	39
Tribunal de juicio	Acarigua	Ordinario	436	271
Tribunal de juicio	Acarigua	Abreviado	128	74
Tribunal de juicio	San Felipe	Ordinario	157	75
Tribunal de juicio	San Felipe	Abreviado	68	19
Tribunal de juicio	Mérida	Ordinario	199	79
Tribunal de juicio	Mérida	Abreviado	183	39
Tribunal de juicio	Trujillo	Ordinario	190	145
Tribunal de juicio	Trujillo	Abreviado	77	61
Tribunal de juicio	Barinas	Ordinario	151	95
Tribunal de juicio	Barinas	Abreviado	123	54
Tribunal de juicio	Ciudad Bolívar	Ordinario	252	170
Tribunal de juicio	Ciudad Bolívar	Abreviado	139	95

FUENTE: Louza et al. (2003).

(en este caso, la Dirección Ejecutiva de la Magistratura), se interesó en medir la duración de los juicios y el impacto de la introducción de una innovación tecnológica. Esto debe ser observado y aplaudido. El cuadro 8 muestra que la implantación del sistema de gestión Juris 2000 en los Tribunales pilotos tuvo un impacto positivo en la duración de los juicios.

El estudio no tiene muchos detalles técnicos. No indica el tamaño del universo ni la muestra sobre la cual se trabajó. Tampoco sabemos cómo se recogió la información y el tipo de tratamiento. El trabajo tampoco indica los años del “antes” y del “después”, aunque dada la denominación de los Tribunales, el tiempo el “antes” puede corresponder a 2000 o 2001 y el después a 2002 o comienzos del 2003. A pesar de esas limitaciones, puede afirmarse que, en términos generales, la reducción en la duración de los juicios es significativa. También resulta llamativo que el mismo tipo de juicios tiene una duración bastante desigual de una ciudad a otra. Por ejemplo, los juicios penales en Tribunales de Control duran más del doble en Acarigua que en Mérida. Introduciendo la variable del Juris 2000, el juicio todavía es más largo en Acarigua que como lo era en Mérida. Este dato sugiere que el sistema de gestión no es el único elemento importante, o tal vez, que no sea el más importante. Seguramente hay otros elementos organizativos que disminuyen la eficacia del cambio tecnológico y de gestión. Lamentablemente, el estudio sólo hace unas consideraciones generales al respecto, pero no explica con detalle por qué el cambio de sistema ha tenido tan poco impacto en Trujillo y por qué la duración del mismo tipo de juicio puede ser dos veces en un sitio y en otro a pesar que se use la misma tecnología de gestión. Dado que el cambio se ha hecho en ciudades piloto, la consideración de esas variables hubiera sido obviamente útil. No existe información si estudios como éste se han repetido, pero en todo caso, no se han publicado.

Si volvemos al análisis global, podemos tratar de medir un aspecto que ha sido crítico para la evaluación del funcionamiento de la justicia penal: los presos sin condena. Como ya señalamos, el Código Orgánico Procesal Penal estableció como principio que los enjuiciados debían estar en libertad en espera del juicio, con un número restringido de excepciones. Estableció también límites a la prisión preventiva. El impacto inicial puede verse en el cuadro 9: el número de reclusos bajó a la mitad y el porcentaje de procesados al 47 por ciento.

Cuadro 9

Población reclusa en Venezuela 1997-2003

Reclusos	1997	1999	2003
Población reclusa total	25.575	13.352	21.342
Reclusos por 100.000 habitantes	111	57	88
Reclusos no condenados (%)	69	47	55

FUENTE: 1997: Oficina Central de Estadística e Informática, Anuario Estadístico de Venezuela 1997. Para 1999: Ministerio de Justicia. 2003: www.mij.gov.ve/custodia_estadisticas.htm.

Si analizamos la cifra de 2003 puede apreciarse el notable incremento del número de reclusos y, especialmente, el incremento de presos en espera de sentencia. Esto indica que los Jueces acceden con relativa facilidad a mantener los procesados en los centros de detención y que el momento de juicio se demora, en contra de las prescripciones del Código Orgánico Procesal Penal¹³. En los últimos años las huelgas de reclusos, quejándose de las condiciones inhumanas en las prisiones, la violencia y la corrupción en las prisiones han hecho titulares frecuentes en los medios y han mostrado que no ha habido mejoría en las prisiones, a pesar de inversiones importantes y los cambios legislativos. En otras palabras, el Sistema Penal sigue siendo tan injusto como antes, a pesar de la inversión sustancial, del incremento de número de Jueces, del cambio de las reglas procesales y de que, en nuestra hipótesis, los Tribunales Penales no están congestionados. Cuando casi todo ha cambiado, la pregunta para el investigador es qué ha permanecido igual para que la situación no cambie en proporción al esfuerzo que se ha realizado.

El Sistema Judicial ¿es más eficiente después de cinco años de reforma y modernización? La eficiencia es una relación entre los recursos que se invierten y los logros que se obtienen. Hemos visto que en los últimos diez años ha habido una inversión importante debido a los proyectos de modernización y a los préstamos del Banco Mundial. La inversión total es del orden de los 150 millones de dólares, de los cuales unos 30 fueron préstamos del Banco Mundial¹⁴. A estas cifras debe agregarse las del Presupuesto anual de gastos del Poder Judicial, que se invierte fundamentalmente en el pago del personal.

Las obras construidas, los equipos adquiridos y el incremento del número de Jueces, permiten afirmar que ha habido mucha más inversión. Hemos visto que es difícil determinar el impacto de estas inversiones en la producción inmediata del sistema: no sabemos si, en su conjunto, los juicios son ahora más acelerados que antes o si los Jueces producen más sentencias en general o per cápita. La falta de datos y de investigación sobre el sistema precluye la posibilidad de evaluaciones.

La lectura cotidiana de los periódicos permite formular la hipótesis que los venezolanos no ven en los Jueces los protectores de sus derechos, los controladores de la legalidad del gobierno y no piensan que la justicia sea realmente independiente. Estimamos que la población cree que los Jueces son designados a dedo por instancias del Tribunal Supremo penetradas por la política y que los Jueces pueden ser destituidos si deciden de manera adversa al gobierno.

En resumen, la revolución judicial, entendida como el alineamiento político de los Jueces con el gobierno, probablemente haya dado al traste con los esfuerzos de reforma.

Hay todos los motivos para pensar que la población venezolana no considera a los Jueces verdaderos árbitros de nuestros conflictos, sino que los percibe como otros actores partidistas de la situación trágica que vivimos.

13 / Los expertos consultados opinan que la reforma del Código Orgánico Procesal Penal que restringió las rebajas de penas a los procesados que admitan los hechos, ha generado que un mayor número de procesados opten por ir a juicio, incrementando así el número de procesados (en relación con los condenados).

También atribuyen la demora en los juicios a la dificultad de constituir los Tribunales con escabinos tanto por la falta de actualización de los datos en el Registro Electoral como a la misma desorganización de los Tribunales y de las prisiones.

14 / Son cifras aproximadas que tomo de los datos del folleto TSJ DEM: TSJ Modernización/ Modernizando la Justicia. Caracas. Tribunal Supremo de Justicia (sin fecha de impresión).

Referencias

Andueza, José Guillermo (1985): "La corrupción judicial". En J.G. Andueza y otros: *La corrupción en Venezuela*. Valencia. Vadell Hermanos Editores

Brewer-Carías, Allan R. (2005): "La progresiva y sistemática demolición de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela (1999-2004)". En XXX Jornadas J.M. Domínguez Escovar: *Estado de Derecho, Administración de Justicia y Derechos Humanos*. Barquisimeto

Brito González, José (1978): "Consideraciones acerca de la idea y concreción del Consejo de la Judicatura en el marco del Estado contemporáneo" *Politeia* # 7 (Caracas)

Calcaño de Temeltas, Josefina (1982): "La responsabilidad de los Jueces en Venezuela". En varios autores: *El Derecho Venezolano en 1982*. Caracas. Universidad Central de Venezuela.

Comisión Andina de Juristas (1992): *Administración de Justicia y Crisis Institucional. Venezuela*. Comisión Andina de Juristas. Lima.

Lander, Adriana (2000): "Agenda para la reforma del sistema judicial". En Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales et al (eds): *Derechos Humanos y Justicia. El aporte de las ONGs a la Asamblea Nacional Constituyente*. Caracas. CDB Publicaciones.

Lander, Adriana (2001): "El proceso constituyente y la reforma judicial". En J.M. Casal y A. Chacón Hanson (coords): *El Nuevo Derecho Constitucional Venezolano*. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello.

Louza, Laura (2001): "El Tribunal Supremo de Justicia", *Revista de Derecho Nro 4 del Tribunal Supremo de Justicia*, pp. 386. Caracas.

Louza, Laura (2002): "La Administración Pública en el Poder Judicial": *Temas de Derecho Administrativo, Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani, Tomo I, pp.56*. Caracas. Tribunal Supremo de Justicia.

Louza, Vázquez, D'Alvano & Tamma (2003): *El Juris 2000*. (Documento Interno) Tribunal Supremo de Justicia. Dirección Ejecutiva de la Magistratura, Unidad Coordinadora de Proyectos. (Versión mayo 2003).

Morais de Guerrero, María (1994): "Conociendo un programa: los Jueces Penales Itinerantes". *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, # 93. Caracas

Naim, Moisés & Ramón Piñango (1987): "El caso Venezuela: una ilusión de armonía". En M. Naim & R. Piñango (eds): *El Caso Venezuela: una Ilusión de Armonía*. Caracas. Ediciones IESA.

Marín Quijada, Enrique (1988): "Carrera judicial y formación" Papel de trabajo en el Taller sobre programación de capacitación de jueces. ILANUD. San José, Costa Rica.

Pérez Perdomo, Rogelio (1990): "La Organización del Estado en el siglo XIX (1830-1899)". *Politeia* # 14.

Pérez Perdomo, Rogelio (1995): *Políticas judiciales en Venezuela*. Caracas. Ediciones IESA. (Monografía)

Pérez Perdomo, Rogelio (1996): "De la justicia y otros demonios". M.E.Boza & R.Pérez Perdomo (eds): *Seguridad Jurídica y Competitividad*. Caracas. Ediciones IESA.

Pérez Perdomo, Rogelio (2003): "Venezuela 1958-1999: The legal system in an impaired democracy". En L. Friedman & R. Pérez-Perdomo (eds): *Legal culture in the age of globalization*. *Latin*

America and Latin Europe. Stanford. Stanford University Press.

Pérez Perdomo, Rogelio (2004): "Reforma judicial, estado de derecho y revolución en Venezuela". En L.Pásara (compilador): *En Busca de una Justicia Distinta. Experiencias de Reforma en América Latina*. Lima. Consorcio Justicia Viva.

Pérez Perdomo, Rogelio (2005): *Judicialization and regime transformation: the Venezuelan Supreme Court*. En R.Sieder, L.Schjolden & A. Angell (eds): *The judicialization of politics in Latin America*. New York. Palgrave-Macmillan.

Pérez-Perdomo, Rogelio & Lawrence Friedman (2003): "Latin legal cultures in the age of globalization". En L.Friedman & R.Pérez-Perdomo (eds): *Legal culture in the age of globalization*. *Latin America and Latin Europe*. Stanford. Stanford University Press.

Quintero, Mariolga (1983): "Independencia del Poder Judicial". En *Libro Homenaje a José Melich Orsini*. Vol II. Caracas. Universidad Central de Venezuela.

Quintero, Mariolga (1988): *Justicia y Realidad*. Caracas. Universidad Central de Venezuela.

Rangel, José Vicente (1985): *El Poder de Juzgar en Venezuela. Jueces, moral y democracia*. Caracas. Ediciones Centauro.

Rondón de Sansó, Hildegard (2000): "El Poder Judicial y el Sistema Judicial". I de Valera (coord): *La Constitución de 1999*. Caracas. Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Ruggeri Parra, Pablo (1957): *Elementos de Derecho Constitucional*. Caracas. Ediciones Garrido.

La sociedad civil y el ciudadano en Venezuela frente al sistema de justicia a partir de la nueva constitución

Sumario

Introducción.

I. La participación ciudadana en Venezuela, especialmente en el sistema de justicia.

II. El acceso a la justicia en Venezuela.

Conclusiones

Resumen

En Venezuela, a lo largo de 1999, se produjo un proceso de profundas transformaciones en el ámbito institucional y político, que dio lugar a la aprobación de una nueva Constitución, la cual introdujo cambios sustanciales en la organización del sistema de justicia y en el rol de la sociedad civil y del ciudadano frente a la justicia.

La aspiración del Constituyente venezolano de 1999 era la de constituir una democracia participativa y un Estado democrático donde la Justicia fuera uno de sus valores fundamentales (Artículo 2 de la Constitución) y el Poder Judicial, un órgano independiente y fuerte, y con ese fin la nueva Constitución “ciudadanizó” a los venezolanos frente a la administración de Justicia, otorgándoles un papel más activo y estableciendo obligaciones para el Poder Judicial frente al ciudadano.

En este trabajo se pretende determinar si el propósito del Constituyente se materializó durante los años siguientes a la promulgación de la nueva Constitución. Para ello se hace un análisis de la situación de la sociedad civil y del ciudadano frente a la Justicia en Venezuela, como sujetos activos y pasivos del Sistema de Justicia, es decir, se hace referencia, por una parte, a la participación ciudadana en esos años y por la otra, al acceso a la justicia.

El análisis de la sociedad civil venezolana y del Sistema de Justicia se refiere fundamentalmente a la situación existente para el año 2003, ya que a partir del año 2004 entró en vigencia una nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y se han tomado una serie de medidas en el ámbito social, económico y político, cuyo impacto no ha sido aún objeto de estudio. Las fuentes de este trabajo, en efecto, corresponden fundamentalmente a estudios o cifras oficiales de finales de 2003.

Laura Louza

Abogada por la Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de París II, Pantheon Assas. Magister del Instituto Ortega y Gasset de la Universidad Complutense de Madrid en Economía, Derecho y Políticas Públicas. Cursos en Gerencia Pública a nivel nacional e internacional. Gerente de Modernización del Tribunal Supremo de Justicia, y luego, Directora de Modernización del Poder Judicial (como ejecutora de los convenios de Venezuela con el Banco Mundial). Autora de estudios difundidos en publicaciones arbitradas y especializadas en el ámbito del Poder Judicial venezolano.

Abstract

Throughout 1999 in Venezuela a process was hatched which has led to a chain of events of paramount importance both in the institutional and the political domain. A new Constitution was designed and approved that brought about substantial changes in the judiciary organization, in the role of civil society and of citizens in front of justice. In 1999 the Venezuelan constituent's dream and intent was to create a "participating democracy" where justice should have been one of the main values (1999 Venezuelan Constitution, Article 2) and the Judiciary, a strong and independent body. With this object the new Constitution granted additional "citizen's prerogatives" to Venezuelan People in face of the Justice administration, giving the People an increasing active role and setting forth obligations for the Judiciary towards the citizens. Through this work we shall endeavor to find out whether or not the Constituent's intended purpose was made to come true in the years following the approval of the new Constitution. With this purpose an analysis shall be made of Venezuelan civil society and citizens, on the one side; and of the judiciary, on the other; facing one another, as active and passive subjects of the judiciary system, i.e., referring, on one hand, to the citizens' actual participation during those years and, on the other, to their actual access to justice. This analysis is necessarily limited to the study of the situation existing up to 2003. As a matter of fact, since 2004 a new Supreme Court of Justice Organic Law was approved and enforced, and, moreover, a great number of different measures were taken in the social, economic and political domain; measures whose impact has yet to be studied. Therefore the sources of this work are, of course, only the official studies and figures published by the end of 2003.

Introducción

A finales de 1999, como resultado de un complejo proceso político y de una Constituyente, entró en vigencia en Venezuela una nueva Constitución. Algunos de sus ideólogos han insistido en señalar que ese texto se encuentra inspirado de un espíritu "humanista", y a pesar de que a muchos críticos esto les ha parecido un galimatías, no deja, sin embargo, de ser una explicación de los nuevos postulados constitucionales digna de ser tomada en consideración.

Efectivamente, y aun en medio de serias paradojas, la Constitución de 1999 da a la *persona* un rol de gran importancia, *ciudadanizando* a los venezolanos, que hasta ese momento – y en los textos constitucionales anteriores – eran sólo tenidos por beneficiarios de la actividad estatal.

Esta *ciudadanización* del venezolano se expresa de dos maneras, por una parte se refuerzan algunos de los derechos y garantías individuales (muchos de los cuales ya existían), y por otra parte se abren múltiples fórmulas de participación ciudadana activa en la conducción de los asuntos públicos, más allá del simple ejercicio del derecho al sufragio, por lo que no cabe duda entonces que la publicitada humanización de los postulados constitucionales es una realidad.

Este replanteamiento del rol del ciudadano, y del ciudadano organizado como sociedad civil, lo encontramos máximamente expresado en la Constitución en toda la regulación atinente a la administración de

Justicia. Efectivamente, por una parte, la Constitución se ha preocupado por integrar a los ciudadanos a lo que se ha denominado *el Sistema de Justicia*. Por otra parte, ha reforzado las garantías ligadas al proceso y al acceso a la Justicia y, por último, ha incluido diversas formas de participación ciudadana en los quehaceres judiciales, más allá de la tradicional postura de *usuario o justiciable*.

Ahora bien, uno de los grandes retos de la sociedad venezolana y del Estado a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, una vez que se ha producido este *despertar*, era lograr llevar a la realidad esta participación ciudadana, así como acercar la Justicia al ciudadano. Se trata, como hemos dicho, de un verdadero reto, pues hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, aunque aparecieron algunas leyes que empezaron a introducir formas de participación ciudadana, en términos generales la legislación venezolana no regulaba mayormente lo atinente a la participación ciudadana, ni le prestaba especial atención a la sociedad civil¹, y esto sucedía paradójicamente por la poca relevancia que tenía esta área a los ojos de los legisladores que se ocuparon de establecer las normativas correspondientes.

Sin embargo, esto fue cambiando paulatinamente. En efecto, aunque el concepto de sociedad civil originalmente era más bien importado y ha sido tradicionalmente carente de contenidos idiosincráticos, es evidente que en Venezuela, como en otros países de América Latina, este concepto nació por oposición al de Estado, y en especial, en los últimos cincuenta años, su evolución respondió a esta característica, al haberse desarrollado asociaciones sin fines de lucro, unas organizadas como ONG's, otras como corporaciones de grupos de intereses, cuya finalidad era la defensa de los derechos ciudadanos frente al Estado².

Adicionalmente cabe destacar que, a pesar de que en un principio en Venezuela el foco de interés de la sociedad civil organizada se encontraba dirigido más que todo hacia el espacio económico y social

(especialmente en el ámbito de los derechos de los trabajadores), en los últimos diez años se ha referido más a los derechos humanos y garantías que debe prestar el Estado.

Esto se debe a que en Venezuela, a partir del inicio de la década de 1990, el sistema político se hizo inestable. Buena parte de la crisis se debió a la generalizada percepción de corrupción y derroche que los venezolanos tenían de sus gobernantes. Los venezolanos dejaron de creer en sus instituciones: el sector público fue relacionado con corrupción, manejo clientelar e ineficiencia. El Poder Judicial fue considerado como incapaz de impartir Justicia y altamente orientado por el Ejecutivo o por el poder económico.³

Esto explica cómo a partir de la década de los noventa, se incrementó el interés de la sociedad civil venezolana por el fortalecimiento del Estado de Derecho y del Poder Judicial⁴. A ello se debe en buena medida que el nuevo texto constitucional prevea formas de participación ciudadana en el sistema de justicia y profundice el rol del ciudadano y de la sociedad civil como usuarios del sistema.

Así las cosas, el objeto de estas notas es hacer un análisis de la situación de la sociedad civil frente a la Justicia, que corresponde a la situación en Venezuela en este ámbito fundamentalmente en los años 2002-2003⁵, su rol, y en particular, el alcance de su participación y de su acceso a la Justicia frente a lo establecido por la Constitución de 1999.

El análisis de la sociedad civil venezolana y del Sistema de Justicia se refiere fundamentalmente a la situación existente para el año 2003, ya que a partir del año 2004 entró en vigencia una nueva Ley del Tribunal Supremo de Justicia y se han tomado una serie de medidas en el ámbito social, económico y político, cuyo impacto no ha sido aún objeto de estudio, pero que sin duda han dado lugar a un gran cambio de la realidad.

Se trata entonces de determinar si el propósito del constituyente venezolano de 1999, que era el de

1 / Tampoco en la actualidad hay un marco regulatorio homogéneo en los aspectos relacionados con la creación, funcionamiento y disolución de las organizaciones sin fines de lucro, que es como se organiza la sociedad civil. Dichas organizaciones están reguladas por el Derecho Privado y la intervención estatal se reduce al registro de esas sociedades, para lo cual no se establecen limitaciones. En este sentido, es importante aclarar que, como indica María Magdalena Colmenares en su artículo: "El Contexto de la sociedad civil en Venezuela: Clarificación Conceptual, Evolución, Situación Actual y Desafíos", (publicado en Edición Nueva Sociedad, Caracas, 2000), SINERGIA hizo un estudio en 1998 sobre la regulación de estas instituciones en América Latina, y Venezuela presenta una de las legislaciones más avanzadas, en el sentido que no hay límites del Estado, ni controles que impidan esta actividad, aunque en ese informe esa organización presenta propuestas para mejorar y precisar la regulación actual.

2 / Colmenares, María Magdalena; OBCIT, p. 22 y 23.

3 / Éstos son los resultados del trabajo de Roche, Carmen Luisa; Richter, Jacqueline y Pérez, Norma: Los Excluidos de la Justicia en Venezuela, publicado por el Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002. pp. 209 y ss. Adicionalmente, un estudio de las Naciones Unidas para el Desarrollo que se llevó a cabo en 1998 concluyó que sólo el 0,8% de la población tenía confianza en el Sistema Judicial (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Justicia y Gobernabilidad. Venezuela: Una Reforma Judicial en Marcha, Caracas, Editorial Nueva Sociedad, 1998, p. 143).

4 / Ver el artículo Participación de la sociedad civil, publicado en la obra ya citada: "Justicia y Gobernabilidad. Venezuela: Una Reforma Judicial en Marcha", elaborado y publicado bajo el auspicio del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), por la Editorial Nueva Sociedad, p. 121 y ss, Caracas, 1998.

5 / Este análisis se hizo en junio de 2004.

constituir una democracia participativa y un Estado democrático, donde la Justicia fuera uno de sus valores fundamentales (Artículo 2 de la Constitución), se ha materializado en Venezuela.

Para ello se pretende analizar la normativa que se ha dictado sobre la materia una vez aprobada la Constitución y las medidas que se han adoptado para llevar adelante el proyecto de reforma institucional que se inició en 1999, producto de todos los cambios que se originaron en la década de los noventa. Esto se abordará en dos secciones: la primera (i) se refiere al rol del ciudadano y de la sociedad civil como sujetos activos del Sistema de Justicia (la participación ciudadana) y la segunda (ii) analiza la situación de la sociedad civil y del ciudadano como sujetos pasivos del Sistema de Justicia (el acceso a la Justicia).

En cuanto a las fuentes y metodología, este trabajo se fundamenta especialmente en estudios que fueron realizados por el Tribunal Supremo de Justicia con ocasión de la presentación al Banco Mundial en el año 2004 de un nuevo proyecto de reforma judicial, denominado "Proyecto para la mejora de la Administración de Justicia en el Contexto de la Resolución de Conflictos en Venezuela".

Se ha buscado apoyo documental adicional y otras fuentes, con el fin de presentar la información de manera objetiva, a pesar de estar esta autora involucrada en el proceso de modernización de la gestión judicial como Gerente de la Unidad Coordinadora del Proyecto de Modernización del Poder Judicial. Sin embargo, he tenido dificultad para tener acceso a toda la bibliografía venezolana de los últimos dos años, por ello los datos presentados se refieren especialmente a las cifras oficiales existentes para el año 2003 y publicaciones de ese momento.

I. La participación ciudadana en Venezuela, especialmente en el sistema de justicia

Después de la Revolución Francesa se concebía al Estado como el ente en el que los ciudadanos delegaron la formulación y ejecución de las políticas públicas por un acuerdo social⁶. Para la existencia de la democracia y la legitimidad social era suficiente la elección de los representantes de los poderes públicos. Por ello, existía una división clara entre el Estado y la Sociedad. Sin embargo, esta realidad ha cambiado a nivel internacional, y también en Venezuela.

6 / Chevallier, Jacques; "L'état de droit", Montchrestien, Paris, 1992, p. 23.

Actualmente, el Estado y el ciudadano no se diferencian tan claramente⁷. El Estado existe para el ciudadano y por el ciudadano, por ello, éste debe participar activamente en la formulación y ejecución de las políticas públicas y todo proyecto del Estado debe contar con la participación del ciudadano. Esto se refleja en el Informe sobre el Desarrollo Humano en Venezuela llevado a cabo por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en el 2003, en el que se indica que: "las personas son gestoras de su propio destino" y por ello, deben "participar organizadamente en las decisiones y en los procesos que conforman su vida". Según este informe, los entes públicos que tienen la responsabilidad de desarrollar políticas públicas deben tomar en cuenta al ciudadano, porque en definitiva, todas las políticas y los proyectos que se realizan involucran al ciudadano común, afectan su vida y su relación con el entorno, y como consecuencia de lo anterior, la participación ciudadana se puede definir como *el proceso por el cual los ciudadanos comparten el poder de decisión sobre las políticas públicas y acciones que los afectan*.

En efecto, actualmente está claro que el grado de libertad de un país depende del respeto y la práctica de los derechos políticos y de las libertades civiles.⁸ Por ello, la ausencia de medios válidos para la resolución de los conflictos de los ciudadanos puede llevar a una importante inestabilidad social y política. En este sentido es evidente la necesaria relación que existe entre el adecuado funcionamiento del Sistema Judicial, por una parte, y la estabilidad democrática y la paz social, por la otra. De hecho, el Sistema Judicial es indispensable para la protección de los derechos humanos, la lucha anticorrupción, el control de la legalidad en la conducta de los demás órganos del Estado y la seguridad jurídica requerida por los negocios y la vida social en general.

Un Sistema Judicial que garantice una interpretación razonable y previsible de las leyes es necesario para la seguridad de los ciudadanos. La falta de un Sistema Judicial creíble, eficiente y accesible agudiza

7 / Pérez Perdomo, Rogelio; "Justicia y Pobreza en Venezuela", Monte Ávila Editores, Venezuela, Caracas, 1985, p. 6.

8 / Existen diversos estudios sobre la materia, entre los cuales destacan los de la organización estadounidense Freedom House, en cuyo reporte anual se utiliza el grado de participación política de la sociedad civil como un indicador para medir el grado de libertad en un país (Freedom House, Annual Report, 2004, www.freedomhouse.org). Asimismo, llama la atención un reciente estudio titulado "Cómo se Logra la Libertad, de la Resistencia Cívica a la Democracia Duradera", en donde se muestra que las coaliciones cívicas no violentas son las que en la mayoría de los países con regímenes autoritarios logran la libertad y la democracia duradera (Karatnycky, Adrian y Ackerman, Peter, How Freedom is Won, from civic resistance to durable democracy, Freedom House and International Center on Nonviolent Conflict and Freedom House, mayo 24, 2005, www.freedomhouse.org).

las tensiones en el sistema político y no ofrece seguridad a los actores económicos. Es por esto que un solo acto de violación de los derechos humanos tiene más capacidad para minar la confianza en el Estado y sus instituciones que los cientos de pequeños actos que evidencian que se avanza en un proceso de reformas o modernización de la gestión judicial.

Esto queda aún más claro si se considera que en los últimos diez años se ha entendido y demostrado que la confianza en la Justicia afecta directamente de forma positiva la seguridad pública, la economía y la calidad de vida de todo ciudadano⁹. De lo anterior resulta evidente que conceptos como legitimidad, democracia, Estado de Derecho, gobernabilidad y sostenibilidad, están estrechamente relacionados¹⁰.

Es por esto que en el ámbito de la justicia, la participación ciudadana es fundamental, no sólo porque el Poder Judicial, que es el encargado de administrar justicia, es parte del Estado y como tal debe ser controlado por lo que respecta a su gestión e iniciativas, sino porque su rol es esencial por tener la responsabilidad de mantener el equilibrio del ejercicio del poder del Estado, la estabilidad y la paz social. Tan es así que, aunque tradicionalmente se consideraba al Poder Judicial como la cenicenta de los poderes, también en el caso venezolano, esto ha cambiado radicalmente. Por ello, en la década de los noventa se inició un proceso de fortalecimiento importante en América Latina del Poder Judicial de cada país de la región, impulsado por organismos internacionales, entre los cuales destaca el Banco Mundial.

A esta tendencia se unió Venezuela con los esfuerzos llevados a cabo en la década pasada. En efecto, la crisis de las instituciones en la década de los noventa llevó a que se acentuaran las solicitudes de cambios y se exigió una reforma, particularmente en el ámbito de la justicia¹¹. No obstante, estas solicitudes de cambio normalmente provinieron de ONG's individuales o de grupos muy pequeños de ONG's con mínimo impacto. Las medidas iniciales adoptadas

por la sociedad civil en este campo fueron bastante descoordinadas, hasta que se trazó una estrategia de colaboración en 1998 con la Corte Suprema de Justicia, el Banco Mundial y 45 ONG's que se organizaron según el modelo sombrilla¹². Ese grupo se denominó Alianza Social por la Justicia, y estuvo integrado por las siguientes asociaciones: la Asociación Primero Justicia, Asociación Venezolana de Derecho Procesal, Acción Ciudadana contra el SIDA, Cámara de Comercio Venezolano-Británica, Centro de Servicio de Acción Popular, Consejo Nacional de Promoción de Investigaciones (CONAPRI), Fundación en Cambio, Fundación para los Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Programa Venezolano de la Educación-Acción en Derechos Humanos (PROVEA), Red de Apoyo para la Justicia y la Paz y Una Ventana a la Libertad.

La intervención del Banco Mundial en esta actividad se debió al préstamo que otorgó el organismo para el Aprendizaje e Innovación para la Corte Suprema de Justicia, (el 4270-VE) suscrito en diciembre de 1997, por un total de 7.300.000 dólares de los cuales el Banco Mundial aportó 4.700.000, con ocasión al cual ésta organizó un espacio a través de la Unidad de Participación de la sociedad civil, que dio lugar a muchos de los cambios legislativos y constitucionales que se produjeron a partir de 1998 en Venezuela¹³. Esta experiencia de colaboración lleva adelante por la Corte Suprema de Justicia y la sociedad civil recibió un premio del Presidente del Banco Mundial en 1998.

También, la Constitución que fue aprobada a finales de 1999, constituyó un importante avance en el ámbito de la participación ciudadana en Venezuela, al incorporar al ciudadano al Sistema de Justicia (Artículo 253) y establecer formas de participación ciudadana como las siguientes:

- El procedimiento de selección de los Jueces mediante jurados, que integran ciudadanos (Art. 255).
- La facultad de los ciudadanos para ejercer objeciones a cualquiera de los Magistrados postulados ante el Comité de Postulaciones o ante la Asamblea Nacional (Artículo 264).

9 / Kaufmann, Daniel; ponencia en Módulo 2: Mejorando la Gobernabilidad de los Países de América Latina a través del Sector Judicial del Programa de Capacitación a Distancia "Reforma Judicial en América Latina y el Caribe: mejorando la gobernabilidad a través del Sector Justicia", auspiciado por el Instituto del Banco Mundial, el CEJA y el Consejo General Judicial de España.

10 / Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Resumen Ejecutivo, publicado en la obra ya citada: "Justicia y Gobernabilidad. Venezuela: Una Reforma Judicial en Marcha", Editorial Nueva Sociedad, pp. 13, Luoza, Laura; La Administración Pública en el Poder Judicial, "Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Pérez Luciani, p 56, Caracas, 1998.

11 / En esta época se produjeron dos documentos solicitando estos cambios: el primero de la Alianza Social por la Justicia: Así Queremos la Reforma Judicial y el segundo Participación para Democratizar la Justicia. Se mencionan estos documentos en la obra antes citada del PNUD.

12 / El modelo sombrilla en la esfera de la Administración de Justicia podría estar conformado por un grupo de Organizaciones Sociales dedicadas a una sola causa, todas las cuales comparten un interés común en alguna área específica de la reforma de las políticas relacionadas con los sistemas policiales, acusatorios, judiciales o penales (Malik, Waleed; Los Retos de la Formación de Alianzas para una Reforma Judicial, Banco Mundial, pp. 88, Washington, 2000).

13 / Entre estos cambios resaltan los siguientes: los Títulos III, y VI de la Constitución, el COPP, la LOPNA, la LOPJ.

- La existencia de un Comité de Postulaciones con representantes de la sociedad civil para la preselección del Fiscal General de la República y de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (Artículos 264 y 279).
- La promoción de incorporar mecanismos alternativos de resolución de conflictos (Artículo 258).

La exigencia de que colaboren las Universidades en la formación de los Jueces (Artículo 255). Asimismo, las leyes venezolanas aprobadas en la década de los noventa promovieron la participación ciudadana en el Sistema de Justicia de la siguiente manera:

- La incorporación de ciudadanos (escabinos) en los juicios penales (Artículos 544 al 547 del Código Orgánico Procesal Penal).
- La previsión de que se crearan Oficinas de Participación Ciudadana, que se encargarán de la convocatoria y preparación de los escabinos que participarían en los juicios penales (Artículo 544 y siguientes).
- La facultad de la sociedad civil de formar Defensorías del Niño y del Adolescente (Artículo 201 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente).
- La posibilidad de que las entidades de atención para niños y adolescentes sean integradas por la sociedad civil (Artículo 181 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente).
- La potestad de la sociedad civil de postular a las personas que integran el Consejo de Protección del Niño y del Adolescente en su municipio (Artículo 163).
- La consagración del derecho de la sociedad civil de participar activamente para lograr la vigencia plena de los derechos y garantías de los niños y adolescentes (Artículo 6 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente).
- La consulta y participación directa de los pueblos y comunidades indígenas en el proceso nacional de demarcación de su hábitat y tierras (Artículo 8 de la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los pueblos indígenas).
- La figura del Juez de Paz que es un ciudadano elegido por la comunidad para resolver ciertos conflictos (Artículos 26 de la Ley de Justicia de Paz y 253 y 258 de la Constitución).
- La figura de la Junta de Arbitraje, integrada por abogados en libre ejercicio de la profesión, a que hace referencia la Ley Orgánica Procesal del Trabajo

como medio idóneo para resolver un conflicto laboral (Artículos 138 y siguientes).

Como se desprende de las normas antes comentadas, entraron en vigor a partir de los noventa en Venezuela importantes mecanismos legales para la participación ciudadana, sobre todo, en el Sistema de Justicia. Sin embargo, es importante determinar si esto se ha llevado a la práctica. En este sentido, las experiencias fueron las siguientes:

- La creación a partir de 1999 de las Oficinas de Participación Ciudadana en cada Circuito Judicial del país, que se encargan según la ley de la convocatoria y preparación de los escabinos que participarán en los juicios penales.
- La puesta en marcha de la Justicia de Paz desde 1995 hasta 2002 en 14 estados del país.
- La apertura por parte de la sociedad civil de centros de mediación y arbitraje a partir de 1998. La iniciativa del Tribunal Supremo de Justicia entre los años 2003 y 2004 de hacer el Proyecto de Resolución Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, en que consultó no sólo a los funcionarios del Poder Judicial, sino también a 34 ONG's, y a 2094 personas, que en un 6,13% son organizaciones sociales y en un 18,73% son abogados en el libre ejercicio de la profesión.
- La selección a partir del año 2001 de aproximadamente un 20% de los Jueces a nivel nacional por concurso con la participación de jurados integrados por la sociedad civil¹⁴. Aunque limitadas, sin duda, se trata de experiencias importantes. No obstante, no son suficientes para afirmar que en Venezuela haya habido o hay en la actualidad una participación ciudadana activa en el Sistema de Justicia, más bien pareciera lo contrario, visto la gran cantidad de mecanismos legales que no se materializan en la práctica. Además, en su mayoría son experiencias puntuales que no permanecen en el tiempo y que no se institucionalizan. Es por esto que Venezuela presenta índices críticos de gobernabilidad, ubicándose en el 2004 muy cerca de Haití¹⁵, presentando un muy bajo grado de libertad y un nivel casi nulo de participación ciudadana¹⁶.

14 / Desde el año 2003 estos concursos han sido suspendidos.
15 / Reporte sobre el Estado de los Sistemas Judiciales en las Américas 2004-2005, www.cejamerica.org y Daniel Kaufmann, Aart Kraay, y Massimo Mastruzzi, Governance Matters III: Governance Indicators for 1996-2002, Working Paper Series, Instituto del Banco Mundial, Washington, mayo de 2003. Los datos se hallan disponibles en www.worldbank.org/wbi/governance/govdata2002.

16 / Freedom House, Annual Report, 2004, www.freedomhouse.org

La falta de institucionalidad, la escasa participación ciudadana, la casi ausente voluntad de los órganos públicos en tomar las medidas necesarias para materializar lo dispuesto en la Constitución y las leyes de la década de los noventa y sobre todo, la crisis del Sistema de Justicia, ha llevado a que Venezuela ha pasado de ser considerada como una de las democracias mejor establecidas de América Latina, con gobiernos electos desde 1958 en adelante, a ser uno de los países más violentos de América Latina. Es precisamente en virtud de la imposibilidad de participar por mecanismos adecuados que se han creado otros que han llevado a una gran conflictividad. Esos conflictos se perciben tanto en grandes manifestaciones políticas como en multitud de escenas de la vida cotidiana¹⁷. Así, se ha podido apreciar en los últimos años un aumento exponencial de huelgas, paros, manifestaciones callejeras y toda clase de conflictos. Incluso la violencia y la inseguridad personal han alcanzado proporciones alarmantes, la tasa de homicidios se ha duplicado entre 1998 y 2002¹⁸.

De esta manera se puede afirmar que en Venezuela, aunque la participación ciudadana en el Sistema de Justicia está garantizada por la Constitución a través de suficientes e importantes mecanismos y por algunas leyes, e incluso ha habido experiencias interesantes en este sentido en ejecución de las normas antes mencionadas y de los proyectos de reforma judicial, todavía no hay estructuras adecuadas en el ámbito estatal ni en el de la sociedad civil para que esta interacción suceda y traiga resultados impactantes, continuos y permanentes. Por ello, debe hacerse un esfuerzo integrado de la sociedad civil, el Estado y el ciudadano para lograr hacer realidad el espíritu de la Constitución, que no es otro que el de lograr instaurar en Venezuela una democracia participativa, así como materializar un Estado de Justicia, todo lo cual se alcanza sólo a través de una verdadera participación ciudadana.

II. El acceso a la justicia en Venezuela

La resolución de los conflictos entre particulares, y entre éstos y los órganos del Poder Público, es una misión fundamental del Estado, que garantiza la paz y el orden social. En efecto, para que los conflictos sociales se resuelvan, es necesario que la totalidad

de los integrantes del cuerpo social puedan acudir a los órganos de la Administración de Justicia para plantear y resolver sus conflictos de un modo útil y eficaz. Así, la problemática sobre el acceso a los órganos de Administración de Justicia, o acceso a la Justicia, es y ha sido un tema crucial, sobre todo en los últimos años en la formulación de proyectos para la mejora de los Sistemas de Justicia¹⁹. Aunque, originariamente, cuando se postula en el siglo XVIII el principio de separación de poderes, se considera que los Jueces “no son más que la boca que pronuncia la Ley”, siendo su misión aplicar la Ley, interpretándola, no creándola, de lo cual se derivan una serie de premisas²⁰, que en cierta forma aún persisten en la concepción general de la función judicial²¹, el rol de los Jueces, en la actualidad, sin lugar a dudas ha cambiado de manera importante. De hecho, ha habido una evolución del rol del Juez, que se debe fundamentalmente a la evolución del rol del Estado, así como al cambio de la sociedad moderna que es mucho más compleja que la del siglo XVIII. Algunas de las razones de ese cambio son las siguientes²²:

- La legislación que protege los derechos sociales y económicos se ha ampliado, así como el rol de los Tribunales para proteger esos derechos.
- El Poder Judicial ha adquirido una importante responsabilidad en la resolución de disputas comerciales nacionales e internacionales.
- La actividad criminal se ha vuelto más compleja y se ha internacionalizado.
- La creciente tendencia a la judicialización de los conflictos políticos que se deberían resolver por otra vía.

19 / Marroquín, Otto; ponencia en Módulo 6: “Cómo Promover un Acceso a la Justicia Más Equitativo?”, Programa de Capacitación a Distancia “Reforma Judicial en América Latina y el Caribe: Mejorando la Gobernabilidad a través del Sector Justicia”.

20 / Las premisas son fundamentalmente las siguientes:
-Los Jueces tienen el monopolio de la Jurisdicción, es decir, de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, así, ningún otro poder o persona puede asumir esta función, so pena de atentar contra este principio.

-Sólo los Jueces pueden ejercer la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, lo que a su vez determina la necesidad de privar al Juez de funciones administrativas (gestión de medios materiales y personales) y garantizar su independencia económica y estabilidad profesional.

-El Juez es un tercero entre las partes, verbigracia, ha de ser imparcial respecto de un caso concreto y debe ofrecer garantías para excluir cualquier duda razonable en su actuación.

21 / De Benito, José Luis, ¿Qué Exigencias se Requieren Para Contar con un Poder Judicial Independiente y que, a la vez, Cumpla con su Obligación de Rendir Cuentas?, Reforma Judicial en América Latina y el Caribe, Mejorando la Gobernabilidad a través del Sector Justicia, Instituto del Banco Mundial y Consejo General del Poder Judicial, 15 de abril a 3 de junio de 2004.

22 / USAID/IFES, Pautas para Promover la Independencia y la Imparcialidad Judicial, Introducción, www.cejamerica.org, 2002.

17 / Pérez Perdomo, Rogelio, Reforma Judicial y Estado de Derecho, “En Busca de una Justicia Distinta. Experiencias de Reforma en América Latina”, Coordinador: Luis Pásera.

18 / Fuentes: División de Estadística CICPC del Ministerio de Justicia e Instituto Nacional de Estadísticas. Elaboración del Centro para la Paz y los Derechos Humanos de la UCV e Informes anuales de Provea sobre derechos humanos.

A esto se añade la diversidad de los miembros de la sociedad moderna, sobre todo en cuanto a su nivel de educación, ingresos y condiciones de vida, lo que acompañado con la aspiración del Estado de Derecho de que todos los ciudadanos acudan al Sistema Judicial para resolver sus conflictos, hace complejo lograr este postulado en países en desarrollo, donde las diferencias económicas y sociales son muy marcadas.

Por tanto, a pesar de que el acceso a la justicia es reconocido como un derecho individual, desde hace un buen tiempo, sucede que por diversos condicionamientos sociales y culturales, no es menos cierto que el mismo dista de ser equitativo y efectivo. Ciertamente, existen diversas barreras que impiden en muchas ocasiones que los ciudadanos puedan acceder a los órganos de administración de Justicia, algunas culturales, otras raciales, otras socioeconómicas, e incluso, institucionales²³.

De hecho, hay grupos sociales tradicionalmente marginados como las mujeres, los niños, los pobres, las minorías étnicas (por ejemplo, los indígenas), los ciudadanos que viven en zonas rurales, todos los cuales ven seriamente limitadas sus posibilidades de acceder a una Justicia concebida y estructurada para ser alcanzada o ser accesible por hombres de clase media de la mayoría étnica. Así, las normas deben adaptarse a la realidad, y acercar la Justicia a esos grupos tradicionalmente marginados o excluidos²⁴.

Por ello, cualquier reforma de los sistemas judiciales que intente fortalecer el acceso a la Justicia, debe tener en cuenta la diversidad y la existencia de diferencias entre los miembros del conglomerado social. Además, es importante hacer cambios funcionales en los Tribunales, así como en los aspectos organizacionales, ya que esto permite mayor celeridad de los procesos judiciales y mayor acceso a la información.

En Venezuela, la Constitución de 1999 (Artículo 26), de modo similar a lo que hacía la Constitución de 1961 (Artículo 68 CD), prevé “el acceso a la Justicia” como un derecho fundamental de los venezolanos, en los siguientes términos:

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

No obstante, entre uno y otro texto se han producido importantes modificaciones conceptuales, que hacen necesario, ahora más que nunca, replantear la estructura del Sistema Venezolano de Administración de Justicia.

El cambio conceptual que ha operado y que se ve reflejado en la normativa de la Constitución de 1999, se encuentra justamente referido a la concepción de la Administración de Justicia, y especialmente se refiere al acceso a la Justicia. En efecto, para la Constitución de 1999, la Administración de Justicia es, además de una de las manifestaciones del Poder Público, un verdadero servicio público, al que se le imponen pautas obligatorias a favor de los ciudadanos. De tal forma, según esta nueva perspectiva, el ciudadano puede exigir a la Justicia el cumplimiento de determinadas conductas.

En efecto, la Constitución postula que la Administración de Justicia debe ser transparente, accesible, expedita, responsable, y ha de contar con la participación del ciudadano. Este cambio de concepción se observa ya en el propio Artículo 26, al que se agrega un segundo párrafo que impone a la Justicia que administra el Estado una serie de condiciones que son –ellas también– un derecho de los ciudadanos. Así, el mencionado segundo párrafo del Artículo 26 prevé:

“El Estado garantizará una Justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.”

Además, esta nueva concepción de la Justicia como una potestad y un servicio²⁵, se ve en otras muchas normas de la Constitución como las siguientes: “la potestad de administrar Justicia emana de las ciudadanas y ciudadanos” (Artículo 253), “el Sistema de Justicia está constituido por (...) los ciudadanos que participan en la administración de Justicia conforme a la Ley” (Artículo 253), “los Jueces (...) son personal-

23 / M. Cappelletti y B. Garth : El Acceso a la Justicia, la Tendencia en el Movimiento Mundial para Hacer Efectivos los Derechos, D.F. México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

24 / También se les conoce como “vulnerables”, sin embargo, esta denominación no es bien aceptada por esos grupos, porque indica que ellos tienen dificultades para acceder al Sistema por causas imputables a ellos, cuando es el Sistema que los excluye o no los toma en cuenta, al no estar diseñado para atender sus necesidades.

25 / Louza, Laura; “El Acceso a la Justicia”, publicado por el Tribunal Supremo de Justicia e Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto 2003, p. 63 y ss.

mente responsables(...) en el desempeño de sus funciones" (Artículo 255), "toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma consten en registros oficiales o privados" (Artículo 28).

De este modo, y a la luz de la Constitución de 1999, la Administración de Justicia es un servicio público que genera un conjunto de obligaciones presenciales para los Órganos Judiciales (atinentes a los atributos y características que debe revestir este servicio) y en relación con los sujetos que son beneficiarios del mismo, es decir, los ciudadanos. En contrapartida, el ciudadano o justiciable tiene derecho de acceder a la Justicia, pero no a cualquier Justicia, sino a una con determinadas características: *gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles*.

Sin embargo, el problema es cómo lograr que este cambio de concepción resulte en un cambio de las cosas, en un cambio del modo en que se administra la Justicia en Venezuela.

A raíz de diversos estudios y diagnósticos sobre este tema, se ha logrado determinar que dos de las mayores barreras a que se enfrenta el ciudadano para acceder a la Justicia en Venezuela— aun cuando no son las únicas — son: (i) los procedimientos formales y complejos que regularmente establecen las leyes; y, (ii) la deficiente infraestructura y organización con que cuentan los órganos encargados de la Administración de Justicia, que generan un pésimo e ineficiente servicio y falta de información adecuada²⁶.

En relación con el primer aspecto, a partir de 1999 se han dictado leyes en Venezuela que postulan la simplificación de los procedimientos y la celeridad del proceso judicial, tales como el Código Orgánico Procesal Penal, la Ley Orgánica de Protección de Niños y Adolescentes y la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, además, de la propia Constitución que prevé la inclusión progresiva de la oralidad en los procesos judiciales.

Respecto del segundo aspecto, relativo a la infraestructura y organización de los Tribunales, en el programa de Infraestructura de Apoyo al Poder Judicial, iniciado en 1993, auspiciado por el Banco Mun-

dial²⁷, se idearon dos mecanismos fundamentales para mejorar el funcionamiento de los Tribunales, y hacer así más accesibles y amigables los servicios de los órganos jurisdiccionales para los ciudadanos: (i) un modelo organizacional y un sistema de computación de gestión, decisión y documentación para los Tribunales: JURIS 2000 o TEPUY XXI para el máximo Tribunal, y (ii) un diseño arquitectónico funcional para las sedes judiciales.

A pesar de los avances que ha habido en este sentido²⁸, se ha demostrado que esto no es suficiente. En efecto, aunque se esperaba que con los proyectos de modernización y reforma judicial llevados a cabo en Venezuela con el Banco Mundial, hubiera un mejor funcionamiento de la Administración de Justicia, haciéndola más eficiente y transparente, y mejorara el acceso a la Justicia de toda la población venezolana en cuanto al Sistema Jurídico formal se refiere, esto no se logró.

La razón de ello es que hoy en día es evidente que existen obstáculos para el acceso a la Justicia formal que afectan de manera particular a los sectores económicamente menos favorecidos²⁹ y que incluso impactan negativamente a sectores más favorecidos por la ineficiencia, ineficacia e insuficiencia de la Justicia formal, por ser prácticamente el único medio para resolver los conflictos de este grupo social.

Esta situación se agrava porque el Sistema de Administración de Justicia es percibido por la población como poco confiable, complicado y, lento para

27 / Ya nos hemos referido al convenio para la mejora de la Corte Suprema de Justicia, financiado por el Banco Mundial, pero hubo otro, el 3514-VE firmado en diciembre de 1993, cuyo nombre de "Proyecto de Infraestructura de Apoyo al Poder Judicial" indica su considerable ambición. El monto total fue de 60 millones de dólares de los Estados Unidos, de los cuales el Banco Mundial aportaría como préstamo la mitad. El ente ejecutor fue el Consejo de la Judicatura. En agosto de 2000, el ente ejecutor pasó a ser la Dirección Ejecutiva de la Magistratura. En el marco de este proyecto se hizo un considerable esfuerzo para modernizar la gestión judicial en Venezuela.

28 / Ver la página web del Tribunal Supremo de Justicia: www.tsj.gov.ve. También se recomienda revisar el Estudio sobre el costo-beneficio del Juris 2000, realizado por Conafin (Eduardo Pimentel) para el Banco Mundial, en mayo de 2004, en 8 Estados del país donde se demuestra una reducción de lapsos procesales penales hasta un 57%, una reducción de los lapsos procesales civiles de hasta un 68% (1ª Instancia), una reducción de los lapsos procesales laborales hasta un 61%, un incremento de casos terminados en un 534,12% y un aumento de casos procesados y resueltos en 4,34 veces. Además, en 16 Estados donde funciona el Juris 2000, el 77% de los Jueces y Funcionarios Judiciales considera que con el JURIS 2000 se fortalece la transparencia en los procesos judiciales, el 72% de los usuarios externos encuestados considera que la automatización de los Tribunales con el JURIS 2000 genera Confianza. (Encuesta 2004), el 63% de usuarios externos encuestados considera que la Calidad del Servicio con el JURIS 2000 es excelente y el 22% considera que es buena. (Encuesta 2002). (Fuente: Tribunal Supremo de Justicia, Dirección Ejecutiva de la Magistratura, 2004)

29 / Ver C. L. Roche, J. Richter y N. Pérez: Los Excluidos de la Justicia en Venezuela, Caracas, Edit. Melvin, 2002; Pérez Perdomo, Rogelio: Justicia y Pobreza en Venezuela, Caracas, Monte Ávila Editores, 1985.

26 / Pérez Perdomo, Rogelio: "Justicia y Pobreza en Venezuela", Caracas, Monte Ávila Editores, 1985, y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, "Diagnóstico sobre la Percepción Social de la Justicia en el Área Metropolitana de Caracas. Encuesta de Opinión Pública", OBCIT, p. 150 y ss.

resolver sus conflictos³⁰. La lentitud en los procesos judiciales se acentúa especialmente en materia civil, mercantil y de familia. De hecho, la reciente implantación de sistemas informáticos que aumentan la celeridad en la gestión judicial (JURIS 2000), ha sido especialmente en Tribunales Penales, aunque debe decirse que también en éstos se han presentado limitaciones en cuanto a su impacto en la celeridad de los juicios, porque, por una parte, el JURIS 2000 no se ha dirigido a las ciudades con mayor demanda judicial y conflictividad, como Maracaibo, Caracas, Valencia y Maracay³¹, y por la otra, el Poder Judicial en los últimos años se ha centrado en crear mejores condiciones para la tramitación de los casos, pero no en controlar el desempeño de la gestión judicial y mejorarla cuando hay problemas o cuellos de botella en fases del proceso específicas, ocasionadas por factores diferentes a problemas de funcionamiento del sistema como fallas del recurso humano, de los equipos tecnológicos, de los medios materiales o de la organización.

Tampoco, los medios alternativos de resolución de conflictos³² mejoran esta situación de falta de acceso a la Justicia, sobre todo de la población más desfavorecida por razones culturales o económicas. En efecto, son pocos los centros privados de arbitraje³³ y de conciliación existentes y no son accesibles a los grupos más desfavorecidos. El Poder Judicial en su propio seno no los ha impulsado, aunque son muchas las leyes que contemplan medios alternativos, como la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (conciliación), la Ley Sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia (conciliación), la Ley de Tierras (conciliación), la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas (conciliación). No obstante, la nueva Ley Orgánica Procesal del Trabajo que entró en vigencia en agosto de 2003, sí le da un impulso importante a la conciliación en el Sistema de Justicia formal, y crea una estructura distinta para los Tribunales de Primera Instancia con la figura de Jueces de Conciliación,

que presenta un gran éxito en sus resultados (el 95% de los casos se resuelven por esta vía³⁴), lo que demuestra que su carencia de uso no es por un problema cultural de rechazo a este medio de resolución de conflictos, sino por inadecuada organización de los Tribunales que se dedican a estos asuntos en las demás materias, ausencia de incentivos a los Jueces (se les evalúa por el número de sentencias emitidas, sin importar su naturaleza, y no por casos resueltos) e insuficiente capacitación de los Jueces que debieran cumplir con estas funciones. De hecho, varios organismos de carácter administrativo vienen practicando con mucho éxito la conciliación, como las Inspectorías del Trabajo, las Fiscalías de Protección a los Niños y Adolescentes, las Prefecturas, y las Oficinas de Asistencia Jurídica del Instituto Nacional del Menor.

Por su parte, la Justicia de Paz³⁵, no ha sido una experiencia demasiado positiva en Venezuela, a pesar de que la gran mayoría de los usuarios manifiestan que han logrado resolver sus conflictos acudiendo a la Justicia de Paz. Una evaluación realizada durante el 2002³⁶, encontró 262 Jueces de Paz electos desde 1995 hasta 2001 (otros 10 fueron elegidos con posterioridad a la finalización del estudio), en 14 estados de Venezuela (Venezuela tiene 23 estados y un Distrito Capital). De ellos, sólo 45 estaban ejerciendo para el momento del estudio. El 67 por ciento de los Jueces de Paz seguía ejerciendo sus funciones desde su vivienda. Los casos que conocían eran en un 40 por ciento, conflictos entre vecinos; 29 por ciento, conflictos familiares entre los cuales casi la mitad eran casos de violencia; el resto problemas de conducta, de consumo y venta ilegal de alcohol y de drogas, entre otros. La Justicia de Paz, además, presenta los siguientes obstáculos o dificultades para un mejor funcionamiento y desarrollo: la falta de apoyo de los alcaldes o concejos municipales, frecuentemente por motivos políticos; la ausencia de sede para funcionar, y la carencia de apoyo económico para el funcionamiento. Esta situación puede variar mucho de un municipio a otro. Así, aunque hay experiencias posi-

30 / Ver Pérez Perdomo, Rogelio, Los 50 años de Historia del Poder Judicial en Venezuela, trabajo no publicado presentado como anexo del documento del Proyecto de Resolución Judicial de Conflictos, y ver C.L. Roche, J. Richter y N. Pérez : Estudio Sobre Acceso de Personas de Escasos Recursos a la Justicia en el Área Metropolitana de Caracas en "Los Excluidos de la Justicia en Venezuela", Caracas, Edit. Melvin, 2002, p. 17-158.

31 / Según las cifras de la División de Estadísticas del CICPC del Ministerio de Justicia del año 2002.

32 / Fuente: Ponce, Carlos, La Comunidad y su Percepción de la Justicia y de los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, "Visión Popular Acerca de los Medios Alternos de Resolución de Conflictos", Asociación Civil Consorcio Justicia, Caracas, 2002.

33 / Existen en Caracas, Mérida, Maracaibo, La Asunción y Puerto Ordaz y están adscritos a las Cámaras de Comercio de esas ciudades. También existe uno en Caracas, que funciona como ONG, el CEDCA y otro adscrito a la Cámara Venezolano-americana de Industria y Comercio.

34 / Son las cifras oficiales del Poder Judicial, ver Revista del Tribunal Supremo de Justicia de julio de 2004, pp. 4 y 5.

35 / Es importante mencionar la experiencia de la Justicia de Paz, que se inició con la Ley Orgánica de Justicia de Paz (LOJP) en 1995. La LOJP consagra una justicia comunitaria, que imparte un líder moral electo por la comunidad, con carácter honorario. La Justicia de Paz ha sido concebida como un mecanismo alternativo y complementario del Sector Justicia, que busca, mediante la informalidad, la gratuidad y la conciliación, superar los obstáculos que se presentan para el acceso a la Justicia en el caso de pequeños conflictos, y contribuir de esa manera a fomentar la convivencia ciudadana y la solución pacífica de las controversias on la participación de los ciudadanos.

36 / Fuente: Ponce Silén, Carlos Eduardo (Coordinador): Los Jueces de Paz y su Gestión, Año 2002 en "Visión Popular Acerca de los Medios Alternos de Resolución de Conflictos", Asociación Civil Consorcio Justicia, Caracas, 2002.

tivas y los Jueces de Paz están desempeñando una labor útil y son bien evaluados por los usuarios de la Justicia de Paz, no han sido la gran solución a la falta de acceso a la Justicia. También quedan varios problemas institucionales por resolver, uno de ellos es cuál puede ser el papel del Poder Judicial frente a la Justicia de Paz.

La situación antes descrita se reproduce, o incluso se agrava, cuando se trata de los grupos que son considerados como vulnerables o débiles jurídicos por las leyes venezolanas, como son: las mujeres, los niños y adolescentes e indígenas, y sobre todo en el caso de los sectores menos favorecidos económicamente por las razones que a continuación se explican.

Los grupos de escasos ingresos ("pobres") prácticamente no utilizan el Sistema Judicial formal y, además, lo consideran clasista, parcializado, remoto y mediatizado por presiones de todo tipo, ya que el poder económico y político es la influencia de más peso³⁷. El conocimiento y la opinión sobre el Derecho y sobre los Órganos de Justicia provienen en gran parte de los medios de comunicación. Existe un gran desconocimiento de la población de sectores menos favorecidos sobre cómo funcionan los medios de resolución de conflictos, tanto formales como alternativos, lo que la mantiene alejada de ambos.

Los asuntos que por su naturaleza tienen mayor probabilidad de ser planteados por individuos de escasos recursos ante los Tribunales y órganos administrativos son los relacionados con problemas de familia y de niños, los laborales y los civiles de menor cuantía, y los usuarios de estos órganos formales reportan mayor nivel de satisfacción con la atención recibida en los organismos administrativos, donde los conflictos se resuelven por conciliación, que con la recibida en los Tribunales.

Esta apreciación tiene que ver no sólo con la percepción del trato recibido en aquellos, más personalizado y cercano, sino con una mayor eficiencia en la solución de los conflictos planteados en mucho menor tiempo y a un costo incomparablemente menor. La situación comentada se refiere a los estratos medios y bajos de la población, pero no a las personas de la clase marginal, correspondiente a individuos en "situación de pobreza crítica" que para el año 2002 constituían aproximadamente el 35% de los hogares

37 / Fuente: Roche, Carmen Luisa, Richter, Jacqueline y Pérez, Norma: Estudio Sobre el Acceso de Personas de Escasos Recursos a la Justicia en el Área Metropolitana de Caracas en "Los Excluidos de la Justicia en Venezuela", Caracas, Edit. Melvin, 2002, Pp. 17-158 y Diagnóstico Sobre la Percepción Social de la Justicia en el Área Metropolitana de Caracas y Encuesta de Opinión Pública, OBCIT, pp. 150 y ss.

venezolanos³⁸, ya que éstos prácticamente no acuden a los Tribunales y además en muchas ocasiones toman la justicia por sus propias manos a través de métodos como los linchamientos (práctica que se ha incrementado en Venezuela en los últimos cuatro años, según un estudio realizado por Provea y el Centro para la Paz de la UCV, de acuerdo a los reportes de la prensa nacional).

Esta situación se agrava por razones económicas, por una parte, por la corruptibilidad de los funcionarios judiciales, que es considerada como uno de los problemas fundamentales del sistema por los ciudadanos, y por la otra, porque los abogados, que son un requisito necesario por Ley para acudir a un juicio, son percibidos como poco confiables, costosos y corruptos.

Adicionalmente, la Defensa Pública³⁹ es un servicio poco conocido y que tradicionalmente ha versado sobre el área penal. A partir de 1999 la Constitución prevé este servicio de manera integral para el ciudadano, y a pesar de la ampliación del servicio a las materias de niños y adolescentes, contencioso administrativo e indígena, el número de defensores es muy bajo (2,7 Defensores Públicos por cada 100.000 habitantes para diciembre de 2003⁴⁰), siendo el 65% de la población pobre⁴¹ y por lo tanto necesitada de este servicio. La Defensa Pública, además, presenta incluso en materia penal, que es la que tiene más tiempo funcionando, los siguientes problemas: sobrecarga de trabajo; escaso apoyo de personal administrativo y técnico; insuficientes herramientas para el cumplimiento de su labor; ausencia de una carrera profesional desarrollada e inadecuada formación. Aunque existen algunas iniciativas de las universidades, de los colegios de abogados y de las ONG's comunitarias o de base para prestar servicios de orientación jurídica gratuita,⁴² esto es insuficiente, ya que no ha habido una política pública dirigida a llegar a la población que por razones culturales o geográficas es más difícil de asistir salvo por la Ley del Servicio Comunitario del Estudiante de Educación Superior, publicada el 14-09-2005, Gaceta Oficial No. 38272

38 / Estas cifras son del Instituto Nacional de Estadísticas.

39 / Fuentes: Roche, Carmen Luisa y Ritcher, Jacqueline: "Estudio Sobre el Acceso a la Justicia y la Defensa Pública Penal" trabajo no publicado, Caracas, 2003, y entrevistas con funcionarios del Sistema Autónomo de Defensa Pública..

40 / Esto equivale a 691 defensores. Esto según el Servicio de la Defensa Pública del Tribunal Supremo de Justicia en el año 2004.

41 / Estadísticas de pobreza del Instituto Nacional de Estadística, vigentes para el primer semestre del 2002.

42 / No existe un estudio que indique los resultados y el alcance de los servicios prestados por estos entes, pero se conoce que su disponibilidad está limitada geográficamente y no tienen capacidad para atender sino determinados asuntos legales.

En el caso de las mujeres, si bien la mayoría de los casos de violencia contra la mujer en Venezuela no son denunciados, las estadísticas nacionales arrojan cifras que muestran un alto nivel de violencia dirigida a la mujer, especialmente en el contexto doméstico.⁴³ Las zonas del país donde esta situación es más grave son el Área Metropolitana, Carabobo, Zulia y Bolívar. A pesar de ello, no existen políticas públicas del Sistema de Justicia, ni del Poder Judicial dirigidas especialmente a prevenir y sancionar este fenómeno, hecha excepción de una línea telefónica gratuita para hacer las denuncias (0800-mujer) y una división dedicada a esto en la policía nacional y en la Fiscalía General de la República. Esto sobre todo es importante porque en Venezuela las estadísticas demuestran que, aunque los casos de violencia contra hombres han aumentado en los últimos años, siguen presentándose altas cifras de mujeres que mueren por violencia doméstica (40% de los casos de lesiones tratados en los hospitales se deben a esta causa⁴⁴).

El Sistema de Justicia y sus órganos auxiliares carecen de capacitación en la protección de mujeres víctimas de violencia doméstica, no existen Defensores Públicos especializados en materia de protección de la mujer que le permitan hacer uso de los mecanismos formales de Justicia, ni una política de difusión de información sobre el uso de los mecanismos formales de Justicia para prevenir y sancionar la violencia doméstica contra la mujer.

En cuanto a los niños y adolescentes⁴⁵, es importante resaltar que la mayor parte de la población con estas características está concentrada en el Área Metropolitana, Zulia, Carabobo, Aragua y Bolívar⁴⁶. Debe decirse que en el año 2000 comenzó la implantación del Sistema de Protección del Niño y del Adolescente que depende del funcionamiento efectivo tanto de autoridades del Ejecutivo Municipal como de Tribunales y Defensores Públicos especializados en la materia, así como de la sociedad civil. La Ley que lo regula (la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente) contiene un cambio de paradigma en la manera

como se protege al niño y al adolescente, siendo ya no visto como un objeto de protección, sino como sujeto de derechos. Sin embargo, todavía hace falta una política pública de información y educación que busque provocar el cambio cultural necesario en la población para hacer efectivo este cambio de paradigma. Asimismo, deben ponerse en marcha los mecanismos que la Ley prevé para su protección como las Defensorías Públicas y postularse a los Consejeros de Protección municipales. También es importante informar a este grupo de la población, es decir, los niños y adolescentes, sobre la Ley y las consecuencias de su violación, visto el creciente número de delitos cometidos por este segmento de la población en los últimos años.

Respecto de la población indígena en Venezuela, a diferencia de otros países latinoamericanos, como Perú (22% población indígena), ésta representa apenas el 2,1 % del total de la población.⁴⁷ La población indígena está distribuida en los 23 estados del país y el Distrito Capital, aunque en éste no sobrepasa, en promedio, el 0,5% de la población. Sin embargo, en los estados Zulia, Bolívar y Amazonas representaba un número importante para el año 2001. De hecho, sólo el Estado Zulia concentra más de la mitad de la población indígena nacional⁴⁸. La Constitución de 1999 reconoce la calidad pluricultural de la Nación venezolana, y a partir de ella, tanto la Defensoría del Pueblo como el Sistema Autónomo de Defensa Pública, prestan servicios de asistencia a comunidades y ciudadanos indígenas, incluyendo servicios de traducción. No obstante, la apreciación de los funcionarios del Poder Judicial, es que existe poco conocimiento por parte de los operadores de Justicia del Estado sobre el contenido de la Justicia indígena y de cómo se aplica la Justicia del Estado a ciudadanos indígenas. La situación descrita apunta a la necesidad de ahondar en el conocimiento de cómo ha funcionado la Justicia del Estado en casos que involucran a ciudadanos indígenas, además de reforzar la difusión hacia la población y la capacitación de los operadores del Sistema de Justicia en la mejora del acceso a la Justicia de ciudadanos indígenas.

43 / Según el Instituto Nacional de la Mujer, con base en los casos reportados, se puede concluir que: 7300 mujeres son violadas cada año; 2 niñas son violadas cada día; 89% de las mujeres maltratadas vuelven a ser agredidas; el 20% de las mujeres con pareja son violadas por su pareja; el 40% de los lesionados en servicios de salud son mujeres víctimas de violencia doméstica.

44 / Estas son cifras del Instituto Nacional de la Mujer para el año 2003.

45 / Éstos representaban para el año 2001 el 39,1% de la población según el Instituto Nacional de Estadística.

46 / Esto según las cifras del Instituto Nacional de Estadísticas para el 2001.

47 / Total de la población para el 2003, según el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), fue 25.549.084 habitantes. La población indígena para enero del 2003, según resultados no definitivos del INE, fue de 536.863 personas.

48 / Esto según las cifras del Instituto Nacional de Estadísticas para el 2001. Es importante aclarar sobre este aspecto que en Venezuela existen 55 etnias de indígenas distintas, pero la mayoría de la población indígena está formada por Wayuu, Warao y Pemón.

Por todo lo anterior, visto el escaso acceso a la Justicia del ciudadano menos favorecido, tanto por razones culturales como económicas, se deben llevar a cabo acciones a través de diferentes, flexibles e innovadores mecanismos dirigidos a aumentar la comunicación e información al ciudadano, así como a disminuir los costos de la Administración de Justicia para acercarlo a ésta, como la creación de servicios de orientación, atención y asesoría jurídica al ciudadano y la promoción del uso de medios alternativos de resolución de conflictos (mediación y conciliación).

En vista de la situación antes descrita, resulta evidente que en Venezuela existen importantes barreras culturales, económicas e institucionales para acceder a la Justicia, además de la falta de transparencia de la gestión judicial y de la lentitud de los procesos judiciales que llevan a que, aun en el caso en que se acceda a los Tribunales, existan trabas por falta de información y mal funcionamiento que impiden una Justicia eficiente y efectiva, incluso para los sectores más favorecidos económicamente.

Conclusiones

La situación comentada anteriormente tanto en el ámbito del acceso a la Justicia como en el de la participación ciudadana en Venezuela no es del todo alentadora, y esto ocurre porque en Venezuela, como en muchos países de América Latina, la modernización de la Administración de Justicia se ha dirigido especialmente a mejorar el funcionamiento de los Tribunales para el hombre y mujer de clase media de la mayoría étnica.

Es importante aclarar que este enfoque no ha sido del todo erróneo porque la gran mayoría de los usuarios de los Tribunales responden a esa categoría de ciudadanos, sólo que no son la mayoría de los ciudadanos (ya que el 65% de la población es pobre⁴⁹), y así ha sido una administración de Justicia enfocada más a los estándares internacionales, lo que ha promovido la inversión, y por tanto el empleo, y en definitiva mayor desarrollo⁵⁰, pero que, al no considerar todo el conglomerado social con sus diferencias y peculiaridades, siendo que la mayoría de la

población venezolana no está constituida por ese grupo social, ésta ve seriamente limitadas sus posibilidades de acceder a la Justicia, y por tanto, de resolver sus conflictos.

Llama la atención que, en cambio, la normativa legal venezolana en buena medida ha tomado en cuenta esta realidad y ha tratado de acercar la Justicia a esos grupos tradicionalmente marginados o excluidos. El problema ha sido que no se han llevado adelante las acciones necesarias y suficientes para implementar dichas normas. Por ello, cualquier reforma de los sistemas judiciales que en el futuro intente fortalecer el acceso a la Justicia debe tomar en cuenta las necesidades reales del beneficiario directo y crear mecanismos de administración de Justicia flexibles que puedan ser usados por todos los ciudadanos.

Esto ya había sido advertido por Rogelio Pérez Perdomo hace más de veinte años, quien insistía en la necesidad de analizar el funcionamiento efectivo del Derecho en la sociedad venezolana, más que el de las normas y conceptos jurídicos en sí mismos considerados, y de desarrollar el acceso a la Justicia en Venezuela, muy particularmente en áreas como la asistencia jurídica gratuita, la simplificación de la Justicia formal, los métodos alternativos de resolución de conflictos⁵¹.

Esta situación se ve agravada porque, como se ha indicado a lo largo de este trabajo, en Venezuela ha persistido una gran desconfianza de la población hacia las instituciones y los Jueces, basada en la percepción de corrupción e ineficiencia que tienen los venezolanos de sus gobernantes y de los administradores públicos, y aunque la nueva Constitución y las leyes hayan promovido la participación ciudadana en la gestión judicial, la experiencia en este sentido no ha sido muy exitosa y sobre todo, limitada. La razón de ello ha sido la falta de independencia del Poder Judicial, el cual ha llevado adelante tales iniciativas sólo cuando éstas han sido acordes con las políticas del gobierno de turno o la vo-

49 / Estadísticas de pobreza del Instituto Nacional de Estadísticas, vigentes para el primer semestre del 2002.

50 / Debe advertirse que se trata también ésta de una tarea inconclusa que debe continuarse porque, a pesar de los esfuerzos llevados adelante, los Tribunales no responden a los estándares mínimos internacionales de administración de Justicia, lo que aleja a sus usuarios frecuentes, y sobre todo a la inversión en Venezuela, por la imprevisibilidad de las decisiones de los Jueces.

51 / Pérez Perdomo, Rogelio, "Acceso a la Justicia en la Sociedad Contemporánea: un Análisis de Derecho Comparado", OBCIT, p. 69.

luntad del Ejecutivo, y las ha paralizado cuando no han sido más convenientes⁵².

Sin embargo, y particularmente en el caso del Poder Judicial, la experiencia indica que estas iniciativas son más duraderas y tienen mayor impacto cuando está involucrado un organismo internacional, o hay un convenio que obligue a cumplir ciertas metas, no sólo porque se trata de un préstamo sujeto a importantes auditorías de gestión y financiera, sino también porque existe una verdadera voluntad del Estado, más que del Gobierno de turno, al comprometer para su ejecución a todos los Poderes Públicos al firmar un convenio de esta naturaleza y ser necesaria su colaboración para su efectivo cumplimiento. Un ejemplo de esto ha sido el convenio de la Corte Suprema de Justicia y el Proyecto de Innovación y Aprendizaje a que ya se hizo referencia, en el que a finales del año 1999 hubo un cambio importante en la directiva, ya para ese momento del Tribunal Supremo de Justicia, y sin embargo, el proyecto concluyó de forma tan exitosa que recibió un premio del Banco Mundial por su eficiencia, lo que se logró porque hubo continuidad.

Asimismo, en el campo de los Tribunales han habido importantes transformaciones en los últimos años y voluntad de continuidad en el marco del Proyecto de Infraestructura de Apoyo al Poder Judicial, también llevado adelante con el Banco Mundial, y aunque hubo una breve paralización, se han hecho grandes cambios a nivel de la infraestructura de muchos Tribunales y de su gestión judicial que ha sido automatizada. No obstante, estos proyectos no produjeron grandes cambios en el ámbito del acceso a la Justicia y de la participación ciudadana y actualmente no existe sino una propuesta del propio Tribunal Supremo de Justicia presentada ante el Banco Mundial en mayo de 2004, para dar continuidad a

lo realizado y ampliar a los aspectos mencionados la modernización del Poder Judicial.

Aunque este proyecto no esté en marcha, el Poder Judicial venezolano no debe perder de vista los objetivos que en él se planteó, cuya finalidad era acercar el Poder Judicial al ciudadano y concienciarlo sobre la importancia de la administración de Justicia, así como darle a aquél herramientas suficientes y flexibles para lograr resolver los conflictos planteados de una forma eficaz, transparente y oportuna.

Es importante, sin embargo, aclarar que otros órganos deben colaborar en esta labor, porque aunque el proyecto mencionado formulado por el Tribunal Supremo de Justicia podría ayudar a resolver con una adecuada implementación, muchos de los problemas que existen en Venezuela en materia de administración de Justicia, difícilmente podrá resolver los problemas del Sistema de Justicia, que son mucho más amplios y que no son sólo del ámbito competencial del Poder Judicial.

En efecto, los problemas de delincuencia que son materia de la policía, los de la Fiscalía, especialmente los que se presentan para la interposición de las causas penales y los retrasos en la celebración de las Audiencias; los problemas de las cárceles, y la situación tan precaria de la Justicia de Paz son ajenos al Poder Judicial. Por ello, es importante que se tomen medidas en este aspecto en los organismos competentes y que la propia sociedad civil y el ciudadano así lo exijan con el fin de tener un Sistema de Justicia humanizado, eficiente y transparente, como lo establece la nueva Constitución.

52 / Un ejemplo muy ilustrativo de esto es la realización de los concursos para el ingreso de los Jueces con la participación de jurados, integrados por la sociedad civil. Ésta que es una iniciativa en sí misma loable, tuvo su origen con la nueva Constitución por la petición de la sociedad civil de hacer de los Jueces personas más honestas y preparadas, pero el fin del gobierno era cambiar a los Jueces del "viejo régimen", para poner a los "Jueces de la revolución". Así, a partir del año 1999 se transformaron a todos los Jueces en provisionales y se les exigió pasar por un concurso para poder continuar en el cargo. A pesar de existir los recursos, esto fue llevado adelante con gran lentitud y en paralelo, lo que se justificó por razones de urgencia, se empezaron a nombrar nuevos Jueces sin concurso bajo la excusa de la demanda del servicio judicial. También fueron sustituidos los antiguos Jueces a los que se les destituyó por razones de corrupción, por muchos Jueces provisionales, otra vez bajo la excusa de la continuidad del servicio de Justicia. Sin embargo, cuando el número de Jueces por concurso empezó a ser importante, los procedimientos de los concursos se perfeccionaron y el rechazo de la sociedad civil organizada hacia las políticas del Gobierno se hizo más manifiesta, el Gobierno paralizó los concursos, so pretextos poco claros y aún no se han reiniciado.

Bibliografía

Alianza Social por la Justicia, "Así Quere-
mos La Reforma Judicial", Caracas, 1996.

Banco Mundial, "Implementation
Completion Report on a loan in the
amount of US\$ 30 million to the Bolivi-
arian Republic of Venezuela for a Judicial
Infrastructure Development Project",
Washington, junio 2003.

Banco Mundial, "Implementation
Completion Report on a loan in the
amount of US\$ 4.7 million to the Repu-
blic of Venezuela for a Supreme Court
Modernization Project", Washington,
junio 2002.

Briceno León, Roberto, (Empresa Lacso),
Estudio Socioeconómico de la Población
Venezolana, Caracas, 2004.

M. Cappelletti y B. Garth : "El Acceso
a la Justicia, la Tendencia en el Movi-
miento Mundial para Hacer Efectivos
los Derechos", D.F. México, Fondo de
Cultura Económica, 1996.

Colmenares, María Magdalena; "El Con-
texto de la sociedad civil en Venezuela:
Aproximación Conceptual, Evolución y
Desafíos en la Participación de la socie-
dad civil en el contexto de la Constitu-
ción de 1999," ILDIS, Caracas, 2002.

Colmenares Olivar, Ricardo; "Aproxima-
ción al Proceso de Compatibilidad entre
la Justicia Indígena y el Proceso Penal en
Venezuela, Administración de Justicia y
Pueblos Indígenas en la Perspectiva del
Derecho Intercultural", Tribunal Supre-
mo de Justicia, Caracas, 2003.

Chevallier, Jacques; "L'état de droit",
Montchrestien, Paris, 1992.

Estudio del Centro para la Paz de la Uni-
versidad Central de Venezuela y Provea,
Caracas, 2002.

Kaufmann, Daniel; ponencia en Módulo
2: "Mejorando la Gobernabilidad de los
países de América Latina a través del
Sector Judicial", del Programa de Capa-

citación a Distancia "Reforma Judicial en
América Latina y el Caribe: Mejorando
la Gobernabilidad a través del Sector
Justicia", auspiciado por el Instituto del
Banco Mundial, el CEJA y el Consejo
General Judicial de España, 2004.

Louza, Laura; "La Administración Pú-
blica en el Poder Judicial", Temas de
Derecho Administrativo, Libro Homenaje
a Pérez Luciani, pp.56, Caracas, Vene-
zuela, 2002.

Malik, Waleed; "Los Retos de la For-
mación de Alianzas para una Reforma
Judicial", Banco Mundial, Washington,
2000.

Márquez, Asdrúbal; "Límites y Alcance
de la Defensa Pública en LOPNA", I
Jornadas para Defensores Públicos con
competencia en la LOPNA, Tribunal
Supremo de Justicia, Sistema Autónomo
de la Defensa Pública, Caracas, 2003.

Marroquin, Otto; ponencia en Módulo
6: "Cómo Promover un Acceso a la
Justicia Más Equitativo?", del Programa
de Capacitación a Distancia "Reforma
Judicial en América Latina y el Caribe:
Mejorando la Gobernabilidad a través
del Sector Justicia", 2004.

Martín del Burgo y Marchán, "La Justicia
como Problema. El Juez como Admini-
strador del Derecho", Editorial Bosch,
Barcelona, 2001.

Oberto, Luis Enrique; "Justicia y Gober-
nabilidad. La Reforma Procesal Penal. La
Justicia de la Gente", Programa de las
Naciones Unidas para el Desarrollo y Edi-
torial Nueva Sociedad, Caracas, 1999.

Página web del Tribunal Supremo de
Justicia: www.tsj.gov.ve.

Perdomo, Juan Rafael; "Acceso a la
Justicia", Tribunal Supremo de Justicia y
Instituto de Estudios Jurídicos del Estado
Lara, Barquisimeto, 2003.

Pérez Perdomo, Rogelio; "Justicia y
Pobreza en Venezuela", Monte Ávila Edi-
tores, p. 66, Venezuela, Caracas, 1985.

Pérez Perdomo, Rogelio, "Los 50 años
de Historia del Poder Judicial en Vene-
zuela", trabajo no publicado presentado
como anexo del documento del Proyec-
to de Resolución Judicial de Conflictos.

Pimentel, Eduardo, (Empresa Conafin),
Estudio sobre el Costo-Beneficio del
Juris 2000, Caracas, 2004.

Ponce Silén, Carlos Eduardo (Coordina-
dor): "Los Jueces de Paz y su Gestión,
Año 2002" en "Visión Popular Acerca
de los Medios Alternos de Resolución de
Conflictos", Asociación Civil Consorcio
Justicia, Caracas, 2002.

Programa de las Naciones Unidas, Infor-
me sobre Desarrollo Humano, Caracas,
2003.

Programa de las Naciones Unidas para
el Desarrollo, "Justicia y Gobernabili-
dad. Venezuela: Una Reforma Judicial
en Marcha", Editorial Nueva Sociedad,
Caracas, 1998.

Programa Venezolano de Educación-Ac-
ción en Derechos Humanos (PROVEA),
"Directorio 2003, Organizaciones No
Gubernamentales en Derechos Huma-
nos en Venezuela", 2003, Caracas.

Roche, Carmen Luisa y Richter, Jacque-
line, "Estudio sobre la Defensa Pública
Penal", Caracas, 2002.

Roche, Carmen Luisa; Richter, Jacque-
line, y Pérez, Norma: "Los Excluidos de la
Justicia en Venezuela", Tribunal Supre-
mo de Justicia, Caracas, 2002.

San Juan, Ana María; "Estudio sobre
los Indicadores de Criminalidad y la
Delincuencia en Venezuela", Programa
de Seguridad y Convivencia, BID, Cara-
cas, 1999.

Sentencia de la Sala Constitucional
del Tribunal Supremo de Justicia, con
ponencia de Jesús Eduardo Cabrera, de
fecha 5 de junio de 2000.

Universidad Católica Andrés Bello, Estu-
dio Sobre Pobreza, Caracas, 2002.



Jacqueline Richter

Abogada, graduada en la Universidad Central de Venezuela, con estudios de especialización en Derecho del Trabajo y maestría en Políticas Públicas. Es profesora de Sociología Jurídica en la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela e investigadora adscrita al Instituto de Derecho Privado de la misma universidad. Actualmente cursa sus estudios doctorales en Sociología del Trabajo en la Universidad Autónoma de Barcelona, España. Sus líneas de investigación son: subcontratación laboral en América Latina; sindicalismo y negociación colectiva en Venezuela y acceso a la justicia, temas en los cuales tiene un importante número de publicaciones

La cultura jurídica y el acceso a la justicia en Venezuela

Sumario

Introducción

1. El enfoque Socio Jurídico del Acceso a la Justicia: las barreras para el acceso.

2. La Cultura jurídica

2.1. Concepto de Cultura Jurídica

2.2. Importancia determinante de la cultura jurídica. Cultura jurídica interna y cultura jurídica externa.

2.3. Desarrollo de las investigaciones sobre la cultura jurídica

3. La Cultura Jurídica de los venezolanos como barrera para el Acceso a la Justicia

3.1. Rasgos culturales de los venezolanos que se relacionan con sus actitudes respecto del Derecho

3.2. Implicaciones para la 'Cultura Jurídica' externa

3.3. Implicaciones para la 'Cultura Jurídica' interna

Conclusiones

Resumen

El estudio se sitúa dentro del enfoque socio-jurídico del acceso a la Justicia, el cual trata brevemente, incluyendo las principales barreras que pueden hacer difícil ese acceso, para luego examinar más detenidamente la barrera cultural. La "Cultura Jurídica", es decir, las "ideas, valores, expectativas y actitudes hacia el Derecho y las instituciones jurídicas, que tiene alguna población o parte de ella", determinan la decisión de acudir al Sistema Jurídico para resolver controversias y reclamar derechos, de allí su importancia para el acceso a la Justicia. Seguidamente se fija la atención sobre la Cultura Jurídica de los venezolanos, tomando como punto de partida los estudios que se han realizado sobre la identidad nacional. El autoritarismo y el pesimismo son dos de los rasgos que se han señalado como centrales de la identidad de los venezolanos. Ellos no permiten pensar en construir en el corto plazo una Cultura Jurídica ciudadana. En efecto, nuestra cultura se caracteriza por la desconfianza en el Estado de Derecho, pues éste resulta incompatible con la existencia del poder fuerte que creemos necesario. Asimismo, la convicción que tenemos de carencia de poder o de control conduce al fatalismo, lo que inhibe el reclamo. A su vez, los rasgos positivos de nuestra identidad, vinculados con aspectos socio-afectivos, refuerzan las características mencionadas. Todo ello tiene implicaciones para la 'Cultura Jurídica externa' de los usuarios, así como para la 'Cultura Jurídica interna' de los operadores del Sistema Jurídico venezolano.

Abstract

The present study begins with a brief treatment of the problem of "access to justice" from a socio-legal perspective, including the review of the most important barriers to that access, with special consideration of the cultural barrier. Legal culture, understood as the "ideas, values, expectations and attitudes towards Law and legal institutions, of a population or part of it", determines the decision to go or not to go to the Legal System for the resolution of conflicts or the claiming of rights. The importance of legal culture regarding access to justice is evident. Attention is then given to venezuelan legal culture, parting from the results of venezuelan 'identity' studies. Two of the more salient traits of venezuelan identity that have repeatedly been mentioned in those studies are authoritarianism and pessimism. These are not favorable conditions for the construction of the legal culture implied in assuming a full citizenship. On the one hand, trust in the "Rule of Law" is absent or scarce, because it is incompatible with the existence of the strong and powerful authority that is thought necessary. On the other hand, the perception of a lack of control and of power leads to fatalism, which inhibits claims. At the same time, the positive traits of the venezuelan identity, linked to socio-affective aspects, reinforce the mentioned characteristics of venezuelan legal culture. All of this has implications for the 'external legal culture' of those who use the Legal System, as well as for the 'internal legal culture' of its operators.

Carmen Luisa Roche.

Abogada, graduada en la Universidad Católica Andrés Bello, con estudios de doctorado en Sociología Jurídica en la Universidad de París II. Se desempeñó como profesora y jefa de la Cátedra de Sociología Jurídica en la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Fue investigadora y luego también directora del Instituto de Derecho Privado de la misma universidad. Actualmente está jubilada y trabaja por su cuenta como consultora realizando investigaciones en el área de Sociología Jurídica. Sus líneas de investigación socio-jurídica han sido: Derecho de Familia; mujeres en la profesión jurídica; resolución alternativa de conflictos y acceso a la justicia. Es autora de diversas publicaciones en esos temas.

La segunda parte se iniciará con una explicación introductoria del concepto de Cultura Jurídica, para después estudiar algunos de los rasgos culturales de los venezolanos que se relacionan con su actitud frente al Derecho, con el propósito de analizar en qué medida la Cultura Jurídica del venezolano puede constituir una barrera para su acceso a la Justicia.

1. El enfoque Socio Jurídico del Acceso a la Justicia: las barreras para el acceso

El estudio del problema del acceso a la Justicia parte de la preocupación por buscar maneras para hacer efectivos los Derechos cuando se ha tomado conciencia de que de nada vale reconocerlos si ellos no se pueden hacer valer. Dicha preocupación es históricamente reciente y dio lugar al llamado “movimiento de acceso a la Justicia” que nace en la segunda mitad del siglo XX y que impulsó el estudio de los obstáculos para un acceso efectivo y de los dispositivos para allanarlos.

Ese estudio parte de la perspectiva socio-jurídica que mira más allá de la consagración formal del Derecho de acceso a la Justicia, hacia las barreras que hacen difícil para los individuos hacer valer sus Derechos y dirimir sus conflictos de manera efectiva.

Las barreras mencionadas no afectan a todos los individuos por igual, pues muchas de ellas son propias de determinados grupos sociales. Estas últimas son particularmente las que se vinculan con las desigualdades socioeconómicas que caracterizan la estructura social de algunas sociedades, aunque en todas estén presentes en alguna medida. Sin embargo, no todas las barreras tienen que ver con la desigualdad social. Algunas de ellas pueden afectar, en mayor o menor medida, el acceso a la Justicia de todos los miembros de una sociedad. Tal es el caso de las barreras inherentes al propio Sistema Jurídico y a su funcionamiento, así como algunos rasgos de la Cultura Jurídica común a una sociedad.

Entre las principales barreras que hacen difícil el acceso al Sistema Jurídico pueden mencionarse:

Las barreras financieras. Son las más evidentes y dentro de ellas se incluyen en primer lugar los costos del litigio, en particular los honorarios de abogados y los que conlleva el empleo de algunos mecanismos probatorios, aunque no se reducen a estos aspectos. Los servicios de abogados son costosos y eso los hace inaccesibles para muchos grupos sociales.

Adicionalmente, la existencia de diferencias entre los



Introducción

El tema del acceso a la Justicia puede ser enfocado fundamentalmente desde dos puntos de vista. Desde un punto de vista jurídico positivo, el acceso a la Justicia es un Derecho consagrado en la Constitución Venezolana de 1999, en el Art. 26, y en otras numerosas normas constitucionales y legales que se dirigen a garantizarlo a través de dispositivos jurídicos de diversa índole. Está además consagrado en un importante número de instrumentos internacionales suscritos por la República.

Desde el enfoque socio jurídico, el tema del acceso a la Justicia se ocupa de los obstáculos o barreras que en los hechos impiden hacer efectivo este Derecho de rango constitucional. Esto es así ya que la Sociología Jurídica se preocupa por el estudio de la realización efectiva de este Derecho, de cuyo ejercicio depende que puedan en la realidad hacerse valer los demás Derechos mediante el uso de las herramientas que para ello consagra el Sistema Jurídico.

Es desde este último enfoque que se sitúa el presente estudio. Se tratarán primero brevemente las principales barreras que pueden hacer difícil el acceso a la Justicia para los ciudadanos, y luego se examinará fundamentalmente la barrera cultural, vinculada con lo que, desde que Lawrence Friedman acuñara el término en 1975, se conoce como Cultura Jurídica.



abogados, en relación con la calidad del servicio que prestan, implica una desventaja aún para quienes pueden acceder a abogados, si estos son los de menor competencia profesional.

El tiempo. La demora significa un mayor costo del litigio y ejerce una gran presión, especialmente sobre la parte económicamente más débil o urgida de obtener un resultado.

La legislación sustantiva defectuosa: con carga diferenciante, poco clara o insuficiente. La discriminación entre los distintos grupos sociales, que afecta el acceso igualitario a la Justicia de algunos de ellos, puede estar incorporada a la propia legislación de muchas maneras. Los ejemplos más evidentes son las leyes que criminalizan conductas asociadas a situaciones de pobreza.

La legislación adjetiva defectuosa o insuficiente. Los procedimientos engorrosos y llenos de tecnicismos pueden hacer demasiado costoso y lento el reclamo de los Derechos y la resolución de conflictos, lo que afecta el acceso a la Justicia, especialmente de los grupos de menores recursos.

Las deficiencias en la organización de los Tribunales y otros órganos de resolución de conflictos. Los problemas de la organización de los Tribunales, que pueden referirse también a los órganos administrativos que resuelven conflictos, inciden en la poca eficiencia de esos órganos, en la duración de los procesos y en la incertidumbre de las decisiones. Todas estas cuestiones influyen sobre el acceso a la justicia.

Las barreras culturales. La Cultura Jurídica de los operadores del Sistema Jurídico, así como la de los posibles usuarios del mismo, incluyen con frecuencia aspectos que pueden constituir barreras para el acceso a la Justicia.

Al tratamiento de los factores de tipo cultural que pueden incidir en el acceso a la Justicia, con especial atención a la realidad venezolana, se dedicarán la segunda y tercera partes de este estudio.

2. La Cultura jurídica

2.1. Concepto de Cultura Jurídica

El término 'Cultura Jurídica' comienza a ser utilizado corrientemente en la Sociología del Derecho cuando es empleado por el autor Lawrence Friedman, en su conocida obra "The Legal System", aparecida en 1975. Friedman la incluye como uno de los elementos de lo que él llama 'Sistema Jurídico',

buscando definir el Derecho desde un enfoque socio-jurídico, que pretende ser más comprensivo que el concepto formal de Derecho como un sistema de normas coercibles.

Según este autor, el Sistema Jurídico estaría constituido por tres partes. El sistema de normas, parte que el autor denomina 'sustancia' del Sistema y que comprende también la interpretación y la aplicación concreta de esas normas en una sociedad y en un momento dado. Otra parte, la 'estructura', engloba el conjunto de las instituciones que intervienen en la elaboración, interpretación y aplicación de la sustancia. El tercer elemento sería la 'Cultura Jurídica'.

En esa primera obra Friedman define la 'Cultura Jurídica' de varias maneras, poniendo énfasis tanto en las ideas como en los patrones de comportamiento, íntimamente relacionados. En obras posteriores, Friedman define la 'Cultura Jurídica' en términos de ideas, descartando los aspectos conductuales. En una de sus obras más recientes (1997) explica que en su definición del término, la 'Cultura Jurídica' se refiere "a las ideas, valores, expectativas y actitudes hacia el Derecho y las instituciones jurídicas, que tiene alguna población o parte de ella".

Varios otros autores europeos llevaron a cabo estudios sobre el tema de la Cultura Jurídica durante las décadas de los ochenta y noventa. Pero en el año 1997 se sucedieron una serie de eventos que implicaron una profunda revisión del concepto. Entre ellos vale la pena mencionar dos especialmente importantes:

El primero es la publicación del libro titulado "*Changing Legal Cultures*" de David Nelken, que consiste en una compilación de trabajos donde aparece una revisión profunda del término. El otro evento especialmente significativo, es la conformación de un grupo de trabajo patrocinado por el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñate-España que se centra en el estudio de la "Cultura Jurídica" y que coordinan los profesores Johannes Fest y Erhard Blankenburg. Los informes producidos por este grupo permiten conocer la realidad de la controversia que se ha generado alrededor del tema.

Nelken, quien es una figura central en la actualidad en este tema, entiende que la tarea central de los investigadores de la Cultura Jurídica debe ser atender tanto las fallas teóricas como metodológicas que presenta el término (1997).

Frente al sinnúmero de propuestas y críticas, el creador del concepto, Friedman, admite que su operacionalización es un trabajo difícil y entiende que un concepto propuesto a la comunidad académica no

tiene porque ser acogido de forma unánime. Más que considerar la fuerte ola de críticas como perjudicial considera que de ello derivarán herramientas de análisis que permitirán superar los problemas de un concepto que resulta imprescindible para los estudios socio-jurídicos (1997).

Las discusiones sobre el concepto de Cultura Jurídica y sus componentes han contribuido a aclarar el concepto mismo, que ciertamente no es preciso y menos una variable que pueda ser directamente medida, sino que más bien hace referencia a un conglomerado de fenómenos sociales que necesariamente deben tenerse en cuenta a la hora de explicar el funcionamiento efectivo del Sistema Jurídico.

2.2. Importancia determinante de la Cultura Jurídica. Cultura Jurídica interna y Cultura Jurídica externa

Friedman atribuye a la 'Cultura Jurídica' la función de condicionar la producción de 'demandas' al Sistema Jurídico por parte de los ciudadanos, de lo cual depende que ese sistema entre o no efectivamente en funcionamiento. La 'Cultura Jurídica' "determinaría cuándo, por qué y dónde, las personas harían uso del Derecho, de las instituciones jurídicas, de los procedimientos jurídicos y cuándo harían uso de instituciones alternativas o cuándo no harían nada" (Friedman, 1977).

Si se admiten estos señalamientos, y aunque no puede desconocerse que el concepto de 'Cultura Jurídica' es vago y escurridizo, hay que afirmar que el mismo resulta indispensable para hacer ver cómo, por intermediación de los valores, las creencias, las percepciones y las actitudes, tanto de los actores del Sistema, como de quienes hacen uso del mismo, se influye y modifica el funcionamiento de ese Sistema, de una sociedad a otra, de un momento a otro y para uno u otro grupo aun dentro de una misma sociedad.

Friedman (1975), distingue entre la 'Cultura Jurídica interna' y la 'Cultura Jurídica externa'. Establece una diferencia entre la 'Cultura Jurídica' de aquellos miembros de la sociedad que realizan 'tareas jurídicas especializadas', y la de los otros ciudadanos. La 'Cultura Jurídica externa' (1975,1986), que también llama 'Cultura Jurídica lega' (1977) o 'Cultura Jurídica popular' (1990) sería la correspondiente al público en general. La 'Cultura Jurídica' de los profesionales de lo jurídico o 'Cultura Jurídica interna', es considerada por Friedman como especialmente importante. Así como la 'Cultura Jurídica externa' permite la trans-

formación de intereses en demandas, a su vez, la 'Cultura Jurídica interna' determina la manera como el Sistema Jurídico responde a esas demandas.

Evidentemente, la 'Cultura Jurídica interna' refleja los rasgos centrales de la 'Cultura Jurídica externa', sin embargo, existe también un pensamiento y un razonamiento jurídico específicos de los profesionales.

Las características de la 'Cultura Jurídica interna' modifican la estructura y la sustancia del Sistema y en ese sentido determinan la manera como el mismo va a responder a las demandas de los ciudadanos, produciendo respuestas más o menos efectivas, más o menos oportunas, más o menos adecuadas para resolver los conflictos o problemas planteados. Estas respuestas, a su vez, influirán sobre las creencias y expectativas de los ciudadanos, es decir, sobre la 'Cultura Jurídica externa', cerrándose el círculo de mutua influencia entre esos dos aspectos de la 'Cultura Jurídica'.

2.3. Desarrollo de las investigaciones sobre la Cultura Jurídica

Friedman (1977) considera a la 'Cultura Jurídica' como una variable interviniente crucial entre los 'intereses' individuales o colectivos y las 'demandas' al Sistema Jurídico, pero reconoce que no es una variable directamente medible, a pesar de que hace referencia a fenómenos medibles. Sin embargo, él mismo daba cuenta de la existencia, ya en 1977, de un creciente número de investigaciones que tenían que ver con la 'Cultura Jurídica'. Menciona a ese respecto las investigaciones realizadas sobre conocimiento y actitudes con respecto al Derecho, las cuales mostraban impactantes variaciones entre los países.

Para ese momento, indica Friedman, el estudio de la 'Cultura Jurídica interna' estaba en cierta forma más avanzado, ya que los investigadores se habían venido interesando desde hacía tiempo por inquirir sobre las actitudes y el comportamiento de los Jueces, aunque en un principio de manera poco sistemática y científica.

En lo que atañe a estos temas se han desarrollado en paralelo espacios de investigación íntimamente relacionados. Europeos y norteamericanos se han ocupado del estudio de la Cultura Jurídica de diferente forma y con metodologías específicas.

Paralelamente al desarrollo del término Cultura Jurídica en los Estados Unidos, tienen lugar en Europa los estudios KOL (*Knowledge and Opinion About Law*). Entre los principales estudios europeos se encuentran los del investigador danés *Berl Kutchinsky*, los estudios de Aubert en Noruega y las teorizaciones

de Podgórecki. Berl Kutchinsky desarrolla en 1970 un cuestionario denominado *SIKOL (Instrumento de Medición para Estudios Experimentales o Comparados en Relación a los Conocimientos y Opiniones que se tienen del Derecho)*.

Estos autores coinciden en señalar el poco conocimiento que tiene el ciudadano común de las leyes, su creación y su contenido. El desconocimiento de las leyes por parte de los ciudadanos al parecer es una constante que en nada se relaciona con el hecho de pertenecer a un país desarrollado o no, o bien, con el tipo de Sistema Jurídico.

En Norteamérica, las investigaciones en relación con la Cultura Jurídica se han dirigido preferentemente a estudiar a los operadores del Sistema Jurídico, entre los cuales se ha hecho hincapié en los Jueces, su personalidad, creencias y estilos de razonar.

La experiencia Europea, que se inicia con los estudios KOL ya mencionados, se ve luego fuertemente influida por la experiencia Norteamericana. Prueba de ello lo constituyen los trabajos del profesor español José Juan Toharia, quien cursó estudios de doctorado en Norteamérica y conoce de cerca los estudios de Friedman.

Toharia es uno de los sociólogos del Derecho que más ha contribuido al estudio de la Cultura Jurídica. Por más de veinticinco años se ha dedicado a profundizar en el estudio de la Cultura Jurídica española. Inicia sus trabajos en 1974 y 1975 con el estudio de las características más significativas de los Jueces españoles: el origen social y geográfico de los Jueces, su entorno cultural y la mentalidad judicial. Pero a partir de 1977 se esfuerza por desarrollar una metodología que le permita conocer la Cultura Jurídica de los españoles en general.

A finales de 1984, el Consejo General del Poder Judicial solicita a Toharia que realice un barómetro de opinión con respecto a las actitudes de los españoles hacia la Administración de Justicia. Como resultado se han venido haciendo mediciones de manera ininterrumpida desde 1987 y en la actualidad se cuenta con suficiente información como para construir la Cultura Jurídica de los españoles, sus cambios y sus continuidades (Toharia, 1987, 1989, 1990a, 1990b, 1993, 1994).

En 1987, Toharia publica una de las contribuciones más importantes para el conocimiento del tema. Se trata de un estudio de la Cultura Jurídica española que aborda tanto la Cultura Jurídica de los legos, como la Cultura Jurídica de los operadores del Derecho.

En 1997, el mismo autor propone un conjunto de dimensiones para medir la Cultura Jurídica. Su importancia radica en la operacionalización de un concepto que resulta ambiguo y general. Las dimensiones propuestas por Toharia son las siguientes: 1. Grado de conocimiento del Sistema Jurídico. 2. Experiencia personal directa o indirecta con el Sistema Jurídico. 3. Confianza Institucional. 4. Actitudes respecto a la Administración de Justicia y valoración que realiza la ciudadanía de su organización y funcionamiento. 5. Actitudes respecto de las normas legales. 6. Actitudes ante el conflicto. 7. Grado de tolerancia y de sensibilidad respecto de la diversidad y la desviación. 8. Pre-disposición a cooperar con la Justicia. La operacionalización del término Cultura Jurídica que ofrece Toharia, es un aporte importante a tener en cuenta en las investigaciones de medición de Cultura Jurídica.

Adicionalmente, para la realización de los estudios de opinión sobre la Justicia española conocidos como 'barómetros', ya mencionados, Toharia ha diseñado un esquema de evaluación de la Justicia que intenta medir algunos aspectos de la Cultura Jurídica española. En su obra "*La Cultura Legal: Cómo se Mide*", publicada en 1999, establece una serie de criterios para lograr ese propósito. Con el fin de determinar con claridad qué es lo que pretende medir, selecciona como punto de partida un modelo contra el cual contrastar la realidad concreta sujeta a observación.

En tal sentido, propone una definición de lo que sería la "buena Justicia" y establece para ello seis rasgos o atributos esenciales para tipificarla que son: imparcialidad, independencia, responsabilidad, competencia, accesibilidad y eficacia. Dicha lista, dice, no pretende ser exhaustiva ni indiscutible, pero sería el primer paso en el intento de hacer operativo el concepto general y abstracto de la "buena Justicia", a fin de desmenuzarlo en dimensiones susceptibles de medición e indagación empírica. Existen algunas mediciones de aspectos concretos de la Cultura Jurídica en algunos países, aunque todavía no constituyen datos confiables y claros como para poder hacer comparaciones finas, y menos explicaciones suficientemente válidas sobre este elemento decisivo para el funcionamiento del Sistema Jurídico, ni aún en los países donde se han llevado a cabo.

Toharia (2001), aunque afirma que son escasos los sondeos de opinión que tienen un carácter regular y sistemático en el sentido de que se "proponen un seguimiento monográfico, detallado y más o menos periódico de los estados de opinión respecto de la Justicia", pone algunos ejemplos de ellos. Entre los

mismos señala los estudios realizados en los Estados Unidos, en Francia y en España.

En América Latina puede citarse como ejemplo de medición de algunos aspectos de la Cultura Jurídica, sobre todo relacionados con el conocimiento, el uso y la confianza en las instituciones del Sistema Jurídico, el Latinobarómetro.

En Venezuela, en el año 2001, se realizó un estudio de opinión pública de la población de escasos recursos sobre la Administración de Justicia en Venezuela, titulado "*Las Voces de los Pobres por la Justicia*" (Roche et al., 2002), con financiamiento del Banco Mundial, que permitió medir algunos aspectos de la Cultura Jurídica de los venezolanos. El objetivo de la mencionada investigación fue estudiar la opinión pública de la población de escasos recursos sobre el Sistema de Administración de Justicia, tomando este término en un sentido muy amplio, referido a todo tipo de instituciones formales ante las cuales los individuos podrían acudir a plantear conflictos o reclamos.

Para la realización de ese estudio se utilizaron, con adaptaciones, varios de los rasgos señalados por Toharia para identificar a una "buena Justicia". Al tratarse de un estudio de opinión, sólo se abarcaron algunos de los fenómenos que integran la Cultura Jurídica de los grupos venezolanos de escasos recursos, los referidos al conocimiento y a la opinión que éstos tienen sobre el Sistema de Justicia.

Viene al caso volver sobre los señalamientos que muchos autores han hecho con relación al problema metodológico que plantea cualquier intento de estudiar la Cultura Jurídica en una determinada sociedad. En este sentido se ha puesto en duda la confiabilidad de las encuestas de opinión, que no serían susceptibles de captar las sutilezas de las opiniones, actitudes y expectativas sobre el Derecho y menos todavía del comportamiento propiamente dicho. Por ello, los mismos sondeos de opinión sobre la Justicia, e incluso los que tratan de desentrañar los valores y actitudes ciudadanas que tienen vinculaciones con el Derecho, deben, necesariamente, complementarse con investigaciones cualitativas para que sea posible, a partir de ellos, hacer las estimaciones, interpretaciones e inferencias que nos permitan acercarnos a una comprensión de algunos de los rasgos de una determinada Cultura Jurídica.

Después de estas explicaciones generales sobre el concepto de Cultura Jurídica, que incluyó una visión rápida a las investigaciones que sobre este as-

pecto se han llevado a cabo, puede ahora intentarse un breve análisis de la Cultura Jurídica de los venezolanos, en tanto ella puede constituir una barrera para el acceso a la Justicia.

3. La Cultura Jurídica de los venezolanos como barrera para el Acceso a la Justicia

El concepto de 'Cultura Jurídica' que se utilizará en esta parte del estudio tomará como punto de partida el de Friedman (1977), ya mencionado. La principal utilidad de la noción de 'Cultura Jurídica' así entendida está, como ya se dijo, en que ella es un factor condicionante de la acción o la inacción de los ciudadanos frente al Sistema Jurídico.

Sin embargo, es conveniente hacer de nuevo referencia a la relación dialéctica de mutua influencia que existe entre la 'Cultura Jurídica' y el funcionamiento del Sistema. En este sentido, el adoptar el concepto de 'Cultura Jurídica' de Friedman no implica desconocer que los valores, creencias y actitudes de los ciudadanos frente al Derecho y la Justicia son inseparables de sus experiencias con el Sistema y por ende, de sus expectativas frente a él.

Habría además que añadir que cuando se habla de 'Cultura Jurídica' puede hacerse referencia, tanto a la de un país, de una región, de un grupo ocupacional, de un grupo etario o de un grupo de otra índole. En este estudio, sin desconocer las diferencias en los valores, actitudes y opiniones que pueden existir entre los venezolanos de acuerdo con su situación socio-económica por razones étnicas, de zonas geográficas y otras, se hará referencia, de una manera general al sustrato de los trazos más comunes y duraderos de nuestra cultura, al complejo de valores, creencias y actitudes que explicarían de manera general el comportamiento de los venezolanos con respecto al Derecho. Es en este sentido que puede hablarse de una 'Cultura Jurídica venezolana' como un todo, lo que sería por lo demás compatible con el hecho de que los estudios sobre la identidad y sobre los valores de los venezolanos han detectado algunos rasgos culturales que atraviesan todos los estratos sociales, aunque puedan manifestarse con desigual fuerza en unos y en otros.

En esta parte, en consecuencia, se expondrán de manera general los rasgos de la cultura del venezolano que pueden ayudar a entender su 'Cultura Jurídica', en el sentido que ya se ha explicado. Después se analizará la manera cómo esos rasgos culturales generales se expresan concretamente en la 'Cultura

Jurídica venezolana', distinguiendo entre la 'Cultura interna' y la 'Cultura externa'.

3.1. Rasgos culturales de los venezolanos que se relacionan con sus actitudes respecto del Derecho

Los estudios realizados sobre la identidad nacional de los venezolanos aparecen como el punto de partida más adecuado para penetrar en los rasgos que caracterizan culturalmente a los venezolanos. Los trabajos consultados (Montero, 1993, 2004; Salazar Jiménez, 2001) coinciden en señalar que la identidad nacional se ha construido fundamentalmente sobre una auto imagen negativa.

La literatura que reseña Montero concibe nuestra identidad nacional como una mezcla explosiva de componentes negativos, que no compensan para nada los aspectos positivos. Montero habla de seis atributos negativos y de tres positivos:

"Existe, desde una perspectiva psicosocial, una autoimagen negativa nacional venezolana compuesta en su mayor parte por atributos negativos que le adjudican rasgos tales como la pasividad, la pereza, la falta de cultura, irrespeto a las leyes o la prodigalidad. Entre los rasgos positivos figuran la alegría, la simpatía y la inteligencia" (2004:161)

Las encuestas sobre la percepción que los venezolanos tienen de sí mismos, efectuadas desde los años 60 por Salazar, tienden a confirmar esta auto imagen negativa, aunque aparecen con cierta frecuencia los rasgos positivos, que se vinculan fundamentalmente con el área socio-afectiva.

La auto imagen negativa no es producto del azar, es una construcción ideológica. Este proceso ideológico se expresa fundamentalmente en que se revierte sobre el grupo nacional la responsabilidad sobre su situación de minusvalía. En nuestro caso, ha sido fundamentalmente una auto imagen creada y transmitida desde la élite. A partir de diversas instancias de creación de opinión pública se hace hincapié en resaltar las carencias nacionales. Así, por ejemplo, flojos, desorganizados e incapaces serían tres rasgos comunes de los trabajadores venezolanos. En el plano político, estos flojos, como, además, son ignorantes y primitivos, son fácilmente manipulables y comprobables. La elite se asume como incapaz de conducir la transformación, es un trabajo tan arduo que excede a sus capacidades y que lo mejor es que una mano

de hierro conduzca a esos descarriados. Por ello se justifica el autoritarismo.

La construcción de la identidad nacional muestra un proceso de desesperanza aprendida. La identidad se construye en los inicios de la República por una diferenciación negativa y más tarde esa diferenciación negativa se reafirma con la comparación con los países del mundo desarrollado. Se presenta "un fenómeno de negación social de sí mismo, acompañado de una hiper valoración del otro" (Montero, 2004:76).

Durante la primera mitad del siglo 20, la auto imagen negativa se vio reforzada al servir de justificación a las dictaduras, en especial por parte de las elites de la época, quienes remarcan la necesidad de gobiernos fuertes para lograr el progreso.

La auto imagen negativa se había explicado por una incapacidad propia de los venezolanos y no como producto de un contexto histórico, primero de país colonial y luego de país dependiente. En este sentido, Montero sitúa la construcción de esa auto imagen negativa en un contexto de expresión psico-social de la dependencia. Esta situación conduce a la sensación de tener poco control sobre nuestro destino:

"Circunstancias económicas, políticas, sociales, culturales, producen la formación de una identidad negativa en grupos colocados en situaciones en las cuales carecen de poder y control." (Montero, 2004:80).

Este proceso ideológico se expresa fundamentalmente en que se revierte sobre el grupo nacional la responsabilidad sobre su situación de minusvalía y se produce una auto culpa.

La crítica a la auto imagen negativa recibe en los primeros años de la democracia un sólido apoyo de la dirigencia política que comienza a rechazar esta visión negativa y a cuestionar los estereotipos. Pero este proceso de rescatar lo positivo y de buscar causas más estructurales de explicación de nuestra situación de retraso se revierte a partir de los años ochenta, momento en el cual comienzan a hacerse serias críticas al sistema político.

Las críticas se profundizan en los años noventa y abarcan no sólo a la dirigencia política sino también a la sindical y a la vecinal. Se genera una matriz de opinión de que lo público es ineficiente y corrupto. El hecho de que los problemas de ineficiencia y de falta de productividad se observen también en el sector privado es achacado a la carencia en los ve-

nezolanos de una cultura de trabajo, a su tendencia natural a la desorganización y a una incapacidad casi congénita de los trabajadores para adquirir destrezas laborales.

La matriz de opinión que se consolida en los noventa es la de un país incapacitado por carencias internas para emprender un camino hacia el progreso y el desarrollo. De ahí que la idea de un gobierno autoritario, que siempre había estado de alguna manera presente, volviese a tomar fuerza en la elite del país.

El autoritarismo y el pesimismo son dos de los rasgos que se han señalado como centrales en la identidad nacional venezolana y que pueden ayudar a explicar nuestra Cultura Jurídica. Montero sostiene que el primero es el rasgo más importante en la creación de nuestra auto imagen (2004). El mismo se expresa en la necesidad de un caudillo: un hombre fuerte.

El autoritarismo obviamente es contrario a la idea de Estado de Derecho. En el Estado de Derecho no hay hombres fuertes, no hay permisos para hacer lo que 'el elegido' considere lo correcto o necesario en un momento determinado. El Estado de Derecho es justamente un límite al poder. Si se piensa que por nuestras características nacionales negativas hay que dar todo el poder a alguien (persona, partido, militares) para que conduzca a la Nación hacia el progreso y el orden, la existencia de reglas de Derecho, que obligan también al poderoso, es incompatible con esta percepción.

El pesimismo es otro rasgo que va influir en la Cultura Jurídica. Varios autores coinciden en señalar que la visión fatalista del mundo tiende a desembocar en la superstición y el escepticismo. Esa visión negativa se revierte contra los individuos, pues "es al destino, a la suerte, al azar a quienes se le atribuirán todos los acontecimientos positivos que los afectan" (Montero, 2004: 145). Nada depende de la acción consciente del sujeto, nada depende de una planificación previa. Todo obedece a fuerzas oscuras y poderosas. La literatura relaciona el pesimismo con lo que se ha denominado falta de control del entorno.

La falta de control se vincula durante el período de la explotación petrolera en manos de transnacionales extranjeras, con el hecho de que la toma de decisiones era externa y que las compañías se relacionaban de manera despectiva con el país. Con la nacionalización no se revierte el proceso, pues ahora se depende de un ingreso sometido a los vaivenes políticos y económicos externos.

Montero expresa que esta falta de control lleva a una visión fatalista del mundo, pues se aprende que la acción individual no influirá en el resultado. Los sujetos saben que no poseen poder y por ello piensan que no vale la pena intentar modificar el mundo circundante.

Cómo afecta a la Cultura Jurídica este fatalismo ha quedado de manifiesto en un estudio de opinión sobre el Derecho ya mencionado, efectuado en 2001 (Roche et al., 2002). La fatalidad se evidenció en la opinión que tienen los sectores de escasos recursos en relación con la posibilidad de mejorar o cambiar su condición social.

Ante la afirmación: "El que haya ricos y pobres es cosa del destino y no puede hacerse nada para cambiar esa situación", se le pidió a los encuestados que manifestaran si estaban de acuerdo o en contra. En las comunidades más pobres, el porcentaje que estaba de acuerdo con tal afirmación se situaba en casi 60%. Esta pregunta se había incluido en estudios anteriores con resultados similares (Keller, varios estudios).

El pesimismo expresa -como bien lo señala Montero - la convicción de la carencia de poder, lo que a su vez produce desconfianza frente a todo lo que representa poder. El Derecho es poder y si el poder es ajeno y por lo tanto no se controla, la desconfianza aparece fácilmente.

Que el Derecho representa el poder de otro también queda de manifiesto en el estudio de opinión citado. La Justicia siempre favorece al rico, el policía nunca será sancionado, el patrono siempre ganará frente al empleado, fueron afirmaciones recurrentes en los encuestados (Roche et al., 2002). Si el aparato de Justicia se asume como imposible de controlar, que si te favorece fue por suerte o por el azar, no hay posibilidad de crear la conciencia o de asumirse como sujetos de Derechos. Sin sujetos de Derechos no hay ciudadanos. Sin ciudadanos no hay Estado de Derecho. Esto resulta en una barrera fundamental para el acceso a la Justicia que se sitúa en el sustrato mismo de la psiquis individual y colectiva.

En síntesis, una tendencia al autoritarismo que Montero considera como central en la construcción de nuestra identidad, aunada a una visión fatalista del mundo, ya que el entorno se asume como un conjunto de fuerzas externas sobre las cuales no puedo influir, abonan un terreno que hace que sea casi imposible el desarrollo de una cultura jurídica basada en la internalización de la ciudadanía. De ahí que la posibilidad de asumir el Derecho como un instrumen-

to para regular la convivencia y poner límites al poder se diluye. Al estar convencidos de que los venezolanos somos incapaces de conducir nuestra vida y que debe existir un hombre fuerte que nos meta en cintura, la noción de Derecho pierde sentido.

Los rasgos positivos de nuestra identidad tampoco favorecen el desarrollo de una Cultura Jurídica de ciudadanos. Salazar reseña que la auto imagen positiva se expresa en rasgos socio-afectivos. Las encuestas realizadas desde la década de los setenta son coincidentes en calificar a los venezolanos como “flojos e irresponsables, pero al mismo tiempo hospitalarios, alegres y simpáticos” (Salazar, 2001:123). Y es justamente por nuestras ‘buenas cualidades’ por lo que no vemos con buenos ojos a quien reclama asertivamente sus derechos y menos a quien crea dificultades y conflictos, porque ello anula por completo esas ‘buenas cualidades’ que nos reivindicamos.

Si lo socio-afectivo es lo central en la auto imagen positiva del venezolano, se abre un amplio campo de legitimación de las relaciones primarias o familísticas como mecanismo privilegiado para la cohesión social. Así esa cohesión no se legitima por valores instrumentales y racionales sino por consideraciones afectivas. Lo correcto y lo incorrecto no se relacionan con el cumplimiento de reglas generales y abstractas, sino con la protección del entorno afectivo, lo que termina relegando al Derecho a un plano muy secundario en la vida social.

En efecto, varios autores coinciden en señalar que la cohesión social en Venezuela se efectúa mediante relaciones familísticas o primarias y con un espacio reducido para las relaciones institucionales (González Fabre, 1995, 1997; De Viana, 1999; Moreno, 1993; Hurtado, 2000). Las relaciones primarias se caracterizan porque existen unas reglas para el grupo de pertenencia y otras para el entorno social desconocido. En cambio, las relaciones institucionales implican reglas abstractas y generales, aplicables independientemente de las relaciones preexistentes entre los sujetos que interactúan.

El hecho de que la cohesión social se base en relaciones primarias es valorado de manera muy diversa por la literatura de ciencias sociales. Sin embargo, desde el punto de vista del Derecho, independientemente de sus rasgos positivos o negativos, las relaciones familísticas son la negación de la esencia misma de lo jurídico: reglas generales y abstractas. De ahí que, si como sociedad tenemos reglas diferentes para los conocidos y los desconocidos, la posibilidad de que el Derecho regule la convivencia social es muy limitada.

La existencia de reglas diferentes, dependiendo de si la situación afecta a alguien de mi entorno socio-afectivo, quedó de manifiesto en el ya citado estudio de opinión sobre el Derecho. Las respuestas a varias de las preguntas lo reflejan.

La encuesta incluyó afirmaciones frente a las cuales se les pedía a los encuestados señalar si las compartían o no. Frente a la afirmación “una madre **está en la obligación** de esconder a su hijo, para que no lo agarre la policía, aunque sea un criminal”, el 27% de los encuestados respondió que estaba de acuerdo. El porcentaje de aceptación sube al 48% frente a la afirmación “Hay veces en que es necesario que uno mismo aplique la Justicia por su propia mano”, lo que expresa una fuerte convicción favorable al uso de medios no institucionales para la solución de conflictos. Ambas respuestas reflejan la fuerza de las creencias en reglas diversas a las establecidas por la Ley. Adicionalmente, la aceptación de que en ciertas circunstancias es necesario aplicar la justicia por la propia mano, no sólo refleja una regla alterna a la jurídica sino también una profunda desconfianza en el sistema judicial.

Frente a un sistema que se visualiza como ‘incontrolable’, que expresa el poder de otro, la desconfianza se transforma en la desesperanza aprendida a la que se refiere Maritza Montero. De ahí que se piense que nada tenga que buscarse en él y que se refuerce la idea de la necesidad de tener unas reglas diferentes para la protección del entorno socio-afectivo, pues el Derecho forma parte de un mundo ajeno sobre el cual no se tiene control.

Pero como, además, se considera justificado el ejercicio del poder absoluto, se asume que es correcto que el Sistema Judicial funcione de manera discrecional, según el caso concreto. De ahí que nuestro autoritarismo refuerza, y en cierta medida justifica, un comportamiento arbitrario del Sistema Judicial. La arbitrariedad de la Justicia refuerza la desesperanza, con lo cual se cierra el círculo de influencias.

La desesperanza aprendida conduce a pensar que nuestro destino depende de la suerte y del azar, y si a eso le adicionamos la creencia sobre la necesidad de un hombre fuerte que resuelva nuestros problemas y a quien, por tanto, no hay que cuestionar, se hace imposible que tengamos conciencia de que los Derechos existen, independientemente de la voluntad de ese elegido. Si otro es el poderoso y vemos con naturalidad que su poder sea absoluto, éste nos dará los Derechos cuando lo crea conveniente.

Ello se evidencia en un estudio sobre Derechos Laborales en los países andinos. Las trabajadoras pobres expresaron que si sus patronos les daban el descanso pre y post natal era porque eran buenos y considerados con ellas, no porque ellas gozaran de ese derecho y ellos estuviesen obligados a satisfacerlo (Acosta, 1998). En Venezuela, una investigación relativa a los beneficiarios del Seguro Social llegó a una conclusión similar. Se pudo notar que al hacer un reclamo frente a este organismo, las personas se comportaban de manera pasiva “esperando un don en vez de un Derecho; si lo obtiene agradece” (Acedo, 1987).

Un espacio público incontrolable, que actúa normalmente en contra del individuo, refuerza la creencia de que se debe asumir la protección del entorno socio-afectivo y se legitima la existencia de reglas contrarias a las que supuestamente deben regular la vida social, es decir, a las normas jurídicas.

Por otro lado, las relaciones primarias premodernas se desarrollan paradójicamente en un contexto ideológico que promueve una visión del progreso ligado a la adquisición de los atributos de la modernidad. La modernidad se presenta como una meta socialmente deseable y una de sus manifestaciones es la existencia de reglas institucionales. Por ello, si ser modernos se manifiesta en la calidad y cantidad de nuestras normas jurídicas, entonces es deseable que nos dotemos de ese instrumento de modernidad.

El famoso fetichismo legal encuentra fundamento en la desesperanza y en el autoritarismo. El Derecho, si bien es cierto que es la negación del autoritarismo pues es poder reglado, no por ello deja de ser poder. La fatalidad hace que asumamos que tal vez ese poder jurídico pueda funcionar y a lo mejor, con esa propuesta legislativa, al fin ‘acertemos’ y logremos, mágicamente, que las cosas mejoren, sin que tengamos que intervenir activamente para producirlo. Nuevamente, la idea de transferir el poder a otro permite construir todo un fetiche en torno a la legislación: la Ley como una varita mágica, no hay que hacerla cumplir, no hay preocupación por su implementación, porque sea posible y factible que se lleve a cabo.

Nuestro autoritarismo también se refleja en lo jurídico, ahora no a través de la existencia de un hombre fuerte, sino de una Ley fuerte, rigurosa, represiva y de unas instituciones igualmente fuertes y rigurosas. Como expresión de nuestro autoritarismo, pensamos siempre que la solución al problema es la represión. Las Leyes deben castigar duramente a los transgresores. En el estudio de opinión varias veces mencionado, un tercio de la población encuestada

crea que la función del Derecho es castigar (Roche et al., 2002). Pero, como el ámbito público estatal donde la regla jurídica debe funcionar, se visualiza como arbitrario e incontrolable, y de hecho así se comporta, esas reglas sólo deben aplicarse a los enemigos o a los desconocidos, mientras que al entorno socio-afectivo debe protegerse de ellas o en todo caso, aplicarse reglas distintas. De allí que se crea una disociación: somos represivos con los enemigos y desconocidos y permisivos con el entorno socio-afectivo. Esto se refleja claramente también en otra cara del mismo rasgo: somos legalistas frente a situaciones abstractas y flexibles en lo concreto. Este doble discurso se expresó también en el estudio de opinión sobre la Justicia y en otro sobre acceso a la Justicia en Caracas realizado en el 2000 (Roche et al., 2002) y ha sido reportada por estudios de Cultura Jurídica en estudiantes de Derecho (Torres, 2001). La conducta generalizada es pedir sanciones severas, pero al tratarse de un caso concreto, aparecen inmediatamente en el discurso consideraciones del contexto y la necesidad de no ser tan rigurosos.

En síntesis, estos dos rasgos –autoritarismo y pesimismo– no permiten pensar en construir en el corto plazo una Cultura Jurídica ciudadana. La posibilidad del reclamo se inhibe prácticamente antes de nacer. Si estamos convencidos de que es necesario un poder fuerte que castigue a los ‘flojos, vagos y desorganizados’ venezolanos, y si a la vez creemos que ese poder sólo está al servicio de los poderosos que usan el Derecho para protegerse ellos, no es fácil que se pueda concebir que es justamente el Derecho lo que posibilitaría una protección frente a los abusos del poder político y económico.

Para el uso del Derecho como límite al poder, primero hay que estar convencidos de que es necesario restringir el poder. Nuestro autoritarismo legitima la existencia de un poder ilimitado. Poder sin límites es poder arbitrario e incontrolable. El espacio de la desesperanza surge entonces casi de manera natural y espontánea en el ámbito de lo jurídico. Por ello, los grupos en desventaja social están de acuerdo en que ‘ser pobre es cosa del destino y nada puede hacerse para cambiar esa situación’.

3.2. Implicaciones para la ‘Cultura Jurídica’ externa

Se trata en este punto en gran parte de indagar cómo se reflejan en su ‘Cultura Jurídica externa’ los rasgos centrales de la cultura de los venezolanos, que han sido evidenciados a través de las investigaciones sobre valores e identidad del venezolano.

Un importante factor de acceso al Sistema Jurídico y que forma parte de la Cultura Jurídica de los ciudadanos, es el grado de conocimiento que los mismos tienen de las Leyes y de las Instituciones. En la medida en que los ciudadanos estén correctamente informados de sus Derechos y de dónde y cómo reclamarlos, ya se ha dado un paso importante en materia de acceso a la Justicia.

La encuesta de opinión pública realizada a los sectores populares de Barquisimeto y Barcelona en 2001 incluyó una serie de preguntas sobre conocimiento de Leyes y de Instituciones (Roche et al., 2002). Las conclusiones más importantes en este aspecto fueron: en primer lugar, que la población, aún la de escasos recursos, cuenta con un cierto nivel de información sobre las Leyes y las instituciones del Sistema de Justicia que habría sido adquirida de diversas maneras. En algunos casos, que no son los más frecuentes, por haber tenido una experiencia de contacto directo o indirecto con las instituciones. Una segunda vía de conocimiento es la que podría llamarse de segunda mano, en el sentido de que procede de la narración de experiencias que han tenido vecinos, compañeros de trabajo y otras personas del entorno. En cuanto a la existencia de Leyes concretas y de su contenido, una vía que se mostró especialmente importante fue la de los medios de comunicación social. Sin embargo, la información que se había obtenido por esta vía no siempre era veraz, al contrario, con frecuencia había sido distorsionada interesadamente o como fruto de la ignorancia de los comunicadores sociales, por lo que esta vía ha sido hasta ahora poco confiable para que la gente conozca sus Derechos.

Otro importantísimo hallazgo de la investigación, en el aspecto del conocimiento sobre Leyes e instituciones por parte de los sectores de escasos recursos, resultó ser la influencia fundamental que en esta materia tiene la existencia de organizaciones dentro de las comunidades. Asociaciones de diversa índole sirven de correos de información jurídica hacia los ciudadanos. Particular mención merecen aquellas que se ocupan de la defensa de los Derechos Humanos. La acción de las organizaciones es de fundamental importancia, pues permite a sus miembros adquirir conciencia sobre sus Derechos y lo que es más importante, les da herramientas necesarias para que puedan utilizar los órganos del sistema de administración de Justicia para hacerlos valer. Si bien es cierto que la desconfianza hacia los órganos estatales no desaparece, la existencia de la organización es un

apoyo y un estímulo para iniciar un camino que se sabe lleno de obstáculos.

Vinculada también con el tema de la información jurídica, pero orientada más directamente a explorar la conciencia que tienen los ciudadanos venezolanos sobre el contenido jurídico de algunas situaciones, se exploró lo que puede llamarse la 'conciencia de juridicidad' de la población con respecto a ciertas materias. Era posible que hubiera aspectos de la vida social respecto de los cuales no existiera el conocimiento, ni la conciencia, de que estaban regulados por el Derecho, por un lado, y por el otro, que aun existiendo esa conciencia, los ciudadanos no estarían dispuestos a plantear problemas relativos a esas áreas de la vida en las instancias públicas. Los resultados de la encuesta demostraron que los problemas familiares eran claramente considerados del ámbito privado, lo que determinaba que no se estimara propio plantearlos fuera de ese ámbito. Esta actitud evidentemente afecta la conducta de quienes se ven ante la situación de acceder o no a los órganos del Sistema de Justicia para plantear problemas de esa índole. La arraigada creencia de que la solución de los problemas familiares es de la exclusiva competencia del ámbito privado pudiese estar reflejando la primacía de las relaciones primarias en nuestra sociedad. Si en las sociedades que se manejan con preponderancia de relaciones institucionales en lo público se han presentado dificultades para que el Derecho y los órganos del Estado puedan entrar a regular las relaciones familiares, es obvio que esas dificultades se acrecentarán en sociedades con poco espacio para las relaciones institucionales.

Otros aspectos explorados a través de la encuesta de opinión mencionada tenían que ver con la percepción que tendrían los ciudadanos de escasos recursos respecto a la accesibilidad del Sistema de Justicia. En esta materia se observó que los encuestados lograban identificar con cierta exactitud las funciones que cumplen las distintas instituciones. Asimismo, sabían dónde se encontraban y no las consideraban geográficamente distantes, sin embargo, pocos mencionaron a los Tribunales como una instancia a donde acudirían a plantear algún problema jurídico. Además, en las entrevistas de profundidad, cuando se preguntaba a los entrevistados si alguna vez habían tenido un problema que hubiera ameritado acudir a un abogado o a un Tribunal, exclamaban horrorizados "¡Dios no lo quiera!". Con frecuencia la misma persona, en el curso de la entrevista, revelaba que se había divorciado, que había sido despedido de su trabajo, que había

tenido que ayudar a un familiar preso, que había vendido su casa, sin que asociaran esas experiencias con haber tenido algún 'problema jurídico'.

La respuesta casi automática de negar los problemas jurídicos que se han enfrentado pudiese estar expresando varios de los rasgos centrales de la auto imagen nacional. Si las personas 'buenas, alegres y amables' no pueden tener problemas, y si el entrevistado se consideraba a sí mismo con esas cualidades, es de esperar que respondiese de esa manera. Una de las consecuencias de los atributos positivos de nuestra auto imagen es que se asocia el reclamo con la negación de esas virtudes. La afirmación de no haber tenido un problema que ameritase ir a un Tribunal podría estar expresando no sólo la visión negativa del conflicto, sino también la falta de conciencia de los Derechos y de la obligación del Estado de garantizarlos. No se pueden tener problemas jurídicos porque no se tiene conciencia de Derechos.

Una de las cosas más llamativas del estudio de opinión fue que la percepción del Tribunal como una instancia para solucionar problemas de la vida cotidiana de la gente no forma parte de su mundo de representaciones, el Tribunal está culturalmente distante.

La desconfianza y la 'convicción' de que el Sistema de Justicia siempre favorecerá al poderoso podría ser expresión de los rasgos negativos de nuestra autoimagen: la fatalidad y el autoritarismo. Como se ha señalado reiteradamente, el autoritarismo impide que la persona asuma que el poder debe ser controlado, así como también dificulta la posibilidad de que se piense que se tienen Derechos y de que hay instancias estatales obligadas a garantizarlos. Todo ello refuerza la idea de que el espacio público estatal 'pertenece' a los poderosos. Por eso, si alguna vez funciona a nuestro favor, no se piensa que fue porque nos asistía la razón, sino porque se tuvo suerte y que lo más probable es que la suerte no se repita en una segunda ocasión. Por ello no es de extrañar que incluso quienes hayan usado exitosamente los Tribunales, esas experiencias positivas no logren revertir la opinión de que el Sistema de Justicia funciona para favorecer a los poderosos.

3.3. Implicaciones para la 'Cultura Jurídica' interna

Cabe recordar aquí que muchos de los elementos culturales que se van a examinar tienen el mismo sustrato de los que ya han sido expuestos como integrantes de la Cultura Jurídica de los ciudadanos o 'Cultura Jurídica externa'. Existen, sin embargo, otros

rasgos que son propios y característicos de la Cultura Jurídica de los funcionarios que operan el Sistema Jurídico, es decir, de lo que se ha denominado la 'Cultura Jurídica interna', los cuales también se tratarán.

En Venezuela, una característica de la 'Cultura Jurídica interna', que tiene que ver con la deficiente formación de los abogados y, en consecuencia, de los operadores del Sistema Jurídico, es su formalismo, que en nuestro caso se expresa no sólo en una lectura rígida de las normas sustantivas, sino en un *procesalismo* y *formulismo* que muchas veces impiden que se discutan las características del Derecho que está detrás del reclamo.

El abogado, al no poder evaluar de manera global las diversas posibilidades que le otorgan las normas jurídicas para sustentar su petición, se centra en lo más elemental. Así, normalmente, repite textualmente las normas pero sin un análisis profundo de su significado en el caso concreto. El abogado que responde esa demanda también carece de formación y por lo tanto se concentra en evaluar el cumplimiento de los procedimientos y de las 'fórmulas sacramentales'. Esta situación limita las posibilidades de una defensa de calidad, tanto para el demandante como para el demandado. Ello quedó en evidencia en los estudios realizados sobre acceso a la Justicia (Roche et al., 2002 y Roche y Richter, 2003).

El formulismo de los abogados en ejercicio recibe un estímulo importante de parte de la jurisprudencia, pues en la medida en que los Jueces acepten los argumentos relativos a fallas procesales no esenciales para negar una petición, se refuerza la tendencia a litigar centrándose en las fórmulas y en el cumplimiento de pasos casi administrativos. Los Jueces, que tienen la misma formación de los abogados en ejercicio, se sienten más seguros al decidir sobre fallas procesales, en particular sobre problemas de competencia, en vez de entrar al fondo del asunto. La deficiente calidad de la producción normativa facilita en cierta medida el desarrollo de la cultura del formulismo jurídico. La falta de técnica legislativa produce normas poco claras, normas contradictorias y proliferación de procedimientos, todo lo cual es un factor que aumenta el formulismo jurídico.

La transformación de la Cultura Jurídica del formalismo requiere revisar la educación jurídica formal. Una educación jurídica inadecuada influye en el rol social del abogado, en la percepción de ese rol por la sociedad y en la percepción por el abogado de su misión social (Pérez Perdomo, 1981; Torres, 1997; Roche, 2000).

La necesidad de Jueces muy bien formados se hace mucho más necesaria para alcanzar las metas que se impone una sociedad al consagrar un Estado Social de Derecho y de Justicia. Este tipo de diseño constitucional le otorga una gran relevancia a la acción judicial para el desarrollo de fines sociales. Una Justicia que proteja, que haga efectivos los derechos sociales, tiene que ser una Justicia altamente calificada.

En consecuencia, el tema de la formación de los operadores del Sistema Jurídico adquiere gran relevancia. Pero, además, como la justicia se convierte en la instancia privilegiada de protección de los ciudadanos frente a los abusos del poder, se requiere reforzar su independencia. La carrera judicial facilitaría alcanzar las metas de un Juez bien formado, imparcial e independiente.

En Venezuela, más allá de su consagración legal, la carrera judicial nunca se ha podido desarrollar a plenitud. El ingreso al Poder Judicial por concurso de oposición ha sido excepcional. Este hecho se ha tornado crítico en los últimos años y hoy en día los Jueces sienten más que nunca la 'provisionalidad' de su permanencia en el cargo. Esta situación afecta la posibilidad de desarrollar una Cultura Jurídica ciudadana: ¿Cómo proteger Derechos de otros, si no se tienen Derechos? ¿Cómo poner límites al poder político o económico, si de esos poderes depende la permanencia en el puesto de trabajo? ¿Cómo puede un Juez reforzar la ciudadanía si en su vida cotidiana no la puede ejercer?

La falta de formación, la inexistencia de la carrera judicial y la intervención cada día mayor del Poder Judicial por otros poderes, en especial, por las fuerzas políticas que controlan las principales instancias estatales, tornan casi imposible que el Poder Judicial pueda cumplir su misión de protección de los Derechos ciudadanos.

Por otra parte, el cumplimiento de la función de protección dependerá también del respeto que las normas jurídicas, y por lo tanto, los Derechos de los ciudadanos les merezcan a esos funcionarios. Si dentro de su sistema de valores el respeto a las normas está por debajo de sus preferencias políticas, de su afán de lucro, del cultivo de sus relaciones sociales, el acceso igualitario a la Justicia estará seriamente amenazado. En nuestro país, como señalamos, las relaciones institucionales basadas en reglas jurídicas generales tienen un espacio reducido en la vida social. Toda esta situación refuerza la desconfianza en el Derecho y en el Sistema de Justicia por parte de los ciudadanos.

De esta manera, no sólo la formación profesional y la independencia son requisitos necesarios para asegurar un funcionamiento de las instituciones que garantice que todos los ciudadanos puedan hacer valer sus Derechos. También tendrá ello que ver con los valores aceptados tanto en la sociedad en su conjunto, como en el sector social al cual pertenecen los operadores del Sistema.

Dentro de los valores que son determinantes para que pueda prestarse una adecuada protección de los Derechos de todos, están los valores de igualdad y de equidad. Unos operadores del Sistema Jurídico cuyos prejuicios sociales o de otra índole no les permitan entender que los ciudadanos, aún siendo diferentes tienen iguales Derechos, tenderán a hacer diferencias entre ellos afectando su acceso equitativo a la Justicia. La igualdad tiene poco espacio en una sociedad con rasgos autoritarios. El sólo hecho de pensar que se requieren elegidos para conducir a la sociedad, es en sí una negación de la igualdad, pues, para empezar, el líder tiene más Derechos que el resto de la sociedad. Si se justifica esa supuesta necesidad del líder fuerte por las carencias del pueblo, al cual se le atribuyen una serie de defectos, es obvio que no se considera a todos los individuos como iguales y con los mismos Derechos.

Por tanto, los rasgos negativos de nuestra auto imagen y las relaciones personales primarias que han colonizado los espacios públicos no permiten que nos asumamos como sujetos de Derechos y ello hace difícil que en esos espacios se nos dé la consideración de ciudadanos.

Por otro lado, en el país, el ingreso al empleo público no tiene tanto que ver con las capacidades individuales del aspirante, como con la pertenencia a alguna red de relaciones, ya sea política o de amistad. Ello tampoco facilita que el funcionario se sienta comprometido con su trabajo y menos con un buen desempeño del mismo. Su permanencia en el puesto de trabajo depende más de las relaciones personales que le permitieron acceder al cargo, que de una evaluación de su desempeño. Ello se ha profundizado en el caso de los Jueces en los últimos años, como se expresó al reseñar la situación de la provisionalidad en el cargo de la mayoría de los Jueces en el país.

Los rasgos autoritarios de la población venezolana se van a expresar también en la noción de paz social que manejan los funcionarios. La paz social, para muchos funcionarios del Sistema de Administración de Justicia, es la negación del conflicto o el tratar de que éste desaparezca rápidamente. La visión del conflicto

como algo negativo que hay que 'erradicar' tampoco ayuda a desarrollar una cultura del reclamo. Ya vimos que nuestros rasgos positivos se relacionan con el área afectiva: alegres, simpáticos y buena gente y reclamar es lo contrario a ser 'simpático y buena gente'. Esta auto imagen pudiese ayudar a explicar por qué no es socialmente estimulado el reclamo. Si a ello le adicionamos el rasgo autoritario que nos hace pensar que un poder absoluto e incuestionable nos permitirá alcanzar el ansiado orden, se refuerza en el espacio estatal la visión del conflicto social como algo negativo que hay que eliminar. Por ello, el uso de los Tribunales para reclamar la protección de los Derechos Sociales, dada la visión negativa del conflicto, encuentra una doble dificultad: en primer lugar, porque el conflicto contradice la auto imagen positiva, y en segundo lugar, por la inclinación autoritaria que niega la posibilidad de que los 'súbditos' exijan sus Derechos al 'monarca de turno'.

Conclusiones

En este trabajo han quedado en evidencia algunos 'nudos gordianos' de nuestra manera de pensar y percibir el mundo que afectan negativamente la posibilidad de usar el Sistema de Administración de Justicia para hacer valer nuestros derechos, cuando son vulnerados.

Enfrentar esas formas de asumir la vida social, esas creencias arraigadas, y, en palabras de Maritza Montero, esa 'desesperanza aprendida' requiere transitar un largo camino hacia otro aprendizaje.

Este estudio permite identificar varios 'prerrequisitos' para decidirnos a utilizar el Sistema de Administración de Justicia. Cuando nuestros valores, percepciones, creencias y expectativas, no permiten cumplir con esos prerrequisitos, estos valores, percepciones, expectativas y creencias se convierten en barreras fundamentales para el acceso a la Justicia. Se trata de problemas intrínsecos a la cultura del venezolano, que, aunque no son inmodificables y, de hecho, son susceptibles de influencia a través del buen funcionamiento del Sistema Jurídico, resultan barreras al acceso a la Justicia mucho más determinantes que las inherentes a la organización y funcionamiento del Sistema Jurídico, pues pueden paralizar cualquier iniciativa para usarlo.

Información, formación y organización son factores claves para contrarrestar estas barreras culturales, pues tienen gran potencialidad a la hora de desandar el camino de la desesperanza aprendida y el autoritarismo.

Bibliografía

ACEDO MACHADO, Clementina (1987). Necesidades jurídicas y acceso a la justicia de un nuevo sector: beneficiarios del Seguro Social, en PEREZ PERDOMO (coordinador) *Justicia y Pobreza en Venezuela*. Monte Avila Editores. Caracas.

ACOSTA VARGAS, Gladys (1998). *Para que los Derechos no nos sean ajenos ¿ejercen las mujeres andinas su Derecho al Trabajo?* UNIFEM. Lima.

CASAL, Jesús María (2004). *Equidad y Acceso a la Justicia en Venezuela*. Inédito. Caracas.

DE VIANA, Mikel (1999). "La Sociedad Venezolana y su Resistencia al Cambio" en SIC No 600. <Caracas.

FRIEDMAN, Lawrence (1975). *The Legal System: A Social Science Perspective*. Russell Sage Foundation. New York.

----- (1977). *Law and Society*. An Introduction. Prentice Hall. New Jersey.

----- (1986). "Legal Culture and the Welfare State" in TEUBNER (ed) *Dilemmas of Law in the Welfare State*. De Gruyter. Berlin.

----- (1990). *The Republic of Choice*. Law, Authority and Culture. Harvard University Press. USA.

----- (1997). *The Concept of the Legal Culture: A Reply*, in NELKEN, David (ed.) *Comparing Legal Cultures*. Dartmouth Publishing Company. USA.

GONZÁLEZ FABRE, Raúl (1997). "Las Estructuras Culturales de la Corrupción en Venezuela" en *Revista de Control*

Social N° 135. Año XXXV. Contraloría General de la República de Venezuela. Caracas.

----- (1995) "¿Venezuela Moderna?" en *Revista SIC* N° 579. Caracas.

HURTADO, Samuel (2000). *La Sociedad Tomada por la Familia*. Ediciones de la Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela. Caracas.

MONTERO, Maritza (1993). Socialidad, instrumentalidad y Política en la Construcción de la Identidad Venezolana, en MATO, Daniel (coord.) *Diversidad Cultural y Construcción de Identidades: estudios sobre Venezuela, América Latina y el Caribe*. Fondo Editorial Tropykos. Caracas.

----- (2004). *Ideología, Alineación e Identidad Nacional*. UCV. Ediciones de la Biblioteca-EBUC. Caracas.

MORENO OLMEDO, Alejandro (1993). *El Aro y la Trama. Episteme, Modernidad y Pueblo*. Centro de Investigaciones Populares y Universidad de Carabobo.

NELKEN, David (1997). *Comparing Legal Cultures*. Dartmouth Publishing Company. USA.

PÉREZ PERDOMO, Rogelio (1975). *Acceso, Estratificación Social y Sistema Jurídico en Venezuela*, en *Revista de la Facultad de Derecho*, No.56, pp.91 a 99. Universidad Central de Venezuela. Caracas.

----- (1981). *Los Abogados en Venezuela. Estudio de una Élite Intelectual y Política-1780-1980*. Monte Avila Editores C. A. Caracas.

----- (1987). *Asistencia Jurídica y Acceso a la Justicia en Venezuela*, en PEREZ PERDOMO (coordinador) *Justicia y Pobreza en Venezuela*. Monte Avila Editores. Caracas.

ROCHE, Carmen Luisa (2000). Los Peccadores de la Justicia, en *Ética e Institucionalidad en Venezuela. Una Reflexión Previa al año 2000*. Cátedra Fundación Sivena. Caracas.

ROCHE, Carmen Luisa, RICHTER, Jacqueline y PÉREZ, Norma (2002). *Los Excluidos de la Justicia en Venezuela*. Tribunal Supremo de Justicia – Banco Mundial. Caracas.

ROCHE, Carmen Luisa y RICHTER, Jacqueline (2003). *Defensa Pública Penal y Acceso a la Justicia en Caracas*. www.tsj.gov.ve/miscelaneas

SALAZAR, José Miguel (2001). Perspectivas psico-sociales de la identidad venezolana, en SALAZAR (coord.) *Identidades Nacionales en América Latina*. Fondo editorial de Humanidades y Educación. UCV. Caracas.

TOHARIA, José Juan (2001). *Opinión Pública y Justicia. La Imagen de la Justicia en la Sociedad Española*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.

----- (1999). "La Cultura Legal: Cómo se Mide", en *Globalization and Legal Culture*. International Institute for the Sociology of Law. Onati.

TORRES, Irene (1997). *Educación Jurídica y Razonamiento*. Universidad Central de Venezuela. Caracas.

----- (2001). *Cultura Jurídica y Estudiantes de Derecho: una Medición de la Cultura Jurídica del Venezolano*.

**María Teresa
Zubillaga Gabaldón**

Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello. Diploma de Estudios Avanzados en Derechos Humanos (Opción: Acceso a la Justicia) en la Universidad Católica Andrés Bello y Diploma de Gobierno y Gerencia Política de esa misma casa de estudios conjuntamente con la George Washington University. Actualmente, cursa estudios de Especialización en Derecho Administrativo, en la Universidad Central de Venezuela.

La justicia de paz y su Evolución

Sumario

- a. Definición y Marco Jurídico
- b. El juez de paz y el Equipo de justicia de paz.
- c. Elección de los jueces de paz
- d. Competencia de los jueces de paz
- e. Procedimientos de la justicia de paz:
conciliación y equidad
- f. Datos de la justicia de paz: estado en que se
encontraba para los años 1998 y 2002
- g. Breve análisis de la situación actual: Año 2004
- h. Conclusiones y Recomendaciones

Bibliografía

Resumen

La justicia de paz es un mecanismo alternativo para solucionar las pequeñas desavenencias surgidas en el devenir de las relaciones cotidianas entre vecinos o familiares. En el marco de un estado social de derecho y de justicia constituye, además, un mecanismo de participación ciudadana en la resolución de los conflictos. Sus antecedentes los encontramos en la Constitución de 1819, y posteriormente también en la de 1830; empero enmarcada dentro del Poder Judicial. Luego desaparece y es retomada a finales del Siglo XX, dada la crisis del Poder Judicial por el congestionamiento e ineficiente funcionamiento de los tribunales del país. La Ley Orgánica de justicia de paz, dictada en 1994, regula el ejercicio de las funciones y los procedimientos a implementar y con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, se reconoce la justicia de paz como un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos, integrante del Sistema Judicial, y al mismo tiempo, como una de las competencias de los municipios, a quienes se les encarga su manejo y gestión. No obstante, su implementación ha sido traumática. Actualmente, solo hay 296 jueces de paz en todo el país, lo que implica que tan solo el 5% de la población cuenta con un juez de paz dentro de su comunidad. Su promoción ha sido un proceso iniciado desde los municipios para la comunidad, y no proveniente de la comunidad misma, como exigencia de su derecho a la participación.

Por otra parte, existen muchas diferencias en cuanto al modo de ejercer las competencias entre los jueces de paz, así como en el manejo de los centros de justicia de paz, y, es de destacar que muchas veces los jueces de paz se sienten solos y en general con poco apoyo de los municipios, ya que la gran mayoría de ellos no disponen de una sede para el ejercicio de sus funciones. En el siguiente artículo se analiza, además, el marco jurídico de la justicia de paz, su implementación y su funcionamiento, finalizando con algunas recomendaciones que se consideran necesarias de implementar para el mejor manejo tanto de los jueces de paz, como para las autoridades y la comunidad.

Abstract

The Venezuelan justice of peace is an institution for managing small conflicts of every day life between neighbors and family related people. It is also an institution for the citizens' participation in managing conflicts. There were efforts of creation of the institution in early XIX century, but it disappeared completely afterwards. In the late XX century, mostly because of the crisis of the judiciary, the idea of recreating the institution was put forward once again. In 1994 the *Ley Orgánica de justicia de paz* was established, regulating the structure and procedure of the justice of peace. The Constitution of 1999 recognized the justice of peace as part of the mechanism of national justice, but submitted it to municipal control and administration.

The factual accomplishment of the legislation on justice of peace has been very weak. By the late '04, there were only 296 judges of peace, which implies a 5 percent coverage of the Venezuelan population. There are great differences in the way it works in different municipalities. Very frequently the judges of peace feel they lack of any support at in the municipal governments. As an example, most of the judges have no office to deal with the cases.



Parte de nuestra vida es la interrelación con personas con quienes convivimos o quienes se encuentran cerca de nosotros. Es inevitable que en esas relaciones surjan desavenencias, las cuales muchas veces terminan en problemas. Más aún, muchos de esos problemas se convierten en grandes conflictos en los cuales necesitamos a un tercero imparcial, ajeno a ambas partes, para ayudar en la búsqueda de una solución. En estas situaciones, la justicia de paz, como mecanismo alternativo para la solución de conflictos, toma vigencia y sirve como herramienta para el logro de la mejor solución de estas controversias, constituyendo así un mecanismo de participación ciudadana en la resolución de los conflictos.

Con la concepción del estado de derecho y el principio de división del poder, el Estado asume la potestad para solucionar los conflictos entre las personas y sancionar a quienes incumplan la ley, creando todo un sistema especializado para ello: el Poder Judicial. Sin embargo, con el devenir del tiempo, la idea del ciudadano pasivo a la espera de la actuación del Estado cambia y se crea un nuevo paradigma: el reconocimiento de la necesidad de una mayor participación de los ciudadanos en los asuntos públicos. Específicamente en el ámbito del poder judicial, surge la idea de la desjudicialización de los problemas y la democratización de la justicia, trayendo como consecuencia los métodos alternativos de solución de conflictos.

En ese sentido, los métodos alternativos consisten en mecanismos empleados para solucionar un problema en el que se toman en cuenta las partes para la búsqueda de una solución: la más justa y adecuada posible. Así, las partes toman un rol activo, es decir, buscan su propia solución para que la sientan como suya y, de esa manera, la cumplan cabalmente.

Entre estos mecanismos se encuentra la justicia de paz. Estas notas tienen como objeto analizar este mecanismo de solución de conflictos: su marco jurídico, así como su funcionamiento y el estado en que se encuentra actualmente en nuestro país.

a. Definición y marco jurídico

La justicia de paz es un mecanismo mediante el cual se solucionan los inconvenientes que surjan de la vida en comunidad, es decir, es una herramienta para solucionar pequeños conflictos que surjan en el devenir de las relaciones personales y cotidianas entre vecinos o familiares.

Este mecanismo no es nuevo para los venezolanos, encontrándose sus antecedentes en anteriores constituciones. Inicialmente, en la Constitución de Angostura de 1819, redactada por el Libertador Simón Bolívar, fue reconocida la figura del juez de paz en su artículo 8¹ y, luego también en la Constitución de 1830 se reconoce esta figura en el artículo 178². Empero, su regulación fue de una manera distinta a la que hoy conocemos, al considerársele como integrante del Poder Judicial y reconocérseles competencias en materia civil y penal.

Durante el siglo XX, la figura del juez de paz poco a poco cae en desuso en Venezuela. Inclusive, con la entrada en vigencia de la Constitución del año 1945 y el proceso de nacionalización de la justicia —lo cual implicó la centralización total del Poder Judicial a favor de la República y la supresión de los sistemas estatales y municipales— la figura del juez de paz desaparece totalmente. Sin embargo, en 1974, con la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la justicia de paz vuelve a incorporarse en el proyecto de reforma a esa ley.

1 / Artículo 8: En cada parroquia habrá un juez de paz, ante quien se propondrán todas las demandas civiles y criminales en que no pueda procederse de oficio. El debe oír a las partes sin figura de juicio, procurando transigirlas y reducirlas a concordancia, bien por sí, bien por árbitros o amigables componedores en quienes se comprometen (Sección Tercera "De la Administración Judicial de las Provincias y Departamentos" del Título 9º "Organización interior" de la Constitución Política de Venezuela de 1819).

2 / Artículo 178: Habrá jueces de paz en cada una de las parroquias y en todos los lugares donde convenga; la Ley determinará su duración, sus atribuciones y la forma de sus nombramientos (Título XXIV "De los Gobernadores de Provincia y Jefes de Cantón" de la Constitución del Estado de Venezuela de 1830).

Posteriormente, dada la crisis del Poder Judicial en Venezuela por el congestionamiento e ineficiente funcionamiento de los tribunales como consecuencia del exceso de causas para ser solucionadas por unos pocos jueces, surge la necesidad de una revisión de las instituciones propias del Estado y la concepción de la justicia y del ciudadano. En tal sentido, se inicia todo un proceso de reforma del Estado en el que se toma en cuenta al sistema de justicia.

Así se crea en 1984 la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE), con un Comité Operativo para la Reforma del Poder Judicial cuyos miembros presentaron un Proyecto de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la cual se retoma la figura del juez de paz, enmarcándolo dentro de la estructura del Poder Judicial, como en el pasado.

La percepción generalizada sobre la grave situación del sistema de administración de justicia, crea la inquietud en redactar una ley que tuviera como norte establecer un método para descongestionar los tribunales. Es aquí cuando surge nuevamente la idea de la justicia de paz. En el año 1993, el Congreso de la República sanciona la Ley Orgánica de tribunales y Procedimientos de Paz³, la cual entraría en vigencia, según su Disposición Transitoria prevista en su Artículo 34, a partir del 1º de julio de 1994. Durante ese período, la ley fue reformada parcialmente por la Ley del 20 de junio de 1994⁴. Sin embargo, esa Ley no fue la que entró en vigencia pues fue derogada, a su vez, por la Ley Orgánica de justicia de paz⁵, iniciándose con ésta todo el proceso de implementación a nivel nacional.

Sin embargo, la implementación de la Ley Orgánica de justicia de paz ha sido, a decir verdad, un tanto difícil. En efecto, ésta ha sido criticada al considerársele como impuesta a los municipios ya que, como reseña el profesor Njaim, "*tratándose de un esfuerzo destinado a fomentar la vida comunal, no fuera consultada con los entes destinados a aplicarla: los consejos municipales y otras organizaciones de la sociedad civil, fuera de la asociación que la propuso*"⁶. Y es que la crítica más fuerte es que "*no se tuvo en cuenta suficientemente su repercusión de costos*", es decir, las repercusiones económicas que les traía a los municipios el asumir los desem-

3 / Gaceta Oficial N° 4.634 extraordinaria del 22 de septiembre de 1993.

4 / Gaceta Oficial N° 4.817 extraordinaria, del 29 de junio de 1994.

5 / Gaceta Oficial N° 4.817 extraordinaria del 21 de diciembre de 1994.

6 / Njaim, Humberto. Pág. 81.

bolsos para promover este mecanismo. Así, la implementación de la justicia de paz durante la vigencia de la Ley ha sido un poco dura, por no decir traumática.

Actualmente, en la Constitución de 1999, la justicia de paz está reconocida en el Capítulo III del Título IV relativo a la organización del Poder Judicial y del Sistema de Justicia.

Así tenemos que, en primer lugar, el sistema de justicia, de conformidad con el artículo 253 constitucional, no sólo comprende los órganos tradicionales del Poder Judicial los diferentes tribunales de la República que la ley establezca previamente sino que en él también se encuentran enmarcados determinados órganos de carácter administrativo, tales como las defensorías públicas, los órganos de investigación penal, los funcionarios que trabajen dentro del Poder Judicial sean permanentes o auxiliares y, específicamente los medios alternativos de justicia, entre los cuales está la justicia de paz.

Más aún, el artículo 256 constitucional reconoce de manera expresa la justicia de paz, de la siguiente manera:

“La Ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces y Juezas de Paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta conforme a la Ley. La Ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualquiera otros métodos alternativos para la solución de conflictos.”

De lo antes expuesto se desprende que la justicia de paz es una herramienta para impartir Justicia a los ciudadanos de manera alternativa al sistema de administración de justicia ordinaria y, por ello, forma parte del Sistema de Justicia, pero no del Poder Judicial.

Por otra parte, la misma Constitución señala que la justicia de paz es competencia del Poder Público Municipal, al mencionarla en el ordinal 7 del artículo 178. Así, a pesar de que la justicia de paz es un mecanismo alterno para la solución de los conflictos y por lo tanto se encuentra inmersa dentro del sistema de administración de justicia, su manejo y gestión es competencia de los municipios, por lo que las autoridades municipales son las encargadas de brindarle apoyo a las personas involucradas en el ejercicio y funcionamiento del día a día, al ser el juez de paz una autoridad municipal.

Ahora bien, según el artículo 258 antes citado, debe existir un marco de rango legal para el desarrollo de dichos principios constitucionales. Al respecto cabe destacar que hasta la fecha dicha ley no ha sido sancionada por la Asamblea Nacional, por lo que actualmente el funcionamiento y las competencias de la justicia de paz vienen determinadas por la Ley Orgánica de justicia de paz de 1994 en todo lo que no contraríe la Constitución, tal como veremos más adelante.

Lo cierto es que mediante la justicia de paz las personas pueden solucionar sus conflictos sin necesidad de acudir ante las instancias encargadas de administrar Justicia en nombre del Estado, puesto que pueden buscar una solución más adecuada a su problema, según sus inquietudes, para que así cada parte esté satisfecha.

En efecto, dado que la justicia de paz es un medio alternativo para la solución de cualquier tipo de controversia que surja en la comunidad o en la familia, producto de la cotidianidad, éste se presenta como un procedimiento sin formalidades, rápido, breve y simple, que brinda confianza a las partes en la búsqueda de una solución justa y ecuaníme, de conformidad con lo estipulado en la Ley Orgánica de la justicia de paz. Adicionalmente, dado el carácter social de la justicia de paz, las actuaciones del juez de paz y su equipo son gratuitas.

La solución de los conflictos, en principio, emana de las mismas partes, puesto que son ellas quienes deben buscar la solución más apropiada y ajustada a sus pretensiones. Por ello, se puede decir que cada una de las partes son protagonistas en el proceso. Mas, sin embargo, como se verá más adelante, en caso de que las partes no logren un acuerdo mutuo, se aplicará otro procedimiento liderizado por el juez de paz: el procedimiento por equidad.

Por ello se dice que la justicia de paz se *“caracteriza por ser un medio sencillo, accesible, gratuito y rápido mediante el cual la comunidad se organiza y participa en la búsqueda de soluciones a los conflictos cotidianos que surgen y afectan la armonía y convivencia de la comunidad”*⁷.

En fin, la justicia de paz es un método alternativo para la solución de conflictos, en el cual los ciudadanos comunes participan administrando justicia mediante la conciliación, el diálogo y la negociación, para obtener una mejor solución sin necesidad de acudir a los tribunales de la república. Así, la justicia

7 / Ponce, Carlos: Pág 286.

de paz es una forma de participación ciudadana en la administración de Justicia puesto que ésta emana de los ciudadanos mismos.

b. El juez de paz y el equipo de justicia de paz

El juez de paz es la persona encargada de intermediar entre las partes que tienen el problema, ayuda a buscar una solución más adecuada y, en casos extremos, él mismo va a solucionar el problema existente. El juez de paz tiene que ser una persona ecuaníme e imparcial, elegida por la propia comunidad en virtud de sus características y méritos personales. Por ello, se dice que el juez de paz es un juez como tal y, en todo el sentido de la palabra.

Estas características las ha considerado la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al señalar que:

“(...) los jueces de paz forman parte del Sistema de Justicia, y a pesar de no formar parte del Poder Judicial formal, ellos son jueces, con todas las prerrogativas de tales y dentro de los marcos legales, en los ámbitos que el ordenamiento jurídico les asigna.

(...) Los jueces de paz pertenecen al Sistema Judicial, son órganos jurisdiccionales, como lo son los árbitros y otras figuras que pueda crear la Justicia alternativa, y son jueces de equidad, según el artículo 3 de la Ley Orgánica de justicia de paz”⁸.

Incluso, la misma Sala Constitucional, en una sentencia más reciente, al reiterar esta postura, señaló:

“... la justicia de paz es un medio alternativo de resolución de conflictos a través de la conciliación y soluciones de equidad, que por tanto, implica una función jurisdiccional, pero que orgánicamente están fuera del Poder Judicial, por lo que no entran dentro de la ‘estructura piramidal’ de esa rama en cuya cúspide está este Tribunal Supremo de Justicia (...) En definitiva, la justicia de paz integra el Sistema de Justicia, como expresamente establece el artículo 253 de la Constitución de

1999 y como lo interpretó la Sala en las citadas decisiones, pero ni orgánica ni funcionalmente pertenece al Poder Judicial”⁹.

Para ser juez de paz se requiere cumplir con una serie de requerimientos de carácter objetivos señalados en la Ley Orgánica de justicia de paz y, al mismo tiempo, una serie de requisitos subjetivos, de carácter personal y no obligatorios, por ser cualidades que ayudan al juez de paz al momento de solucionar un problema y ser aceptado como un líder de su comunidad.

Como se señaló anteriormente, el juez de paz, al ser una persona que intermediará en la solución de problemas, tiene que ser de reconocida moralidad, respetuoso, con alta capacidad para escuchar y dialogar con las personas, para trabajar e investigar los hechos ocurridos para buscar la verdad. Debe ser imparcial a la hora de solucionar o plantear soluciones para un conflicto, autónomo, con una alta sensibilidad social y ser conocido por su comunidad, puesto que es ésta la que lo elige.

De conformidad con el artículo 21 de la Ley Orgánica de la justicia de paz, para ser juez de paz se requiere ser venezolano, mayor de treinta (30) años, saber leer y escribir y tener una profesión u oficio conocido. No haber sido objeto de condena penal mediante sentencia definitivamente firme, así como tampoco, haber sido declarado responsable en virtud de la comisión de algún ilícito administrativo o disciplinario y no estar sujeto a interdicción civil o inhabilitación política.

Debido a la relación que va a tener el juez de paz con los vecinos, este mismo artículo señala que para el momento que va a ser elegido el juez de paz deberá tener un mínimo de tres (3) años de residencia en la circunscripción intra municipal. Sin embargo, los jueces de paz que ejerzan funciones en los municipios fronterizos, deberán tener por lo menos cinco (5) años de residencia allí, de conformidad con el artículo 22 de esta misma Ley.

Por otra parte, con el objeto de asegurar la autonomía y, para evitar que los jueces de paz tengan relación con la política, según el artículo 21 antes comentado, ellos no pueden formar parte de las directivas de partidos políticos, ni siquiera al momento de su postulación.

8 / Véase sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera. Expediente: 00-2302, de fecha: 5 de octubre de 2000.

9 / Véase sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz. Expediente N° 01-2484. Sentencia de fecha: 14 de diciembre de 2004.

En todo caso, el juez de paz, como es la persona que solucionará los problemas de la comunidad, debe poseer todas las herramientas y conocimientos necesarios y, por eso, el artículo 21 de la ley señala que antes de tomar el cargo deberá haber realizado el curso de adiestramiento de jueces de paz dado por el mismo municipio. Estos cursos muchas veces los ofrecen los municipios con apoyo de las ONG y universidades, cuya duración es de sesenta (60) horas académicas, en principio.

Al ejercer su labor, los jueces de paz no están solos, sino que se apoyan en el equipo de paz, conformado por los suplentes y conjuces. Los primeros serán aquellos candidatos que se postularon para ser jueces de paz y quedaron en el segundo y tercer lugar. Los conjuces pueden ser los candidatos que obtuvieron el cuarto y quinto lugar en el proceso de elecciones o, en caso de que no existan, el juez de paz los nombrará, siempre y cuando tales personas cumplan con los mismos requisitos para ser jueces de paz (artículo 9, ordinal 2).

Estas personas que conforman el equipo de paz son muy importantes en la ejecución de las funciones del centro de justicia de paz, puesto que suplirán las ausencias del juez de paz (artículo 31), así como, en caso de que las partes requieran que la sentencia del juez de paz sea revisada, tal como se verá más adelante, serán los suplentes y conjuces.

Con relación a cada una de estas autoridades, la ley señala que están obligados a residir en el municipio de su competencia, "sin que puedan mantener residencia distinta por más cercana que ésta sea a su Jurisdicción" (artículo 23). Ello se explica debido a la relación que debe tener este órgano colegiado con la comunidad.

c. Elección de los jueces de paz

La elección del juez de paz está regulada en el Título II de la Ley Orgánica de la justicia de paz. Sin embargo, el proceso de elección de estas autoridades deberá ser adaptado a los nuevos postulados constitucionales, debido a la creación del Poder Electoral.

La Ley Orgánica de justicia de paz, dispone que el juez de paz sea elegido cada tres (3) años por todos los habitantes de la circunscripción intra municipal. La circunscripción intra municipal es la jurisdicción dentro de la cual el juez de paz ejercerá sus funciones, es decir, es la división territorial de cada cuatro mil habitantes (4.000) realizada por el concejo municipal, dentro de la

cual el juez tiene competencia y sobre la cual ejercerá sus funciones.

El juez de paz podrá ser reelegido inmediatamente para nuevo un período. En todo caso, según el artículo 13, las elecciones de los jueces de paz no pueden coincidir o ser planificadas paralelamente con cualquiera de las elecciones nacionales, estatales o municipales. Ello con el objeto de evitar la politización de estas elecciones y tratar que la comunidad elija a la persona más idónea para este cargo.

En principio, según el artículo 10 de la ley, la autoridad que debe encargarse de todo lo relativo a la organización, supervisión y coordinación del proceso de elección del juez de paz es el concejo municipal de cada municipio. Para ello contará con la participación activa de las juntas parroquiales, así como de las comunidades organizadas. Sin embargo, el propio concejo municipal puede delegar esta competencia en favor de las juntas parroquiales y de las comunidades organizadas. Los concejos municipales de cada municipio deberán regular mediante ordenanza todo lo relativo a la elección de los jueces de paz. Igualmente, podrán solicitar la participación y apoyo técnico al Consejo Nacional Electoral para la ejecución del proceso electoral, así como también a la Oficina Central de Estadística e Informática hoy Instituto Nacional de Estadística (INE) (artículo 11).

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, tal como fue mencionado, el Consejo Nacional Electoral pasa a ser el órgano rector del Poder Electoral. El artículo 293 señala las competencias de esta nueva rama del Poder Público y, según el ordinal 5º, le corresponde "*la organización, administración, dirección y vigilancia de todos los actos relativos a la elección de los cargos de representación popular de los poderes públicos, así como de los referendos*".

En ese mismo orden de ideas, la Ley Orgánica del Poder Electoral señala en su artículo 33 que el Consejo Nacional Electoral es competente para "*organizar, administrar, supervisar y vigilar los actos relativos a los procesos electorales, de referendo y los comicios para elegir funcionarias o funcionarios cuyo mandato haya sido revocado, en el ámbito nacional, regional, municipal y parroquial*". Para ello, este mismo órgano debe "*realizar la convocatoria y fijar la fecha para la elección de los cargos de representación popular, de referendos y otras consultas populares*" (ordinales 1º y 3º, respectivamente del artículo 33).

De lo antes expuesto se desprende de manera concluyente, desde nuestro punto de vista, que con

la entrada en vigencia de la nueva Constitución el órgano competente para organizar y supervisar las elecciones de cualquier autoridad electa popularmente es el Consejo Nacional Electoral. De manera que al ser el juez de paz una autoridad municipal electa por todas las personas que residen en una determinada circunscripción intra municipal, no cabe duda que el Consejo Nacional Electoral es la autoridad competente para organizar, coordinar y supervisar todo lo relativo al proceso de elecciones.

Así, con la entrada en vigencia de la nueva Constitución, desde nuestro punto de vista se puede afirmar que los artículos 10 y 11 de la Ley Orgánica de justicia de paz han quedado tácitamente derogados en todo aquello que no contraría las disposiciones que rigen este nuevo Poder. Deberá ser la nueva Ley que dicte la Asamblea Nacional en materia de sufragio y participación ciudadana, la que regule lo relativo a las elecciones del juez de paz, concatenándola directamente con la nueva Ley en materia de justicia de paz, que también deberá dictar la Asamblea Nacional.

Por tanto, desde nuestro punto de vista, el órgano competente para organizar las elecciones es el Consejo Nacional Electoral —y concretamente las autoridades electorales que tengan competencia dentro del municipio donde pretende elegirse el juez de paz— coordinadamente con municipios y comunidades organizadas. Mas, sin embargo, la implementación, gestión y funcionamiento de la justicia de paz es competencia de los municipios. Así, las autoridades electorales, con apoyo de las comunidades organizadas, deberá organizar las elecciones de los jueces de paz en cada municipio y de manera separada en cada circunscripción intra municipal y no conjuntamente con otras elecciones de los jueces de paz de otros municipios o, menos aún, a nivel nacional.

No obstante, como estas leyes no han sido dictadas, en la práctica no parecía ser tan claro este panorama, ya que con la creación del Poder Electoral suscitaron ciertas incertidumbres con relación a la forma de elegir a los jueces de paz.

Así, antes del año 2005, se venía aplicando lo establecido en los artículos 10 y 11 de la Ley Orgánica de justicia de paz y, los concejos municipales de los diferentes municipios sancionaron sus respectivas ordenanzas para regular el proceso de elecciones de los jueces de paz. Tenemos por ejemplo, en el Área Metropolitana de Caracas, el Concejo Municipal del Municipio Sucre sancionó la Ordenanza Electoral de justicia de paz el 15 de junio de 2004 (publicada en

Gaceta Municipal N° 194-6 Extraordinario de fecha 23 de junio de 2004), el Concejo Municipal de Chacao la sancionó el 1 de octubre de 2001 (publicada en Gaceta Municipal N° 3.711 Extraordinaria de esa fecha) y, el Concejo Municipal de Baruta sancionó la Ordenanza de Elecciones de los jueces de paz el 15 de febrero de 2001 (publicada en Gaceta Municipal N° 7503-01 Extraordinaria de esa fecha).

En el Municipio Libertador, el Concejo Municipal reguló mediante Acuerdo de Cámara publicado posteriormente en prensa¹⁰, lo atinente al “Proceso de elecciones de los jueces de paz”, invocando como fundamento los artículos 5, 70 y 178 de la Constitución de 1999 y el artículo 10 de la Ley Orgánica de la justicia de paz y considerando “que con el clima de inseguridad social existente en el país y especialmente en el Municipio Bolivariano Libertador, se hace necesaria la definitiva implementación de la justicia de paz, por ser un medio alternativo de Administración de Justicia, democrático, participativo, accesible y gratuito para dirimir los conflictos y controversias que se susciten en las comunidades vecinales”, la Cámara Municipal acordó, en primer lugar, “celebrar el proceso de elección de los jueces de paz en el seno de las Asambleas de Ciudadanos y Ciudadanas, en las distintas comunidades que conforman el Municipio Bolivariano Libertador del Distrito Capital”, y en segundo lugar, “instar a las comunidades a postular los candidatos a jueces de paz en Asambleas de Ciudadanos y Ciudadanas”. Ahora bien, desde nuestro punto de vista, jurídicamente ello no tiene razón ni fundamento alguno, ya que pretender sustituir una ordenanza por un acuerdo y así evitar el trámite que implica para el concejo municipal la elaboración de una ordenanza, es totalmente contrario a la Ley Orgánica de justicia de paz.

Debido a toda esta incertidumbre, con relación a la forma de elegir a los jueces de paz se intentaron varios recursos contencioso electorales por ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, algunos de los cuales han sido decididos. Sin embargo, más que decidir, la Sala Electoral ha omitido pronunciarse sobre el tema de fondo de la controversia y asentar un criterio específico al considerar más bien cuestiones de forma, más que del fondo.

Así tenemos, por ejemplo, en un caso, la Sala Electoral declinó su competencia en la Sala Constitu-

¹⁰ / Véase Diario Últimas Noticias. Fecha 7 de noviembre de 2002.

cional¹¹; en otro, la misma Sala Electoral declaró la perención de la instancia y en consecuencia terminó el procedimiento, sin decidir la materia objeto de la controversia¹² y, en otro caso, esa misma Sala declaró inadmisibles un recurso contencioso electoral intentado contra la elección de jueces de paz, por haberse ejercido extemporáneamente¹³. Otro caso que es necesario mencionar es la solicitud de nulidad incoada en contra de las resoluciones N° 010808-38 de fecha 8 de agosto de 2001 y la comunicación N° 001203 de fecha 19 de julio 2001, ambas emanadas del Consejo Nacional Electoral, en la que la Sala declaró el desistimiento del recurso contencioso de nulidad por parte de los accionantes debido a la falta del retiro del cartel para el llamamiento de los interesados¹⁴, por lo que conoció el fondo de la controversia constitucionalmente planteada.

Sin embargo, caso diferente son los recursos planteados por ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia de fecha 14 de diciembre de 2004. Finalmente esa Sala sentenció el recurso de interpretación de los artículos 10, 11, 26 y 52 de la Ley Orgánica de la justicia de paz. En dicha sentencia, la Sala declaró la nulidad de los artículos 10 y 11 de la Ley Orgánica de justicia de paz.

Así, en esta sentencia la Sala dejó claramente asentado lo que sostuvimos anteriormente, es decir, que con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, el órgano encargado de la organización y ejecución de las elecciones de los jueces de paz es el Poder Electoral y el Municipio es el encargado de la gestión y administración de este mecanismo. Expresamente la Sala Constitucional señaló que:

(...) desde la entrada en vigencia Constitución de 1999, ha quedado tácitamente derogada la competencia que, conforme a los artículos 10 y 11 de la Ley Orgánica de la justicia de paz, correspondía a los Concejos Municipales, en relación con la organización, coordinación, supervisión y ejecución de los procesos comiciales para elegir a los jueces de paz, pues se trata de

una atribución que ahora corresponde exclusivamente a los órganos del Poder Electoral, de conformidad con el artículo 293, cardinal 5, del Texto Fundamental. Así se decide. Dentro de la organización del Poder Electoral, y de conformidad con el artículo 54 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, la ejecución y vigilancia de estos procedimientos electorales ha de corresponder a las Juntas Municipales Electorales, bajo la dirección de la Junta Nacional Electoral y, en última instancia, del Consejo Nacional Electoral, pues se trata de una elección propia de las entidades municipales. No obstante, debe la Sala precisar que las competencias del Poder Electoral en relación con la elección de los jueces de paz se limitan, en atención al propio Texto Constitucional, a la organización, administración, dirección y vigilancia de los procedimientos electorales, de manera que se trata de competencias de carácter técnico que, en modo alguno, pueden mermar las atribuciones constitucionales y legales que corresponden al Municipio en materia de jueces de paz. Específicamente, la que establece el artículo 178, cardinal 7, de la Constitución, según la cual es competencia del Municipio la "justicia de paz, prevención y protección vecinal y servicios de Policía Municipal, conforme a la legislación nacional aplicable", norma con la que guarda consonancia el artículo 2 de la Ley Orgánica de la justicia de paz, según el cual "corresponderá a los municipios prestar los servicios de la justicia de paz y determinar su organización, de conformidad con esta Ley".

De manera que la administración, prestación y gestión del servicio de justicia de paz –no así del procedimiento de elección de sus jueces– es competencia exclusiva del municipio, bien a través de la ejecución y administración que corresponda al alcalde (artículos 174 y 175 de la Constitución), bien a través de la regulación legislativa que corresponda a los concejos municipales; siempre, por supuesto, con plena adecuación a la legislación nacional, en este caso, la Ley Orgánica de la justicia de paz. Asimismo, la organización y ejecución de los procedimientos electorales de jueces de paz ha de adecuarse a las normas especiales que, en esta materia, establece la Ley Orgánica de la justicia de paz (artículos 12 y siguientes), como lo son, entre otras, las condiciones de postulación y de eleji-

11 / Véase sentencia de la Sala Electoral con ponencia del magistrado Alberto Martini Urdaneta. Sentencia de fecha 30 de mayo de 2002, publicada bajo el número 108. Expediente N° 02-060.

12 / Véanse sentencias de la Sala Electoral con ponencias del Magistrado Luis Martínez Hernández. Sentencia de fecha 18 de marzo de 2003, publicada el 18 de marzo de 2003 bajo el N° 27, expediente N° 01-189 y, sentencia de fecha 21 de febrero de 2003, publicada bajo el N° 18, expediente N° 01-190.

13 / Véase sentencia de la Sala Electoral con ponencia del magistrado Rafael Hernández Uzcátegui. Expediente N° 03-089. Sentencia de fecha 5 de noviembre de 2003, publicada bajo el N° 189.

14 / Véase sentencia de la Sala Electoral con ponencia del magistrado Alberto Martini Urdaneta. Expediente N° 01-0196 de fecha 7 de enero de 2002, publicada bajo el N° 1.

bilidad de los candidatos, la periodicidad de tal elección, las divisiones en circunscripciones electorales que tal Ley ordena y las normas relativas a las campañas electorales.”¹⁵

A partir de esta sentencia queda claro que los artículos 10 y 11 quedaron derogados tácitamente y por tanto, los procesos de elecciones de los jueces de paz corresponde a las Juntas Municipales Electorales, bajo la dirección de la Junta Nacional Electoral y, en último caso, el Consejo Nacional Electoral. Ello debido a que las Juntas Municipales Electorales son los órganos más cercanos a los ciudadanos, dentro de la estructura de ese Poder Electoral.

Ahora bien, desde nuestro punto de vista, si bien es cierto que todo lo relativo a los procesos de elecciones corresponde al Poder Electoral y concretamente a las Juntas Municipales Electorales, no estamos de acuerdo en que se haya obviado la participación de los municipios y de las comunidades organizadas durante estos procesos. De esta manera, la Sala obvió la participación ciudadana dentro de las elecciones de los jueces de paz, elemento central para el desenvolvimiento de este mecanismo.

Tampoco estamos de acuerdo en que la Sala haya obviado emplazar a la Asamblea Nacional para que dicte las leyes correspondientes a esta materia. Así, tal como lo mencionamos anteriormente, la Asamblea Nacional debe sancionar la Ley que regule la materia de sufragio y participación ciudadana, dentro de la cual se codifique lo relativo a las elecciones del juez de paz, concatenándola directamente con otra nueva ley que debe sancionarse en materia de justicia de paz.

De esta manera, en fin, solo nos queda esperar que las Juntas Municipales Electorales, al regular los procesos de cada municipio, actúe coordinadamente con el municipio y las comunidades organizadas para establecer un procedimiento sencillo y de fácil aplicación de forma tal que las comunidades sigan motivadas en la implementación de la justicia de paz.

d. Competencia de los jueces de paz

La Ley Orgánica de justicia de paz señala en el Capítulo II las competencias y atribuciones de los jueces de paz. Las competencias “*son el ámbito básico de actuación o los tipos de conflictos que el Juez o la Jueza de Paz puede resolver*”¹⁶; a diferencia de

las atribuciones que son “*las tareas o actividades que los jueces de paz pueden desarrollar como parte de su función de promotor de acciones sociales y de colaboración con otros entes*”¹⁷.

En tal sentido, la Ley señala los tipos de problemas que pueden conocer los jueces de paz por el territorio, mediante conciliación y por vía de equidad.

En relación con la competencia territorial, el artículo 6 establece que solamente se podrán conocer los conflictos que hayan sucedido dentro de la circunscripción intra municipal donde ejerza sus funciones, es decir, de los hechos que ocurran dentro de su jurisdicción. Igualmente, conocerá de los problemas ocasionados por las personas que se encuentren en tránsito dentro de su circunscripción territorial, siempre que hayan solicitado sus servicios.

El artículo 7 de la ley señala que los jueces de paz podrán conocer por vía de conciliación cualquier tipo de problema, siempre y cuando no sean materias de orden público y no se encuentren dentro de las limitaciones establecidas en la misma Ley. Así, los jueces de paz no podrán conocer aquellos problemas en los que el estado tiene interés o, sean materias que no se pueda transar o disponer, como por ejemplo, aquellas que tengan relación con el derecho penal: robo, estafas, hurto, asesinatos, con drogas tráfico de estupefacientes o armas. En estos casos deberá remitirlo a las autoridades competentes para que solucionen el problema.

Respecto a las competencias por equidad, la Ley señala en el artículo 8 que los jueces de paz pueden conocer de conflictos comunitarios o vecinales que sean, o no, de contenido patrimonial. Es decir, de cualquier tipo de problemas que surjan en la vida en comunidad, que no estén atribuidos a los tribunales de la república, o de problemas que surjan como consecuencia de las deudas cuyo monto no sea mayor a cuatro (4) salarios mínimos; de conflictos de violencia familiar, tales como abusos cometidos por los padres en la corrección de sus hijos o maltrato físico o psicológico contra los niños, adolescentes, la mujer o ancianos, o cualquier problema de la vida familiar que afecte la vida en comunidad, con la salvedad de que no podrán conocer los problemas relativos al estado y capacidad de las personas, por ser competencia expresa de los tribunales que conocen materia de familia.

En relación con los casos de violencia doméstica o familiar, cabe destacar que la Ley sobre la Violencia

15 / Véase sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz. Expediente N° 01-2484. Sentencia de fecha: 14 de diciembre de 2004.

16 / Josko de Guernón, Eva. Página 22.

17 / Josko de Guernón, Eva. Página 22.

contra la Mujer y la Familia otorga competencia expresamente a los jueces de paz para recibir denuncias por los delitos o faltas que constituyan violencia de conformidad con las definiciones contenidas en esa ley¹⁸ por parte de la propia víctima o sus familiares, de la Fiscalía o Defensoría Nacional de Derechos de la Mujer, así como de cualquier organización no gubernamental que trabaje en esta materia (artículo 32 de la Ley sobre a Violencia contra la Mujer y la Familia).

Igualmente, los jueces podrán conocer por esta vía, problemas no patrimoniales de arrendamiento que no estén asignados a tribunales especiales, y asuntos en materia de propiedad horizontal. Es decir, conflictos que surjan del alquiler de muebles o inmuebles que no tengan relación con el pago de las mensualidades, así como de disputas de la comunidad que vive en edificios que tienen condominios y asumen gastos comunes. También podrán conocer los problemas que guarden relación con las ordenanzas vecinales y su aplicación, menos aquellas que regulen materias de urbanismo o los impuestos municipales. En general, el juez de paz podrá conocer de todos aquellos conflictos que versen sobre derechos disponibles y que las partes de mutuo acuerdo le soliciten resolver mediante esta vía.

El juez de paz no tiene competencia para decidir respecto a los problemas de asuntos de familia como divorcio, la guarda y custodia de los hijos, separación de cuerpos, adopción de un hijo. Sin embargo, sí puede ayudar en la ejecución de sentencias que tengan relación con la guarda de los hijos, así como en régimen de visitas y pensión de alimentos. Según el ordinal 3º del artículo 9 de la Ley Orgánica de justicia de paz, el juez de paz podrá colaborar y brindar apoyo en el cumplimiento de las decisiones judiciales o de las autoridades administrativas competentes. Para que ello sea factible, consideramos que las respectivas autoridades deben señalarlo expresamente en la sentencia definitiva y establecer las formas como el juez de paz ayudará en el cumplimiento y vigilancia de esas decisiones.

En sentido similar, el juez de paz podrá brindar apoyo a las autoridades que se encargan de la protección y preservación del medio ambiente, especialmente en el control y vigilancia de los programas ambientales llevados a cabo por las municipalidades,

así como los problemas ambientales que se originen en la propia comunidad (ordinal 4 del artículo 9). También podrán colaborar en la supervisión de los programas ejecutados por autoridades encargadas del control y fiscalización del comercio y mercados de bienes, es decir, en materia de precios y calidad de los bienes de consumo vendidos dentro de su Jurisdicción (ordinal 5 del artículo 9). Un ejemplo de ello podrían ser problemas que surjan en cuanto a la fijación de precios o la forma de pago en los mercados populares.

Las otras atribuciones que señala el artículo 9 de la Ley tienen relación con la administración y manejo del Centro de justicia de paz (ordinales 1 y 2), al referirse a que el juez de paz tiene facultad para ejecutar sus decisiones y mantener el orden dentro del Centro de Paz con la ayuda de la fuerza pública si fuera necesario, designar a los conjueces, así como cualquier otra potestad que las leyes o las ordenanzas municipales le señalen.

e. Procedimientos de la justicia de paz: conciliación y equidad

De las competencias del juez de paz se desprende que los problemas que se sometan a su conocimiento podrán ser solucionados por dos vías: por el procedimiento de conciliación o el procedimiento de equidad. De conformidad con la ley, ciertamente, los problemas que las partes le presenten al juez de paz, en principio, tratarán de ser solucionadas mediante la conciliación, pero si ese procedimiento resulta infructuoso, se continuará con el procedimiento de equidad. Ello debido a que el procedimiento por conciliación es de carácter obligatorio.

La conciliación significa literalmente según el Diccionario de la Lengua Española, *"la acción y efecto de conciliar"*, y, conciliar es *"componer y ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí"*. Equidad significa según ese mismo Diccionario, la *"propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto de la ley positiva"*¹⁹.

Una vez que surge el conflicto, las partes acuden al juez de paz de su comunidad para solicitar su actuación. Dicha solicitud puede ser por escrito u oralmente, dejándose constancia por escrito y sin necesidad de la actuación de un abogado. En el momento que el juez tiene conocimiento del problema debe

18 / La Ley sobre a Violencia contra la Mujer y la Familia (G.O. N° 36.576. de fecha 6/11/98) considera que son delitos: la amenaza (artículo 16), la violencia física (artículo 17), acceso carnal violento (artículo 18), acoso sexual (artículo 19), violencia psicológica (artículo 20); y considera como faltas a: la omisión de medidas en caso de acoso sexual (artículo 22), la omisión de aviso (artículo 23) y, la omisión de atención de la denuncia (artículo 24).

19 / Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición. Tomo I. España, 2001

decidir si podrá o no conocerlo, ya que si no es de su competencia deberá comunicarlo o remitirlo a la autoridad competente.

Cuando una sola de las partes o un miembro de la comunidad sea quien haya solicitado la actuación del juez de paz, es necesario que la otra parte conozca de ello. Así se le deberá notificar personalmente a la otra parte y, cuando no sea posible, se procederá a fijar un cartel o aviso de notificación en su residencia, oficina o negocio (artículo 37). Una vez que el juez de paz haya decidido que sí puede conocer de la controversia y, todas las partes tengan conocimiento de su actuación, se celebrarán las reuniones conciliatorias. El juez de paz decidirá la manera de proceder para el caso concreto, puesto que cada controversia es diferente (artículo 36).

Se podrán celebrar cuantas reuniones conciliatorias sean necesarias. En esta oportunidad, las partes podrán conversar y exponer sus puntos de vista, inquietudes o molestias respecto al problema, para así poder llegar a un acuerdo. el juez escuchará a cada una de las partes, podrá hacerles preguntas y sugerencias e investigará los sucesos, para identificar claramente el problema. Para ello la ley permite nombrar a una junta interdisciplinaria de conciliación con el fin de asesorar y ofrecer apoyo psicológico, religioso, médico, legal o de trabajo social a la persona o familiares que lo requieran (artículo 38).

En este proceso, los jueces de paz *"pueden desempeñar varios tipos de papeles o funciones en la resolución de los problemas: pueden actuar como comunicadores y oyentes; como convocadores y facilitadores; como formuladores y, eventualmente como manipuladores"*²⁰. En ese sentido, en los casos en que las partes ni siquiera se hablen debido a la alta tensión emocional, o cuando interpreten erradamente lo que cada una de ellas dice, el juez de paz puede servir como comunicador u oyente. Igualmente, cuando una de las partes una vez notificado esté renuente a acudir al proceso, el juez de paz debe actuar como convocador y facilitador, en el sentido de que deberá llamarla para que se reúnan y propiciar un ambiente para el diálogo, calmando los ánimos contrapuestos y orientando a cada parte hacia la solución del problema. También, el juez de paz actuará como formulador cuando ayuda a las partes a proponer las posibles soluciones que sean satisfactorias para el problema concreto, interviniendo activamente, pero respetando la autonomía

de ellas. Finalmente, el juez de paz actuará como manipulador, cuando "promete aportar algo al acuerdo que se está negociando para hacerlo más deseable o hacer algo para que su rechazo luzca menos atractivo, es decir, para reducir el valor de las alternativas al acuerdo negociado. Al hacerlo, el juez de paz se convierte en un participante en la negociación"²¹.

Una vez que las partes y el juez tengan claro el problema y hayan identificado la raíz del mismo, se podrá proceder a plantear las soluciones. Las mismas partes son quienes deberán proponer todas las posibles soluciones y, cuando consideren la más justa, adecuada y satisfactoria, se procederá a la firma del acuerdo conciliatorio. En el acuerdo conciliatorio, que tiene valor de sentencia, las partes establecerán la solución a su problema y definirán la forma como van a ejecutar la decisión, los plazos y consecuencias en caso de incumplimiento. Según el artículo 45 de la ley, el acuerdo conciliatorio no es revisable por ser una solución propuesta por las mismas partes.

En caso de que no se llegue a un acuerdo, "el juez así lo declarará y en el mismo acto procederá a decidir conforme a la equidad", a menos que una de las partes le presente nuevas pruebas (artículo 41). En consecuencia, la misma ley establece dos posibilidades para iniciar el procedimiento por equidad cuando el juez así lo determine o cuando las partes lo soliciten.

En ese sentido, la ley señala que declarado el inicio del procedimiento por equidad, el juez de paz hará un recuento de los hechos para dejar claro cuál es la materia objeto de controversia y dará inicio a un lapso probatorio no mayor de cinco días hábiles, es decir, días laborables (lunes a viernes). Incluso, en estos casos, podrá dictar las medidas provisionales que considere convenientes.

Iniciado el lapso probatorio las partes podrán presentar cualquier prueba permitida por las leyes, siempre y cuando sean pertinentes al caso concreto. El juez analizará y admitirá tomando en cuenta su experiencia y sentido común (artículo 43). Para ello podrá trasladarse al lugar donde ocurrieron los hechos para formarse un criterio más directo y podrá preguntar a testigos e interesados. Además, cuando lo considere necesario, el juez de paz podrá solicitar ayuda y asistencia de abogados, ingenieros, técnicos, peritos y expertos en materias afines a la naturaleza de la controversia (artículo 44).

20 / Josko de Guerón, Eva. Pág. 38.

21 / Josko de Guerón, Eva. Pág. 41-42.

Terminado el lapso probatorio, el juez de paz tiene cinco días para decidir conforme a la equidad. En tal sentido, notificará a las partes y fijará un día determinado para dictar la decisión dejando constancia por escrito en el expediente. Esta decisión la publicará de manera motivada, dentro de los próximos cinco días y entregará a cada parte una copia firmada. Cabe destacar que el valor de esta decisión de equidad es igual al de una sentencia.

En caso de que las partes no estén de acuerdo con esta decisión, la ley permite que la misma sea revisada. Solamente podrán revisarse estas decisiones de equidad cuando haya recaído sobre controversias de contenido no patrimonial. En esos casos, la parte interesada solicitará al equipo de paz —integrado por el juez de paz, los suplentes y conjueces— dentro de los tres días siguientes a la publicación de la sentencia, la revisión de la misma y la decisión que ellos adopten será de carácter obligatorio.

En los casos de conflictos de contenido patrimonial, la parte que no esté de acuerdo con la decisión podrá apelar por ante el juez de paz dentro de los tres días siguientes a su publicación. En estos casos, el juez de paz deberá admitir la apelación y remitir las actuaciones al “juez competente, quien deberá decidir conforme a equidad” (artículo 48). Ahora bien, surge la duda de quién será ese juez competente a que hace referencia la ley: el juez de primera instancia de la localidad en que surgió el problema o el juez de municipio de esa misma zona. Desde nuestro punto de vista, el juez de paz deberá remitir las actuaciones al juez que tenga competencia en ese territorio y que pueda conocer por la cuantía, es decir, al juez de municipio de la circunscripción municipal correspondiente a donde el juez de paz sea competente.

Respecto a la posibilidad de revisar y apelar las sentencias de los jueces de paz, es necesario hacer mención a una sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 5 de octubre de 2000²². En ella —a la que ya hemos hecho mención anteriormente— la Sala, luego de analizar la figura del juez de paz, señaló la posibilidad de apelar de sus decisiones e incluso consideró la alternativa de ejercer un amparo constitucional contra estas decisiones.

En relación con la posibilidad de que las decisiones de los jueces de paz sean revisadas por el equipo

de paz y, apeladas por ante los tribunales ordinarios la Sala señaló:

“ (...) las decisiones del juez de paz no son apelables, sino revisables por el mismo, tal como lo establece el artículo 47 de la Ley Orgánica de la justicia de paz, y es que el concepto de equidad, de difícil aprehensión, se refiere a un juicio de valor de quien lo utiliza, ligado a su idea de Justicia aplicada al caso concreto, opinión que no descansa en el Derecho, sino en la conciencia, la moral, la razón natural u otros valores. Dado el carácter personal y subjetivo de esos valores, el tratamiento de las decisiones que en ellos se fundan, tiene que ser distinto al que se da a los fallos que se atienen a normas del Derecho, y por ello la regla es que no sea revisable por otro el criterio del sentenciador; de allí, que la Ley Orgánica de la justicia de paz, en su Artículo 47, estableció como regla la revisión por el mismo Juez del fallo que lo dictó, asesorándose con los suplentes y Conjueces del Tribunal. Estas reglas privarían de Juez Superior a los jueces de paz.

Sin embargo, el artículo 48 eiusdem, prevé la apelación de las sentencias de los jueces de paz cuando la controversia tenga contenido patrimonial, la cual será decidida por el Juez competente a quien se le envía el expediente contentivo de las actuaciones. Se trata de una excepción al principio, pero que fija la presencia de un Juez Superior al de Paz, que conoce de las apelaciones de sus fallos (...).

No señala la Ley especial que rige la justicia de paz, quién es este Juez, ni tampoco lo señala la Ley Orgánica del Poder Judicial, que ignoró la materia, y ante tal vacío es necesario dilucidar si el Juez de la alzada es el Juez de Municipio o el de Primera Instancia.

Según el Manual de Referencia elaborado por el Ministerio de la Familia, el Juez de la alzada es el de Parroquia o Municipio; mientras para Julio César Fernández en su monografía “Una justicia de paz para la democracia. De la Jurisdicción a la justicia de paz”, inserta en el libro “Ley Orgánica de la justicia de paz” (Edit. Jurídica Venezolana, 1996), el Juez de la apelación es el “ordinario del Poder Judicial Nacional en competencia por la cuantía”, el cual —excepto las cuestiones atinentes

22 / Véase sentencia de la Sala Constitucional de esa fecha con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera. Expediente N° 00-2084.

a la familia- agrega esta Sala, debería ser el más bajo en la jerarquía, conforme a la competencia por la cuantía, dado los casos de ínfima cuantía que puede conocer el juez de paz. Por su parte, el autor nacional Osvaldo Parilli Araujo, en su obra "Comentarios a la Ley Orgánica de la justicia de paz" (Móvil-Libros 1995), señala que el Juez de la apelación será el de la justicia ordinaria.

Estos autores resaltan cómo la Jurisdicción ordinaria es laalzada en estos casos de la justicia de paz, lo que apuntala la naturaleza jurisdiccional de la justicia alternativa, actualmente con reconocimiento constitucional, ya que si esa no fuera su naturaleza, los tribunales ordinarios no podrían conocer en alzada y sus fallos no causarían cosa juzgada, ejecutable. Teniendo en cuenta que las causas de contenido patrimonial que puede conocer un juez de paz, están determinadas por la cuantía (numeral 1 del artículo 8 de la Ley Orgánica de la justicia de paz), debe interpretarse que la competencia por la cuantía determina quién es el Juzgado Superior del juez de paz, a los efectos de la apelación a que se refiere el artículo 48 eiusdem, ya que éste debe ser el Juez inmediatamente superior al de paz, por la escala de cuantía. Este Juez vendría a ser el de Municipio, pero no para que decida conforme a Derecho, sino también aplicando la equidad, lo que crea una situación excepcional.

No se trata de que el Juez de la justicia alternativa sea inferior al de Municipio, como no lo es el Tribunal arbitral con relación a los jueces de Primera o Segunda Instancia del Poder Judicial, sino que algún órgano jurisdiccional debe conocer de la alzada prevista en la Ley, y a falta de un Tribunal Especial, dado que la competencia del juez de paz se regula por una cuantía ínfima (cuatro salarios mínimos mensuales), pero cuantía al fin, en la actualidad en la escala de cuantías el inmediatamente superior es el Juez de Municipio, y éste sería, por razones de seguridad jurídica, el competente para conocer de las apelaciones".

De conformidad con lo anterior, la Sala dejó claro que en caso de la apelación de las sentencias de equidad de los jueces de paz, los competentes para conocer estas causas serán los jueces de municipio de la circunscripción en la cual el juez de paz ejerce sus funciones.

Ahora bien, una vez realizado ese estudio, la Sala consideró la posibilidad de ejercer acciones de amparo constitucional en contra de las decisiones tomadas en el procedimiento por equidad, cuando éstas violen derechos constitucionales. Ante tal posibilidad, la Sala también determinó quiénes serán los jueces competentes para conocer de estos amparos, al señalar:

"Establecida la naturaleza de las decisiones de la justicia de paz, como fallos jurisdiccionales, los mismos, como cualquier sentencia, pueden ser impugnados por las partes por la vía del amparo constitucional, si ellos infringen Derechos o Garantías Constitucionales. Pero ¿cuál será el Juez competente para conocer de tal amparo?. Por aplicación del artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la acción de amparo debe interponerse ante el Tribunal Superior al que emitió el pronunciamiento. Existiendo el principio de la doble instancia, toda causa que se juzgue en primera instancia está sujeta a apelación. Pero tal principio, por razones de la estructura de la justicia de paz, no funciona a plenitud con las decisiones de dichos tribunales, ya que siendo sentencias de equidad (artículo 8 de la Ley Orgánica de la justicia de paz), la regla es que ellos sean inapelables, tal como lo pauta el Código de Procedimiento Civil en su Artículo 624 sobre los fallos de los árbitros arbitradores, no existiendo por lo tanto un Juez de alzada o superior competente.

(...)

Considera esta Sala, que ante el vacío que deja el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en relación a las sentencias dictadas por los jueces de paz, el Juez competente para conocer de los amparos contra esos fallos, por tratarse de asuntos de Derecho, es el de Primera Instancia correspondiente al lugar sede del Tribunal de Paz, por lo que a esta especial situación se le aplica el artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. La cobertura constitucional es extensible a los fallos de los Juzgados de Paz, por lo que mientras la Ley no diga lo contrario, son los jueces de Primera Instancia los competentes para conocer de los amparos contra dichas sentencias, al considerarlos superiores de los jueces de paz,

De esta manera, la Sala concluyó que, al ser las decisiones de equidad sentencias como cualquier otra sentencia emanada de un tribunal de la República, las personas tienen la posibilidad de ejercer amparo constitucional en contra de las mismas. El juez competente para ello, de conformidad con el criterio de la Sala, es el juez de primera instancia competente por el territorio y no el juez de municipio.

En relación con esta posibilidad, diferimos totalmente del criterio asentado por la Sala. En primer lugar, si bien es cierto que los jueces de paz son jueces de la República, no es menos cierto que al ser mediadores informales para solucionar determinado tipo de problemas, estos jueces no forman parte dentro de la estructura del Poder Judicial. En segundo lugar, los asuntos sometidos a su conocimiento son de naturaleza diferente a las que conocen los jueces del Poder Judicial, ellos conocen de cualquier controversia que surja de las relaciones cotidianas entre las familias y los vecinos, a diferencia de los jueces del Poder Judicial que conocen determinados problemas (según su competencia por materia, territorio y cuantía) de conformidad con las leyes que regulan el funcionamiento del Poder Judicial. En tercer lugar, los procedimientos que utilizan los jueces de paz para la solución de los conflictos son totalmente informales y diferentes a los seguidos por los jueces del Poder Judicial, quienes están sometidos a seguir el procedimiento específico, determinado por la ley.

El principal argumento de la Sala para llegar a tal conclusión radica en que, como los jueces de paz deciden conforme a la equidad, tales decisiones podrían violar derechos constitucionales. Sin embargo, es de observar que la Sala obvió que cuando el juez de paz sentencia lo hace con fundamento en la equidad, es decir, según su criterio personal y de acuerdo a los valores más justos para solucionar el problema *y no con fundamento en el derecho o en una norma jurídica*. Por lo que, desde nuestro punto de vista, mal podría ejercerse un amparo constitucional contra una decisión sustentada en valores y criterios personales, sin fundamento jurídico.

Con ello más bien lo que se obtendría sería un mayor congestionamiento de nuestros tribunales, a la par que instar a que los jueces de paz ejerzan tímidamente sus funciones en detrimento de la comunidad y, con trabas para decidir. Así, con esta decisión

se sometió a los jueces de paz a un sistema de control de sus decisiones por parte de los jueces del Poder Judicial, régimen al cual no está sometido por no formar parte del Poder Judicial.

En fin, desde nuestro punto de vista, con esta decisión la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia desnaturalizó la figura del juez de paz asimilándolo al juez ordinario, a pesar de que en la misma decisión establezca que esta figura se encuentra fuera del Poder Judicial y, por tanto, no está sometido al régimen al que están sometidos los jueces del Poder Judicial. Vemos así que esa sentencia es totalmente contradictoria.

f. Datos de la justicia de paz: estado en que se encontraba para los años 1998 y 2002

Luego de haberse clarificado el concepto de la justicia de paz, cómo funciona y quiénes son los jueces de paz, analizaremos su desarrollo en Venezuela. Con esta finalidad, hemos utilizado dos investigaciones relativas a la gestión de la justicia de paz. La primera se denomina "Informe de Seguimiento y Monitoreo a la Gestión de los jueces y equipos de paz", realizada en agosto de 1998 a nivel nacional, mediante entrevistas con los actores de este proceso (jueces, equipos de paz, concejales y el coordinador de la unidad de justicia de paz), con el objeto de informar sobre la evaluación del proceso seguimiento y monitoreo a jueces y equipos de paz. La segunda se denomina "Los jueces de paz y su gestión, año 2002", que forma parte de la investigación "Visión popular de los medios alternativos de resolución de conflictos", en la que se brindan elementos sobre el estado en que se encontraba la justicia de paz para el año 2002. La información contenida en esta última investigación se obtuvo a escala nacional elaborando unos cuestionarios para ser contestados por los jueces de paz; otros cuestionarios, por los equipos de paz y, otros por los usuarios.

Según los datos arrojados en la investigación llevada a cabo en el año 1998, a nivel nacional había un total de 121 jueces de paz, ubicados en los Estados Miranda (54), Aragua (54), Carabobo (4), Yaracuy (3), Nueva Esparta (2), Bolívar (2) y, Distrito Federal (4).

En relación con el perfil del juez de paz y del equipo de paz, del grupo de personas entrevistadas para el año 1998, el 77,5% tenía para ese momento 40 años o más, la mayoría eran de sexo masculino (67%). El 22,5% pertenecían a la categoría de las edades

comprendidas entre 30 y 39 años y el 66% estaban casados.

Respecto al centro de justicia de paz, o sea, la sede donde desempeñan sus funciones como jueces de paz, para el año 1998 y, según los resultados que se obtuvieron, existían muy pocos centros de paz ya que el 61,11% de los jueces y equipos de paz atendían los casos en su propia vivienda y, el 22,22% lo hacían en algún centro o local de uso comunitario.

En cuanto a la demanda de los servicios de los jueces y equipos de paz para el año 1998, la investigación reportó que el promedio de casos atendidos eran 4 semanales, lo que arrojaba para ese momento un promedio mensual de 16 casos y de 192 casos anuales.

Con respecto a las materias en las cuales se solicitaba más del Juez y equipo de paz, para aquel entonces del total de 8.275 casos que habían resuelto desde el inicio de su gestión hasta ese año, eran los conflictos que tenían que ver con problemas familiares (el 38,66%), seguido de los vecinales (17,63%); patrimoniales (11,52%); aquellos que tenían relación con arrendamiento y propiedad horizontal (8,75%); contaminación ambiental (8,3%); niños (6,03%); maltrato de menores (5,6%) e incumplimiento de ordenanzas municipales (3,5%). Con relación a los problemas familiares, los casos que más conocieron fueron aquellos que tenían relación con separación de parejas, régimen de visitas, pensión de alimentos, así como violencia doméstica.

Respecto a la forma de solucionar el conflicto, es decir, el procedimiento más usado para resolver los problemas (conciliación o por equidad) para el año 1998, el 91,1% de los casos que conocían los jueces de paz eran resueltos mediante el procedimiento conciliatorio.

Ahora bien, para el año 2002, según los datos contenidos en la investigación denominada "Los jueces de paz y su gestión, año 2002", se contaban con tan solo 211 jueces de paz electos a nivel nacional, distribuidos así: en Anzoátegui (4), Aragua (51), Bolívar (19), Carabobo (4), Delta Amacuro (1), Distrito Capital (4), Falcón (3), Miranda (55), Monagas (16), Nueva Esparta (2), Portuguesa (15), Sucre (21), Yaracuy (3) y Zulia (13).

Respecto al perfil del juez de paz, para el año 2002, de la encuesta llevada a cabo se conoció que el 61% de los jueces de paz eran de sexo masculino y el 39% femenino. En cuanto a la edad, el 31% de los encuestados tenían entre los 46 y 55 años de edad; el 28% tenían una edad comprendida entre

los 36 y 45 años; el 16% entre los 56 y 65 años; un 15% entre los 56 a 65 años; el 9% entre 66 y 75 años y, el restante 1% tenía una edad comprendida entre los 76 y 80 años.

Con relación al lugar donde desarrollan su labor o funcionan como tales, se conoció que para ese año el 67% de los jueces de paz ejercían sus labores en sus viviendas; tan solo el 23% disponían de un local de la comunidad y el otro 10% restante despachaban desde la comandancia de la policía.

Respecto a los conflictos sometidos a la consideración de los jueces de paz, según la encuesta realizada se obtuvo que para el último año de su gestión, conocieron un total de 5.775 casos. De ese total, el 66% fueron solucionados mediante la conciliación, el 12% resueltos por el procedimiento de equidad y el 22% de los casos no fueron resueltos por no ser de su competencia, remitiéndolos a las autoridades competentes.

Del total de casos conocidos, el 40% eran conflictos vecinales, seguidos por conflictos familiares (29%); problemas de conducta (9%); casos de consumo y venta ilegal de alcohol, así como tráfico y consumo de drogas (5%); casos de inseguridad en la comunidad—como agresiones físicas y verbales, robos, hurtos, violaciones y lesiones— (5%); casos de conflictos de juntas de vecinos y organizaciones comunitarias (2%); incumplimientos de ordenanzas (2%) y, finalmente, problemas de condominio (1%).

Adicionalmente, al ser los jueces de paz, jueces de la República, que imparten Justicia y forman parte del sistema de justicia, al preguntársele si se sentían realmente como parte del sistema de justicia, resaltó que el 86% de los encuestados contestó afirmativamente y el 14% restante contestó negativamente.

g. Breve análisis de la situación actual: Año 2004

En vista de que la última investigación realizada se hizo en el año 2002, en el siguiente apartado haremos unas breves consideraciones sobre el estado actual de la justicia de paz. Para ello hemos tomado los datos actuales de que dispone la Asociación Civil Consorcio Desarrollo y Justicia, así como entrevistas que hemos realizado a varios jueces de paz del Área Metropolitana de Caracas.

En primer lugar, según datos levantados por la Asociación Civil Consorcio Desarrollo y Justicia, para este año 2004 en nuestro país contamos con un total de 296 equipos de paz a nivel nacional, distribuidos entre 15 estados. El Estado Anzoátegui encontramos

16 equipos de paz; Aragua con 54; Bolívar con 20; Carabobo con 4; Delta Amacuro con 1; el Distrito Capital con 27; Falcón con 7; Miranda con 87; el Estado Monagas con 18; Nueva Esparta con 2; en el Estado Portuguesa hay 15 equipos de paz; Estado Sucre con 17 equipos de paz; Táchira y Yaracuy con 3 equipos de paz en cada uno, y en el Estado Zulia con 22 equipos de paz.

El levantamiento de esta información la obtuvo la Asociación Civil Consorcio Desarrollo y Justicia efectuando llamadas telefónicas a los encargados de las direcciones u oficinas de justicia de paz de los municipios (caso de Maracaibo, Chacao, Baruta, Sucre, Libertador, Guacaipuro, Girardot, Caroní). También se consultó a otras organizaciones no gubernamentales que trabajan localmente este mismo tema (Táchira, Monagas, Delta Amacuro, Nueva Esparta), y en otros casos directamente de los mismos actores, es decir, comunicándose directamente con los jueces de paz (Anzoátegui, Sucre, Yaracuy, Carabobo).

En relación con el Área Metropolitana de Caracas, solamente se pudo entrevistar a un total de 6 jueces de paz de los municipios Sucre, Baruta y Chacao tanto de sectores populares como de las urbanizaciones. En las entrevistas se les solicitó información sobre el proceso de elección de jueces de paz en su comunidad, su relación con ésta y con las autoridades del Municipio, así como el manejo del centro de justicia de paz (su funcionamiento, el tipo de problemas que mayormente conocen, cómo los solucionan, el procedimiento más empleado y el cumplimiento de las decisiones).

En cuanto al proceso de elección de su sector, los entrevistados señalaron que tuvieron contrincantes pero que ellos fueron elegidos por la misma comunidad sin que tuvieran relación con partidos políticos. En algunos casos, al momento de realizarse las elecciones de su cargo, si bien había candidatos que tenían cierta relación con partidos políticos, la comunidad los seleccionó a ellos, por ser apolíticos. En cuanto al proceso de elecciones, señalaron que fue el mismo Municipio quien las organizó, difundiendo previamente información sobre lo que era la justicia de paz. Se puede señalar que, en general, se postularon ellos mismos con el apoyo de los vecinos o de la asociación de vecinos de su sector.

Respecto a la relación de estas personas tenían previamente con la comunidad dentro de la cual fueron electos, la mayoría señaló que siempre había

estado en relación con la comunidad y a su disposición. Así, señalaron que eran conocidos por su relación permanente con los vecinos, por la asociación de vecinos o por haber participado en la organización de procesos importantes dentro de su comunidad o por formar parte de las juntas de condominio de su edificio.

Al preguntárseles si tenían sede propia, la mayoría señaló que no disponían de la misma. La mayoría trabaja en su propia vivienda a donde van las personas a solicitar su asistencia o se trasladan a los lugares a donde están las partes y otros trabajan en lugares públicos, como plazas, la sede de la asociación de vecinos. Sin embargo, hay jueces que sí disponen de sede propia dotada por el Municipio. Respecto a su horario de trabajo como juez de paz, unos trabajan a cualquier hora del día, es decir, no tiene un horario específico para atender los casos de la comunidad, algunos lo hacían solamente en la noche y, otros sí tienen un horario determinado para ello.

Al preguntárseles sobre su relación con las autoridades municipales dijeron que las mismas les brindan respaldo para el ejercicio de sus funciones, pero que en general, les gustaría contar con más apoyo. Al inquirírseles por el tipo de apoyo, los que no disponen de sede propia señalaron, nuevamente, que les gustaría que el Municipio les asigne una sede, otros señalaron que les gustaría tener apoyo económico, para la dotación del centro de justicia de paz para no tener que sufragar ellos mismos los gastos. Por otra parte, algunos jueces de paz resaltaron el apoyo que reciben de la Policía Metropolitana (PM), de la policía de su Municipio y de la Jefatura Civil, autoridad que en caso de problemas difíciles y de alta conflictividad, les da la oportunidad de usar su sede, para atender a las partes en conflicto.

Cuando se les preguntó acerca de la forma como trabajaban, se encontró que cada juez de paz establece su forma de ejercer sus funciones, la organización del centro de justicia de paz, así como la metodología para solucionar los problemas. En primer lugar, cada juez, luego de ser juramentado, determinaba con su equipo como funcionar. Empero, quienes tienen tiempo en el ejercicio de estas funciones señalaron que ahora están solos, ya que si bien al principio contaban con todo el equipo, con el paso de los años, los suplentes y conjueces han abandonado sus labores y ahora se encuentran solos (debido a la falta de elecciones). Por otra parte, algunos tienen reglamento interno y otros no.

En segundo lugar, al preguntárseles cómo funcionaban o cómo hacían cuando una persona solicitaba sus servicios, igualmente se encontraron diferencias. Unos jueces de paz señalaron que, dependiendo del caso, se trasladaban con la persona que les estaba solicitando sus servicios al lugar a donde se encontraba la otra parte y conversaba el problema. Otros indicaron que, una vez que recibían la solicitud, ellos se trasladaban a la dirección de la otra persona para entregarles una notificación, citación o invitación. Cada juez de paz llama a su preferencia esta comunicación y fijaban un día a reunirse con ella por separado para después hacerlo con ambas partes. Si esa parte no asistía a la reunión, se le volvía a enviar otra comunicación y en casos extremos la remitían con un policía. Otros señalaron que se comunicaban telefónicamente con la otra parte, y posteriormente fijaban otra para que ambas partes se reunieran con él.

Respecto a la forma de solucionar los problemas, en tercer lugar, también se encontraron diferencias en la aplicación del procedimiento conciliatorio. Unos jueces, según sus relatos, tomaban un rol mucho más activo e inducían a las partes a la toma de decisiones, e incluso les planteaban posibles soluciones. Otros, a diferencia, simplemente se sentaban y dejaban que las partes conversaran y fueran ellas mismas quienes solucionaran el caso. Así, se puede señalar que actualmente no hay uniformidad respecto a la tramitación de los procedimientos y el rol que juega el juez de paz como conciliador.

Cuando se les preguntó respecto a los tipos de casos que conocían, la respuesta es que todo depende de la zona o sector en que ejerzan sus funciones. En efecto, se puede indicar que en las zonas populares los jueces de paz señalaron que los problemas familiares y de violencia familiar eran los de mayor frecuencia, seguidos por los conflictos entre vecinos (ruidos molestos o problemas con linderos) e incluso hasta han conocido problemas de drogas. Caso diferentes son los jueces de paz electos en las urbanizaciones, quienes conocen de desavenencias surgidas entre vecinos del sector o entre las personas que viven en edificios en propiedad horizontal, así como de problemas por la tenencia de mascotas.

En cuanto al tiempo que duraban para solucionar los problemas también encontramos diferencias, ya que según los entrevistados todo dependía del caso concreto. Muchos señalaron que los casos que eran bastante fáciles los resolvían el mismo día que se reunía con las partes o al día siguiente a más tardar. Otros señalaron que no duraban más de nueve días

con el problema, puesto que en general, casi siempre una de las partes terminaba cediendo y así encontraban la solución más satisfactoria. Sin embargo, se encontró que había jueces de paz que tenían casos conciliando por más de dos meses, porque preferían sacrificar el tiempo para que las partes solucionaran su conflicto y no verse obligados a imponer una decisión por equidad.

Con respecto al tipo de procedimiento que más empleaban, en general, señalaron que la mayoría de los conflictos se solucionaba por el procedimiento de conciliación y, excepcionalmente, acudían al de equidad. Incluso, hay jueces que no han tenido la oportunidad de resolver por esta última vía.

Finalmente, al preguntárseles si han tenido que sancionar a las partes por incumplimiento de las decisiones, la mayoría contestó negativamente porque, según los entrevistados, las partes prefieren cumplir sus decisiones a realizar trabajo comunitario en su sector porque le resulta vergonzoso.

h. Conclusiones y recomendaciones

De lo anterior se desprende que la justicia de paz en Venezuela surgió como una respuesta a los problemas existentes en el Poder Judicial: el congestionamiento de los tribunales, el ineficiente funcionamiento y lo complicado de los procesos. Con la justicia de paz se trató de instaurar todo un mecanismo alternativo al Poder Judicial que tuviese a su cargo la solución de los problemas surgidos de la vida en comunidad y vecinal.

Sin embargo, a pesar de que han transcurrido más de nueve años desde su implementación, todavía falta mucho que recorrer. Hoy por hoy, tan solo tenemos 296 jueces de paz en todo el país, cuando en realidad deberíamos contar con más de 5.000 a nivel nacional. En efecto, si debe existir un juez de paz por cada 4.000 habitantes y, si la población venezolana censada, según el Instituto Nacional de Estadística, es de veintitrés millones cincuenta y cuatro mil doscientos diez (23.054.210)²³ habitantes, ello implica que deberíamos contar con 5.763 jueces de paz a nivel nacional, por lo que, actualmente, tan solo el 5% de la población venezolana cuenta con un juez de paz en su comunidad.

Otro aspecto a resaltar es, en general, la implementación de la justicia de paz en Venezuela no ha sido un mecanismo que ha surgido de las propias comunidades, es decir, no han sido ellas mismas

23 / Véase: <http://www.ine.gov.ve/censo/fichascenso/fichacenso.asp>

quienes han solicitado a sus propios municipios que proporcionen este servicio y, por ende, se inicie el proceso para la elección de estas autoridades municipales. Si bien es cierto que la justicia de paz es competencia municipal, su promoción ha sido un proceso iniciado desde los municipios para la comunidad y no ha sido un proceso que provenga de la comunidad misma quien exija al municipio como manifestación de su Derecho a la participación. Con ello lo que queremos resaltar es que, si bien la justicia de paz ha sido una herramienta creada para las comunidades, y los municipios deben encargarse de su implementación y gestión, deben ser las comunidades las que propongan esta herramienta en beneficio de su propia comunidad y no a la inversa, que los municipios propongan a las comunidades la posibilidad de elegir estas autoridades. Insistimos, debería ser un proceso que se origine en la comunidad, para la comunidad y de la misma comunidad; el municipio debe encargarse de su gestión y brindar todo el apoyo necesario.

Respecto a las elecciones, habría que esperar a que la Asamblea Nacional sancione la nueva Ley de justicia de paz, tal como lo señala el artículo 258 de la Constitución y la Ley del Sufragio y Participación Ciudadana, para que haya claridad y se regule definitivamente el proceso electoral pertinente. Mientras tanto, los municipios deben cumplir la decisión asentada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con relación a la derogatoria tácita de los artículos 10 y 11 de la Ley Orgánica de justicia de paz. Así, mientras tanto, es el Poder Electoral por medio de las Juntas Municipales Electorales quien organizará técnicamente las elecciones y dirigirá y vigilará el proceso como tal.

En relación con la gestión de la justicia de paz, cabe destacar que los jueces de paz muchas veces se sienten solos, y en general con poco apoyo de las autoridades municipales, ya que la gran mayoría de ellos no disponen de una sede para el centro de justicia de paz. Así, por ejemplo, la mayoría atienden a las personas en sus propias viviendas, en lugares públicos o es la misma Asociación de Vecinos quienes les proporciona un lugar para trabajar, ya que muy pocos disponen de una sede como tal. Adicionalmente, los jueces de paz sufragan todos los gastos en que incurren en la gestión de sus funciones y no cuentan con material de oficina necesario para el centro.

Por otra parte, merece señalar el contraste en el modo de ejercer las competencias entre los jueces de

paz, así como en el manejo de sus Centros. Por ejemplo, los jueces de paz que han sido electos recientemente son más tímidos en el ejercicio de sus competencias respecto de los que tienen cierta trayectoria. Si bien es cierto que lo importante para ellos es solucionar los problemas a la comunidad, o por lo menos darle una respuesta a las personas que les solicitan de sus servicios, los jueces de paz recientemente electos son tímidos para solucionar problemas, pues saben que los órganos públicos no les van a brindar una solución o si la brindan será siempre en un futuro incierto.

A diferencia de ello, quienes tienen bastante tiempo ejerciendo sus funciones como juez de paz, no dudan de solucionar los problemas que les sean planteados, a pesar de que no sean de su competencia. Sin embargo, estas diferencias se deben a los tipos de necesidades de cada comunidad, al tener diferentes exigencias.

Igualmente, llama la atención las distinciones existentes en el manejo del centro de justicia de paz. En efecto, cada juez de paz tiene su manera de funcionar y de llevar el día a día del centro. Así por ejemplo, encontramos jueces que tienen un libro diario en el cual anotan todos los sucesos que tengan relación con el ejercicio de sus funciones y otros que no disponen del mismo. También hay diferencias en relación con la forma de proceder cuando una persona solicita sus funciones. Así tenemos que unos jueces de paz, por ejemplo, envían una notificación a la otra parte del conflicto para darle a conocer sus actuaciones, a diferencia de otros que sólo remiten una citación o una invitación para así despojar sus actuaciones de cualquier lenguaje legal o con visos legalistas.

También nos llama la atención las desigualdades entre los jueces al aplicar el procedimiento por conciliación. Si bien es cierto que la mayoría de los problemas son solucionados por ese medio, percibimos que no todos los jueces de paz tienen claro su rol dentro de la conciliación, ya que unos desarrollan una actividad muy persistente y activa e incluso ayudan a las partes a la búsqueda de la solución, pero otros son más que todo facilitadores para que las partes busquen su propia decisión.

Se puede concluir que la justicia de paz en nuestro país ha sido muy poco difundida, no obstante los nueve años de vigencia de la ley. Existen municipios como El Hatillo en el Área Metropolitana de Caracas, así como muchos otros en el interior del país—, en los cuales la comunidad no dispone de un juez de paz en su sector. Igualmente, con relación a los jue-

ces que están actualmente en el ejercicio de sus funciones, hay una gran diferencia entre ellos, pues no existen mecanismos claros en el ejercicio de sus competencias. Así como no cabe duda que muchos, algunas veces, se sienten solos en esta labor.

Ante este panorama **recomendamos** una mayor difusión y promoción de este mecanismo alternativo para la solución de los conflictos en beneficio de las comunidades. Para ello, las universidades, los medios de comunicación y las asociaciones de vecinos juegan un rol preponderante como multiplicadores de esta herramienta a disposición de todos los ciudadanos.

Es necesaria una mayor sensibilización tanto de la población como de las autoridades municipales para hacer más próspero el servicio de justicia de paz. Mediante foros y talleres dirigidos a la población de una zona determinada, se logrará difundir este mecanismo a disposición de la ciudadanía para solucionar sus controversias, de modo que se tomen la justicia de paz como suya, también una mayor sensibilización de las autoridades municipales para que brinden todo el apoyo que necesiten en el ejercicio de sus funciones.

En relación con los jueces de paz y el funcionamiento de los centros, sugerimos un mayor adiestramiento, tanto en el manejo de las herramientas para solucionar los conflictos, como en el funcionamiento del centro de justicia de paz. Con ello se lograría una nivelación de los jueces y así evitar tantas diferencias existentes. En tal sentido, sería conveniente que existiera una uniformidad en cuanto al curso o programa de formación para ser juez de paz, para solucionar las desigualdades que existen desde el punto de vista de la capacitación de los jueces de paz.

Por otra parte, igualmente sugerimos que a los jueces de paz se les reconozca algún tipo de remuneración o beneficio para evitar que sean ellos quienes sufraguen los gastos en que incurren en el manejo del día a día del centro, especialmente en la dotación de mobiliario, materiales de oficina, gastos de transporte y otros.

Consideramos que, también, es necesaria una concientización del rol y las funciones que ejercen los mismos jueces de paz. Debido a la poca cantidad de jueces de paz actualmente en el ejercicio de sus funciones, se hace necesario que atiendan todas las necesidades de su comunidad, sin autolimitarse, ya que lo importante es la paz de la comunidad.

Finalmente, sugerimos que la Asamblea Nacional sancione a corto plazo la nueva Ley de justicia de paz a que se refiere el artículo 258 constitucional, para

que así este mecanismo sea adaptado a los postulados de la Constitución de 1999 y los jueces de paz sean tomados más en cuenta. En ese proyecto se podría estudiar la posibilidad de ampliar sus competencias y establecer el régimen de la elección de los jueces de paz, concatenadamente con las demeritos que traten materia de sufragio.

Bibliografía.

Asociación Civil Primero Justicia y Unión Europea: "Cuaderno de justicia de paz" 1,2,3,4,5,6,7,8,9. Caracas, 1996.

Asociación Civil Consorcio Desarrollo y Justicia: "Manual de justicia de paz Comunitaria". Caracas, 2003.

Brewer Carías, Allan: "Las Constituciones de Venezuela". Universidad Católica del Táchira, Instituto de Estudios de Administración Local y Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, España. Madrid, 1985.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

Fernández Toro, Julio César: "Una justicia de paz para la Democracia. De la Jurisdicción a la Justicia Popular" en Ley Orgánica de justicia de paz. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1996. Pág. 25-92.

Josko de Guerón, Eva (coord.): "La justicia de paz: Manual de Referencia". Ministerio de la Familia, Universidad Católica Andrés Bello, Asociación Civil Primero Justicia. Caracas, 1997.

Ley Orgánica del Poder Electoral. Gaceta Oficial N° 37.573 del 19 de noviembre de 2002.

Ley Orgánica de Régimen Municipal. Gaceta Oficial N° 4.409 Extraordinaria de 15 de junio de 1989.

Ley sobre la Violencia de la Mujer y la Familia. Gaceta Oficial N°36.576. del 6 de noviembre de 1998.

Njaim, Humberto: "La Seguridad Jurídica en el Contexto Político Venezolano" en "Seguridad Jurídica y Competitividad" de María E Boza y R Pérez Per-

domo. Ediciones IESA. Caracas, 1996. Pág. 81.

Ordenanza Electoral de justicia de paz. Gaceta Municipal del Municipio Baruta N° 7503-01 Extraordinaria del 15 de febrero de 2001.

Ordenanza Electoral de justicia de paz. Gaceta Municipal del Municipio Chacao N° 3.711 Extraordinaria del 1 de octubre de 2001.

Ordenanza Electoral de justicia de paz. Gaceta Municipal del Municipio Sucre N° 194-6/2004 Extraordinaria de fecha 23 de junio de 2004.

Pérez, Norma (coord). "Informe de Seguimiento y Monitoreo a la Gestión de los jueces y equipos de paz". Banco Interamericano de Desarrollo. Caracas, 1998.

Ponce Silén, Carlos: "Estudio de la Ley Orgánica de la justicia de paz" en Ley Orgánica de la justicia de paz. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1996. Pág. 231-286.

Ponce Silén, Carlos (coord.). "Los jueces de paz y su Gestión, año 2002," en *Visión Popular acerca de los Medios Alternos de Resolución de Conflictos*. Asociación Civil Consorcio Justicia, Caracas, 2002.

Real Academia Española: Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición. Tomo I. España, 2001.

Tribunal Supremo de Justicia: Sentencia de la Sala Constitucional, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera. Sentencia de fecha: 5 de octubre de 2000. Expediente: 00-2302.

Tribunal Supremo de Justicia: Sentencia de la Sala Constitucional con ponencia del Magistrado Pedro Rondón Haaz. Fecha: 29 de mayo de 2002. Expediente N° 01-2484.

Tribunal Supremo de Justicia: Sentencia de la Sala Constitucional con ponencia del Magistrado Pedro Rondón Haaz. Fecha: 18 de noviembre de 2003. Expediente N° 01-2408.

Tribunal Supremo de Justicia: Sentencia de la Sala Constitucional con ponencia del Magistrado Pedro Rondón Haaz. Fecha: 14 de diciembre de 2004. Expediente N° 01-2484.

Tribunal Supremo de Justicia: Sentencia de la Sala Electoral con ponencia del Magistrado Alberto Martini Urdaneta. Expediente N° 01-0196 de fecha 7 de enero de 2002, publicada bajo el N° 1.

Tribunal Supremo de Justicia: Sentencia de la Sala Electoral con ponencia del Magistrado Alberto Martini Urdaneta. Sentencia de fecha 30 de mayo de 2002, publicada bajo el número 108. Expediente N° 02-060.

Tribunal Supremo de Justicia: Sentencia de la Sala Electoral con ponencia del Magistrado Luis Martínez Hernández. Sentencia de fecha 18 de marzo de 2003, publicada el 18 de marzo de 2003 bajo el N° 27, expediente N° 01-189.

Tribunal Supremo de Justicia: Sentencia de la Sala Electoral con ponencia del Magistrado Luis Martínez Hernández. Sentencia de fecha 21 de febrero de 2003, publicada bajo el N° 18, expediente N° 01-190.

Tribunal Supremo de Justicia: Sentencia de la Sala Electoral con ponencia del magistrado Rafael Hernández Uzcátegui. Expediente N° 03-089. Sentencia de fecha 5 de noviembre de 2003, publicada bajo el N° 189.

Uprimy, Rodrigo: "jueces de paz y Justicia Informal: Una Aproximación Conceptual a sus Potencialidades y Limitaciones" en XXVI Jornadas J.M. Domínguez Escobar del 3 al 7 de enero de 2001.

**Ricardo Hernández
Álvarez**

Abogado egresado de la UCV en 1965. Ejerce su profesión en Barquisimeto y fue profesor de la Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado, de la cual se encuentra jubilado. Ha sido directivo del Colegio de Abogados del Estado Lara y director de su revista. Fue director de la Unidad Académica de dicho Colegio, el Instituto de Estudios Jurídicos del Estado de Lara, de cuyo directorio forma parte actualmente. Tiene a su cargo la coordinación de los cursos de postgrado que el referido Instituto realiza por convenio con las Universidades Católica Andrés Bello y Centro Occidental Lisandro Alvarado.

El abogado, la abogacía y el sistema judicial

Sumario

-
- I Planteamiento inicial.

 - II Contribución del abogado al mejor funcionamiento del sistema judicial
 1. Procurar la solución extrajudicial del mayor número de asuntos que le hayan sido confiados.
 2. Abstenerse de plantear incidencias y ejercer recursos maliciosos o innecesarios
 3. Proyectar sobre el proceso luces que ayuden al juez a encontrar más fácilmente el camino de la verdad y no sombras que le dificulten la tarea.
 4. Facilitar la mejor inteligencia del proceso mediante la claridad y la brevedad de los escritos judiciales.
 5. Observar en su desempeño tribunalicio una conducta cónsona con la respetabilidad de la instancia judicial.

 - III Contribución de la abogacía al mejoramiento del sistema judicial.
 1. Precisiones conceptuales.
 2. Debilidades tradicionales de nuestro Poder Judicial.
 3. El Poder Judicial y el actual proceso político.
 4. Respuesta tradicional a la debilidad de nuestra institución judicial.
 5. Necesidad de una nueva respuesta: la lucha.

 - IV Acotación final.

Resumen

En el presente trabajo el autor parte de la idea de que ni el abogado, individualmente considerado, ni los abogados vistos como pluralidad heterogénea, pueden hacer nada por mejorar el Sistema de Justicia, en el sentido de provocar cambios estructurales que superen sus actuales deficiencias, pero que pueden prestar notable contribución al mejor funcionamiento del Sistema tal como hoy existe. En cambio, la abogacía -entendida como conjunto social homogéneo, esto es como una clase profesional- puede hacer mucho, debe hacer mucho y tiene que hacer mucho para lograr que se produzcan los cambios estructurales necesarios para convertir a nuestro Sistema Judicial en uno que sea capaz de garantizarle al país la vigencia efectiva del Estado de Derecho. Separadamente se señalan algunas cosas de las que a juicio del autor corresponden respectivamente al abogado y a la abogacía para cumplir las distintas responsabilidades que tienen.

Abstract

Neither a lawyer nor the lawyers as a heterogeneous group may do much to improve the juridical system, in the sense of producing structural changes that may help overcome its deficiencies, though they can contribute to the better functioning of the system as such. But the advocacy –taken to mean a social homogeneous group, i.e. an occupational class– contribute much, should contribute much and ought to do much to achieve the structural changes necessary for transforming our juridical system in one capable of guaranteeing the effective application of the rule of law. Additionally, the paper outlays some ideas which, in the view of the author, are useful to lawyers and to advocacy in general, in order to accomplish their many responsibilities.



I. Planteamiento inicial.

El día 31 de mayo 2005 se celebró en la sede de la Universidad Metropolitana un seminario titulado “Construyendo Alianzas por una Justicia Mejor” organizado por dicha Universidad y la Asociación Civil Consorcio Desarrollo y Justicia, al cual se me hizo el honor de invitar en calidad de ponente y se me asignó como tema “El Rol del Abogado en el Mejoramiento del Sistema de Justicia”. La que sigue es la reconstrucción (y también la ampliación) de la exposición que hice en la referida oportunidad, preparada con base en el guión que elaboré al efecto.

Antes de cualquier otra consideración debo señalar que, aunque al menos desde el punto de vista del Art. 253 constitucional, los términos “Sistema de Justicia” y “Sistema Judicial” no son sinónimos pues aquel engloba a éste, en el presente trabajo se usan indistintamente no sólo por comodidad, sino porque el de Justicia está tan condicionado, así en su estructura como en su funcionamiento, por el Judicial, que se verá grandemente afectado por cualquier incidencia sobre el segundo, a través del cual es la manera normal como los abogados pueden ejercer su influencia con respecto al primero.

Cuando empecé a reflexionar sobre el tema que me fue encomendado me planteé una pregunta ¿Qué puede hacer el abogado para mejorar el Sistema de Justicia? La respuesta surgió espontánea y rápida: Nada. Obviamente tal respuesta me causó no sólo

insatisfacción sino también angustia. Me replanteé, entonces, el asunto y traté de distinguir entre la acción individual del abogado y la colectiva de los abogados y todavía más: entre ésta (que al fin y al cabo no es otra cosa que la heterogénea acumulación de muchas actuaciones individuales) y la de la abogacía, entendida como conjunto social homogéneo, esto es como una clase profesional.

Planteadas así las cosas concluí que ni el abogado, individualmente considerado, ni los abogados, vistos como pluralidad heterogénea, pueden hacer nada por mejorar el Sistema de Justicia, es decir, por lograr cambios estructurales que superen sus actuales deficiencias. Pueden, sin embargo, prestar notable contribución al mejor funcionamiento del sistema tal como hoy existe. La abogacía, en cambio, puede hacer mucho, debe hacer mucho y tiene que hacer mucho para lograr que se produzcan los cambios necesarios para que el país tenga un Sistema Judicial que sea efectivo garante del Estado de Derecho.

Cuando iba en camino desde el hotel en el cual me hospedaba a la Universidad donde, como se dijo, tendría lugar el seminario, ocurrió un incidente que inmediatamente vinculé con el desarrollo que había pensado darle al tema que debía tratar. Lo comenté en mi exposición oral y no resisto la tentación de repetirlo en esta reconstrucción escrita. Una falla en un pavimento mal construido había determinado el cierre de una vía y el tránsito se debía desplazar, en ambos sentidos, por un solo angosto canal de circulación, pues no se habían habilitado vías alternas por las que, a manera de desvío, los vehículos pudieran hacer más despejadamente su recorrido hasta superar el obstáculo que obstruía la vía normal.

Las autoridades de tránsito que se encontraban en el lugar, en vez de colaborar para que se hiciese menos dificultoso el paso de los automóviles, conversaban entretenidamente.

En un momento dado el conductor de un taxi que manejaba distraído seguidamente del carro de la colega que gentilmente transportaba hacia la Universidad a un grupo de participantes en el Seminario que nos hospedábamos en el mismo hotel, golpeó a éste por detrás, originándose la complicación que es de imaginarse, la cual resultó mayor por la lentitud con que actuaron los funcionarios de tránsito que, como dije, estaban cerca. En esos momentos me formulé una pregunta ¿Qué pueden hacer los conductores que habitualmente transitan por esa vía para que no vuelvan a ocurrir hechos como los que fueron la causa general del embotellamiento? ¿Qué para que se cons-

truyan bien los pavimentos? ¿O para que en caso de emergencias se habiliten en forma más racional las vías alternas de circulación o para que las autoridades cumplan más diligentemente sus obligaciones? ¡Nada! fue la respuesta categórica, aunque era evidente que mucho podían hacer para evitar la causa inmediata del accidente: manejar con más cuidado, guardar las distancias reglamentarias, estar pendiente de que los frenos estén en buen estado, etcétera. Para la otra cuestión, la de tipo general, las asociaciones de vecinos, los sindicatos automotores y las otras formas de organización social con incumbencia en el asunto tienen un amplio campo de acción.

Con el ejemplo anterior (proveniente de un hecho que casualmente acababa de ocurrir) pretendí (y pretendo) ilustrar la diferencia entre la acción individual de los abogados, con la cual estos pueden contribuir a mejorar el funcionamiento del Sistema de Justicia, tal como existe, y la acción social de la abogacía, a través de la cual ésta puede obtener logros en el orden a la transformación de dicho sistema. En los dos capítulos siguientes expondré cuáles son, a mi modo de ver, los roles que el uno y la otra deben cumplir para lograr los propósitos que, conforme a lo que he venido exponiendo, están en el ámbito de sus respectivas posibilidades.

II. Contribución del abogado al mejor funcionamiento del sistema judicial

Son varias las cosas que el abogado puede hacer para contribuir al mejor funcionamiento del Sistema Judicial, aunque ello no implique un cambio estructural del mismo. A continuación se señalarán cinco de ellas.

1. Procurar la solución extrajudicial del mayor número de asuntos que le hayan sido confiados

Es un hecho conocido que en el abarrotamiento de causas en los Tribunales de Justicia puede encontrarse una de las razones del mal funcionamiento de nuestro sistema judicial. La inmensa cantidad de asuntos que se acumulan en los distintos juzgados del país hace imposible la oportuna y bien fundamentada decisión de todos. Es evidente que la capacidad de trabajo de todo ser humano tiene un límite y que si la labor asignada sobrepasa dicho límite el rendimiento bajará tanto cuantitativa como cualitativamente, aún en el caso del más competente y trabajador de todos los hombres.

Aplicado esto a la administración de Justicia tendremos que, independientemente de otros motivos

(la inidoneidad de buena parte de nuestros Jueces, es sin duda, uno de los más importantes), la sobrecarga de cuestiones sometidas a decisión jurisdiccional ocupa un lugar señero en la etiología de dos de las más graves manifestaciones del mal funcionamiento de nuestro aparato de Justicia: la mora judicial y la baja calidad de las sentencias.

Mas no sólo es la función decisoria del Tribunal la que se ve afectada por esta patología: sus síntomas aquejan también a toda su actividad administrativa; el adecuado manejo de los expedientes resulta poco menos que imposible. Ni el secretario, ni el alguacil, ni los escribientes, se dan abasto y los yerros son frecuentes; las larguísimas colas frente a los archivos y la permanente confusión en que viven los archivistas son la más visible y patética demostración de lo mal que marchan las cosas en una oficina donde, por la alta y delicada misión que le compete, todo debería correr sobre rieles. En realidad creo que no haya sitio más estresante que un Tribunal: allí todo el mundo está irritado, con frecuencia gravemente irritado. El hecho de que nuestros Juzgados no sean escenarios de cotidiana violencia personal evidencia, de manera incontrovertible, que el ser pacífico, como lo ha señalado Manuel Caballero, ha venido a constituirse en una de las características del venezolano, como consecuencia de un siglo de vida sin guerras¹.

Imposible pensar en que la solución de este problema pueda venir por la limitación o restricción del acceso a la Jurisdicción: este es un derecho humano fundamental para la paz social. Restringir el acceso a la Jurisdicción (ya bastante restringido en los hechos) es abrir las puertas a la violencia. Lograr una muy deseable baja en la conflictividad social que se traduzca en una también baja litigiosidad, es cuestión compleja, objeto de alta política, que escapa al ámbito de acción y de influencia de los abogados individualmente considerados. Crear nuevos tribunales y redistribuir competencias son medidas convenientes y necesarias, pero ni su decisión ni su ejecución están al alcance de los abogados.

La contribución del abogado, muy importante por cierto, a la reducción de cuestiones sometidas a la Justicia viene por otro lado y tiene que ver con su ejercicio profesional, o mejor dicho, con el modo como entienda cuál debe ser el sentido de su actividad y el concepto que tenga de lo que es su deber profesional.

En efecto, un litigio, antes de serlo, es un caso en la oficina de un abogado; convertir el asunto que se pone en sus manos en un pleito que deba ser decidido por un Juez supone, previamente, una decisión y una actuación del profesional del Derecho. En este orden de ideas es preciso hacerse una pregunta: cuando una persona tiene un problema y acude con él a un abogado ¿Qué es lo que aspira? La respuesta no puede ser más simple: lo que esa persona aspira (tratándose, desde luego, de alguien normal y equilibrado) es que el problema se le resuelva. Surge entonces una segunda interrogante: ¿la solución de ese asunto requiere necesariamente de la vía judicial? La experiencia enseña que en un altísimo porcentaje de casos la respuesta es negativa, pero también que en un porcentaje igualmente alto, la vía judicial está lejos de ser la más conveniente. Vistas así las cosas tenemos que cada vez que se soluciona extrajudicialmente un asunto se le está proporcionando un beneficio a ambas partes (un viejo y sabio adagio dice que vale más un mal arreglo que un buen pleito) y se está contribuyendo a la “descarga” del Poder Judicial.

De manera pues que la primera gran contribución del abogado al mejor funcionamiento del Sistema de Justicia es la de concebirse a sí mismo como un conciliador antes que como un litigante a ultranza. Dicho con otras palabras: el abogado que logra un mayor número de asuntos conciliados que pleiteados puede considerarse un benefactor del Sistema de Justicia (y en consecuencia de la sociedad) pues está aliviándolo en lo que se ha señalado como uno de los más serios males que lo aqueja: la sobrecarga de causas.

Una apreciación simplista de lo dicho en el párrafo anterior pudiera conducir a varios equívocos que me apresuro a conjurar. Pudiera, en primer término, pensarse que el señalar que el abogado debe privilegiar su condición de componedor sobre la de pleiteante, equivale a plantear una desnaturalización de su función profesional. En segundo lugar, pudiera arribarse a la falsa conclusión de que las ideas expuestas implican una “satanización” del proceso judicial como medio de resolver las controversias que surgen del normal desenvolvimiento de la vida social. La misma mirada simplista a que estamos aludiendo pudiera ver en lo anteriormente referido una idea peyorativa acerca del abogado litigante. Sobre el particular quiero expresar:

A) La primera de las posibles conclusiones erradas a las que me referí, parte de una visión mutilada de la función del abogado: la de reducirlo a la mera condición de litigante. Es bueno precisar que si la de

1 / Cf. CABALLERO, Manuel. “Las Crisis de la Venezuela Contemporánea”. Págs. 11, 207 y 209. Primera Reimpresión. Alfadil Ediciones. Caracas 2004.

litigante es actividad reservada para los abogados, la de abogado no es actividad reservada sólo para el litigio. En otras palabras: el abogado tiene señorío sobre el litigio, no está sometido a su servidumbre. Esto quiere decir que en la verdadera naturaleza del ser abogado está la del buen desempeño tanto en el litigio como en la negociación, la capacidad para desenvolverse con igual destreza tanto en el ámbito del proceso como en el de los medios alternos de resolución de conflictos. La posición que aquí se postula, por tanto, lejos de disminuir realiza la figura del abogado; su cualidad profesional, en cambio, se ve aminorada cuando se le concibe sólo como litigante, situación que se agrava para quien tiende a considerarse a sí mismo de tal manera, pues termina convertido en vulgar picapleitos.

B) Pretender “satanizar” al proceso sería simplemente una estupidez. El proceso, históricamente, es uno de los grandes avances en el camino de la convivencia civilizada entre los seres humanos. Antes del proceso sólo había la justicia por propia mano, que no es otra cosa que el imperio de la ley del más fuerte. Con la garantía de un ámbito (la Jurisdicción) donde los conflictos entre partes van a ser resueltos conforme a leyes preestablecidas y por Jueces profesionales e imparciales y de que el acceso a ese ámbito es posible a todos, se estableció uno de los pilares fundamentales de la paz social, de una paz social basada en la idea de la Justicia y no en la del avasallamiento. Pero si el proceso constituyó un avance con respecto a la justicia por propia mano, los medios alternos de resolución de conflictos constituyen un avance con respecto al proceso². Para evidenciar esto quizá solo baste pensar que en el proceso la solución todavía sigue siendo impuesta por la fuerza, sólo que en lugar de la fuerza de un particular la que aquí se impone es la del Estado que se supone imparcial. En los medios alternos de resolución de conflictos no se apela a la fuerza sino a la inteligencia y específicamente a un aspecto de ella que es la que caracteriza la especie humana: la racionalidad. Por otra parte, a través de los medios alternos de resolución de conflictos, a diferencia del proceso, las partes pueden diseñarse su propio modelo acorde a las particularidades de su caso concreto.

2 / Con respecto a los medios alternos de resolución de conflictos puede verse el libro-memorias de las XXVI jornadas J. M. Domínguez Escovar. (Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto 2001) y RAMÍREZ, Nelly Cuenca de: NEGOCIACIÓN Y MEDIACIÓN (Centro de Resolución de Conflictos del Colegio de Abogados del Estado Lara. Barquisimeto. 2004).

C) Muy lejos de mí la idea de una expresión peyorativa acerca del abogado litigante que, por otra parte, estaría dirigida contra mí mismo pues buena parte de mi actividad profesional durante cuarenta años de ejercicio se ha desarrollado en el ámbito del litigio. La pericia en la esgrima judicial constituye parte esencial del *ars abogadil*. Nadie que tenga alma de abogado (algo distinto de un diploma que acredita la licenciatura en Derecho) puede dejar de emocionarse ante tal destreza. En el mundo de la abogacía ocurre con el litigante lo que con el cirujano en el de la medicina: la prestancia y significación que uno y otro tienen en sus respectivas profesiones son indudables: pero si el cirujano cierra su mente a todo lo que esté fuera de la técnica quirúrgica y de su habilidad para manejarla y no concibe para las humanas dolencias más alternativas que las de quirófano, pierde su condición de tal y se convierte en un simple “cuchillero”; el abogado que reduce su actividad – y lo más grave su mentalidad- a las lides de un forcejeo de ataques y contraataques judiciales degrada su condición profesional, ya quedó dicho, a la de vulgar picapleitos³.

Hechas las tres salvedades anteriores, debe decirse que la búsqueda de un arreglo extrajudicial del asunto que se le confía no sólo es una contribución del abogado al mejor funcionamiento del Sistema de Justicia sino que para él constituye, al menos en principio, un deber moral.

Así lo estatuye el Código de Ética Profesional del Abogado Venezolano (CEPAV), que en su Artículo 32 (*in fine*) dispone: “El abogado deberá favorecer un arreglo justo”.

Así lo han señalado quienes se han dedicado a estudiar las cuestiones éticas relativas al ejercicio de la abogacía. Oigamos sus opiniones.

Nuestro primer tratadista sobre el particular, Tomás Liscano, le dedica un capítulo de su importantísimo libro “La Moral del Abogado y la Abogacía”, donde deja claramente establecido que, para el abogado, “conciliar antes que litigar” constituye un deber que califica de “primordial”. El autor nos recuerda una expresión de Cicerón acerca de Servio Sulpicio, de quien tuvo tan alta estima que llegó a considerar que si se pudiera reunir “en un solo lugar a todos aquellos que fueron versados en Derecho, cualquiera que sea su edad, no tendrían punto de comparación

3 / En el seminario donde se dictó la conferencia que aquí se reproduce la Dra. Yhajaira Irureta hizo una distinción entre la manera inteligente y la manera torpe como un abogado concibe y practica el litigio. En el primer caso, dijo, estamos frente a un abogado litigante; en el segundo ante un abogado litigioso.

Servio Sulpicio quien, más que jurisconsulto, fue justiciero". Para Cicerón una de las características más laudables de Servio Sulpicio fue que "prefería evitar las controversias antes de que las acciones constituyesen materia de pleitos"⁴.

Manuel Cardozo asienta que, "después de la consulta es un deber moral realizar, siempre que ello sea posible, la gestión amistosa y conciliatoria, pues la natural consecuencia de la consulta es el intento de arreglo". Cardozo trae dos citas que me parece importante transcribir. Una es de Abraham Lincoln a quien señala como "uno de los más preclaros y honestos abogados del continente americano"; Lincoln decía que "un abogado que fomente arreglos pacíficos tiene mayor oportunidad para ser un hombre bueno" (No olvidemos que esta condición, la de *vir bonus*, está en la esencia de una de las más antiguas y nobles definiciones del abogado). La otra cita que hace Cardozo es el profesor Carlos R. Alconada Aramburu, quien en una conferencia en el Colegio de Abogados del Rosario (Argentina) exponía:

"Fuera del proceso está el destino de los abogados. Evitar la contienda es el mayor de los éxitos. La conciliación, la transacción y el compromiso arbitral son caminos que los abogados debemos necesariamente recorrer. No olvidemos los temores de aquel Juez experimentado: la muerte, la enfermedad y el pleito.

En el ámbito de la composición amigable, sólo funciona el interés del cliente y el acierto del abogado. Sujetar al propio cliente en sus demasías y remover al adversario en sus intransigencias, representar su actuar. Morigerar pasiones, moralizar las relaciones humanas, nivelar desigualdades, aliviar al hombre de sus fatigas. He ahí su destino trascendente⁵."

Levis Ignacio Zerpa, por su parte, ha dicho: "Es deber del abogado propiciar la conciliación para solucionar el caso. Él no puede ser instigador de conflictos ni patrocinador de intransigencias no justificadas, se espera que él tenga la serenidad de ánimo y de madurez profesional para orientar adecuadamente el caso". El mismo Zerpa transcribe un hermoso

párrafo de Gandhi relativo al primer caso importante que debió atender como abogado; helo aquí:

"Realicé el descubrimiento que me permitiría encontrar el lado bueno de los hombres y la manera de tocarles el corazón. Comprendí que la verdadera función de un abogado era unir a las partes en desacuerdo. Esta lección quedó tan fuertemente impresa en mi espíritu, que durante los veinte años de ejercicio de la profesión, casi todo mi tiempo estuvo ocupado en lograr para cientos de casos el acuerdo privado⁶."

Anteriormente dije que la búsqueda de la conciliación era para los abogados, en principio, un deber moral. Es bueno ahora destacar que tal obligación lo es sólo en principio, o como dice Cardozo: siempre que ello sea posible. El mismo autor señala, a título de ejemplo, como un caso en el cual el abogado estaría excusado del deber de procurar la conciliación, antes de instaurar pleito, aquel en el cual no deba alertarse a la contraparte para evitar que ésta frustre una medida cautelar: en este caso la obligación nace una vez iniciado el juicio y aseguradas sus resultas. Existen muchísimos otros casos que por pertenecer al mundo de las particularidades resulta imposible de reseñar. Hay, sin embargo, una situación que es imprescindible señalar: la del chantaje, frente a ella no hay conciliación posible; frente a ella no hay otra alternativa que la del enfrentamiento más severo. Ante el chantaje el deber moral es otro: el del recio combate sin desmayo.

Todo lo dicho en este sentido nos debe hacer concluir señalando como lo verdaderamente importante la clara conciencia que ha de tener el abogado acerca de su deber de procurar un arreglo conciliatorio siempre que ello sea posible. Distinguir aquellos casos en que tal posibilidad existe o no forma parte de su conciencia ética y de su sabiduría profesional. Saber cuándo y cómo debe proponerse una conciliación se integra al concepto de pericia, la quinta de las que, siguiendo a Osorio, pudiéramos considerar las virtudes esenciales que deben caracterizarlo⁷.

Si la solución extra judicial del conflicto es frecuentemente posible y ventajosa y si su planteamiento

4 / LISCANO, Tomás. "La Moral del Abogado y de la Abogacía". Págs. 29 y ss. Ediciones de la Presidencia de la República. Caracas 1973.

5 / CARDOZO, Manuel. "La Ética en el Proceso Civil". Págs. 18 y 19. Paredes Editores. Caracas 1985. La cita al Prof. Alconada está referida a su libro Arbitraje y Abogacía. Pág. 36. Edición Abeledo Perrot. Buenos Aires (Negritas RHA).

6 / ZERPA, Levis Ignacio. "Deontología Profesional y Derecho de Familia". En el libro-memorias de las XV Jornadas J.M. Domínguez Escovar. Págs. 300 y 301. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto, 1990. La cita de Gandhi está referida a su autobiografía ("La Historia de mis experiencias con la verdad"), Pág. 141, Monteavila Editores. Caracas, 1971. 7 / Cf. OSSORIO y GALLARDO, Ángel. "El Alma de la Toga". Pág. 8.EJEA. Buenos Aires, 1971.

to constituye, en principio, una obligación moral para el abogado ¿Por qué no es más frecuente? ¿Por qué es tan elevado el número de cuestiones cuya solución requiere de la actuación judicial? A mi modo de ver la respuesta se encuentra en dos ámbitos de causalidad distintos.

A) Hay en primer término una cuestión de mentalidades. Existe el cliente que acude con una gran dosis de rabia: se siente agredido por su contraparte, se siente víctima de una injusticia (en alguna parte -palabras más, palabras menos-, escribió Andrés Eloy Blanco que la Justicia entre nosotros es una cosa muy sencilla: la Justicia es que el otro nunca tiene razón) y aspira que el abogado sea su vengador: no quiere que éste concilie con su "victimario" sino que lo castigue. También hay el que, aun sin factores emocionales que perturben su juicio, se siente dueño absoluto de la verdad y simplemente no concibe que haya alguien (su contraparte o el abogado de ésta y menos aún el suyo o el Juez) que pudieran tener un parecer distinto. Hay otro espécimen: el que quiere cultivar su fama de intransigente, el que en cada conflicto que se le presenta piensa en los otros que eventualmente pudieran presentársele y quiere enviar un mensaje a sus potenciales adversarios: él es un hueso duro de roer para éste personaje transarse en un caso es una demostración de debilidad que le perjudica frente a otros posibles contendores.

También aquí funciona la mentalidad del abogado: hay quien se siente más a gusto en la Sala de Audiencias del Tribunal que en la mesa de diálogo, hay que quien se siente apto para las rudezas del forcejeo judicial pero inepto para las sutilezas de la negociación. (En ese punto es importante hacer un paréntesis y señalar que en el litigio suelen contar menos las rudezas que las habilidades, el desplante que la sutileza, la gruesa andanada que la fina estrategia. Por eso este abogado "rudo" no sólo es mal negociador, sino que ordinariamente es también mal litigante). Hay también otro tipo de abogado: el que se siente ligado al cliente por una relación de obsesividad: él está para seguir instrucciones (por eso es un mandatario) no para apartarse de los propósitos del mandante ni para indicarle que pueden haber otros mejores y más efectivos. En algunos esto obedece a una equivocada percepción de lo que es su deber y su función profesional, en otros a debilidad de carácter y en un tercer grupo a un mero cálculo económico: si se contradice a quien solicita los servicios, si no se complacen ciegamente sus deseos, si se hacen sugerencias distintas a las que constituyen

sus ideas, se corre el riesgo de la pérdida del cliente y consecuentemente de los honorarios. Aquí, además de un problema de mentalidad, hay una cuestión moral y a ella me referiré más adelante

Enfrentar este tipo de mentalidad es un asunto que tiene ver con la educación y con el tipo de valores que en determinado momento se imponen en una sociedad. A este respecto no hay nada que el abogado, a título personal, pueda hacer. Las escuelas de Jurisprudencia y los Colegios de Abogados tienen un amplio campo de acción para formar entre los profesionales del Derecho una mentalidad distinta a la señalada en el párrafo anterior. También pueden realizar una labor de extensión entre los diversos grupos que integran la Sociedad Civil (organizaciones empresariales y sindicales, asociaciones de vecinos o de consumidores, comunidades educativas, etcétera) para lograr la mayor difusión del conocimiento de las inmensas ventajas que presenta la composición frente al litigio⁸.

En este sentido debe señalarse que el abogado debe ser un educador de su cliente. Las pasiones que pueden ser comprensibles en aquel resultan injustificadas en éste. Con la mayor serenidad profesional y con el mayor espíritu de comprensión frente a la actitud de su cliente debe enseñarle a éste todos los inconvenientes de una actitud fundada en la vehemencia y todas las ventajas de otra basada en la racionalidad, deberá explicarle todos los imponderables a que está sometida una acción judicial y el resultado siempre aleatorio de todo juicio (aún de aquellos que aparecen como más seguros), deberá demostrarle todos los beneficios que (especialmente para él, para el cliente) representa una solución conciliatoria. Si después de un examen lúcido y reflexivo de la situación, si después de todo el ejercicio de pedagogía que ya se señaló, se llega a la conclusión de que el litigio es inevitable, el abogado debe prepararse para la lucha con toda la firmeza y la destreza de que sea capaz, dispuesto a emplear a fondo todos sus conocimientos y aptitudes en la defensa de los intereses cuya representación judicial asume. Eso sí, debe tener presente en todo momento que, ni aún en los casos

8 / En el Colegio de Abogados del Estado Lara existe un Centro de Resolución de Conflictos dirigido por la Dra. Nelly Cuenca de Ramírez que, entre otras actividades, ha realizado diversos cursos destinados a abogados y profesionales de otras áreas con los cuales se pretende no sólo fomentar una mentalidad proclive a la conciliación sino también adiestrar a los participantes en los mecanismos y estrategias prácticas para lograr la resolución amistosa de controversias. La unidad académica de dicho Colegio, El Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, dedicó una de las ediciones de su evento bandera al análisis científico de los medios alternativos de resolución de conflictos: Las XXVI Jornadas celebradas en Barquisimeto del 3 al 7 de enero de 2001, cuyo libro-memorias fue reseñado en la nota 2 de este trabajo.

en que su cliente esté asistido por la mayor de las razones, él puede ser instrumento para la venganza, ni para la satisfacción de odios o de cualquier otra clase de sentimientos bajos.

B) La otra razón que conspira contra la solución conciliatoria de las controversias es la idea que pudiera tener el abogado de que ello implicaría una reducción en sus honorarios. Esto revela tanto una falla en la estructura ética del profesional como una equivocada concepción del fundamento de su derecho a cobrar honorarios y hasta de su propia conveniencia económica. Resulta conveniente analizar separadamente estas cuestiones:

a) Sacrificar lo que puede ser el interés de su cliente y lo que obviamente es el interés social ante una apetencia económica propia es, por parte del abogado, una grave falta a la ética profesional. Es deber del abogado servir al cliente, pretender servirse de él es traicionar el noble sentido de su misión. Esto lo expresamente bellamente Ossorio en el tercero de los mandamientos de su decálogo: "Piensa siempre que tú eres para el cliente y no el cliente para ti"⁹.

Liscano considera que el argumento de que el "sistema de conciliación es contrario a los intereses financieros del abogado" (...) "es torpe por inmoral desde el punto de vista de la probidad profesional: resulta intolerable la tesis de que sólo con pleitos el abogado acrece sus ganancias, pues esa tesis tiene como consecuencia forzosa la deducción de que es necesario mantener el desequilibrio en el orden jurídico- privado de dos coasociados y el odio inevitable entre los que litigan y sus familiares, para que así el señor abogado pueda hacer negocio de su profesión de tal"¹⁰.

Zerpa cita a Viñas, quien sostiene que el deber de procurar la conciliación existe "aunque en esa labor pueda perder la percepción de lucrativos honorarios, pues éste debe ser un interés secundario en su labor"¹¹.

Sobre este mismo particular me parece conveniente transcribir la disposición del Artículo 39 del CEPAV:

"(...) el abogado deberá considerar que el objeto esencial de la profesión es el de servir a la justicia y colaborar en su administración sin hacer comercio de ella. La ventaja o compensación, aún cuando sea indudablemente lícita, es puramente accesorio, ya que jamás podría constituir honorablemente un factor determinante para los actos profesionales."

Para concluir este punto diré que los grandes debates morales que se dan en la conciencia de los hombres con frecuencia tienen origen económico y están representados en el enfrentamiento entre los principios y los intereses, entre los valores y las conveniencias. La escogencia que se haga señala la verdadera catadura moral de cada quien.

b) Pensar que el litigio da derecho a percibir mayores honorarios que la solución conciliatoria implica un error conceptual acerca del fundamento del derecho del abogado a cobrar por su trabajo. Tal posición errónea parte del supuesto de que como el litigio tiene normalmente una duración mayor que la solución conciliatoria, ello justifica una remuneración también mayor para el profesional del Derecho. El Artículo 40 del CEPAV señala los elementos que el abogado debe tener en cuenta para la determinación de sus honorarios. El tiempo requerido para el patrocinio es el décimo de ellos. Los primeros son: la importancia de los servicios, la cuantía del asunto, el éxito obtenido y la importancia del caso. Estos elementos pueden estar presentes tanto en la situación litigiosa como en la conciliatoria, pero debe considerarse que una solución de este tipo es, en principio, más exitosa que aquella que se obtiene como resultado de un pleito. El ahorro de tiempo y de molestias es un importante logro merecedor de una buena remuneración.

Sobre este punto Liscano dice: "además, la tesis sobre improductividad de la conciliación no es del todo cierta, porque una buena transacción bien merece buenos honorarios, compensando así al abogado conciliatorio el inmenso favor de haber librado a los transigidos de ese cúmulo de gastos molestias y sinsabores que de suyo acarrea todo litigio en los Tribunales"¹².

9 / OSSORIO Y GALLARDO, Ángel. Ob. Cit. Pág. 317.

10 / LISCANO, Tomás. Ob. Cit. Pág. 30.

11 / ZERPA, Levis Ignacio. Ob. Cit. Pág. 302. Allí se refiere que el texto citado corresponde a VIÑAS, Raúl Horacio. Ética de la Abogacía y de la Procuración. Deontología Jurídica. Buenos Aires 1972. Pág. 144.

12 / LISCANO, Tomás. Ob. Cit. Págs. 30 y 31.

c) El propio beneficio económico del abogado aconseja la composición amigable. Aunque no pueda ser ésta -por las razones dichas- la motivación del profesional para procurar “favorecer un arreglo justo” como, según vimos, se lo impone el CEPAV, sí me parece importante destacar que la idea de que el litigio representa una situación más favorable a los intereses que el abogado conlleva, además de las otras dos cuestiones ya señaladas, una equivocada percepción de lo que es su particular conveniencia. Tres razones me parecen determinantes para concluir que la solución extrajudicial es más provechosa, también, para el abogado: a) Percibe más rápidamente su remuneración, lo que es particularmente importante en una economía inflacionaria; b) Se libera de una situación tan estresante como el debate judicial; y c) Gana una mayor disposición de tiempo y una mayor dosis de tranquilidad para la mejor atención de otros asuntos.

Sobre este particular es interesante escuchar a Liscano: “(...) siempre resultan *buenos* los honorarios devengados por transacción y de tal verdad conmigo darán fe, primo intento, los abogados propiamente litigantes, esto es, los que con frecuencia concurren ante los Tribunales en pleitos de ajenos intereses, quienes no podrán negar nunca que el dinero ganado al fin de un litigio no llega a compensar, las más de las veces, los trabajos, inconvenientes y enojos que para el abogado litigante representa cada contienda jurídica; ello sin hacer cuenta de las otras veces que al terminar un litigio se hace necesario quebrar amistad con el cliente y demandarlo por honorarios, ya porque se niega a cubrirlos a fuer de irritantes subterfugios, ora porque pretende pagarlos según su real gana y arbitraria evaluación”¹³. Me parece que no debe dejar de destacarse que “los trabajos, inconvenientes y enojos que para el abogado litigante representa cada contienda jurídica” son actualmente infinitamente superiores a lo que podían serlo en la época de Liscano.

Sobre esta cuestión creo que hay otra cosa que añadir: la satisfacción espiritual que tiene que significar para el abogado haber logrado lo que Ossorio señaló debía procurar como el mayor de los triunfos: la paz¹⁴.

De todo lo expuesto pudieran señalarse tres conclusiones:

13 / LISCANO, Tomás. Ob. Cit. Pág. 31. Las cursivas son del autor.

14 / OSSORIO y GALLARDO, Ángel. Noveno de los Postulados de su Decálogo. Ob. Cit. Pág. 326.

El arreglo extrajudicial de los conflictos implica el establecimiento de una relación de ganar-ganar-ganar. Esta manera de resolver controversias produce beneficios para las partes (para ambas partes), para sus abogados y para la sociedad que, al ver disminuirse el número de causas que deben conocer los Tribunales de Justicia, puede esperar una mejor actuación por parte de estos.

Si bien el litigio constituye una forma civilizada de dirimir los diferendos que produce el normal desenvolvimiento de la vida social, pues los somete a un proceso que debe regirse por reglas preestablecidas y a la decisión de Jueces imparciales en cuya ejecución está comprometido el *ius imperium* del Estado, la litigiosidad, como lo señalara Carnelutti, es una plaga social equiparable a la delincuencia¹⁵. La contribución que los abogados pueden dar para que baje el índice de litigiosidad en una sociedad determinada es, indudablemente, importante.

Procurar que el mayor número de casos que lleguen a sus manos se solucionen en ámbitos distintos al de los Tribunales es la primera y más importante contribución que el abogado puede dar al buen funcionamiento del Sistema Judicial.

2. Abstenerse de plantear incidencias y ejercer recursos maliciosos o innecesarios

La geometría elemental enseña que la distancia más corta entre dos puntos es la línea recta. Sobre la base de este concepto podemos decir que la distancia más corta entre el libelo y la sentencia es el proceso que pudiéramos llamar “rectilíneo”, es decir, el que ocurre sin incidencias. La fluidez de este proceso no se agota en sí mismo, sino que trasciende a los otros que se ventilan en el Tribunal: mientras mayores sean los procesos “rectilíneos” mayor será la fluidez general del Tribunal y más despejada estará la capacidad del Juez y de los funcionarios para atender los asuntos que cursen en el despacho.

Esta cuestión ha tratado de ser resuelta por el legislador de diversas maneras. En algunos casos ha establecido que las cuestiones previas se resuelvan con la sentencia definitiva, en otros ha prohibido el planteamiento de tales cuestiones; en el caso de la falta de cualidad, el Código de Procedimiento Civil de 1987, la convirtió en defensa necesariamente de fondo, eliminando la posibilidad de que se la planteara

15 / CARNELUTTI, Francesco. “Como Nace el Derecho”.. Pág. 4. Temis. Bogotá, 1989.

in limini litis, como expresamente lo permitía el de 1916¹⁶.

Algunas de estas disposiciones legislativas han sido afortunadas y otras no, pero no está dentro del propósito de esta exposición referirse a ellas, sino a la actitud que dentro del litigio debe asumir el abogado y a la significación que tal actitud tiene en lo que hemos llamado la fluidez del proceso.

Al respecto deben hacerse las siguientes precisiones:

- A Las defensas previas y los recursos son instituciones legítimas del Derecho Procesal. Hacer correcto uso de ellas no sólo es un derecho del abogado sino que en muchos casos constituye un deber.
- B Si bien un proceso sin incidencias constituye un ideal, también lo es (y en grado superior) el proceso deslastrado de vicios, defectos o errores cuya subsanación se logra por las cuestiones previas. Las defensas incidentales y los recursos pueden ser instrumentos para impedir injusticias, lo cual los hace medios para lograr la finalidad del proceso: la Justicia.
- C Independientemente de lo dicho en los puntos anteriores, lo cierto es que las incidencias y los recursos demoran y complican el proceso, cuando toda la actividad tanto del Juez como de las partes debe estar dirigida a su aligeramiento y simplificación.
- D La adecuada conjugación de los tres puntos precedentes se expresa en una palabra: discreción. El abogado debe hacer un uso discreto, vale decir prudente, de su facultad de promover incidencias y ejercer recursos. La buena fe y el sentido de lealtad deben presidir el criterio que guíe la actuación del abogado sobre el particular.

Sobre la base de lo planteado es preciso preguntarse ¿Cuándo se considera que el uso de tales medios de defensa es contrario a la prudencia y a la discreción? ¿Cuándo que una actuación judicial es contradictoria con la buena fe y a la lealtad? Los Artículos 22 del CEPAV y 170 del CPC nos dan una indicación cierta. El primero estatuye que “el abogado deberá abstenerse de hacer uso de recusaciones injustificadas y de ejercer otros recursos y procedimientos legales innecesarios, con el sólo

objeto de entorpecer o retardar la secuela del juicio”. El segundo de los artículos citados dispone que los abogados no deberán “interponer pretensiones ni alegar defensas, ni promover incidentes, cuando tengan conciencia de su manifiesta falta de fundamento” y que tampoco “deberán promover pruebas, ni realizar ni hacer realizar actos inútiles o innecesarios a la defensa del Derecho que sostengan”. El mismo Artículo establece una presunción *iuris tantum* de temeridad o mala fe en quien deduce “en el proceso pretensiones o defensas, principales o incidentales, manifiestamente infundadas” así como en quien obstaculice “de una manera ostensible y reiterada el desenvolvimiento normal del proceso”. Es importante destacar que al consignar las bases de esta presunción el legislador usa un adverbio (“manifiestamente”) y una frase adverbial (“de manera ostensible y reiterada”).

Duque Corredor ha establecido la concordancia entre estas disposiciones del CPC, de la Ley de Abogados y del CEPAV. Me parece importante transcribir su análisis:

“Aparte de lo que significa jurídicamente la consagración legal del deber de la lealtad y probidad de las partes y de sus apoderados, como una de las disposiciones fundamentales del proceso, que hace que los Jueces no sólo tengan que prevenir y evitar su incumplimiento, sino que también puedan derivar de él indicios de la improcedencia de sus pruebas y alegatos y deducir la presunción de la responsabilidad civil por malicia procesal, desde el punto de vista de la deontología de la abogacía implica una grave infracción a la ética, al honor y a la disciplina profesional que deberá ser sancionada con la suspensión del ejercicio profesional, según la gravedad de la falta (Arts. 61 y 70, literal “e” de la Ley de Abogados). En efecto, uno de los deberes esenciales del abogado es el de “actuar con probidad, honradez, discreción, desinterés, veracidad y lealtad”. En concreto, el abogado tiene el deber que su conducta se caracterice por la honradez y la franqueza y por ende, no deberá aconsejar ni ejecutar actos que puedan calificarse de dolosos, hacer aseveraciones o negaciones falsas, citas inexactas, incompletas o maliciosas, “ni

16 / Cf. Arts. 257 (Ord 1) y ss. y Art. 262 del CPC de 1916 y Art. 361 (primer aparte) del CPC de 1987. Bernardo Loreto Yáñez ha hecho un estudio interesante sobre el particular en el trabajo intitulado “Breves Consideraciones sobre la Defensa de Falta de Cualidad y la Carga de la Prueba” publicado en el N° 2 de la Revista de Derecho Probatorio, Págs. 269 y ss. Editorial Jurídica Alva. Caracas. 1993.

realizar acto alguno que pueda entorpecer una eficaz y rápida administración de Justicia” (Art. 4, N° 1 del CEPAV) (...) Así como que les está prohibido a los abogados hacer uso de recusaciones injustificadas y ejercer recursos y procedimientos legales innecesarios con el solo objeto de entorpecer o retardar la secuela del juicio. De manera, que si integramos los artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil con los artículos 20, 21 y 22 del Código de Ética, antes citado y el artículo 61 de la ley de Abogados, las faltas a la ética profesional, la colusión y el fraude procesales, y la temeridad y mala fe procesales, respectivamente, al ser declaradas por los jueces han de ser sancionadas por los organismos disciplinarios profesionales con la suspensión del ejercicio por un mes hasta un año, según la gravedad de la falta”¹⁷.

E) No quisiera dejar de tocar un asunto de grave complejidad ética: el caso del defensor de una causa esencialmente justa que necesita ganar tiempo para defenderse de una injusticia y a tal fin plantea una defensa que le permite conseguir ese objetivo, aún cuando su alegato esté destinado a la derrota judicial. El caso clásico es el de quien defiende a la viuda cuya vivienda va a ser ejecutada por el usureiro y se vale de defensas incidentales o de recursos que dilatan la ejecución durante el tiempo necesario para conseguir el dinero y pagar una deuda ostensiblemente inferior al valor del inmueble. No creo que nadie se atreva a discutir la licitud moral de la actitud de ese profesional. El problema es que no todas las situaciones se presentan con contornos tan precisos. Estamos entonces frente a una casuística moral ante la cual es muy difícil (por no decir imposible) establecer criterios generales: En cada oportunidad la cuestión deberá ser resuelta en el ámbito de la conciencia del abogado. De allí la enorme importancia de que en las Escuelas de Derecho se dé una buena formación ética a los estudiantes y de que en el seno de los Colegios de Abogados

17 / DUQUE CORREDOR, Román J. “La Moral y el Proceso (Un análisis de la normativa ética del CPC, a diez años de su vigencia)”. En “XXII Jornadas J. M. Domínguez Escovar. Derecho Procesal Civil. (El CPC, diez años después)”. Págs. 277 y 278. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto, 1997. Resaltados del autor.

haya una permanente discusión sobre cuestiones deontológicas¹⁸.

F) Finalmente debe hablarse en este punto del abogado que se “especializa” en enredar las causas. Este espécimen gusta, además, enorgullecerse de su “especialidad”. Pocas pero puntuales cosas habría que decir: a) Quien así se conduce se convierte en infractor consuetudinario de las normas éticas contenidas tanto el CEPAV como en el CPC, a las cuales ya se aludió. b) Tal conducta es, además, antisocial: Ya se habló del interés de la sociedad en la fluidez los procesos, en la condición “rectilínea” de estos. Por eso, quien en forma permanente se dedica a obstruirlos, a hacer de ellos verdaderos laberintos, es literalmente un enemigo del bien social. c) Los “enredadores profesionales” por lo general presentan serios trastornos de personalidad que los hacen ineptos para el desempeño de un oficio en el que el equilibrio mental y espiritual debe considerarse como requisito indispensable. d) Los Tribunales disciplinarios de los Colegios de Abogados, así como los ordinarios, deben ser severos y diligentes en la aplicación a estos sujetos de las sanciones que están en el ámbito de sus respectivas competencias. Es más: es de lamentar que no exista la posibilidad legal de su exclusión permanente de la orden de abogados, lo cual debería prevverse en una próxima reforma legislativa. No creo que ello colide con el precepto constitucional que prohíbe penas perpetuas o infamantes: se trata simplemente de que existen actividades para cuyo ejercicio se requieren requisitos morales y mentales mínimos y que, por consiguiente, deben estar vedadas para quien no los reúne, para lo cual no basta tomar medidas para impedir acceso a ellas de sujetos con tales carencias, sino también para excluir a quienes habiendo accedido den, a posteriori, demostraciones de las referidas fallas. Obviamente, cualquier decisión en este sentido debería tomarse previo proceso, con las más exigentes garantías para el encausado, quien debería tener los más amplios recursos contra ella. e) Por último, creo que vale la pena destacar que estos grandes en-

18 / En 1934, LISCANO escribió: “(...) muy de desear sería que se incluyera en el pensum de Ciencias Políticas, como asignatura de obligación, la Ética Profesional del Abogado” (Ob. Cit. Pág. 6, cursivas del autor). En 1990 Zerpa planteaba: “En las Escuelas de Derecho debe darse mayor atención a las enseñanzas deontológicas” (Ob. Cit. Pág. 295). A partir de la celebración de las XIV Jornadas J. M. Domínguez Escovar (1989), el Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara tomó la decisión de incluir en cada uno de dichos eventos un tema ético relacionado con la materia que es objeto de la respectiva jornada. El primero de dichos temas fue “Presencia de la Ética en el Proceso Civil” y su exposición estuvo a cargo del Dr. Manuel Cardozo (“XIV Jornadas J. M. Domínguez Escovar. Derecho Procesal Civil. el CPC a dos años de su vigencia, Págs. 207 a 222. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto.1989). El IEJEL tomó la referida decisión en atención a una sugerencia del Dr. Argenis Román, el creador de las Jornadas Domínguez Escovar.

redadores habitualmente son también grandes perdedores. Ariadna es aliada de Temis y gusta facilitarle su famoso hilo para que salga airoso del laberinto. Como ha dicho Couture: con todo el abuso de dilaciones de que suele valerse, el litigante inescrupuloso no logra otra cosa que prolongar su necesaria derrota, “con tiempo y fatiga de por medio”¹⁹. El derrotado, no está de más recordarlo, es el cliente no el abogado que sale inmediatamente a cobrar –si es que no los ha cobrado ya- los pingües honorarios a que cree tener derecho por “tiempo y la fatiga” que invirtió en llevar a su patrocinado al fracaso.

De todo lo dicho anteriormente se concluye que mientras mayor sea el número de procesos de los que he llamado “rectilíneos”, mayor será la fluidez del funcionamiento de la Justicia judicial. La mayor o menor cantidad de este tipo de procesos depende de los abogados, por lo que una actitud favorable de estos hacia ellos será una efectiva contribución al mejor funcionamiento del Sistema de Justicia.

3. Proyectar sobre el proceso luces que ayuden al juez a encontrar más fácilmente el camino de la verdad y no sombras que le dificulten la tarea,

El Artículo 12 del CPC dice que “los Jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio” y que “deben atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de estos, ni suplir excepciones ni argumentos de hecho no alegados ni probados”

El Artículo 2 del CEPAV dice que “El abogado tendrá como norte de sus actos servir a la Justicia, asegurar la libertad y el ministerio del Derecho”

El abogado debe ser, pues, un colaborador del Juez en su misión de encontrar la verdad para hacer Justicia. “Los límites de su oficio” determinan que los materiales con que trabajará el Juez para cumplir su cometido son los que le proporcionará el abogado.

La labor del Juez es la de una búsqueda: la búsqueda de la verdad. Como en toda búsqueda la claridad facilita y la oscuridad dificulta el hallazgo. Son los abogados, con sus actuaciones, los que iluminan o ensombrecen el campo donde el Juez realiza su trabajo: el proceso.

Aportar luces que faciliten el encuentro de la verdad es obligación moral y efectiva contribución del abogado a la fácil resolución del proceso.

El compromiso ético del profesional del Derecho con la verdad es de tal entidad que el CEPAV lo consagró en el ordinal 1º del Artículo 4º que es el que establece sus deberes esenciales. De manera que, conforme a su estatuto deontológico, en la primera línea de las obligaciones morales del abogado está la de “actuar con probidad, honradez, discreción, eficiencia, desinterés, **veracidad**, y lealtad” (negritas RHA).

En el décimo de sus mandamientos San Ivón señalaba: “el abogado debe ser verídico” y en el duodécimo, que los principales requisitos de un abogado son: sabiduría, estudio, diligencia, **verdad**, fidelidad y sentido de Justicia²⁰.

Esta vinculación de la veracidad con el actuar del abogado hasta tal punto que la condición de “verídico” integre su deber ser profesional no es de general aceptación. Por el contrario, hay la creencia de que su deber de defender los intereses de su cliente lo conducirá con frecuencia no a la búsqueda sino al ocultamiento de la verdad y que cubrir ésta con las sombras más oscuras es parte de su habilidad.

En consagrados textos de literatura y en chistes de rápida y efímera circulación se hace aparecer al abogado como el gran maestro de todos los engaños, como el más grande propagador de las sombras que ocultan la verdad y desde las cuales los fantasmas de la mentira dejan oír sus voces engañosas.

Paradigmática es la descripción que, con toda la maestría propia de su genio, hace Gabriel García Márquez de la actuación de los abogados de la compañía bananera que explotaba plantaciones en Macondo cuando sus trabajadores declararon una huelga. Las negras vestiduras que les atribuye parecieran ser indicios de su condición de agentes de las sombras. “Luctuosos abogados”, e “ilusionistas del Derecho” llama a aquellos sombríos personajes que por artes de birlibirloque convertían a Jack Brown, superintendente de la compañía y nacido en Pratville, Alabama, en Dagoberto Fonseca, pacífico lugareño dedicado a la venta de plantas medicinales y que, gracias a las mismas artes, hacían que, sin haber salido de los predios bananeros a él encomendados, Brown muriese atropellado por un carro de bomberos en Chicago, para luego, y a pesar de su certificado de defunción autenticado por cónsules y cancilleres,

19 / Citado por RENGEL ROMBERG, Aristides. “Visión del Nuevo Código de Procedimiento Civil (Primera Parte)” en “ Conferencias sobre el Nuevo Código de Procedimiento Civil”. Pág. 37. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas 1986

20 / Cf. HERNÁNDEZ-ROM, Ramón: “San Ivón, Patrono de Los Abogados”. Pág. 26, Caracas, 1955. Negritas RHA.

aparecer vivo en un gallinero electrificado en Macondo y finalmente, en artillugio máximo, hacer desaparecer del mundo de las realidades jurídicas a los trabajadores reclamantes.²¹

En un chiste de los que circulan por Internet se preguntaba: ¿En qué se parece un abogado a un pintor?, para responder: “en que puede convertir lo blanco en negro”. Y en otro más duro la pregunta era “¿Cómo se sabe cuando un abogado miente?” y la cruel respuesta: “mueve los labios”.

Oigamos lo que a tan deformada percepción de la función del abogado, contesta uno de los más ilustres de nuestra cultura hispana, Don Ángel Ossorio y Gallardo:

“Aunque un vulgo ignaro y prostituido suele creer que la gracia del abogado está en hacer ver lo blanco negro, la verdad es exactamente la contraria. El abogado está para que lo blanco deslumbre como blanco y lo negro se entenebrezca como negro. Somos voceros de la verdad, no del engaño. Se nos confía que pongamos las cosas en orden, que procuremos dar a cada cual lo suyo, que se abra paso la razón, que triunfe el bien. ¿Cómo armonizar tan altos fines con un predominio del embuste. El abogado se debe a la verdad antes que a nada.”²²

Los abogados debemos ser agentes de la verdad y no de engaño, portadores de luces que iluminen al Juez encontrar el camino de la verdad, que será el que lo conducirá a la Justicia. En la medida en que lo hagamos estaremos no sólo cumpliendo con nuestros deberes morales, sino también realizando obra de bien social al hacer más fácil – y, por tanto, coadyuvar a que lo hagan mejor- el trabajo de los operadores de Justicia..

4. Facilitar la mejor inteligencia del proceso mediante la claridad y la brevedad de los escritos judiciales

Los escritos judiciales son de carácter persuasivo. Esto es, tienen como objeto persuadir, convencer al Juez de la razón que nos asiste. La dialéctica del proceso enfrenta dos posiciones contrarias, cada una de las cuales aspira a ganar la adhesión del Juez para que la sentencia le favorezca. El medio por el cual los litigantes tratan de influir en la convicción del Juez

21 / Cf. GARCÍA MARQUEZ, Gabriel. “Cien años de Soledad”. Págs. 255 y 256. Décima Edición. Editorial Sudamericana. Buenos Aires 1968.
22 / OSSORIO Y GALLARDO, Ángel. Ob. Cit. Págs. 142 y 143.

son las exposiciones hechas ante el Tribunal que, en nuestro proceso civil ordinario, son escritas.

En sus escritos, los abogados de cada una de las partes tratan de demostrar cómo el Derecho asiste a sus respectivas pretensiones, así como de señalar cuáles son los hechos que le permiten reclamar la protección del Derecho invocado, cuáles son las pruebas que acreditan tales hechos y finalmente (especialmente en los escritos de informes) cómo tales hechos quedaron debidamente probados. Al final, con vista a lo que le hayan dicho las partes, el Juez tomará una decisión que será necesariamente favorable a una y desfavorable a otra. Como esta decisión ha de basarse en lo que los contendientes hayan planteado a través de sus escritos, es forzoso concluir que el mejor escrito es el que sea más convincente.

La persuasividad resulta, entonces, la primera condición para un buen escrito judicial. La persuasividad, a su vez, requiere de varios componentes: argumentación sólida, estructuración metódica, estilo claro y exposición breve. Sólo a los dos últimos me referiré porque son los que guardan relación lo que estoy tratando.

Nadie puede ser persuasivo si no es claro. La claridad hace que nuestro destinatario comprenda rápida y fácilmente lo que queremos decirle; también hará más expedito y cómodo el proceso de aceptación de nuestro planteamiento. No obstante, lo importante que para la consecución de sus propósitos resulta la claridad de estilo, ella no es frecuente en los abogados, fundamentalmente porque en las Escuelas de Derecho nada se le enseñó sobre el particular y porque, además, normalmente carecen del hábito de la buena lectura²³. El estilo abogadesco tiende a ser pesado, con frecuencia abstruso, lleno de latinajos tan inútiles como incorrectos, con abundancia de reiteraciones y digresiones con las cuales se pretende aclarar y lo que se logra es confundir. La falta a las reglas de puntuación y en general la quiebra de todos los principios de la sintaxis aparecen como característica de buena parte de los escritos forenses que terminan siendo platos de muy difícil digestión.

23 / Para Emiro García Rosas lo primero “que debe ser el abogado” es “un buen lector”, a tal punto que considera que “quien carece del hábito de leer no puede ser buen abogado porque no dispone de un nutrimento esencial para su formación” (Véase “Una visión quijotesca de la abogacía”. Pág. 24. Instituto de la Cultura Colegio de Abogados del Estado Aragua.. Maracay. 1923). A propósito de las graves deficiencias de los abogados en el uso de un importantísimo instrumento de trabajo suyo como es el lenguaje y de la necesidad de que las Facultades de Derecho afronten este problema, puede verse mi trabajo “La Formación del Abogado” (Págs. 24 y 25 del texto editado por la Federación de Colegios de Abogados de Venezuela y el Colegio de Abogados del Estado Lara o Págs. 336 y 337 del N° 57 de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

Existe, además, la idea de que el estilo confuso, el lenguaje críptico, es revelador de una inteligencia y de una cultura superiores. Tan absurda creencia no es exclusiva de los abogados, pero cuando son estos quienes la practican sus consecuencias pueden ser gravemente dañosas tanto para sus clientes como para la sociedad. El abogado que se abroquela en tal prejuicio a la hora de redactar sus escritos judiciales aleja sus posibilidades de victoria y le complica la vida al Juez.

Contra tan funesta malformación me parece excelente el dicho de Ossorio:

“Después de la veracidad, la primera condición del escritor forense ha de ser la claridad. Nunca se recordará bastante el precepto del Quijote: ‘llaneza, muchacho, llaneza, que toda afectación es mala’. Todo el que escribe debe hacerlo para que le entiendan. Pero, al fin y al cabo, si el filósofo, el novelista o el poeta se empeñan, el público aburrido no los leerá y allá ellos. Ellos solos serán los perdidosos. Pero las torpezas del escritor forense no las paga él con su descrédito, sino que las sufre el cliente cuyo derecho no ha quedado de manifiesto”²⁴.

No es sólo el cliente quien paga las torpezas del escritor forense. Es también el Juez, obligado al esfuerzo de leer la jeringonza que se le consignó y a extractar de ella lo que pudiera considerarse un planteamiento para relacionarlo en su sentencia; son también los otros litigantes que tendrán que esperar que el Juez digiera aquello para que pueda ocuparse de sus respectivos asuntos y es también la sociedad que se resiente de ver cómo, quien está designado para hacer justicia, tiene que perder su tiempo descifrando galimatías.

Ortega dijo que “la claridad es la cortesía del filósofo”²⁵. En términos más generales pudiéramos decir que la claridad es la cortesía del que escribe para con aquel que aspira sea su lector. En el ámbito forense diremos que ella es, en primer lugar, la cortesía del litigante para con el Juez. Entonces hay que preguntarse ¿Puede alguien sanamente pensar que estará de más esta fineza de quien pide justicia para con aquel que está encargado de administrarla? Obvio resulta que aquí van juntas la conveniencia y la urbanidad. Cortesía también para sus otros colegas y para la sociedad en general es la del abogado que

con la claridad de sus planteamientos le evita al Juez la penosa faena de tratar de descubrir el sentido de lo oculto por marañas de palabras y le deja, a él también, mayor claridad mental para el mejor desempeño de su trabajo.

La importancia que le atribuyo a esto de la claridad en los escritos forenses, y la constatación de cómo ella es cada vez menos frecuente en los mismos, me anima a transcribir los siguientes conceptos que Azorín, maestro como pocos en el arte del buen decir, pone en boca de un personaje:

“El mismo Bejarano Galavis, en el prólogo de su libro, nos expone su teoría del estilo. Sus manifestaciones son terminantes. ‘La claridad – dice nuestro autor- es la primera calidad del estilo. No hablamos sino para darnos a entender. El estilo es claro si lleva al instante al oyente a las cosas, sin detenerse en las palabras.’ Retengamos esa máxima fundamental: Derechamente a las cosas. Sin que las palabras nos detengan, nos embaracen, nos dificulten el camino, lleguemos al instante a las cosas. No se podrá encontrar expresión más feliz y exacta. Insistimos sobre el tema: ‘Si el estilo explica fielmente y con propiedad lo que se siente, es bueno.’ Lo difícil, lo supremo es explicar de ese modo lo que se siente. Siempre el que no sea artista, el que no sea gran estilista, el que no domine la técnica, propenderá fatalmente a revestir sus sentimientos y sus ideas de accesorios y faramalladas enfadosas. No se comprenderá nunca que lo sencillo es artístico.”²⁶

Junto a la claridad, la brevedad es otra de las características de un buen escrito judicial. La razón es la misma: su carácter persuasivo. Quien aspire a ser leído con detenimiento, a que las ideas que expongan se fijen en la mente del lector de manera que lo hagan reflexionar sobre ellas, ha de ser breve. El destinatario de un escrito largo, cuando está impedido de prescindir de su lectura, evidentemente que la pospone y cuando ya no puede posponerla, lo hace con fastidio, sin detenimiento, brincando párrafos: como le oí decir a un distinguido abogado y profesor universitario: “en diagonal”.

Quizás nadie haya hecho tan certero elogio de la brevedad y de su eficacia como Baltasar Gracián,

24 / OSSORIO Y GALLARDO. Ángel. Ob. Cit. Págs. 145 y 146. 25 / ORTEGA Y GASSET, José. “Qué es la filosofía”. Pág. 27. Segunda Edición. Revista de Occidente. Madrid. 1960.

26 / AZORIN (seudónimo de José Martínez Ruiz). “Teoría del Estilo”. En “Un Pueblecito, Riofrio de Ávila”. Págs. 43 y 44. Segunda edición. Espasa-Calpe. Madrid 1957.

quien nos enseñó que “lo bueno, si breve, dos veces bueno” y que “aún lo malo, si poco no tan malo” y que “más obran quintas esencias que fárragos”²⁷.

No obstante la evidente conveniencia del escrito breve, me ha llamado la atención que en los últimos tiempos se han puesto de moda los escritos ultralargos (destaco que no digo simplemente largos, subrayo: **ultralargos**).

He visto, y no sin frecuencia, libelos, contestaciones, informes y aún escritos de pruebas de una extensión para cuya calificación que no consigo otro adjetivo que el de desmesurada. Largas, larguísimas, parrafadas se dedican a disquisiciones que no tienen nada ver con el asunto: se reseñan historias, se discurre sobre antecedentes, se comentan polémicas doctrinarias o jurisprudenciales, se hacen eruditos recorridos por el mundo del Derecho Comparado y en fin se diserta con la abundancia propia de quien escribe un tratado de doctrina que por supuesto resulta totalmente inadecuada para un escrito que deba ser leído y apreciado por un Juez que tiene cientos de causas que conocer. Las citas de doctrina y Jurisprudencia suelen ser súper abundantes (de nuevo uso el superlativo) y se copian páginas enteras en las que el punto de interés está expuesto en breves líneas. Al hacer una referencia a algo que está en los autos se copia íntegro (no importa cual sea el tamaño del texto original) y si se ha de repetir la referencia se vuelve a la transcripción total.

Me he preguntado muchas veces cuál es la causa de esta moda, porque me cuesta mucho trabajo creer que se piense que ella es conveniente a los fines del debate judicial. He pensado en tres posibles explicaciones de tal actitud.

En primer lugar pudiera tratarse de un alarde de erudición. Mala cosa porque el abogado no debe ir a los juicios a hacer alardes sino a hacer prevalecer su razón. La personalidad alardosa revela una profunda inmadurez (defecto que, cuando tiene estas características, no se cura con los años) y, por consi-

guiente, una absoluta incapacidad para un oficio en el que la discreción y la prudencia resultan fundamentales. Por otra parte, la erudición que se quiere exhibir casi nunca existe; no en balde el sabio refrán reza: “dime de qué alardeas y te diré de que careces”. Todo el acopio de doctrina, de Jurisprudencia, de historia y de Derecho Comparado, más que expresión de conocimientos propios frecuentemente es producto de mero trabajo “de corte y costura”, como veremos de seguidas.

Una segunda causa pudiera ser una excesiva afición a la comodidad que nos brindan los medios informáticos, pues la moda que critico es contemporánea con la generalización del uso de las computadoras y sus programas de procesamiento de palabras. Más fácil que ponerse a redactar un escrito es preparar un *collage* “cortando” y “pegando” textos que se tienen archivados en el disco duro o se bajan de Internet; si se debe hacer una cita de doctrina o de Jurisprudencia mucho más cómodo resulta incorporar mecánicamente todo lo que está debajo del epígrafe que hacer la selección respectiva. Tal costumbre puede comprobarse cuando se examinan distintos escritos del mismo abogado (o aún de los diversos integrantes del mismo grupo) en casos también distintos y se ve que las abundantes disquisiciones teóricas y las largas citas de doctrina y Jurisprudencia son casi siempre las mismas.

He dicho que este modo de proceder encuentra su explicación en la comodidad y al hacerlo quizá esté usando un eufemismo para referirme a la pereza, uno de los pecados considerado como capitales.

Pienso, además, que quien así procede no es verdaderamente un abogado: será a lo sumo un operador de la legislación, o como decía el padre Olaso, un “electricista del Derecho”²⁸. El verdadero abogado disfruta del trabajo intelectual que significa la preparación de un escrito judicial: desde el estudio previo hasta la redacción final; el material que se va a usar es cuidadosamente seleccionado (es decir, objeto de una escogencia en el que algunos elementos se incorporan y otros se desechan, lo que implica en cada caso un juicio de valor incompatible con una simple operación mecánica); los textos que se escriben son revisados y reelaborados y en cada revisión se piensa y repiensa en el efecto que lo que se dice y la forma en que se dice habrá de producir en su destinatario final. Luego viene el duro y difícil trabajo de la síntesis.

27 / El texto completo, con su ortografía original, es el siguiente: “Suele ser pesado el hombre de un negocio, y el de un verbo. La brevedad es lisonjera, y más negociante; gana por lo cortés lo que pierde por lo corto. Lo bueno, si breve, dos veces bueno; y aun lo malo, si poco, no tan malo. Más obran quintas esencias que fárragos; y es verdad común que hombre largo raras veces entendido, no tanto en lo material de la disposición cuanto en lo formal del discurso. Ai hombres que sirven más de embaraço que de adorno del universo, alajas perdidas que todas las desvían. Escuse el Discreto el embaraçar, y mucho menos a grandes personajes, que viven mui ocupados, y sería peor desazonar uno dellos que todo lo restante del mundo. Lo bien dicho se dize presto.” Es el aforismo N° 105 (distinguido con el expresivo título “No cansar”) de su obra “Oráculo Manual y Arte de Prudencia”. Fue bajado de la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes donde se deja constancia de que se trata de una edición digital a partir de la edición de Huesca, Juan Nogés, 1647 y cotejada con la edición crítica de Emilio Blanco (Madrid, Cátedra, 1977).

28 / OLASO J. Luis M. (S.J.). “Juristas abiertos ante un mundo en cambio”. En “Derechos Humanos, Pensamiento Comunitario y otros Temas”. Pág. 459. UCAB. Centro de Investigación. Caracas. 1985.

sis: lograr que se pueda decir todo lo que es necesario en el menor número de palabras posibles, para ser mejor y más provechosamente leídos por quien habrá de juzgar. En fin, hay todo un trabajo de composición (en el mejor sentido artístico y literario de esta palabra)²⁹ que quien tiene alma de abogado disfruta hondamente.

La tercera posible causa es económica. Se piensa que mientras más largo es el escrito se pueden cobrar mayores honorarios; máxime con el sistema, tan de uso, de cobro por horas. Aquí se presenta el mismo problema moral al que ya hemos aludido, con una cuestión adicional: si la eficiencia del escrito es, por lo común, inversamente proporcional a su tamaño, se estaría ante la aberración de aumentar el monto del estipendio en la medida en que se reduce la efectividad del trabajo. Hay también, como en otros casos señalados, una errada percepción de qué es lo que da derecho al cobro de los honorarios. De nuevo resulta conveniente recordar a Gracián: si quintas esencias obran más que fárragos, obviamente dan derecho a mejor remuneración.

Como me he extendido en la crítica a lo que he llamado escritos ultralargos, temo ser mal interpretado y se piense que estoy alegando a favor de las insuficiencias de los escritos forenses. Estoy haciéndolo contra su exuberancia. No pretendo que en aras de la brevedad se sacrifique la completud de los mismos, condeno sí que se sacrifique su efectividad en los altares de la exorbitancia y la demasía. El escrito forense no puede ser ni tan corto como para que en él no quepa la argumentación necesaria, ni tan largo como para que esa argumentación resulte inútil ante la inevitable mala lectura (aburrida, displicente y superficial) a la que necesariamente lo condenará el tamaño excesivo. Quizá la fórmula de equilibrio esté en una expresión que tiene toda la sabiduría y el ingenio de la filosofía popular: la que nos enseña que un buen escrito debe tener el tamaño de un vestido de mujer: lo suficientemente largo como para cubrir el objetivo, lo suficientemente corto como para mantener el interés.

Antes de terminar este punto quisiera traer la sabia enseñanza de uno de los más grandes juristas y abogados del siglo XX, Piero Calamandrei, consignada en dos consejos que no tienen desperdicio:

“La brevedad de las defensas escritas y orales (los abogados no lo aprenderemos nunca) es acaso el medio más seguro para ganar los pleitos; en efecto, el juez que no se ve constreñido a la lectura cansadora de abultados memoriales o a escuchar bostezando interminables discursos, presta atención con la cabeza despejada a las pocas cosas que lee o escucha, no tiene que hacer complicados resúmenes para comprenderlas y la gratitud hacía el defensor que ha reducido su trabajo al mínimo, lo induce a darle la razón aunque no la tenga. La brevedad y la claridad, cuando consiguen ir juntas, son los medios seguros para corromper honestamente al juez.”³⁰

“Defiende las causas con esmero; pero sin exageraciones. El exceso de doctrina, el desmedido alarde de cita de autores, el refinado virtuosismo, cansan al juez. Si escribes demasiado, no lee; si hablas con exceso, no escucha; si eres oscuro, no tiene tiempo para tratar de comprenderte. Para ganar las causas, hay que poner a colación argumentos mediocres y sencillos, que ofrezcan al juzgador el fácil camino de la menor resistencia.”³¹

Conclusión de lo expuesto: la claridad y brevedad de sus escritos ayudan al abogado a ganar su asunto al hacerlo más comprensible para el Juez y al facilitar el trabajo de éste le permiten un mejor cumplimiento de sus obligaciones, con obvio beneficio para toda la comunidad.

30 / CLAMANDREI, Piero. “Elogio de los Jueces Escrito por un Abogado” Pág. 93. EJE. Buenos Aires, 1969.

31 / Id. Págs. 106 y 107. Una joven colega a quien di a leer el texto de Calamandrei que acabo de citar, mostró su acuerdo con el contenido general del mismo pero rechazó el consejo de usar argumentos “mediocres”. Como la experiencia se repitió, me parece oportuno aclarar que, según EL DRAE, el vocablo “mediocre” tiene dos acepciones. Conforme a la primera significa algo “de calidad media” y de acuerdo a la segunda “de poco mérito, tirando a malo”. Para Julio Casares (de la Real Academia Española) en su DICCIONARIO IDEOLÓGICO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (Segunda Edición. Editorial Gustavo Gili. Barcelona. MCMLXIII.), “mediocre” equivale a “mediano” que a su vez, en una primera acepción, significa “de calidad intermedia”; en una segunda “moderado, ni muy grande ni muy pequeño” y en una tercera, que el autor considera propia del lenguaje figurado y familiar, “casi malo.” Aunque, por lo visto, entre nosotros resulta más conocida la acepción peyorativa que el DRAE registra en segundo y Casares en tercer lugar, es evidente que el sentido que quiso darle el maestro italiano fue el otro, que a mí me parece muy bien descrito con el segundo de los significados señalados por Casares.

29 / María Fernanda Palacios ha hecho una bellísima especulación del alcance de la palabra “composición” en la definición que, en su “Diccionario de uso del español” da María Moliner de la voz “ensayo”. Véase su trabajo “Del conocimiento como ensayo” en PRINCIPIA (Revista de Cultura de la Universidad Centrooccidental Lisandro Alvarado) N° 24. Págs. 42 y 43.

5. Observar en su desempeño tribunalicio una conducta cónsona con la respetabilidad de la instancia judicial

Quizás sólo El Templo (así, en singular y con mayúsculas) sea el único lugar más respetable que El Tribunal (escrito de la misma forma). El primero es, por excelencia, el sitio para la relación con lo divino; el segundo aquel donde tiene lugar la más alta, difícil y delicada de las labores humanas: administrar Justicia. Fuera del templo, ningún otro sitio como la oficina judicial debería estar caracterizado por la tranquilidad y la armonía, por la respetuosa relación entre las personas que allí concurren, por el sereno fluir de los asuntos que allí se llevan a cabo.

Dicho lo anterior debe también indicarse que tal vez no haya otro sitio como un Tribunal en el que exista una mayor diferencia entre lo que constituye el noble ideal de su **deber ser** y la lamentable realidad de su **ser**. Ya lo dije antes: probablemente no hay sitio más estresante que un Tribunal, ni otro donde la gente presente mayor grado de irritación, ni donde ésta mantenga mayor continuidad. Allí los asuntos no discurren tranquilamente, sino que la solución de la más elemental de las cuestiones, la más de las veces estará precedida de un cúmulo de dificultades y de un tenso forcejeo en el que las reglas de la urbanidad son frecuentemente quebrantadas.

En el capítulo III de este trabajo señalo como muchos de los vicios que acompañan a nuestra actividad judicial son de vieja data. No es el caso de éste al que aquí me refiero. Los que tenemos ya bastante tiempo en el ejercicio profesional podemos recordar como, hace no tantos años, el ambiente tribunalicio era totalmente distinto al de hoy: las largas colas que se hacen para pedir un expediente o hacer un planteamiento ante un funcionario cualquiera eran inimaginables; la rápida solución de todas las cuestiones que se suscitaban contrasta con la inmensa dificultad que acompaña al más nimio de los asuntos; el trato respetuoso, cortés y en la mayoría de los casos francamente cordial que prevalecía entre funcionarios y abogados y entre estos entre sí es diametralmente opuesto a la descortesía, a la tirantez y hasta la hostilidad que hoy puede considerarse como la regla.

Algunos elementos de esta descomposición del ambiente tribunalicio, aunque en ningún caso pueden considerarse antiguos, tienen ya unos cuantos años de perturbadora presencia; otros son de re-

cientísima aparición. Conviene hacer un examen separado de ambos.

Aquel abogado que caricaturizó René De Sola, “de voz estentórea” y “salpicada de interjecciones”, de “extraña indumentaria, donde alternan el descuido y la ostentación”, que se mueve “de un lado a otro, alza los brazos, se enfurece y ríe”, pertenecía, como lo señaló, el mismo De Sola a “una minoría ínfima, verdaderamente excepcional”³². Obviamente que su presencia en el Juzgado causaba molestia y rechazo, pero el hecho de constituir una verdadera anomalía dentro del universo de personas que lo frecuentaban, determinaba que tan deplorable conducta no tuviese fuerza suficiente como para convertirse en un elemento entorpecedor del trabajo que allí se realizaba.

Lamentablemente de algún tiempo a esta parte la realidad ha cambiado en términos negativos: no me atrevería a decir que en la descripción referida pueda hoy incluirse a la mayoría, pero sí que el sujeto de marras no es ya un ser “verdaderamente excepcional”. A esto debe añadirse lo que no tengo dudas en calificar como “explosión demográfica abogadil” ocurrida en las últimas décadas, sin que nadie pareciera haberle prestado atención³³. Este mismo fenómeno, así como la creciente conflictividad social, han determinado la sobrecarga de causas de los Tribunales a la que ya hice referencia.

Tampoco debemos dejar de tomar en cuenta que el cultivo de la “urbanidad y las buenas maneras” (que en el pasado tuvo tal importancia que el libro que les dedicara Don Manuel Antonio Carreño fue un sonado éxito editorial no sólo en Venezuela, sino en América Latina) ha dejado de ser una preocupación fundamental en la sociedad actual.

Tribunales sobrecargados de causas, agobiados por una creciente población de usuarios en la que el apego a las reglas de cortesía es cada vez menor y en la que la presencia del aquel abogado torpe cuya caricatura arriba fue transcrita es cada vez mayor, dieron como resultado una oficina donde impe-

32 / DE SOLA, René. Discurso pronunciado en el acto inaugural de la Segunda Semana del Abogado”. En “La Universidad y la Profesión de Abogado”. Págs. 27, 28 y 30. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1968

33 / Véase al respecto mi referido trabajo “La Formación del Abogado”, Págs. 10 a 14 de la edición Federación de Colegios de Abogados de Venezuela-Colegio de Abogados del Estado Lara, Págs. 324 a 328 el N° 57 de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

ra el ambiente más negativo para la realización del exigente y delicado trabajo que le corresponde³⁴.

A tan penosa situación vino a sumarse un hecho nuevo y grave: la generalización de un trato descortés, mejor dicho despótico, de los funcionarios con respecto a los abogados. La he observado en la circunscripción judicial donde ejerzo mi profesión, la del Estado Lara; la he visto en otras a donde ocasionalmente me han llevado actividades profesionales; me la han comentado un buen número de colegas amigos residentes en distintas partes del territorio nacional con los que he tenido oportunidad de conversar. Por eso digo que es una actitud generalizada.

La cuestión comienza apenas se llega al Palacio de Justicia: a su entrada han colocado sistemas de control de acceso que constituyen verdaderas "alcabalas gomerías" a cuyo cargo están funcionarios que se conducen como auténticos esbirros: a los abogados y al público en general los someten a humillantes requisas y a un trato totalmente desconsiderado; el ingreso de las damas está sujeto al cumplimiento de normas relativas a su indumentaria que son tan ridículas como arbitrarias. Podría contar una larga cadena de anécdotas con los atropellos cometidos, pero me limitaré a señalar uno que ocurrió en Barquisimeto y conmovió al gremio: una joven abogada va a entrar al Edificio Nacional (Palacio de Justicia barquisimetano) y, cumplidos los requisitos normales, se niega a someterse a una requisita que consideró excesiva y abusiva; el funcionario la toma fuertemente por los brazos y trata de obligarla; ante la erguida reacción de la joven profesional el esbirro opta por pegarle fuertemente con el antebrazo en el pecho y no contento trata de golpearla en la cara con la mano empuñando un *walkie talkie*, lo que afortunadamente impidió una mujer policía que estuvo en el lugar. Si el hecho es escandaloso no menos lo son las respuestas que la joven abogada y su madre (también colega) encontraron ante las autoridades a las que acudieron: hubo uno que les dijo que no tenía que ver con eso, otro que le hizo un comentario burlesco y un tercero que, ante el alegato de que debían entrenar a ese personal para tratar al público, respondió que la mejor prueba de estar bien entrenado fue el golpe con el antebrazo

(porque éste no deja huella como el del puño) y en el pecho por ser parte muy sensible.

Uno conoce historias de hechos violentos ocurridos en los Tribunales, algunas de las cuales presentan características tales que, no obstante haber ocurrido en tiempos remotos, siguen comentándose, pero una agresión física masculina a una dama era algo de lo que jamás se había tenido noticia.

El hecho, como dije, produjo la indignada conmoción que era de esperarse. La comunidad de abogados protestó enérgicamente: en la calle, en la prensa, en el seno de varias asambleas que con tal motivo se celebraron en el Colegio de Abogados, cuya junta directiva publicó un severo comunicado, dirigió comunicaciones escritas e hizo exposiciones personales a las autoridades competentes³⁵ pero el ambiente de irrespeto ha continuado.

Pasar la "alcabala" no significa otra cosa que entrar al recinto donde continuarán los atropellos: archivistas, escribientes, alguaciles, secretarios y hasta Jueces (con las excepciones del caso) parecen haber olvidado que el buen trato a los usuarios del Tribunal (y señaladamente a los abogados) es para ellos un deber y no una gracia que estén en la postestad de dispensar, de negar y aún de sustituir por la grosería y la avilantez.

Particularmente me ha llamado la atención lo que he visto en algunas audiencias orales: el Juez conduce el debate con un tono que es mezcla de arrogancia y descompostura, con gala de una intemperancia que le hace salir de sus casillas por motivos baladíes, y cuando se dirige a los litigantes lo hace en forma tosca y desconsiderada. No se me escapa que quien debe moderar una discusión tiene, frecuentemente, que actuar con carácter, pero tampoco que esto es bien distinto al obrar con mal carácter. En definitiva (y esto deberían saberlo mejor que nadie los Jueces de juicios orales), la firmeza no está reñida con la cortesía ni con la buena educación. Más me llama la atención la actitud del alguacil: de pie, dirigiendo miradas jupiterinas al público, a la caza de una "irregularidad", como el cuidador de una sala de castigo, presto a enviar re-

34 / En este punto debe señalarse que la creación de la Oficina de Recepción y Distribución de Documentos (URDD) y la Oficina de Atención al Público (OAP), no han significado, en la práctica, otra cosa que el aporte de nuevos elementos de conflicto y complicación al trabajo judicial. No es este, obviamente, el sitio para extenderse sobre el particular.

35 / La reseña de todos actos de protesta puede verse en la prensa local. Véase al respecto el Diario El Impulso, ejemplares de fechas 31-1-05, 23-2-05, y 25-2-05.

primendas que en ningún caso le competen³⁶. Se impone aquí también hacer la salvedad de las excepciones del caso.

El papel que se ha asignado a los alguaciles en este proceso de “esbirización” de la función judicial ha llegado al extremo insólito de instruirles para que requisen a los Jueces y los desposean de aquello que consideran no deben cargar consigo: desde expedientes hasta fotocopia de actas judiciales. Esto no sólo constituye una grave subversión de la jerarquía (concepto básico para el buen funcionamiento de cualquier institución) sino un flagrante agravio al Poder Judicial que está representado por cada Juez; representación que, obviamente, no ostenta ningún alguacil.

Esta situación que acabo de describir y que como he dicho es novedosa, ha incrementado notablemente la tirantez que se había venido imponiendo en los espacios judiciales, con consecuencias perniciosas para el trabajo que allí se realiza.

¿Qué puede hacer el abogado para revertir esta situación y lograr que en los Tribunales vuelva a imperar el ambiente de tranquilidad y serena armonía que otrora los caracterizó? La respuesta se formula en el breve enunciado de dos actitudes: respetar y exigir respeto.

El CEPAV, trae importantes disposiciones sobre la forma respetuosa y cortés que debe distinguir la conducta de los abogados. Así: el Capítulo I, que señala sus deberes **esenciales**, trae un solo artículo, el 4º, que reza: “Son deberes de los abogados (...) 5)

36 / Entre las “irregularidades” merecedoras de agrias reprimendas está el que un abogado consulte un papel en el que tenga anotado un dato que quiera decir con precisión o que haga algún comentario a su coapoderado. Tan absurda posición no es otra cosa que un síntoma de subdesarrollo cultural. La oralidad no sólo no está reñida con los “ayudamemorias”, sino que los exige; pretender lo contrario es querer hacer de ella predio inexorable de la inexactitud. Es más: la mejor garantía de una buena exposición oral (ordenada, concisa, conceptual) es un buen guión, por lo que antes que objeto de rechazo y censura, debería serlo de recomendación y encomienda. Quizás valga la pena recordar en este punto a uno de los grandes oradores forenses: Don Ángel Ossorio y Gallardo quien siempre se valió de ellos y consideró parte fundamental de su trabajo la cuidadosa elaboración de los mismos. Su hijo, Manuel Ossorio y Florit, dice que “los utilizó siempre, tanto en sus informes verbales ante los Tribunales, cuanto para sus conferencias, oraciones parlamentarias e intervenciones en mítines”; dice también que tales guiones eran confeccionados “con gran esmero” (Nota preliminar al II Tomo de “El Abogado” –Ética de la Abogacía-. Págs. 8 y 9. EJEA. Buenos Aires. 1956) El propio Don Ángel dice: “Jamás lo hago (informar ante un Tribunal) sin llevar guiones minuciosos, concretos, verdaderos extractos del pleito y cuya redacción (siempre hecha con mi propia mano, con signos convencionales y tinta de diversos colores) me invierte largo tiempo” (...) “para graduar, distribuir, acopiar y matizar la oración, el guión es indispensable” (“El Alma de la Toga”. Págs. 113 y 114). En cuanto a la comunicación entre coapoderados baste decir que ella es una necesidad de la actuación profesional y que en el juicio oral es imprescindible que tenga lugar en la Audiencia y la única limitación que puede ponersele, sin coartar los derechos de las partes, es exigir que ella se realice en un tono tal que no cause perturbación. Esta garantía de libre actuación de los abogados en estrados para la mejor defensa de los intereses que respectivamente le están encomendados debe llevar todavía a algo más: permitir la comunicación telefónica, también con la única condición de no perturbar. En la actitud que aquí criticamos se observa no sólo la vocación sargenteril, sino también una incomprensión profunda de lo que es el proceso oral.

Fortalecer la confraternidad con sus colegas, **mediante el respeto mutuo, trato cordial y racional tolerancia**”; el Capítulo V, que señala los deberes para con los colegas, establece, en el encabezamiento del Artículo 58: “ El abogado observará **la cortesía y la consideración que imponen los deberes de respeto mutuo** entre los profesionales del Derecho”; en lo que ha de ser su actitud frente a los Jueces, el Artículo 47 estatuye: “el abogado deberá estar siempre dispuesto a prestar su apoyo a la judicatura y mantener frente a ésta una actitud **respetuosa**, sin que ello menoscabe su amplia independencia y autonomía en el libre ejercicio de su función” y el 48 que “sólo utilizará los calificativos empleados por las leyes o autorizados por la doctrina” cuando deba hacer crítica a las instituciones o a los Jueces y demás funcionarios. No se limita nuestro código deontológico a responsabilizar al abogado por su propia conducta, sino que le impone el deber de procurar que su patrocinado “mantenga una actitud **correcta y respetuosa**, tanto con los funcionarios, como con el abogado de la contraparte y con terceros que intervinieran en el juicio” y aún más, el de renunciar a su patrocinio “si el asistido persiste en su conducta incorrecta” (Art. 36). También para el abogado funcionario hay la imposición de un deber: el de “atender a su colega en ejercicio de su gestión profesional con **prioridad y la debida cortesía**” (Art. 58). (Todas las negritas del párrafo son de RHA).

Tenemos, pues, que en su actuación judicial y conforme a su propia normativa ética, el abogado está obligado a ser respetuoso y tiene derecho a ser respetado. Cumplir con su deber y hacer valer su derecho son dos notas que han de caracterizar su conducta, debiendo siempre tener presente la enseñanza de Ossorio: “No intentes nunca en los estrados ser más que el Magistrado; pero no consentas ser menos”³⁷

El abogado, en fin, debe esmerarse en ser respetuoso y cortés con sus colegas y con los funcionarios judiciales, pero al mismo tiempo debe estar presto a rechazar con toda firmeza los atropellos que contra él se quieran cometer: ante la acción abusiva no debe guardar silencio ni asumir posiciones timoratas, el rechazo debe ser directo e inmediato frente al propio funcionario abusador, la queja debe plantearse sin dilaciones ante la superioridad respectiva (aunque se tenga la convicción de que no se va a ser escuchado) y, si es el caso, debe acudir a los organismos gremiales y a la opinión pública.

37 / OSSORIO Y GALLARDO, Ángel. Ob. Cit. Pág. 317. Es el quinto postulado de su Decálogo.

Todo lo que se haga para lograr el imperio del respeto en el complejo de relaciones entre abogados y funcionarios que dan vida a la instancia judicial, será importantísima colaboración para devolver a ella el sosiego necesario para crear un ambiente de trabajo adecuado a la alta misión que le compete. En este sentido es mucho lo que, a título particular, podemos hacer, sin que deba dejar de señalarse que, en este orden, es fundamental la participación corporativa de la abogacía, por lo que una de las tareas fundamentales que tenemos en esto de recuperar la respetabilidad del ambiente tribunalicio es la de plantear insistentemente en nuestros colegios la necesidad de una acción gremial firme y constante al respecto.

III. Contribución de la abogacía al mejoramiento del sistema judicial

El tema objeto de este capítulo será analizado en cinco acápite; helos aquí:

Precisiones conceptuales.

De nuevo la misma salvedad hecha al comienzo: conforme a la Constitución de 1999 el Poder Judicial es sólo parte del Sistema de Justicia. Pero es, obviamente, la médula del mismo, su parte sustancial. Por eso, lograr cambios estructurales en él, que le permitan al país contar con una judicatura a la medida de sus inmensas responsabilidades, es una de las grandes tareas que tiene planteada la sociedad venezolana de nuestro tiempo. Logrado ese propósito, la mejoría de los demás componentes del Sistema de Justicia vendrá por añadidura.

Al analizar el papel que corresponde a la abogacía en esa tarea está dedicado el presente capítulo.

La Constitución de 1961 expresaba, en su Artículo 204, que “el Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y por los demás Tribunales que determine la Ley Orgánica”. La Constitución vigente no tiene una disposición equivalente sino que dice en el citado Artículo 253, que el Sistema de Justicia está constituido, entre otros componentes, por el Tribunal Supremo de Justicia y los demás Tribunales que determine la Ley.

Al margen de disposiciones constitucionales o legales, la sabiduría de Pero Grullo nos diría que el Poder Judicial está constituido por el conjunto de los Jueces de la República, desde los de menor jerarquía hasta los Magistrados del Máximo Tribunal. También nos diría Pero Grullo que un buen Poder Judicial es aquel que está integrado por buenos Jueces.

La palabra “**idóneo**” define al Juez que reúne el cúmulo de requisitos intelectuales, morales y psicológicos indispensables para el desempeño de su cargo. En la medida en que haya más Jueces idóneos, tendremos una mejor judicatura. Si pudiéramos elaborar un “**coeficiente de idoneidad**”, tendríamos una medida ideal para precisar la calidad de un Poder Judicial determinado.³⁸

Contar con un buen Poder Judicial (vale decir, con uno que presente un “**coeficiente de idoneidad**” alto) es una de las necesidades básicas y de las aspiraciones supremas de cualquier sociedad.

Debilidades tradicionales de nuestro Poder Judicial

En Venezuela nunca hemos tenido un buen Poder Judicial: no lo tuvimos antes y no lo tenemos ahora. Dicho esto debemos añadir que el proceso ha sido de constante y creciente deterioro. Otra cosa es también preciso señalar: por el camino que vamos no conseguiremos su mejoría sino su empeoramiento.

No sería justo si después de lo anterior no dijera que a falta de un buen Poder Judicial, sí hemos contado con grandes Jueces, a quienes Cuenca confesó haber “profesado la más devota admiración” y les reconoció esmero “para que la autoridad de la sentencia surja de la fuerza convincente de los razonamientos y no del solo poder jurisdiccional” y haber “incorporado a la Jurisprudencia nacional páginas memorables”³⁹.

René Lepervanche Parpacén en un trabajo fuertemente crítico contra el poder judicial expresamente dijo:

38 / Al menos que yo sepa, la primera referencia legislativa a la idoneidad como condición esencial del Poder Judicial está contenida en la Ley de Carrera Judicial de 1980 cuyo Artículo 1 dice: “La presente Ley de Carrera Judicial tiene por finalidad asegurar la idoneidad, estabilidad e independencia de los Jueces y regular las condiciones para su ingreso, permanencia y terminación en el ejercicio de la Judicatura, así como determinar la responsabilidad disciplinaria en que incurran los Jueces en el ejercicio de sus funciones”. La Carta Fundamental de 1999 le dio rango constitucional a tal concepto al expresar, en su Artículo 255: “El ingreso a la carrera judicial y el ascenso de los Jueces o Juezas se hará por concursos de oposición públicos que aseguren la idoneidad y excelencia de los o las participantes”. En unas palabras que tuve el honor de pronunciar el 13 de octubre de 1994 en el acto celebrado en la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia con motivo de la inauguración de la biblioteca de dicha Sala y presentación del libro- memorias de las XVIII Jornadas J. M. Domínguez Escovar expuse in extenso lo que en mi concepto debe entenderse por Juez idóneo. Con el nombre de El Contencioso Administrativo y El Perfeccionamiento de la Democracia el referido texto fue publicado en un folleto intitulado “Un Maestro, Una Biblioteca, Unas Jornadas, Un Libro (Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto. 1995) y en el Libro Memorias de las XXVIII Jornadas J.M. Domínguez Escovar (Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto. 2003). Las referencia al Juez idóneo aparecen en las Págs. 21 y 22 de la primera publicación y 238 y 239 de la segunda. Negritas RHA

39 / CUENCA, Humberto. “El Derecho Procesal en Venezuela”. Pág. 64. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones. Caracas. 1956.

“Pero injusto sería, si no proclamas aquí en voz alta, con toda sinceridad, que hay Jueces muy respetables en nuestro país, a quienes no se conoce porque actúan silenciosamente, en el recinto de su tribunal, en la intimidación del rincón de trabajo en el hogar, donde largas horas de meditación y de estudio garantizan la bondad de sus fallos. Esos no buscan propaganda; no discuten públicamente sus decisiones; no se dejan informar fuera de estrados; no aceptan el recado al oído, de poderosos ni de amigos; saben que pueden errar y que han errado, pero viven tranquilos porque tienen la conciencia tranquila: “errare humanum est”. (...)”⁴⁰

Lamentablemente no hubo suficientes golondrinas como para hacer verano. Nuestros grandes Jueces hubieron de convivir en un mundo donde imperaba la mediocridad y la dejadez. Por eso Cuenca se duele que esas notables sentencias que había elogiado se encontraran “mezcladas y hasta confundidas” con “fallos escritos en deplorable castellano, en prosa insulsa, descarnada y fría, sin ninguna propia elaboración, teñida con la tinta de los Códigos y condimentada con la consabida cita de los comentaristas”⁴¹. A estos vicios hay que añadirles el peor de todos los flagelos: la corrupción, que aunque apareció tardíamente lo hizo con tal fuerza que ha venido imponiéndose arrolladoramente.

En fin, a pesar de los méritos de nuestros grandes Jueces, ellos no pudieron elevar el “coeficiente de idoneidad” de nuestro Poder Judicial para elevarlo a cotas aceptables.

Las carencias de nuestro Poder Judicial son de vieja data. En su notabilísimo discurso ante la Convención de Valencia, Fermín Toro expuso:

“¿Qué rodea al juez? Lo más corrompido y viciado de la población. Allí están los que llegan a cohechar al juez, los perjuros, los que examinan los archivos para falsificar las escrituras, para excitar pleitos entre los vecinos. Es una observación exactísima que en los países americanos, como en los españoles, lo más corrompido de la población, rodea los tribunales de justicia, que no deben llamarse de justicia,

40 / LEPERVANCHE PARPARCÉN, René. “El Poder Judicial ante la Opinión Pública” Conferencia dictada en la Cámara de Comercio de Caracas en septiembre de 1965. Reproducido en la Revista Themis (órgano del Colegio de Abogados del Estado Lara”. Octubre-diciembre de 1965. El texto transcrito aparece en la Pág. 37.

41 / CUENCA, Humberto. Ib. Ib.

sino de execración, cuando en todas las naciones del mundo lo más respetable de la población es lo que tiene que ver con la justicia.”⁴²

En sendos trabajos de 1963 y 1965, el Doctor René Lepervanche Parpacén señaló graves defectos de nuestro Poder Judicial y presentó el testimonio de varias publicaciones periodísticas que reflejaban profunda desconfianza en la Judicatura, las cuales, dijo, constituyen un “memorial de agravios presentados por el pueblo venezolano”. En el último de dichos trabajos dijo que el Poder Judicial “es refugio de aspirantes al cargo público ejecutivo, plaza de premio por labor política rendida o desecho de actividad profesional” y, con toda justicia, añadió: “Claro está, que con todas las meritisimas excepciones que confirman la regla”⁴³.

Entre octubre y noviembre de 1992, en la muy leída columna que bajo el nombre de “Correo Expreso entonces tenía en el diario El Nacional, José Muci Abraham escribió una serie de siete artículos denunciando fallas de diversas facetas de la actividad judicial.

En uno de ellos hace este grave señalamiento:

*“Se considera hoy por hoy que el problema más grave que confronta el país tiene su centro de gravedad en la defectuosa administración de justicia. Se estima que los tribunales funcionan mal, que en el seno de los mismos impera el más completo desorden, que los equipos que utilizan son anticuados, que los procesos se desenvuelven con desesperante lentitud, que hay jueces que se dejan sobornar con dádivas o que son partícipes en los negocios que crecen bajo su sombra protectora; en síntesis que los órganos de administración de justicia no son confiables”.*⁴⁴

En otro señaló cuatro graves males presentes en el funcionamiento del Poder Judicial, a saber: la corrupción, la cachaza, la improvisación y la falta de

42 / TORO, Fermín. Discurso pronunciado en la Convención de Valencia el 28 de septiembre de 1858 sobre Centralismo, Federación y Centro Federación. En “Páginas Escogidas”. Pág. 65. Los libros Plón. Barcelona.1979. Se ha dicho que los tres mejores ensayos surgidos de pluma venezolana tienen forma de discurso. Uno es este de Toro que aquí se cita; los otros dos son el que el Libertador pronunciase ante el Congreso de Angostura y el de Andrés Bello en la Universidad de Chile

43 / Se trata de sendas conferencias dictadas en la Bolsa de Comercio de Caracas en los indicados años. La primera fue publicada en un folleto intitulado “EL PODER JUDICIAL y comentarios a decisiones de la Corte Suprema de Justicia”. Gráfica Americana. Caracas 1963. La segunda ya fue reseñada en la nota 38 de este trabajo y las citas que se hacen en este párrafo, corren respectivamente a los folios 24 y 16 de dicha publicación.

44 / MUCI ABRAHAM, José. “¿Consejo de la Judicatura o de los partidos? Artículo publicado en la Pág. A 4 del Diario El Nacional el 20-11-92.

compostura, veamos lo que dice acerca de cada uno de ellos.

“La corrupción es el más grave problema de la administración de justicia. Comienza con la distribución de los expedientes entre los diversos tribunales. Cada quien busca que el expediente llegue a manos de un juez amigo, o complaciente, en cuyo derredor se mueven los mercaderes de sentencia, es decir quienes la redactan o reciben redactadas, provistos de suficiente influencia para que lo escrito se convierta en decisión” (...)

“Además de la corrupción hay otros problemas que ensombrecen el panorama del Poder Judicial. Uno de ellos, importantísimo sin duda, es la cachaza de la mayoría de los jueces, la demora inaceptable de los procesos” (...) “La cachaza es la antítesis de la justicia, un indicador de la crisis de un sistema amenazado con un gran reventón” (...)

“La improvisación constituye otro capítulo del historial de problemas de nuestra judicatura. Para muestras un botón: los expertos a quienes se les encarga por igual el avalúo de inmuebles urbanos o fincas agropecuarias o establecimientos industriales, o el examen y opinión acerca del funcionamiento disímiles y complicadas maquinarias. La misma falta de adiestramiento se nota con respecto a secretarios, amanuenses o alguaciles” (...)

Ante la grave **falta de compostura** el autor dice patéticamente: “Me conformaría con una pizca de respeto”⁴⁵.

Es importante destacar cuáles han sido las causas por las que nuestro Poder Judicial ha vivido tan penosa situación. Dos me parecen las fundamentales: la prevalencia de la mediocridad y la intromisión de la política en las cuestiones judiciales.

A) Con respecto a la primera debe señalarse que su presencia en el ámbito judicial debe considerarse dentro de lo que podríamos llamar el pacto histórico de la sociedad venezolana con la mediocridad. No se puede olvidar el largo siglo de guerras que

vivió el país desde 1811 a 1903. La cultura social venezolana, no obstante meritisimos esfuerzos en contra, fue una cultura de montoneras. El sentido de disciplina, de respeto a las jerarquías, la valoración de los buenos modales, el reconocimiento a los méritos intelectuales y al esfuerzo tesonero son virtudes de las sociedades pacíficas. La guapetonería, la vulgaridad, la audacia, la temeridad son propias de las sociedades guerreras. No olvidemos además que las nuestras fueron guerras de montoneras donde no había ejércitos profesionales, disciplinados y jerárquicos: una “parada” convertía al soldado en general. La igualdad venezolana, una de nuestras características más apreciadas (y también más apreciadas), se forjó en las cruentas torrenteras de una lucha que no conocía de cánones ni de escalafones. Por eso fue una igualdad por lo bajo. Y esa es una de las terribles desgracias que hemos venido padeciendo. El siglo XIX, es el siglo de los caudillos: ellos avasallan a los doctores: el largo esfuerzo de una carrera de estudios no vale nada ante las charreteras que un chafarote conquistó “a punta de lanza”. Las propiedades hechas con trabajo y con ahorro, estaban siempre en la mira de los que reclamaban su botín de triunfadores. Mala cosa para una sociedad que la guerra diera más valimiento que la universidad y el trabajo. Mas no sólo fue eso: quienes hicieron de las lanzas y los machetes el instrumento de su poder intuían, desde el fondo de su alma primitiva, la superioridad intelectual de los hombres de libro y pluma y temían que algún día los desplazaran. Por eso el odio: un oscuro sentimiento de odio a la cultura y a las formas superiores del pensamiento y de la expresión de la inteligencia fue extendiéndose en toda la masa que brotaba de la guerra. Uno de sus más nítidos exponentes, aquel bandido llamado Martín Espinosa que hacía guerrillas en las huestes zamoranas, lanzó el grito estremecedor que todavía sentimos: “Que mueran los blancos, los ricos y los que saben leer y escribir.”

De la tenebrosa entraña de la guerra surgió el sentimiento de rechazo a la cultura y a la inteligencia que es lo que caracteriza el predominio de la mediocridad. También de ella el repudio al esfuerzo y a la constancia como medios de adquirir merecimiento social y de hacer riqueza, que es otra cara de la mediocridad.

Como ya se dijo en 1903 terminó el siglo de guerras intestinas que nos había venido azotando⁴⁶. Pero

45 / Id.: “Cachaza e improvisación judicial”. Artículo publicado en la Pág. A 4 del Diario El Nacional el 17-11-92. Negritas RHA

46 / Cf. CABALLERO MANUEL. Ob. Cit. Págs. 37 y ss.

como era natural sus consecuencias perduraron en el tiempo y algunas de ellas dieran la impresión de haber tatuado el alma nacional. La exaltación de lo mediocre pareciera entrar en esta categoría.

Con el tiempo, alejadas ya las guerras, aparecieron dos elementos que iban a dar renovado impulso al nefasto sentimiento de igualación por lo bajo y a la generalizada aspiración de obtener logros sin esfuerzos. Tales elementos fueron el populismo y el rentismo. Hijo de la demagogia política el primero y del aluvión petrolero el segundo, ambos dieron vida y presencia en la sociedad democrática y civil que entre nosotros nació en la tercera década del siglo XX a un modo de entender la vida social que, como ya se dijo, es un engendro del turbión de nuestras contiendas armadas decimonónicas.

El populismo nos convierte a todos en números, desprovistos de especificidad cualitativa; el ciudadano deviene en simple “ficha”, buena para engrosar caudales electorales y recibir la recompensa respectiva; so pretexto de reivindicación de lo popular se consagra la exaltación de lo populachero; la vulgaridad da distinción y la ineptitud aligera el ascenso. A la luz de este concepto la democracia no es otra cosa que la supresión de criterios de selección ética e intelectual para el ejercicio de cualquier posición y la relajación total de las reglas con que la cortesía quiso hacer más fáciles y menos rudas las relaciones entre los seres humanos. Cuán distinto este concepto de aquel otro que, con su voz altísima, propusiera José Antonio Ramos Sucre: “La democracia es la aristocracia de la capacidad”⁴⁷

Por su parte el rentismo hace de los integrantes de una sociedad subsidiados en lugar de contribuyentes; gracias al rentismo cada quien aspira a recibir más y a aportar menos. Conseguir todo fácil es la meta de una sociedad rentista, en la que el sentido del esfuerzo resulta una verdadera extravagancia.

Al despojar de todo valor práctico a la idea de “mérito”, el populismo y el rentismo aseguraron el imperio de la mediocridad. Hasta dónde ella llegó a ser factor fundamental de la vida venezolana fue expresado con meridiana claridad por Ramón Escovar Salom:

47 / El concepto forma parte de una serie de aforismos que, con el título de “Granizada” publicó el autor en la Revista Élite. La cita está tomada de un artículo de Jesús Sanoja Hernández, intitulado “Granizada... y no la del martes” publicado en el diario El Nacional el 27 de septiembre de 2002. En dicho artículo Sanoja se refiere a Ramos Sucre, “como un poeta, para muchos el mayor de nuestro siglo XX...”

“(..) la democracia venezolana ha premiado excesivamente a la mediocridad. Es más parece que el único título fundamental para circular en la elite del poder venezolano fuera un certificado de mediocridad y deficiencia” (...)”se ha premiado de manera deliberada a la mediocridad. Se ha convivido de manera enfermiza con la mediocridad”⁴⁸

El Poder Judicial no podía ser inmune a tan patológica situación. La mediocridad se fue extendiendo por sus predios. Cada vez fue menor el número de aquellos grandes Jueces de los que se habló párrafos atrás y aumentó la cantidad de aquellos que asumieron su oficio con la mayor de las displicencias. La morosidad en el cumplimiento de su trabajo se hizo la regla y la calidad de las sentencias descendió a niveles impresionantemente dolorosos. Si, como ya se vio, Cuenca se quejaba en 1956 de que notables sentencias se encontraban “mezcladas y hasta confundidas” con otras que le merecieron el calificativo de insulsas, es de imaginar su dolor e indignación al ver que con el tiempo el crecimiento de éstas arrojó de tal forma aquellas que llegaron a convertirse en verdaderas rarezas.

La mediocridad del Poder Judicial no fue un fenómeno producto de generación espontánea, fue claramente prohijado por las cúpulas políticas. En el trabajo ya citado Escovar Salom cuenta que siendo Ministro de Justicia llevó al Congreso el primer proyecto de Ley de Carrera Judicial, el cual, dice, fue redactado por una comisión “integrada por esclarecidos juristas del país” bajo la coordinación del Dr. José Gabriel Sarmiento Núñez, pero el proyecto “no pasó en el Congreso y tuvo todas las resistencias posibles, porque era demasiado meritocrático, según dijeron”⁴⁹.

Como es bien sabido las tierras abonadas por la mediocridad son fértiles para el nacimiento de la corrupción.

B). La segunda de las causas del deterioro de nuestro Poder Judicial fue la intromisión política en los criterios para la designación, ascenso y remoción de los Jueces, con lo que se aspiraba –y en buena medida se logró– tener Jueces obedientes a directrices de las cúpulas partidistas.

Oigamos de nuevo a Escovar Salom:

48 / ESCOVAR SALOM, Ramón. “La Justicia y el Control Democrático”. En Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 124. Enero-Junio de 1992. Pág. 54
49 / Id. Pág. 42

“No se califica a un joven de magníficos antecedentes universitarios, se busca al más mediocre porque ese puede entrar mejor en la comparsa política y ser más obediente a las consignas o a las aspiraciones de los mediocres que están más arriba”⁵⁰.

La situación fue denunciada reiteradamente: Lepervanche Parpacén en uno de sus citados trabajos dijo:

“Todas las fuerzas que pueden influir en mantener la justicia a un nivel que inspire confianza, contribuyen en Venezuela para que el pueblo no tenga fe en el Poder Judicial. La manera de actuar el Ejecutivo Nacional; la forma como se eligen los Jueces; la conducta de los magistrados judiciales, todo este conjunto de elementos que dan respetabilidad a la función, se confabula contra la recta aplicación de la ley, contra el acto de suprema afirmación nacional de impartir justicia.”.

“Poca atención ha prestado el Ejecutivo a la dignidad de la magistratura judicial. Desde los jueces, que unas veces le ha correspondido nombrar y otras señalar, a través de fieles congresantes o de sus organizaciones partidistas, hasta los locales donde funcionan los tribunales y los medios con que cuentan para impartir justicia, se nota una marcada voluntad de supeditar el poder de la justicia a otras potestades, de no darle al Poder Judicial la jerarquía que constitucionalmente lo corresponde y que es indispensable para el desarrollo armonioso de una sociedad que da traspés en busca de un destino mejor. (...)”⁵¹.

Una de las personas que tiene más autoridad para ello, pues es uno de los poquísimos Jueces que ha hecho una carrera judicial completa desde Juez de Municipio hasta Magistrado del más Alto Tribunal de la República, del cual llegó ser Vicepresidente y Presidente de su Sala de Casación Penal, Jorge Rosell Senhen, señaló que la creación del Consejo de la Judicatura constituyó un paso importante en la búsqueda de la independencia del Poder Judicial pero que “desgraciadamente fue malogrado por la pugna

partidista”, así mismo que “las razones que motivaron al Congreso para crear al Consejo de la Judicatura mediante una apresurada reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, fueron eminentemente político-partidistas” y concluye: “Este es otro ejemplo en el cual los partidos políticos se olvidan de su trascendencia histórica, para obedecer sólo a intereses individuales y egoístas. El resultado: un Poder Judicial politizado en el cual no cree la ciudadanía”⁵²

En los artículos a los que antes me referí Muci Abraham plantea el problema de la politización del Poder Judicial.

“El Consejo de la Judicatura es un organismo político” (...) “La integración de la Judicatura es una especie de réplica de la composición política del Consejo. Cada partido tiene su cuota parte de jueces y ante cualquier amenaza de reducir la cuota se arma la de san Quintín. O se repite “la noche en que los machetes alumbraron el vichada” (...) “La Justicia del Consejo de la Judicatura es la justicia de los partidos, blandengue y acomodaticia”⁵³.

En otro artículo señala que:

“La crisis comenzó cuando (los partidos) se aprestaron a colocar en la Corte y en todos los tribunales a personas complacientes y obsecuentes servidores suyos para mediatizar la justicia y ponerla a su servicio para defender al amigo o para atacar al enemigo o para defenderse de él”⁵⁴.

En un trabajo de 1965, Gustavo Adolfo Anzola Lozada, hace el siguiente comentario:

“La Constitución Nacional vigente previó la creación de este organismo (el Consejo de la Judicatura), que no existía antes y que ha sido tan cuestionado, pues por su politización, hasta

52 / ROSELL SENHEN, Jorge L. “Principios de Derecho – Educación Ciudadana”. Págs. 223 y 224. Vadell Hermanos Editores. Valencia Venezuela 1993. Hay una edición anterior, hecha por el Instituto Universitario Pedagógico Experimental de Barquisimeto en 1987, bajo el título de “Formación Ciudadana”. En ella los conceptos citados aparecen en las páginas 196 y 197. Es de advertir que para la fecha quien expresaba tan severas críticas era Juez de Primera Instancia en lo penal del Estado Lara, es decir persona que podía ser objeto de retaliaciones que perjudicaran su carrera por parte del poder político al cual estaban dirigidas tales críticas. Pero es que esta es otra de las características de la trayectoria judicial de Rosell: ella no se hizo buscando los auspicios del poder, sino enfrentándolo

53 / MUCI ABRAHAM, José. ¿Consejo de la Judicatura o de los partidos?. Reseñado en la nota 42.

54 / Id. “La Última Palabra” Artículo publicado en la Pág. A4 del Diario El Nacional el 13-10-92.

50 / Id. Pág. 54.

51 / LEPERVANACHE PARPACÉN. “El Poder Judicial ante la Opinión Pública” Revista Themis N° 4. Págs. 15 y 16

el momento en mi criterio ha producido más problemas que beneficios (...) se estableció que en él debería darse adecuada representación a las otras ramas del Poder Público. Así pues de sus integrantes, actualmente 5, antes eran 9, no sólo existe la representación del propio Poder Judicial –la Corte Suprema de Justicia designa 3-, sino que lo integra un designado por el Congreso Nacional y uno por el Ejecutivo Nacional (el Presidente de la República). Esta híbrida integración evidencia hasta qué punto el poder político integra esta institución, cuando es criterio de muchos, que una verdadera autonomía judicial sólo podría darse cuando sean los propios jueces los que gobiernen a los jueces, (...).⁵⁵

Las consecuencias de esta politización del Poder Judicial fueron las que eran de esperarse. Un viejo aforismo, enseña que “cuando la política entra al templo de la Justicia, la moral huye despavorida por la ventana”.

3. El Poder Judicial y el actual proceso político

En el punto anterior de este capítulo dije que el proceso político que vivimos no nos lleva a la mejoría sino al empeoramiento del Poder Judicial. Las dos causas que señalé como fundamentales del deterioro de nuestro Poder Judicial (prevalencia de la mediocridad y politización) no sólo siguen presentes sino que se ha logrado la increíble hazaña de batir récords que parecían insuperables. En efecto:

A) Hoy, como nunca antes en la historia de Venezuela se ha privilegiado la mediocridad. No sólo es el elevado número de personas ayunas de conocimiento y de cualquier clase de formación con altas posiciones de rectoría; es fundamentalmente la oficialización de un discurso cuya vacuidad es sólo superada por su vulgaridad; es la ramplonería enarbolada como estandarte y, por encima de todas las cosas, el rechazo de las ideas de mérito y de excelencia como elementos valorativos de las personas y de sus obras. En tal sentido resultan particularmente ilustrativas las declaraciones del Profesor Aristóbulo Istúriz, Ministro de Educación, Cultura y Deportes, tres de las actividades en las que en cualquier sociedad medianamente organizada se valora en mayor grado el mérito y se pone más énfasis en la búsqueda

de la excelencia. El ministro Istúriz dijo a El Nacional que “la meritocracia es una perversión”⁵⁶.

Tal prevalencia de la mediocridad tenía que dejarse sentir en el ámbito judicial que hoy parece un campo sembrado de nulidades, el engreimiento de algunas de las cuales nos hace recordar constantemente la famosa frase de Romerogarcía, haciéndonos sentir la dolorosa presencia del siglo XIX en los inicios del XXI. Obligado resulta señalar aquí también a las excepciones del caso, entre las que se encuentran, justo es decirlo, figuras verdaderamente notables.

La mediocridad del discurso señalador de la orientación de las políticas judiciales encuentra eco en la bajísima calidad de unas sentencias carentes de razonamiento, que se limitan a ensamblar lugares comunes, a transcribir acriticamente sentencias del Tribunal Supremo para concluir yéndose por la línea del menor esfuerzo y dejando sin resolver los verdaderos problemas que surgen de los casos judiciales. La apatía y el desinterés han dominado de tal modo la escena judicial que el símil del “mar muerto” cobra una vigencia como nunca.

El retardo judicial ha alcanzado proporciones fantásticas. Los asuntos no se resuelven y los Tribunales se entretienen con minucias que van constituyendo una tupida red que impide el avance de los procesos. Todo esto existe desde hace tiempo y así ya se dijo, pero lo que ahora tenemos frente a nosotros es la acelerada metástasis del viejo tumor.

La Constitución del '99 trae una serie de disposiciones, sin duda ajenas a la técnica constitucional, pero que podrían encontrar una explicación en la necesidad de sacar a la Justicia venezolana del marasmo en que se encontraba sumida, ahogada por el formalismo y la lentitud de los procesos. Así se consagró, entre otras cosas, que la Justicia debe ser “expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles” (Art. 26) y que “el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la Justicia” la cual “no se sacrificará por la omisión de formalidades no esenciales” (Art.257). La distancia entre el postulado constitucional y la realidad no puede ser mayor: nunca como ahora los procesos habían marchado con mayor lentitud, ni el *iter* procesal había estado tan lleno de vericuetos, ni la solución de las cuestiones que se presentan precedidas de tantas exigencias que van de lo absurdo a lo extravagante pasando por lo que es simplemente necio, todo lo cual no significa otra cosa que la elevación a la ené-

55 / ANZOLA LOZADA, Gustavo Adolfo. “El Poder Judicial en Venezuela”. En Revista Themis, órgano del Colegio de Abogados del Estado Lara, Octubre-Diciembre 1995. Pág. 97.

56 / Véase El Nacional 02/04/2005. Pág. B/12

sima de las "dilaciones indebidas"; el culto al formalismo ha alcanzado características cuasi religiosas, lo que no debe causar ninguna extrañeza, pues ello es una característica de las instituciones jurídicas sujetas al imperio de la mediocridad.

Cuando uno medita sobre esta situación de una Constitución que postula la rapidez y la sencillez de los procesos, que condena el formalismo y las dilaciones y una realidad donde los vicios condenados se han exacerbado y las metas señaladas se han hecho más lejanas, no puede dejar de pensar en toda la sabiduría que encierra la enseñanza del Libertador: "Los códigos, los sistemas, los estatutos por sabios que sean son obras muertas que poco influyen sobre las sociedades: ¡hombres virtuosos, hombres patriotas, hombres ilustrados constituyen las repúblicas!"⁵⁷:

B) intromisión política en el ámbito judicial, como se vio, tiene vieja data. La diferencia entre la situación tradicional y la actual es que lo que antaño se consideraba una aberración, hogaño es proclamado como parte integrante del Sistema: la Justicia debe estar al servicio del proceso político, los Tribunales están encargados de hacer realidad en el mundo de las relaciones jurídicas los postulados de un movimiento político en ejercicio del poder, sin que importe que ellos son compartidos sólo por una porción del país. La tradicional idea de "Justicia para todos" (base del Estado Democrático y de Derecho) ha sido sustituida por la idea de Justicia conforme a los intereses y creencias de un sector: el que gira en torno al oficialismo. El otro segmento poblacional calificado, o mejor dicho descalificado, como desafecto no tiene otra tutela para sus derechos e intereses que lo que buenamente, como si fuera una gracia, quiera concedérsele.

En un conocido texto del Magistrado José Manuel Delgado Ocando puede encontrarse una explicación del fundamento teórico de esta concepción de la Jurisdicción como instrumento de un proyecto político. Se trata de "describir la doctrina por el Máximo Tribunal, dentro de un proceso jurídico-político que ha retado la construcción dogmática del Derecho Público y la filosofía política tradicional" lo cual considera "un esfuerzo notable". Antes había señalado la Misión del Alto Tribunal: la elaboración de "una preceptiva jurisprudencial" base de "una nueva teoría de la producción jurídica originaria" que es "una for-

ma de comprender un proceso político del que depende, querámoslo o no, el destino del país"⁵⁸. No contento con esto hace reiterada manifestación de adhesión al proyecto político gobernante: "Es enaltecedor y estimulante para mí, que he revisado durante mi larga carrera académica tesis que ponen en duda el rol del Derecho en la elaboración de proyectos políticos progresistas, ver que, en este proceso, el Derecho no sólo no ha sido un obstáculo al cambio social, sino que, por el contrario, ha resultado un instrumento al servicio de la juridización, sin solución de continuidad del cambio mismo"(...) "Quizás éste sea el inicio de un clima jurídico-político para vivir la Venezuela deseable"⁵⁹. Tales expresiones me parecen inapropiadas de un Magistrado del Supremo Tribunal y de una ocasión como aquella en la cual el discurso tuvo lugar. Más inapropiado todavía me parece la repetida alusión a los adversarios del proceso en términos sutilmente descalificadores.

Igualmente inapropiada resulta la profesión de fe política que el Magistrado Omar Mora Díaz hizo apenas se encargó de la presidencia del Tribunal Supremo de Justicia.

Efectivamente, en entrevista concedida a Edgar López del diario EL Nacional, y publicada por ese periódico en el ejemplar del 5-02-05 (Pág. A/4) Mora afirma enfáticamente "Yo si soy un revolucionario" y dice andar esas actividades desde los trece años como militante de la juventud comunista, de la que se separó por ser "de la línea dura"; expresa su orgullo de haber estado siete veces preso por su vinculación al movimiento insurreccional y señala la médula de su ideología al expresar: "La lucha de clases es el motor de la historia". No tiene inconvenientes en formular juicios eminentemente políticos sobre acontecimientos ocurridos en el país. Así, sobre el 4 de febrero del '92 opina que "es una fecha histórica" y que fue "un hecho que marcó el inicio de un proceso de cambios que se venía gestando silenciosamente y que era la respuesta necesaria a la crisis de carácter económico, social, política que venía de los últimos treinta años". Con respecto a la ocurrencia del hecho sostiene: "pienso que no había otra alternativa". Establece una comparación entre los hechos de febrero del '92 y abril del '02 en estos términos: "La diferencia radical está en que el nuevo modelo

57 /) BOLIVAR, Simón. Discurso pronunciado ante el Congreso de Angostura el 15 de febrero de 1819, día de su instalación. En Obras Completas. Compilación y notas de Vicente Lecuna con la colaboración de la señorita Esther Barret de Nazaris. Segunda edición "ordenada por el gobierno de los EE UU de Venezuela por órgano de los Ministerios de Relaciones Exteriores, de Defensa Nacional y de Educación Nacional". Caracas, diciembre de 1950 Vol. III. Pág. 684.

58 / DELGADO OCANDO, José Manuel,. Discurso pronunciado el 11-01-01 en el acto de apertura del año judicial. En Utopía y Praxis Latinoamericana. ("Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social" de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad del Zulia) Año 6. N° 12. Pág.110.
59 / Id. Pág. 115

constitucional del país establece mecanismos de participación y protagonismo social que pueden canalizar la disidencia y permitir, de verdad, verdad, que la mayoría de los venezolanos puedan en un momento dado cambiar el rumbo a la situación institucional del país. Con la Constitución del 61 y un régimen de democracia puramente formal, no había participación protagónica ni posibilidad de expresar y canalizar el descontento político". Al paro petrolero lo califica de "eminente político e insurreccional" y a la solicitud del referéndum consultivo como "golpe institucional" con el cual se trató "también de crear una insurrección popular". Tampoco tiene recato en hacer su pública adhesión intelectual y emocional al proyecto político gobernante para el cual no escatima elogios: "Ahora que voy a cumplir 56 años, estoy viendo que parte de mis sueños de juventud se están haciendo realidad" (...) "Es un viejo sueño y ahora la historia nos ha dado oportunidad de ser protagonistas de ese cambio. Estoy lleno de esperanza, de optimismo, de ilusiones" (...) "En este momento Venezuela es una de las democracias más oxigenadas del mundo, como lo dijo la esposa de Mitterand" (...) "La virtud de este proceso de transformación revolucionaria que vive Venezuela es que es una experiencia original". Finalmente, el reconocimiento al liderazgo político del proceso con el cual se proclama identificado: "El liderazgo del presidente Chávez ha sido factor fundamental en este proceso de transformación"

Si las palabras transcritas son claro indicio de la idea dominante de la subordinación del Poder judicial a una orientación política, los hechos comprueban algo más: el centro del proyecto político es el Poder Ejecutivo, y más específicamente el Presidente de la República, a cuyas directrices debe someterse el Judicial.

En efecto, en el propio texto de la entrevista de López a Mora Díaz, a la cual se acaba de hacer referencia, se señala un hecho que en otras circunstancias parecería inaudito: El periodista deja constancia de que su conversación con el recién electo presidente del TSJ fue interrumpida por una llamada telefónica del Vicepresidente Ejecutivo de la República "para preguntarle por qué habían sido suspendidos tres Jueces que favorecieron a los imputados por el caso del decreto a través el cual Pedro Carmona Estanga sustituyó a Hugo Chávez en la jefatura del Estado" y añade que "el Magistrado sólo le dijo que se trataba de unos Jueces 'anárquicos' ", pero que, " a través de un encuentro más directo le explicaría en qué

consiste esta especie de purga de funcionarios calificados como 'golpistas'"

En este orden de ideas es preciso señalar algo que tal vez no tenga precedentes en ninguna parte del mundo: el que un Presidente de la República descargue su ira contra una decisión del Máximo Tribunal que no fue de su agrado y en un acto oficial televisado la califique de "plasta". Tampoco que la respuesta a lo que debería considerarse una afrenta a todo el Poder Judicial (incluyendo a los Magistrados disidentes) haya sido que la referida sentencia dictada por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, estando definitivamente firme, fuese anulada por la Sala Constitucional. Se quebrantó el principio de la cosa juzgada, a tal punto que han debido estremecerse los manes de Chioyenda; se hizo trizas del principio universal según el cual nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho; se minusvalizó a la Sala Plena al darle primacía sobre ella a una de las salas que la integran...pero el Ejecutivo, y de manera especial el Señor Presidente, quedaron complacidos.

No es ésta la única de las sentencias que no encuentran explicación en el mundo del Derecho sino en el de la política; por el contrario, el país ha visto con frecuencia inusitada decisiones aprobadas por una mayoría (¡siempre la misma!) en las que los conceptos jurídicos se saltan a la torera para complacer a las posiciones oficiales. La configuración permanente de mayorías idénticas en todos los casos de connotación política es, por otra parte, contraria a la natural tendencia a la discrepancia dentro de los cuerpos colegiados, y sólo una voluntad unificadora extraña podría explicar lo que la estadística y la psicología considerarían como imposible.

Como si fuera poco el país ha visto una y otra vez la defenestración de Magistrados que han sostenido posiciones discrepantes del oficialismo, en una situación en que, independientemente de cualquier otra circunstancia, la relación de causalidad entre la discrepancia y la defenestración es evidente de toda evidencia.

Los concursos de oposición como método de ingreso a la Judicatura fueron eliminados sin que se diera ninguna explicación plausible sobre el particular. Como consecuencia de tal eliminación ha privado la discrecionalidad en el nombramiento y remoción de los Jueces, con la consecuencia obvia: la facilitación del control político sobre el Poder Judicial. No es otro el propósito de haber acudido al insólito expediente designación de Jueces por contrato y –peor aún– por contratos a brevísimo tiempo.

En declaraciones dadas a El Nacional y publicadas en la página A/5 de la edición del 3 de febrero de 2005, el recién electo presidente del TSJ, Omar Mora Díaz, dijo: "A ese Juez hay que removerlo a como de lugar". Se refería al tipo de Juez que él consideraba como "golpista". Quien participa en un golpe de Estado incurre en un delito que debe ser sancionado conforme a la Ley; pero, como es obvio, sólo después de un "debido proceso" puede atribuírsele a alguien tal carácter, como también es obvio, para que un proceso merezca el calificativo de "debido" debe partir de la presunción de inocencia del imputado y de brindar a éste todas las garantías necesarias para su defensa. Es evidente que no puede considerarse "golpista" a un Juez que, en el ejercicio de sus funciones, absuelva a alguien acusado de participar en un golpe de Estado o que le niegue tal carácter a unos hechos a los que la acusación se lo atribuya. En definitiva ningún Juez puede removerse "a como de lugar": sólo hay una manera legítima de remover a un Juez en un Estado democrático y de Derecho: por decisión firme del órgano competente y previo debido proceso. Para lograr este propósito de remover Jueces "a como de lugar" se inventó una fórmula que, para decir lo menos, causa estupor: al Juez que se desea sacar sin proceso previo no se le destituye, se le revoca el nombramiento: "se deja sin efecto el nombramiento..."; suelen decir las resoluciones respectivas, apelando a una suerte de conjuro que nos recuerda a aquellos "ilusionistas del Derecho", los "luctuosos abogados" de Cien Años de Soledad, que "dejaban sin efecto" partidas de nacimiento y de defunción.

Se dice que alrededor del ochenta por ciento de los Jueces son provisorios. Tan elevado índice de provisoriedad, unido a las constantes destituciones, hechas muchas veces en forma humillante, ha generado un gran ambiente de temor dentro del Poder Judicial. Es impresionante ver a Jueces que no se atreven a tomar la más insignificante decisión, temerosos de las consecuencias que pudiera traerle. Ante esta situación uno no puede dejar de recordar a Couture: "El Derecho valdrá en un país y en momento histórico determinado, lo que valgan los Jueces como hombres. El día que los Jueces tienen miedo, ningún ciudadano puede dormir tranquilo"⁶⁰

Dentro de esta política de amedrentamiento del Poder Judicial, tiene significativa relevancia lo que ocurrió en Barquisimeto el pasado 2 de mayo y días subsiguientes. So pretexto de destituir una Juez que

había dado orden de libertad a un delincuente (para lo cual, como es obvio, bastaba un oficio mandado por medios regulares) el Edificio Nacional (Palacio de Justicia de la capital larense) fue tomado militarmente; todas las personas que allí estaban (entre ellas, además de Jueces, funcionarios y abogados, testigos, expertos y particulares que gestionaban sus asuntos o atendían a llamados judiciales) fueron desalojados por la soldadesca que igualmente obligó a cerrar audiencias y despachos ya iniciados, en claro atropello a la autoridad del Juez. Un acontecimiento como éste no se había visto en ni en la época de nuestras peores dictaduras; a continuación se anunció públicamente la suspensión (sin previo proceso) de 16 Jueces a los cuales se hizo la generalizada atribución de estar incurridos en graves faltas a sus deberes, de la comisión de serios delitos e incluso de vinculación con el narcotráfico, pero sin hacer ninguna clase de señalamientos específicos y mucho menos aportar pruebas de ninguna especie.

Lo que acabo de señalar lo expresé en la exposición oral que aquí reconstruyo. Ahora debo añadir que al momento de escribir este texto (octubre de 2005) la situación sigue igual: las graves acusaciones formuladas permanecen sin respaldo, ninguna de las víctimas de tan afrentosos señalamientos ha sido condenada ni desagraviada.

El Edificio Nacional permaneció varios días cerrados sin explicación alguna, los Jueces iban a sus alrededores a pedir información que no se les daba: cuando al fin les fue permitida la entrada, ella fue precedida de humillante requisita por alguaciles, como ya se dijo. Posteriormente se hicieron otras remociones, también signadas por la arbitrariedad. El Colegio de Abogados del Estado Lara y su unidad académica, el Instituto de Estudios Jurídicos, publicaron sendos comunicados de repudio a tan atropellante procedimiento⁶¹. Igualmente dejaron sentir su rechazo diversas instituciones de la Sociedad Civil y numerosos abogados a título particular a través de declaraciones o artículos publicados en los medios de comunicación regional. Todas las expresiones de protesta quedaron sin respuesta.

En los párrafos precedentes he referido el aumento de la mediocrización y de la politización del Poder Judicial. El incremento de la corrupción no es otra cosa que su consecuencia natural. El **coeficiente de idoneidad**, del que antes había hablado, nunca estuvo

60 / COUTURE, Eduardo J. "Introducción al Estudio del Proceso Civil", En Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Tomo XVI (junio a diciembre de 1951) N° 3 y 4. Pág. 114.

61 / Fueron publicados en el diario El Impulso de Barquisimeto los días 5 y 18 de mayo de 2005, respectivamente.

tan bajo. Pero hay algo todavía más grave: los vientos que soplan amenazan con hacerlo descender.

4. Respuesta tradicional a la debilidad de nuestra institución judicial

¿Cuál fue respuesta de la sociedad venezolana, y señaladamente de la abogacía, al tradicional deterioro del Poder Judicial? La respuesta fue la apatía, la indiferencia, el dejar que las cosas siguieran su curso normal. Una sociedad conformada por la mediocridad y adormecida por el rentismo, careció de resortes intelectuales y éticos para enfrentar tan serio problema. Hubo voces aisladas, algunas muy vigorosas como las transcritas, pero no hubo un movimiento social, ni siquiera la acción organizada de la abogacía, destinada a luchar por un Poder Judicial independiente, competente, honesto, laborioso; en una palabra: idóneo.

Lepervanche Parpacén, señaló esta debilidad de nuestra conducta social cuando dijo:

“Disponemos de los medios idóneos para ejercer el control de la actividad de los funcionarios públicos. Pero no hacemos uso de esos medios. Y de tanto no hacer uso de ellos hemos llegado a olvidar que existen”.

El nombrado autor atribuye tal actitud a la tradición autoritaria:

*“Hemos vivido bajo el signo del temor. Del temor al hombre fuerte, del temor al grupo despiadado, del temor al partido dominante”*⁶².

Efectivamente esta parece ser una característica de las sociedades largamente sometidas al despotismo. Así, con respecto a España, lo observó Ossorio en un texto de 1929, en el que se queja de la indiferencia general ante la cuestión de la Justicia, lo que consideraba una suerte de pecado colectivo de la sociedad española de ese tiempo. Estas son sus palabras.

“Se habla de reformas radicales en la Justicia. Mucho tiempo hace que debieron ser acometidas. Pecaron los partidos históricos al desdeñar tan alto menester; la última vez, cuando llevó a las Cortes un proyecto completo y

62 / LEPERVANCHE PARPARCÉN, René. “EL PODER JUDICIAL y comentarios a decisiones de la Corte Suprema de Justicia”. Págs. 8 y 9.

*orgánico el Gobierno nacional, presidido por D. Antonio Maura, de ejemplar memoria. Pecó la dictadura que, si de algún modo pudiera lograr el perdón de haber existido, habría sido consumiendo la voluntad en satisfacer las tres grandes necesidades nacionales: Ciudadanía, Instrucción y Justicia, más desmedradas y entecas hoy que hace cinco años. Pecaron los profesionales, más diligentes en arropar sus conveniencias que en dar centinela al interés público. Pecó la sociedad toda, desentendida neciamente del tema, como si la Justicia fuese oficio de unos cuantos y no sustancia íntima de los grupos humanos civilizados.”*⁶³

Bien caro costó a España su indiferencia. Y aunque (al menos todavía) a mucho menor precio, también nosotros hemos pagado cara la nuestra.

5. Necesidad de una nueva respuesta: la lucha

¿Cuál debe ser la actitud de la sociedad venezolana, y de manera especial de la abogacía, si se quiere lograr para el país un Sistema Judicial idóneo? La lucha. Tan breve respuesta requiere, empero, algunas precisiones:

A) Un buen Sistema Judicial es un espacio que la sociedad debe ganar al poder. Desde el momento mismo en que los hombres se organizaron en sociedades y tuvieron que confiar la dirección del grupo a una autoridad con aptitud de imponer coactivamente sus decisiones, surgió la necesidad de controlar esa autoridad para que no degenerara en autoritarismo. También desde ese mismo momento, la tendencia de la autoridad a no dejarse controlar o, por lo menos, a reducir al mínimo ese control. Alrededor de la autoridad ha estado girando lo que con palabras tomadas en préstamo a Jean-Francois Revel pudiéramos llamar “la tentación totalitaria”⁶⁴. Así ha sido desde el inicio de los tiempos y así será hasta la consumación de los siglos.

A estas alturas de la experiencia histórica puede observarse que la combativa vigilia de las sociedades, su sostenido esfuerzo para controlar el poder, es el único antídoto eficaz contra tan funesta tentación, que cada vez que logra realizarse (y han sido muchas)

63 / OSSORIO y GALLARDO, Ángel. La Justicia. Tomo II. Pág. 9. E.J.EA. Buenos Aires 1961. La dictadura a que se refiere es a la del General Miguel Primo de Rivera, quien gobernó a España de 1923 a 1930, durante el reinado de Alfonso XIII. El gobierno de Primo de Rivera se divide en dos segmentos: uno que va de 1923 a 1925, conocido como período militar y otro que va de 1925 a 1930, conocido como período civil.

64 / Tal es el título de un libro del nombrado autor, cuya edición española estuvo a cargo de Plaza & Janes. Barcelona, España. 1976.

ha dejado terribles consecuencias para el país en que se impone, y en ocasiones para el género humano.

Un buen Sistema Judicial es, por excelencia, el método de control al ejercicio del poder. Aquel impide que éste se desbande y atropelle a los ciudadanos, garantiza a estos el disfrute de sus legítimos Derechos y brinda tanto a los individuos como a las organizaciones que integran el conglomerado social la seguridad de que pueden vivir y trabajar en paz y bajo el imperio de la Ley.

Por eso el primer impulso que “la tentación totalitaria” incuba en la mente y el espíritu de quienes ejercen el poder es el sometimiento de la justicia a su voluntad política. Por eso el mayor esfuerzo de las sociedades que aspiran a vivir en un orden democrático debe estar dirigido a imponerle al poder un Sistema Judicial independiente que someta su actuación al cauce que le señala la Ley. Aspiración del poder a controlar la Justicia y aspiración de la sociedad de que sea la Justicia quien controle al poder han sido el alfa y el omega de una lucha histórica de cuyos resultados ha dependido –¡nada menos!- que en las distintas circunstancias de lugar y tiempo se haya respetado o escarnecido la dignidad humana. Convertir a esa sociedad pasiva y adormecida en una sociedad luchadora y despierta, es la única forma posible de conquistar para Venezuela el gran Poder Judicial que pueda caracterizarla como una gran nación.

El primer paso que debe darse en la conquista de ese ideal de conseguir para el país una organización judicial de primera, es sembrar en la conciencia social la idea de que ello sólo es posible mediante la lucha, de una lucha permanente, que no termina nunca, pues no basta con obtener una meta sino que es necesario mantenerla y superarla. Es preciso que se tenga conciencia de que jamás se puede bajar la guardia porque, aún en los momentos de mayor seguridad y fortaleza institucional, la tentación totalitaria siempre estará al acecho y, como los gérmenes patógenos, aprovechará cualquier debilidad del sistema defensivo para hacerse presente con toda su carga mórbida.

Sólo un país convencido de que la lucha es el único instrumento válido y efectivo para conseguir y disfrutar de los grandes propósitos que hacen digna la vida de los hombres y de las naciones puede encontrar fuerzas suficientes para emprender esta tarea dura, tan llena de obstáculos, en la cual los logros serán muchas veces imperceptibles y lejanos en el tiempo. Tal vez sea entonces importante recordar los

párrafos con que Ihering quiso terminar su famosa obra “La Lucha por el Derecho”:

*“La lucha es el trabajo eterno del derecho. Si es una verdad decir: Ganarás tu pan con el sudor de tu frente, no lo es menos añadir también:
Solamente luchando alcanzarás tu derecho.*

Desde el momento en que el derecho no está dispuesto a luchar, se sacrifica; así podemos aplicarle la sentencia del poeta:

*Es la última palabra de la sabiduría
que solo merece la libertad y la vida,
el que cada día sabe conquistarlas.”⁶⁵*

B) Decir que se debe luchar por conseguir un buen Poder Judicial es una afirmación tan general que la hace inepta como guía para un combate social con perspectivas de éxito. Resulta menester entonces señalar que un sistema de carrera y la efectiva garantía de su independencia son presupuestos esenciales para la existencia de un Poder Judicial idóneo. La lucha para conseguirlo debe acentuarse en esos dos aspectos: carrera judicial e independencia de los Jueces.

La carrera judicial debe estar estructurada en torno a un conjunto de procedimientos destinados a hacer posible la prevalencia del mérito como elemento que permita el ingreso al Poder Judicial y determine la permanencia y los ascensos dentro del mismo; debe también comprender un régimen de remuneraciones destinado a premiar el mérito. La carrera judicial debe, pues, ser eminentemente meritocrática. Es más, la carrera judicial o es meritocrática o no es tal.

Si como dijo Couture: “De la dignidad del Juez dependerá la dignidad del Derecho” y “El Derecho valdrá en un país y en un momento histórico determinado, lo que valgan los Jueces como hombres”⁶⁶, la carrera judicial tiene que tener la clave para garantizar que los Jueces sean escogidos entre lo más valioso de un país. El mismo maestro sureño significaba cuán

65 / IEHERING, Rudolph. “La Lucha por el Derecho”. Pág. 112. Editorial Temis. Bogotá 1990. El poeta a quien se refiere es a Goethe y el texto que transcribe pertenece al último parlamento de Fausto poco antes de morir (GOETHE, Johann Wolfgang. “Fausto”. En “Obras Completas”. Tomo III. Pág. 1.491. Aguilar. Cuarta Edición. Primera reimpression Madrid.1973). Una concepción humanista de la vida y de la libertad impide aceptar que sólo las merezcan quienes luchan por ellas; pero una mirada realista a la historia nos demuestra que, independientemente del derecho innato que todo tenemos, sólo alcanzan a disfrutarlas los hombres y los pueblos “que cada día saben conquistarlas.”
66 / COUTURE, Eduardo J. “Introducción al Estudio del Proceso Civil”, reseñado en la nota 57.

delicada es la elección del Juez, pues se trata de “elegir a un hombre a quien ha de asignarse la misión casi divina de juzgar a sus semejantes”, por eso considera indispensable que en dicha elección se excluyan “las razones de carácter político que pudieran interferir” y concluye: “Donde en la elección del Juez pueda tener un predominio directo algún poder del Estado de carácter esencial o primordialmente político, la Justicia se encuentra gravemente comprometida”⁶⁷

Todo lo que tenga que decirse en torno a la independencia judicial está dicho en la breve y certera sentencia del mismo Couture: “La independencia del Juez es el secreto de su dignidad”⁶⁸. O sea: donde no hay independencia, no hay Jueces dignos y, como consecuencia de ello, el Derecho, en su instancia práctica, carece de valor: es simple letra muerta, incapaz de brindarle a los ciudadanos la protección que esperan de él.

Tradicionalmente ha habido muchas maneras de interferir, mediatizar o disminuir la independencia judicial. Párrafos atrás señalé algunas de las maneras prácticas que en Venezuela se han utilizado y se utilizan para ello. Ahora debo añadir una nueva que me parece gravísima: el establecimiento de sentencias vinculantes: el Juez pierde autonomía y se convierte en simple vocero no de la Ley, como pretendían algunos puristas clásicos, sino de una instancia superior que queda convertida así en hegemonía ideológica del Sistema Judicial, del cual queda excluido el pluralismo: la más enriquecedora condición del quehacer humano, la más efectiva vacuna contra el virus insidioso de la mediocridad.

El establecimiento de la carrera judicial y la garantía de la independencia de los Jueces no son suficientes para consagrar la idoneidad del Poder Judicial. Pero son absolutamente indispensables. Por eso, la lucha por el establecimiento de un Poder Judicial idóneo es, en primer término, la lucha por la carrera judicial y por la independencia de los Jueces.

La lucha que aquí se propugna es una lucha de la sociedad venezolana toda. A la abogacía le corresponde la tremenda responsabilidad de estar a la vanguardia de ese combate.

No se trata, como ya se dijo, de una misión que corresponda a los abogados como pluralidad heterogénea sino a la abogacía como clase profesional. Por eso la lucha debe tener carácter corporativo: Los Colegios de Abogados, las Facultades de Derecho,

las ONG^s que trabajen en el sector justicia (como Consorcio Desarrollo y Justicia, la entidad co-patrocinante del evento en que tuvo lugar la exposición que aquí se reconstruye) deben ser los instrumentos de esta gran tarea.

Puede decirse, sin ningún género de dudas, que la responsabilidad histórica de la abogacía venezolana en este momento es librar, a través de sus organizaciones gremiales y académicas, la gran batalla por la consecución del Poder Judicial que el país necesita.

D) ¿Qué es lo que debe hacerse? Colocar a los temas de la Justicia y del Poder Judicial en la primera página de la agenda nacional, hacer de ellos el tema central de nuestro debate público. Eventos como el realizado en la Universidad Metropolitana el 31 de mayo deben multiplicarse. Los Colegios de Abogados deben darle prioridad a la discusión de tales temas y a la difusión de las ideas que en tales discusiones se expongan. Instituciones como la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y las diferentes asociaciones que agrupan a diferentes juristas cultores de distintas especialidades, tienen una palabra importante que decir.

El tema, sin embargo, no puede quedarse en el ámbito exclusivo de los juristas: debe llevarse a otros gremios profesionales, empresariales y sindicales. Las comunidades de vecinos, los grupos de reflexión, los clubes de servicio deben ser abordados para esta discusión.

Es preciso acudir a todos los medios de comunicación social en forma programada y constante; conseguir y mantener espacios en revistas de difusión de ideas, crear órganos especializados y asegurar su circulación⁶⁹, promover foros en Internet.

69 / En Barquisimeto funcionó, y cumplió notable actuación por más de 15 años, el Diario de Tribunales, periódico especializado en asuntos forenses y que cubría noticias de medios tribunales y gremiales, publicaba sentencias y comentarios sobre las mismas, artículos de opinión (principal pero no exclusivamente sobre cuestiones jurídicas o de alguna manera vinculadas a la actividad forense), entrevistas a personalidades del Foro. El periódico mantenía corresponsalía en la Capital de la República y en varios estados, por lo cual su cobertura, tanto en lo informativo como en lo crítico, los abarcaba. Su circulación comprendía también buena parte del territorio nacional. Esta brevíssima reseña quedaría incompleta si no se añade que la imparcialidad, la seriedad y la honradez caracterizaron su línea editorial y la sobriedad y corrección el estilo de sus escritos. Propietario, fundador y director de Diario de Tribunales fue Manuel Torres Godoy, talentoso y honesto periodista de gran sensibilidad para el fenómeno jurídico. Murió en 1939 y el periódico lo sobrevivió poco tiempo. El Colegio de Abogados del Estado Lara, con grandes esfuerzos tanto económicos como de trabajo, está tratando de sacar un pequeño órgano informativo que se llama Foro Larense, del cual sólo se han publicado dos números y se anuncia un próximo tercero. Lo dirige el tesorero de la junta directiva, Dr. Enrique Romero Perdomo. El Dr. Argenis Román, patriarca de la abogacía larense y por su jerarquía científica y moral una de las más altas cifras de nuestro foro, creó y dirige el programa radial “El Abogado y su Comunidad”, que tiene más de 34 años en el aire. La televisión regional transmite dos programas denominados “Tribuna Jurídica” y “Enfoque Jurídico” respectivamente a cargo de los colegas Ángel Carrillo Lugo y Domingo Salgado.

67 / Id. “Estudios de Derecho Procesal Civil”. Tomo I. Pág. 148. Segunda edición. Depalma. Buenos Aires. 1978
68 / Id. Pág. 152

Hay que orear la discusión con aires foráneos. Debe invitarse a profesores extranjeros a que vengan ilustrarnos con la experiencia de sus respectivos países. Debemos ir a instancias internacionales a plantear nuestros problemas y a solicitar respaldo a nuestra lucha. Cada Colegio de Abogados debe constituir comisiones ad-hoc destinadas a supervigilar el funcionamiento del Sistema Judicial y a divulgar las observaciones que de esa supervigilancia surjan. Tales comisiones deben estar constituidas por abogados de la mayor seriedad profesional y su conjunto integrará una importante red de veedores que sin duda prestará gran contribución al buen funcionamiento del Sistema Judicial.

¿Pero será lógico pensar que esa red de veedores esté constituida sólo por abogados? Me parece que no y que ella puede recibir muchos aportes de gentes que vengan de otras actividades. Responsabilidad de los Colegios de Abogados es organizar cada comisión, designar para ellas miembros suyos de alta credibilidad e incorporar otras personas de la misma condición moral. También es responsabilidad de los Colegios garantizar la divulgación de las observaciones que hagan estas juntas observadoras.

Estimular un sistema organizado de crítica jurisprudencial es otra importantísima tarea. Las Facultades de Derecho deben incluir en sus *pensa* la crítica jurisprudencial, ora como asignatura ora como seminario. Los Colegios de Abogados deben estructurar programas destinados al análisis crítico de las sentencias dictadas por los distintos Tribunales, tanto los de su respectiva Jurisdicción como los de otras y por supuesto las del Máximo Tribunal. Las distintas instituciones académicas vinculadas a las ciencias jurídicas, así como las ONG^s que actúan en el sector Justicia, deben coordinarse en este esfuerzo. Las revistas científicas relativas al Derecho deben darle cada vez más importancia a la inclusión de trabajos de crítica jurisprudencial. Pero es también importante que se conozca de tales trabajos través de órganos divulgativos.

En 1944 Loreto publicó un extenso trabajo destinado a señalar la necesidad e importancia de la crítica de las decisiones judiciales. La contundencia de los conceptos expresados y la alta autoridad del autor justifican la cita extensa que a continuación hago:

“Todas las manifestaciones culturales de un pueblo deben estar abiertas a las posibilidades de un examen desde las más variadas posiciones del espíritu. Esta posibilidad de libre examen constituye el clima necesario para que el pueblo

pueda progresar y cumplir en el mundo elevados destinos. Sobre la voluntad y la inteligencia de quienes forjan en el tiempo la historia de una nación debe caer a cada instante la voz elevada y serena de la crítica. (...)”.

“(…) Murmurar de los jueces, es un crimen, criticar sus decisiones en público con justas e ilustradas razones, es elevada función ciudadana. (...) Criticar con palabras airadas y procaces, sin razones y fundamentos serenos y atendibles, es más grave que murmurar, porque la crítica falaz e intemperante concita los ánimos a la desobediencia, al desorden y al vilipendio de la magistratura. (...) El pueblo que quiera vivir libre, dueño de un espíritu luminoso, debe organizar la crítica judicial que ha de orientarlo en el camino de su historia y de su cultura. Pero más que por las leyes que fijan las lindes de la libertad de pensamiento, traspasadas las cuales el pensamiento mismo se hace arbitrariamente iconoclasta y disvalioso, la crítica auténtica y fecunda debe organizarse con las fuerzas éticas de los ciudadanos, que los lleve a forjar un sistema moral que gire sobre la estimación serena que haga cada quien de su propio valer, de su destino y de la dignidad de los demás”⁷⁰

También me parece importante citar lo que al respecto dice Lepervanche Parpacén:

“No hemos tenido en el país una crítica permanente a las decisiones judiciales, hecha por juristas, publicadas en órganos científicos de difusión, como sucede en otros países, y esto ha contribuido, en parte, a esa ignorancia de las decisiones judiciales, a ese no conocer a tiempo y ampliamente las injusticias que todos padecemos. Es necesario comentar las sentencias, darles difusión, alabar las buenas, atribuyendo mérito a sus autores, y atacar las malas”.

“Es necesario que la actuación de los jueces esté siempre bajo el sol. Y que sobre ellas esté reflejado un rayo de luz permanente, señalando

70 / LORETO, Luis. “Crítica de las Decisiones Judiciales” en “Ensayos Jurídicos”. Págs. 555 y 558. Ediciones Fabretón-Esca. Caracas 1970. Originalmente el trabajo fue publicado en los Nos. 3 y 4 de la Revista de Derecho. Julio a diciembre de 1944

los aciertos y los errores. Hay que preocuparse por los votos salvados de los Magistrados, para indicar cuáles responden a un hondo sentido de justicia, y cuáles son producto del deseo de obtener prestigio intelectual o de crearse un ambiente político favorable”.

“Todo esto es indispensable si queremos que los tribunales impartan justicia, pues jueces que saben que su conducta no es vigilada, que no son apreciados en sus virtudes y criticados en sus malas acciones, son proclives a seguir los dictados del capricho más que los del derecho y la justicia. (...)”⁷¹

La lucha que tiene que afrontar la abogacía venezolana para conseguir el propósito que se ha venido señalando es una de grandes proporciones. Toda gran lucha necesita de un evento impactante. Me parece que uno adecuado sería la celebración de un Congreso Nacional de Abogados, al estilo de los que se celebraban años atrás y que tuvieron gran significación en la vida forense del país. El adormecimiento ciudadano producto del rentismo y la prevalencia de la mediocridad acabaron con tales eventos. En el renacer de una Venezuela dispuesta a la lucha, un evento de esta naturaleza puede tener gran significación.

Un Congreso de Abogados destinado a estudiar con seriedad, con altura, con coraje, el problema de la administración de Justicia en Venezuela sería un hito importantísimo en la larga marcha que tenemos por delante.

Es preciso escoger un temario que contemple los más importantes aspectos de la cuestión, lograr un panel de expositores de alta calidad y que representen un amplio espectro ideológico, elaborar un adecuado régimen de debates que garantice la amplitud de la participación y la agilidad del funcionamiento, procurar la asistencia de expositores y observadores extranjeros y asegurar la publicidad de las deliberaciones y las conclusiones son las claves del éxito.

He insistido en la necesidad de debatir en todos los ámbitos el tema de la Justicia y acabo de sugerir la realización de un Congreso de Abogados destinado a tal fin. Pero ¿Cuáles son los puntos de análisis en tal discusión?

Debe en primer lugar hacerse una seria labor de denuncia de todas las tropelías en que se incurra en la implementación de las políticas judiciales; también de todas aquellas que cometan los Jueces y demás funcionarios en el ejercicio de sus funciones; debe considerarse a la mediocridad como una lacra y sus expresiones concretas deben ser señaladas y repudiadas; el combate contra la corrupción no admite treguas ni discriminaciones. La seriedad en los planteamientos –nunca será suficiente la insistencia que se haga en ello- debe ser característica de esta tarea de denuncia para que ella pueda ser efectiva.

Pero no podemos quedarnos en la denuncia. Hay que construir, proponer y luchar por soluciones alternativas que signifiquen cambios estructurales en nuestro Sistema Judicial para que pueda superar su estado de estancamiento intelectual y elevar su dignidad moral.

La sociedad venezolana, encabezada por la abogacía, tiene que diseñar el proyecto de Poder Judicial deseable para la Venezuela del siglo XXI. El primer aspecto de este diseño está referido a la carrera judicial. El segundo tiene que ver con la garantía de la independencia judicial y los límites de los poderes del Juez. Debe elaborarse el perfil de un Juez que sea garante de los Derechos de los ciudadanos y barrera de contención contra la vocación cesarista de los gobernantes. Y debe estructurarse el conjunto de medios que haga posible que la figura real del Juez coincida con el tipo ideal elaborado.

La gran batalla que en este orden de ideas tiene que librar la sociedad venezolana (y dentro de ella, de manera especial, la abogacía) es para lograr la preeminencia de la iniciativa social en el diseño de las políticas que han de orientar el sector Justicia. Es decir, hay que lograr que ese proyecto sea elaborado en el seno de la sociedad e impuesto por ella al poder: al revés de lo que tradicionalmente ha ocurrido, está ocurriendo y amenaza a continuar con mayor gravedad: las orientaciones generales de la política judicial son elaboradas por cenáculos al servicio de poder que se las impone a la sociedad que las acepta resignadamente.

Como se ve el reto que tenemos por delante es tan difícil como hermoso.

E) ¿Qué se necesita para llevar a cabo tarea de tan grandes proporciones y de tan trascendente finalidad?

Lo primero que se requiere es rectitud de intención, honestidad de propósitos. No se trata de procurar cambios gatopardianos ni de sustituir estructuras corruptas y mediocres por otras afectadas por

71 / LEPERVANCHE PARPACEN. “El Poder Judicial ante la Opinión Pública” Revista Themis N° 4. Págs. 22 y 23

iguales vicios, ni de desplazar a unos beneficiarios de un sistema inicuo para colocar en su lugar a otros para que sigan aprovechándose de un sistema tal vez aparentemente modificado pero igualmente inicuo. De lo que se trata es de darle al país un sistema verdaderamente idóneo.

Se requieren conocimientos, cultura y sobre todo criterio (la más difícil manifestación de la inteligencia humana) porque lo que está planteado no es producir un cambio “salga sapo, salga rana”, sino que el producto del mismo debe ser fruto madurado del estudio, de la observación, de la reflexión.

Se necesita saber mirar hacia afuera para aprovechar la enseñanza de la experiencia universal y también hacia adentro para observar los signos de una realidad que sería suicida desconocer.

Se necesita imaginación porque no conseguiremos formularios completos que nos resuelvan todos los problemas y no serán pocos los casos en los que haya que inventar soluciones inéditas.

El éxito de la labor a emprender exige de mucha humildad para escuchar todas las críticas y reconocer todas las equivocaciones y así poder aplicar las enmiendas y correctivos.

Indispensables el tesón y la paciencia porque la lucha es larga y no dará frutos inmediatos. Jamás olvidar el consejo de Couture: “Ten paciencia. El tiempo se venga de las cosas que se hacen sin su colaboración”⁷².

Grande será la demanda de dinero porque un programa de acción como el que es necesario para emprender una lucha como la que está planteada implica elevados y crecientes costos.

Pero por encima de todo se requiere coraje. La primera exigencia de cualquier lucha se refiere al valor personal de los combatientes. La que debemos emprender es, ya se dijo, una lucha contra el poder destinada a impedir que éste controle a la institución precisamente concebida para controlarlo a él. Ingenio sería pensar que el poder no va a usar toda su fuerza en reprimir a quienes se le enfrentan.

Creo dable presumir no faltará en la abogacía el coraje necesario para asumir una empresa como la que aquí se plantea. Al fin y al cabo el coraje es condición propia de la configuración espiritual de los abogados, pues la vida de estos es la de enfrentamiento constante con los más disímiles adversarios y, en definitiva, lucha perpetua contra el poder en

defensa de los fueros ciudadanos. Fue por eso, sin duda, que René De Sola, dirigiéndose a un grupo de jóvenes recién egresados que lo escogieron para apadrinar su promoción dijo: “Abogado no puede ser quien carezca de valor personal. No el valor del matón y el guapo, sino el temple moral para sobreponerse a las amenazas de la brutalidad y de la barbarie y marchar serenamente por el recto camino de la Justicia”⁷³

La primera y fundamental condición para la lucha que la construcción de un Poder Judicial digno exige es apartar toda clase de temores. Para cumplir el exigente cometido que esta hora singular de nuestra historia le impone, la abogacía venezolana debe convertir en consigna la idea enarbolada por Juan Pablo II en el momento mismo de iniciar un pontificado que sabía lleno de retos y con la cual hizo a su grey una precisa indicación: No hay que tener miedo.⁷⁴

IV. Acotación final

De los abogados se ha dicho que somos sacerdotes de la Justicia y del Derecho⁷⁵. Ojalá los abogados de Venezuela (tanto en lo individual como colectivo, tanto en lo que nos atañe en forma personal como en lo que nos compete en forma corporativa) sepamos estar a la altura de la inmensa responsabilidad que tal sacerdocio conlleva.

Una responsabilidad que no cesa en el tiempo, que implica consagrarse a una faena en la que los reveses están en cada esquina mientras que los logros se obtienen al cabo de largas jornadas, y, por tanto, propicia para que cunda el desánimo. ¿Tendrá sentido esto que estoy haciendo? Es una pregunta que nos increpará una y otra vez.

Muci Abraham terminó la serie de artículos a los que antes me referí con esta pregunta “¿Tendrán resonancia estas palabras o habré perdido mi tiempo?”⁷⁶ Los años transcurridos y lo acontecido durante tal lapso pudiera hacer pensar en la segunda de las posibilidades. Tal conclusión sería, sin embargo, falsa. A pesar de apariencias en contrario, nunca es perder el tiempo trabajar por una buena causa. La semilla sembrada podrá tener mucho tiempo de vida latente, pero llegará el día en que dará su fruto. Toda

73 / DE SOLA, René. “Discurso pronunciado en el acto de graduación de la promoción de abogados, Dr. René De Sola de la Universidad Católica Andrés Bello”. En Ob. Cit. Pág. 21.

74 / Cf. GERVAIS, Marc-Eric. “Juan Pablo II. El Hombre y la Historia del Siglo XX”. Págs. 21 y 22. ELSA Editions. Milán 1998. La frase textual es “¡Non abbiate paura!”, que traduce “No tengáis miedo”.

75 / ULPIANO. Libro de las Instituciones. Digesto. Libro I. Título I. Fragmento I

76 / MUCI ABRAHAM, José “¿Hay Justicia en Venezuela?”. Artículo publicado en la Pág. A4 del Diario El Nacional el 24-11-92

72 / COUTURE, Eduardo J. “Los Mandamientos del Abogado”, Pág. 12. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1962. Es el texto del 7º Mandamiento.

palabra de bien tiene resonancia perpetua y si en un momento no consigues escuchar, en algún otro llegará al corazón de alguien que la convertirá en guía que conducirá a la ansiada meta.

En uno de sus instantes de mayor pesimismo el Libertador llegó a sentir que toda su obra fue tan inútil como si hubiese arado en el mar.⁷⁷ La respuesta le llegó una centuria después en el verso con el cual un poeta quiso significar que ninguna tarea es vana, ni nunca es perdido el esfuerzo del surcador. Por eso cuando nos tiente el desánimo, cuando tendamos a sentir que nuestra lucha tiene la inutilidad de una labranza marítima, recordemos entonces el decir de Miguel Otero Silva:

*"Arar nunca es en vano. Ni en el mar..."*⁷⁸

77 / BOLÍVAR, Simón. Carta al General Juan José Flores. (8 de noviembre de 1830). En Ob. Cit Vol. III. Pág.501
78 / OTERO SILVA, Miguel. "El Libertador". En "25 Poemas". Pág. 17. Editorial Élite. Caracas 1992.



Resumen

Las siguientes líneas pretenden realizar un análisis del uso de la violencia legítima estatal en la sociedad moderna, medio que se pone de manifiesto a través de la estructura penal de cada Estado. Se busca de esta manera analizar la respuesta violenta del Estado ante los hechos violentos mediante el uso del Derecho Penal, describiendo exhaustivamente cómo el recurso indiscriminado a normas punitivas, lejos de brindar seguridad, arma una estructura punitiva al alto precio de la reducción de los espacios de libertades y garantías ciudadanas, convirtiendo así la respuesta estatal ante la violencia en un hecho violento en sí mismo.

La búsqueda de la seguridad ciudadana, en concordancia con el uso de normas penales equilibradas y efectivas en la disminución de los índices criminalidad, sólo será posible en la medida en que coexistan con el respeto a los derechos fundamentales de la población. Esta interacción entre acciones contra la violencia y derechos fundamentales, nos colocará frente a la realidad del incremento de la violencia en sociedades con altos niveles de represión, en las cuales se ha llegado a un punto de "brutalización" de las medidas estatales, por no reconocer éstas el obligatorio resguardo de los derechos fundamentales, en virtud del necesario cumplimiento "eficaz" de sus fines.

En general, el propósito del presente artículo es presentar un análisis del estado de fragilidad en que se coloca a la sociedad ante Estados de Derecho "ambivalentes", debido a su capacidad para ser garantes y la vez enemigos de las libertades públicas. Deseable es hacer ver a los operadores políticos encargados del diseño de la política criminal de nuestras sociedades, la fragilidad de la idea de eficacia milagrosa del recurso al Derecho Penal como solución a los problemas y carencias sociales, desvirtuando las funciones y amenazando los principios del Estado de Derecho.

DE LA VIOLENCIA ESTATAL AL ESTADO VIOLENTO

La violencia legítima estatal en permanente desafío

Sumario:

- I. Introducción
- II. Violencia:
 - a. Entendiendo la violencia.
 - b. Definir la violencia:
 - b.1) Violencia-poder.
 - B.2) Violencia-conflicto.
 - c. Formas de manifestación de la violencia
 - d. Tipos de violencia:
 - 1) *Violencia física.*
 - 2) *Violencia institucional.*
 - 3) *Violencia estructural.*
 - e. Violencia política:
la puerta al reaccionarismo penal.
- III. Violencia penal:
 - a. La violencia penal estatal: *¿violencia o potestad?*
 - b. Diseño de la violencia estatal
 - c. Ejercicio de la violencia penal.
- IV. Lineamientos penales del estado de derecho
- V. Síntesis

Germán J. Briceño P.

Abogado -UCAB, Venezuela-.
Legum Magister y Doctorando
-Albert-Ludwigs Universität
Freiburg, Alemania-. Investigador
invitado en el Instituto Max-
Planck para el Estudio del Derecho
Penal Internacional y Extranjero,
Friburgo de Brisgovia, Alemania.
Profesor invitado del Diplomado
de Estudios Avanzados en Derecho
Penal Internacional -Universidad
Metropolitana, Caracas-. Presidente
de la Junta Directiva de la
Asociación Venezolano-Alemana de
Juristas (AVAJURIS). Becario de la
Fundación Konrad Adenauer.

Abstract

The following lines are aimed to analyze the use of the legitimate violence in the modern society, what is made clear through the law structure of each state. The violent response of the state will be analyzed, in order to give an exhaustive description in which the use of the criminal law is a violent reaction to the violent phenomenon, with the further intention of showing how the indiscriminate resource to punitive norms, far from offering security, actually develop a punitive tool at the high price of the reduction from spaces of freedoms and civil guarantees, turning the state's response toward the violence in a violent fact itself.

The search for civil security, in accordance with the use of balanced and effective criminal law norms aimed to decrease the delinquency indexes, will be only possible as long as they coexist with the respect to the fundamental rights of the population. This interaction between actions against the violence and fundamental rights will increase the violence in societies with high levels of repression, in which it has gone over to a point of brutalization of the state measurements, since they do not recognize the obligatory respect of the fundamental rights, by virtue of the necessary "effective" fulfilment of its aims.

In general, the intention of the present lines is to establish an analysis of the fragility in which the society is placed, in case of states with an "ambivalent" Rule of Law, due to the aptitude of such states to be at the same time protectors and enemies of the public liberties. Desirable it is to make visible to political operators in charge of designing the criminal politics of our societies, the fragility of the idea of miraculous efficacy in the resource to the criminal law, as a solution to the social problems and deficiencies, spoiling its functions and threatening the very principles of the Rule of Law.



I. Introducción

En la actualidad, la violencia es un elemento integrante de nuestra cotidianidad. La expansión de la violencia a escala mundial ha llegado al punto de multiplicar sus formas de manifestación. Aunado a ello, el moderno desarrollo de la sociedad ha generado transformaciones sustanciales en la capacidad de interacción, incrementando el flujo comunicativo entre los seres humanos, y consiguientemente, sus posibilidades de intercambio. Nuevos e imprevistos recursos tecnológicos están hoy a nuestra disposición de manera sencilla y económica. En razón de ello, nuestras posibilidades de comunicación con otros seres humanos se han exponenciado al infinito, generando mayor complejidad social y aumentando, asimismo, la complejidad de los subsistemas que regulan tales relaciones.

Toda esta expansión comunicacional ha sido un elemento potenciador de la percepción social de la violencia. Ante este fenómeno, la ciudadanía espera que el Estado ofrezca los instrumentos necesarios para contrarrestar los efectos del hecho violento. Ahora bien, ¿cuáles son los límites a los que se circunscribe la capacidad del Estado para reaccionar ante el fenómeno violento? ¿Cuándo es la respuesta de éste contra la violencia es violenta en sí misma? Estas y otras interrogantes han de ser dilucidadas dentro de los principios democráticos del Estado de Derecho, y en atención a nuevas amenazas contra los valores y bienes de



la sociedad moderna, tales como el terrorismo, los delitos informáticos, y tantos otros males que escapan del marco de este artículo.

Es de esperarse que ante el incremento de la violencia reaccionen tanto la sociedad civil como la clase política gobernante, una exigiendo y la otra ofreciendo seguridad. La anhelada seguridad que sea capaz de brindar la tranquilidad necesaria ante la proliferación de hechos violentos.

Mientras que por un lado la reacción del Estado se caracteriza por el aumento de las normas penales, así como la intensificación de las medidas policiales; por el otro el resto de la sociedad pasa a ser un observador pasivo de las decisiones estatales. A esta pasividad social se le suma la ausencia de los instrumentos necesarios para analizar las complejas características del fenómeno violento, así como su reducción al negársele la posibilidad de implementar posibles soluciones.

Por tanto, se trata de proponer una reflexión crítica profunda, que aborde el rol actual del Derecho Penal en atención a las políticas de seguridad ciudadana, las cuales afectan continuamente los derechos fundamentales. Como ejemplo de ello encontramos en la respuesta unilateral por parte del Estado, mediante el incremento del catálogo penal o de la presencia policial de manera aislada, hechos que no tienden a evitar la generación de la violencia, ya que este fenómeno (aún con una presencia policial incrementada) de darse las causas para su manifestación, se producirá igualmente. Tampoco lo hace el aumento de las penas sin la garantía de su aplicación, ya que será en definitiva la aplicación final de la norma penal la que brinde la seguridad. Por tanto, la utilización progresiva de la figura policial –de manera unilateral- crea una falsa expectativa de seguridad. Ello no logra más que crear la sensación de seguridad, sin atacar las bases generadoras del problema.

a. Mayor Seguridad = Menor Libertad (¿?)

b. Libertad \geq Seguridad

Mientras pareciera evidente que la segunda fórmula es la única admisible en un espacio de libertades y garantías, cabe preguntarse hasta qué punto estarían nuestras sociedades en la capacidad de renunciar a ciertos derechos en pro de la seguridad, lo que daría validez a la primera fórmula. Mientras que el logro de una relación directamente proporcional entre la libertad y la seguridad ha de ser la meta de los planificadores de la política criminal, en la actualidad la aplicación de políticas de seguridad invade en gran medida los espacios de libertades ciudadanas.

El Estado ha de estar atento ante esta situación, en especial en cuanto se refiere a la intención de emplear el Derecho Penal como medio de control social. Para ello resulta indispensable atender a principios fundamentales como el respeto a la dignidad humana bajo un sistema de garantías y protección de los derechos fundamentales, tendentes a la función de prevención, a fin de evitar que el Derecho Penal pierda con el tiempo su capacidad de control. La crisis causada por la penalización desmedida se debe en gran parte a la exigencia social de respeto a los espacios de libertad conquistados, en cuyo caso sería inadmisibles toda pretensión estatal de control, la cual tienda a menoscabar los Derechos más elementales del grupo social.

II. Violencia

El fenómeno de la violencia es considerado un factor determinante en la capacidad de desarrollo y democratización de la sociedad moderna. Las dimensiones que el mismo ha alcanzado en la actualidad, así como la extensión de sus efectos a manifestaciones en la esfera pública o privada, ha de ser abordada analíticamente, a fin de formular las estrategias adecuadas para enfrentar el problema.

La violencia se muestra como un obstáculo que limita y coloca en una situación crítica la capacidad social de evolución. Debemos partir de la premisa de la presencia de un ordenamiento legal adecuado, el cual permita coexistir el espacio de garantías y libertades con el hecho violento, sin menoscabar el primero en la lucha contra el segundo. El anhelado orden social no logrará estabilizarse en la medida en que sea el resultado de la solución de conflictos por vías no contempladas en la ley, o mediante actos cuyo contenido violento deslegitime la respuesta ofrecida. Hemos de partir de la premisa que “una estructura política deficiente no puede ser jamás compensada por el Derecho Penal”.¹ El control de estas acciones requiere atender la guía brindada por la legitimidad de su actuación, así como el apego a las reglas fundamentales establecidas en el texto constitucional para responder a la violencia.

En todo caso, resulta evidente que cualquier propuesta de solución sería banal si no se conoce al fenómeno a ser enfrentado, cuáles son las causas que lo originan, sus características individuales y sus formas de manifestación. Debemos saber qué es la violencia, cuál es la capacidad social de interpretarla, y finalmen-

¹ / Cfr. ALBRECHT 1995, p. 443.

te, los efectos políticos consecuencia de su aplicación. Todo ello torna al término en un concepto de características en extremo complejas y difusas².

A. Entendiendo la violencia

Como uno de los conceptos más evasivos y difíciles de las ciencias sociales, la violencia es claramente un fenómeno extremadamente complejo, el cual implica una ambigüedad importante entre la destrucción y la creación del orden³. A ello se suma la creciente omnipresencia del fenómeno, abarcando los más variados ámbitos de nuestra vida diaria.

La violencia es capaz de exteriorizarse como **violencia apolítica** en los ambientes sociales inmediatos (tal como la familia, la escuela, las calles y espacios públicos, en contra de niños y mujeres); como **crímenes violentos** (con todas sus distintas facetas, desde asesinato y homicidio involuntario, hasta las actividades del crimen organizado); hasta llegar incluso más allá de la **violencia con fines políticos** (terrorismo, persecución, tortura, etc.).

En la actualidad, no hay sociedad, región del mundo o cultura que permanezcan libres de violencia: el salvajismo pacífico de antiguas civilizaciones resultó ser apenas un mito ante las expectativas actuales de una edad moderna libre de violencia⁴. Ello hace que las sociedades modernas se distingan por la inseguridad⁵ que engendra la proliferación de hechos violentos.

John Lawrence,⁶ al opinar sobre el tema, se vio cercado por las siguientes interrogantes:

“¿Es la violencia un ultraje o una necesidad?, ¿Un enemigo de la libertad y del orden social o su fundación imprescindible?, ¿Medios racionales o un instrumento de la auto-frustración?, ¿Es el resultado del proceso de aprendizaje de un desviado, o una necesidad instintiva normal?, ¿Es la violencia una forma patológica de comportamiento, o una conducta voluntaria por la cual los agentes son plenamente responsables?, ¿Pueden las sociedades prevenir su ocurrencia, o deben resignarse a la existencia

2 / Léase al respecto KAASE & NEIDHARDT 1990, p. 7 y ss.

3 / IMBUSCH 2003, p. 13 y ss. El uso preciso de su concepto es obstaculizado por connotaciones que exceden parcialmente los conceptos semánticos que se le relacionan (fuerza, agresión, conflicto, energía, etc.), los cuales son distintos a la violencia. Esta confusión terminológica se extiende por el uso del concepto de manera reiterativa y sin atender a su connotación en el contexto (violencia como guerra, como asesinato, etc.) IMBUSCH 2003, p. 14.

4 / Véase al respecto KEELEY 1996.

5 / GLÄBNER 2003, p. 77.

6 LAWRENCE (1970) citado en IMBUSCH 2003, p. 14.

de un orden que la contemple? La necesidad de la claridad filosófica es evidente no solamente en las polémicas respuestas a estas preguntas típicas, sino además en la manera en la cual se formulan las mismas preguntas”.

B. Definir la violencia

Lograr crear un concepto de violencia es una labor que abarca elementos subjetivos y coyunturales, por lo cual se requiere atender a las condiciones propias de cada sociedad, la cual será en definitiva la que establezca el baremo de los niveles aceptables de violencia en sus espacios de libertades.

Al intentar definir la violencia, múltiples son los caminos que llevarían a confundirla en ocasiones con conceptos que le son cercanos, mas se erraría al considerárseles sinónimos. Tal es el caso, entre otros, de *poder* y *conflicto*⁷.

Heinrich Popitz define la violencia como un acto de poder, el cual:

*“Conduce al daño físico de otra persona, sin importar si el propósito del agente consiste realmente en exteriorizar su deseo violento (demostración exterior de poder) o si la acción está pensada para ser traducida en amenazas y subyugar al otro (como obligación por razón de poder)”.*⁸

b.1) Violencia-Poder:

El concepto de **poder** excede incluso el grado más elevado de la violencia. El poder es susceptible de catalogarse como un concepto sociológico amorfo, en virtud de su proximidad a términos como *“fuerza”* y *“energía”*⁹.

Weber nos ilustra con su definición de Poder al indicar:

*“Poder significa obtener lo que se pretende dentro de una relación social, de la forma deseada, aún ante la resistencia del otro, sin importar la ocasión en la cual ocurra”*¹⁰.

Incluso cuando no todo poder es necesariamente violento, existe una relación evidente entre el ejercicio de la violencia y la demostración de poder. *Imbusch*

7 / Por las características psico-sociales propias del concepto de agresión –lo cual es ajeno al contexto referido en el presente artículo- he optado en el presente trabajo de prescindir de su inclusión.

8 / POPITZ 1992, p. 48.

9 / IMBUSCH 2003, p. 18.

10 / WEBER 1976, p. 28.

considera la violencia como una manera de ejercer el poder, constituyendo una fuerza calculada que conforma un instrumento muy efectivo para éste (poder), debido a su capacidad de generar obediencia directa y superar la resistencia al poder ejercido¹¹.

b.2) Violencia-Conflicto

En cuanto al término **conflicto**, son diversas las razones por las cuales se le conceden diversas acepciones, provocando situaciones anómalas. Tal es el caso, entre otros, de ciertos mensajes emanados de los medios de comunicación masiva, en los cuales se utilizan los conceptos de conflicto y violencia de manera indiscriminada, llegando incluso a considerarlos sinónimos.

En tal sentido, y sin caer en discusiones semánticas, es menester destacar que la violencia en sí misma no es un conflicto. Sin embargo, su aparición puede ser la indicación de la existencia de uno en un momento determinado, más siempre de manera consecutiva.

C. Formas de manifestación de la violencia

Los intentos de definición de la violencia sirven para confirmar lo plural y a veces contradictorio de los significados del término. Sin embargo, en el afán por comprender las manifestaciones de violencia, el análisis de los elementos constitutivos del hecho violento conforman una vía para establecer las causas de la misma¹².

Stanko¹³ nos presenta los que a su entender serán elementos cruciales para entender el significado de la violencia:

El acto en sí mismo

La relación entre los intervinientes,

El lugar del suceso, y finalmente

El daño resultante.

La combinación de estos elementos expresan en su mensaje el significado de la violencia. A tal efecto Imbusch¹⁴, presenta un esquema que permite deducir y establecer la fuente del ejercicio efectivo de la violencia. Ello se lleva a cabo atendiendo a las siguientes interrogantes:

¿Quién ejerce la violencia?

Requiere determinar quién ejerce el rol activo en el acto violento. Puede ser un individuo o un grupo reducido de personas quienes

¿Qué ocurre al ser ejercida la violencia?

El efecto principal de un acto violento, o de los actos consecutivos que le prosiguen, han

¿Cómo se ejerce la violencia?

La violencia es un fenómeno multiforme que puede mostrar distintos rostros. El incremento del potencial de violencia derivado del desarrollo cultural y tecnológico, ha tenido sus efectos en ambos sujetos del

¿A quién se dirige la violencia?

Las víctimas del hecho violento, sin importar la manera o el contexto en la cual la misma se haya llevado a cabo. "El fin de la violencia no es generar resistencia, sino vencer a la misma: lo cual se logra mediante la debilidad que significa la sumisión. La violencia en sí pretende ser una demostración de poder, en la cual la victoria de una parte se logra a

¿Por qué se ejerce la violencia? (razones)

La violencia puede ocurrir incluso sin razón aparente. Puede ser completamente irracional. Pese a ello, en ciertos casos

¿Por qué se ejerce la violencia? (objetivos)

El propósito del perpetrador del acto violento. Por tanto, la violencia sólo puede conllevar un propósito si se basa en intenciones particulares, en cuyo caso, se caracteriza por:

Manifestarse en una situación concreta, en el calor del momento.

Puede ser ejercida de manera racional.

¿Por qué se ejerce la violencia? (Justificación)

Las estrategias y razones que legitiman el uso de la violencia han de ser definidas en el plano local por cada sociedad, y por la obtención de logros en común basados en

11 / Ver IMBUSCH 2003, p. 18.

12 / Ello requiere atender al hecho en sí mismo, qué ocurrió, dónde y cuándo se llevaron a cabo los hechos e incluso los sujetos intervinientes.

13 / STANKO 2003, p. 11.

14 /

Con detalle en IMBUSCH 2003, pp. 20-22.

D. Tipos de violencia

Uno de los mayores desafíos en la investigación del fenómeno violento es distinguir sus diversas formas de manifestación, con el objeto de entender sus riesgos y consecuencias¹⁵.

Pese a su extensión, diversos significados del concepto son susceptibles de ser claramente separados, por lo cual me limito a la siguiente clasificación del fenómeno violento¹⁶:

Violencia física

Violencia institucional

Violencia estructural

1. Violencia física

La *violencia física* o *directa*, conocida por su raíz latina como *vis absoluta*, es el punto de partida de toda investigación sobre la violencia¹⁷. Este concepto se refiere a la violencia destinada de manera directa a causarle un daño o un sufrimiento físico a alguien.

La violencia física se caracteriza por:

Ser ejercitada siempre de una manera manifiesta

Ser en la mayoría de los casos una conducta intencional

Popitz¹⁸ considera que el origen antropológico de la violencia física o directa radica en la libertad relativa de los seres humanos. La violencia es una conducta opcional a la cual se puede recurrir en cualquier momento. La permanente posibilidad de que ocurra la misma le otorga el carácter fenomenológico, a la vez que hace que la violencia sea un hecho muchas veces impredecible. Popitz concluye aseverando que el uso de la violencia física produce efectos por sí mismo, no requiere de condiciones culturales previas, es universalmente eficaz y no tiene por qué ser racional.

15 / Al respecto, afirma IMBUSCH: "Las formas tradicionales de entender la violencia, las cuales están destinadas a encontrar la raíz del fenómeno utilizando simples modelos causales, tales como la relación directa entre causa y efecto prestando atención a tan sólo una o algunas de las variables, han sido desplazados por procesos más idóneos. Éstos incluyen tanto las condiciones objetivas como las interpretaciones subjetivas de una situación conflictiva, y toman en cuenta además los diversos grados de libertad para la manifestación del comportamiento violento individual o colectivo que resultan de las restricciones y de las condiciones pertinentes para su desarrollo". IMBUSCH 2003, p. 22.

16 / Esta clasificación no pretende ser exhaustiva, sino limitada al tema central de este artículo, por lo cual no se considerarán tipos de violencia que excedan los tipos referidos (tal como la violencia política, cultural u otras categorías).

17 / En virtud del contexto, he optado por excluir la violencia psicológica (*vis relativa*) de esta clasificación, no con ello menospreciando los dañinos efectos de la misma, la cual aún no siendo detectada puede llegar a ser incluso más destructiva que la violencia física.

18 / POPITZ 1992.

Complementando lo anterior, Neidhardt asevera que:

"La violencia es una lengua universal - asumiendo que nos referimos a la violencia física -. Es crucial para este tipo característico de violencia que su implementación produzca efectos de impacto, con mayores rasgos de minuciosidad y aplicabilidad general que otros medios coercitivos; y que en caso de ser utilizada como último recurso, supere a todas las demás de control e instrumentos de poder político" ¹⁹.

2. Violencia institucional

Siguiendo con la clasificación de la violencia propuesta, la *violencia institucional* no permite ser circunscrita a una conducta o actitud específica, toda vez que se manifiesta a sí misma derivada de la interrelación entre las partes de una estructura de poder. Esta estructura tiene como objetivo regular la dependencia y las relaciones de sumisión entre sus integrantes, siendo éste el vehículo para ejercer el control mediante el recurso a la violencia institucional.

Waldmann la define como:

"El poder de disposición sobre los sujetos y dependientes a quienes se les ha concedido una posición dentro de una estructura jerárquica, la cual permite la penalización a través de una sanción. El prototipo de la violencia institucional en tiempos modernos es la demanda estatal de soberanía, y la obediencia que el mismo exige de los individuos en sus relaciones con éste" ²⁰.

Ello trae a discusión uno de los conceptos en fase de mutación en tiempos actuales: La soberanía. El origen de este concepto lo hallamos en el nacimiento del Estado Moderno en la Europa del siglo XVIII. El pequeño número de Estados que inicialmente fueron declarados soberanos se fue ampliando, creándose una plétora de Estados, y consecuentemente, la demanda de soberanía entre ellos²¹. Esta expansión cimentó el concepto de soberanía nacional.

19 / NEIDHARDT 1986, p. 134.
20 / WALDMANN 1995, p. 431.
21 / RUPESINGHE 1994, p. 25.

La soberanía es un concepto que debe ser observado desde dos perspectivas: en el ámbito *interno* y *externo*²²:

En la esfera interna o nacional, la violencia institucional demuestra su carácter regulador, con el ejercicio de las funciones de las fuerzas ejecutivas de seguridad y orden (fuerzas militares o de policía), en su relación con el resto de los ciudadanos.

En el plano externo, el estudio del concepto de soberanía nos permite encontrar algunos casos susceptibles de ser calificados de “terrorismo jurídico”, por incidir entre las llamadas “zonas grises” del Derecho Penal, con tantos adeptos como detractores.

Incluso cuando las intervenciones coercitivas de estas instituciones estatales corresponden en principio a funciones que le han sido legalmente atribuidas, su despliegue puede devenir en actos de violencia institucional²³. Un ejemplo de ello lo constituye la violencia policial, la cual tristemente es una característica repetida en América Latina. Algunos cuerpos de policía son lamentablemente famosos por sus continuos excesos, los cuales se manifiestan en la ejecución de severas violaciones de los Derechos Humanos. Aunque no es un problema regional, ya que ocurre en muchas zonas del mundo, lo característico en la región es el aspecto institucional o institucionalizado del fenómeno, y en particular su extensión, lo cual le otorga la singularidad a este fenómeno regional²⁴. Crímenes cometidos por fuerzas policiales, en el marco de funciones institucionales, no están lejos de ser acciones realizadas por grupos de crimen organizado.

3. Violencia estructural

La violencia de tipo “estructural” es un concepto derivado de las estructuras violentas de la sociedad global. Al utilizarlo inicialmente en 1975, Johan Galtung pretendía complementar su propio concepto de violencia física o directa, a fin de abarcar la amplia gama de hechos violentos que resultan de las estruc-

turas sistémicas, los cuales se reflejan en las diversas formas de empobrecimiento masivo, y la numerosa muerte de seres humanos como consecuencia de la desigualdad de oportunidades.

Aunque el concepto de *violencia estructural* puede ser considerado impreciso o indeterminable²⁵-lo cual permitiría tildar de violento a un número infinito de conductas-, es preciso que un tipo específico abarque las formas menos tangibles de violencia.

Galtung considera que como al ser la violencia estructural inherente a las estructuras sociales de la sociedad moderna, está siempre ligada a la existencia de un estado permanente de violencia, incluso en la ausencia de autores directos. En tal sentido afirmó:

“La violencia ocurre al ser influenciada la gente de tal manera que sus expectativas somáticas y mentales sean realmente reducidas a su potencial de desarrollo”²⁶.

De esta manera se convierte la violencia estructural en una diferenciación entre lo real y lo posible, entre cuál es y cuál pudo haber sido el nivel particular de desarrollo social.

Finalmente, en su descripción de la violencia estructural Galtung se refiere a la pobreza, opresión y enajenación como los elementos fundamentales a los cuales relaciona la violencia, incluso cuando los primeros pueden ser entendidos como elementos independientes al concepto de violencia en sí mismo. Concluye igualmente con que, a fin de no exigir demasiado al término violencia, la sociedad prefiere referirse a la violencia estructural simplemente como manifestaciones de “injusticia social”²⁷.

E. Violencia política:

la puerta al reaccionarismo penal

Excluir el concepto de *violencia política* de los tipos de violencia presentados en la clasificación realizada en este artículo, no se debe a razones banales. Al no poseer toda violencia el componente político, el concepto de violencia política alcanza en algunos casos niveles que los colocan en una “zona gris” de aceptación o rechazo. La violencia política no puede ser definida como una actividad en sí misma, sino como diversas manifestaciones de violencia, las cuales pueden abarcar hechos tan disímiles que van des-

22 / La violencia institucional puede ser tan diversa en sus formas de manifestación, que es capaz de ser desplegada mediante excesos en las actuaciones militares o de policía, políticas gubernamentales y legislativas contra el terrorismo, hasta particulares labores de seguridad contra grupos insurgentes o la aplicación de la pena de muerte (de iure o de facto). Los límites de la violencia legítima y ejercida legalmente fueron excedidos por algunas formas endémicas de terrorismo de Estado durante el siglo XX. Esa época fue testigo de quienes estaban en poder de la fuerza bruta, utilizaron los medios coercitivos a su disposición para alcanzar sus metas político-ideológicas, aunque externamente quisieron justificar sus actos bajo un aparente manto de legalidad.

23 / La violencia institucional está luchando permanentemente con la aceptación de sus actos como legítimos y legales. La posibilidad cierta de que sus actuaciones sean consideradas como excesos de los límites de legitimidad o legalidad, hace que las instituciones coercitivas sean potenciales sujetos activos de la violencia percibida por la sociedad como injusticia derivada de excesos en el ejercicio de sus funciones institucionales.

24 / PEREZ-PERDOMO / DUCE 2003, p. 81.

25 / Pese a ser considerado impreciso por algunos, el concepto de violencia estructural ha llegado a ser utilizado por autores como Niklas Luhmann y Jürgen Habermas, en su intento de explicar diversas formas de marginalización, así como múltiples formas de exclusión social (Habermas 1990; Luhmann 1995) Véase al respecto Imbusch 2003, p. 24

26 / GALTUNG 1975, p. 9.

27 / GALTUNG 1971, p. 62.

de atentados terroristas, revueltas sociales, movimientos guerrilleros hasta Golpes de Estado; hasta llegar a la utilización indiscriminada del recurso punitivo estatal como medio de control²⁸ más allá del ámbito de libertades públicas permitido²⁹.

Una tendencia recurrente en el Estado moderno es la extensión de las normas punitivas en las sociedades, creando la así denominado por Garland³⁰ “cultura de control” mediante el Derecho Penal.

La violencia política se caracteriza por los objetivos a ser logrados mediante los actos violentos, los cuales van desde la obtención de poder político o la modificación de las condiciones gubernamentales preexistentes, hasta la represión social por medios “legales”. En tal sentido, se considera a la violencia política como acto de destrucción, capaz de causar daño o inestabilidad, en cuyo ejercicio los objetivos (tangibles o intangibles), circunstancias y efectos están cargados del elemento político manifestado a través de la intención de modificar los principios rectores de un sistema político o una entidad colectiva, o de manipulación de grupos sociales por medios legales “ilegítimos”. Es esta segunda categoría la que será destacada a continuación, con la utilización progresiva del Derecho Penal dentro de una cultura reaccionarista de emergencia, lo que ulteriormente tiende a deslegitimar la función punitiva estatal como medio de control.

III. Violencia penal

A. La violencia penal: ¿violencia o potestad?

El establecimiento de la sociedad civilizada ha estado históricamente caracterizado por períodos prolongados de eliminación, revoluciones, guerras civiles y revueltas, las cuales han ido tanto en apoyo como en detrimento del Estado constituido. Durante los tiempos de la Revolución Francesa, el mandato de Robespierre generó que se acuñara el concepto de “violencia progresiva”, la cual iba explícitamente dirigida al favorecimiento de los logros políticos, al basarse en la aplicación de “*le terreur*” como política de gobierno³¹.

Posteriormente, con la aparición del Estado absolutista, la violencia se torna en un medio de coer-

ción física, como consecuencia de su concentración y monopolización por parte de personas e instituciones concebidas específicamente con este propósito, con lo que pasaron a ser castigados los usos violentos que excedieran estas competencias. Esta realidad permitió, sin embargo, un desarrollo paralelo, lo cual generó en la población que el concepto de la violencia haya excedido su significado de “*potestas*”, y se haya tornado en una implementación de “*vis*” o violencia en sí misma.

Al aparecer la publicación de la teoría de Weber, se admite al Estado como una “institución coercitiva”³². No es sino hasta la llegada del siglo XX, que el “poder” y la “violencia” como expresiones científicas y términos instrumentales, pasan a formar parte de la política diaria, llegando a abarcar un amplio espectro de competencias, las cuales en cierta manera se confunde con otros conceptos³³. En general, el Estado moderno se encarga de concentrar esa coerción física bajo el monopolio legítimo de la violencia. Ello establece la infraestructura institucional necesaria para cumplir ese propósito, bajo un marco de derechos y garantías fundamentales, con lo cual los orígenes violentos en teoría han de quedar en el pasado.

Hoy en día, las bases en que se fundó históricamente la violencia penal estatal pasan a ser insuficientes para la legitimación de la misma. En un plano superior a la función de elaboración e implementación de las normas penales se encuentran los mecanismos constitucionales de control. Me refiero específicamente a la labor de la Jurisdicción constitucional. Atenerse estrictamente a los mecanismos adecuados para la redacción de las leyes no significa la renuncia al control jurídico, sino su apego a formas adecuadas de supervisión, y a medios de elaboración jurídicamente correctos, capaces de ser medidos en el baremo judicial.

B. Diseño de la violencia penal

La estructura normativa que permite la persecución penal debe resultar indefectiblemente de una discusión política en la que sean diversas las alternativas de control propuestas, estando la vía penal precedida de otros medios para contrarrestar la violencia. Condición *sine qua non* de dicha discusión, ha de ser que resulte del consenso entre los grupos encargados de legislar, de donde se espera emane un instrumento que reconozca y respete los espacios de libertades

28 / Para una apreciación global del problema punitivo, léase LARRAURI 2006. El caso venezolano actual es abordado en BRICEÑO 2006b, p. 1191 y ss.

29 / Por una parte, el elemento determinante de la violencia política no será tanto el tamaño del grupo, sino los objetivos de los perpetradores. Aparte de ello, la consiguiente reacción del Estado permitirá evaluar las alternativas con que cuenta la sociedad ante una eventual restricción de libertades públicas.

30 / GARLAND 2003.

31 / PARRY 1976. Del mismo tenor, PAPCKE 1973.

32 / WEBER 1976.

33 / Léase al respecto IMBUSCH 2003, p. 17.

ciudadanas³⁴, a la vez que ofrezca un mecanismo para quebrar el espiral de violencia.

Un ordenamiento jurídico penal parcializado podría devenir en un mecanismo ideal de encubrimiento y ocultamiento de responsabilidades en el sentido deseado³⁵. Ello daría cabida a la ilícita instrumentalización del Derecho Penal en la dinámica política, constituyendo un abuso el servirse de éste para excluir a quien tenga una posición antagónica, negándole con ello la posibilidad de acceder al poder en igualdad de condiciones, llegando incluso a convertirle en criminal por el mero hecho de su postura política contraria.

La política normativa de la cual derive la penalización de conductas, ha de ser definida y actuar en los límites del Estado de Derecho. En tal sentido, toda actuación del Estado ha de estar previamente enmarcada en el texto legal. Ante la dinámica de las sociedades actuales, y en especial, ante los nuevos desafíos de la seguridad, es menester adecuar la normativa punitiva para enfrentar los nuevos desafíos. Esta inexcusable labor es otorgada a los actores políticos, quienes tienen el deber de elaborar las normas rectoras en respeto al espacio de libertades y garantías que permitan mantener el orden mediante el aseguramiento de los principios democráticos.

El proceso de producción de normas será definido por una serie de fuentes político-administrativas, así como la influencia de factores externos, lo cual conforma un proceso dinámico capaz de describirse de la siguiente manera:

**Protección y resguardo de los
Derechos Fundamentales**



Por todo ello, si bien la Ley se encuentra en el centro de toda estructura programática de Gobierno, siendo ésta la que realmente gobierna y no el hombre³⁶, las normas penales requieren especial consideración y estricto apego a la reglamentación para su elaboración en virtud de su inmenso potencial de control social. Bajo los presupuestos del Estado de Derecho, el Parlamento no es únicamente la autori-

dad encargada de producir leyes³⁷, sino que pasa a ser un órgano de representación de la sociedad democrática en la cual ha de cumplir sus funciones, por lo que es a su núcleo al cual se dirigen tanto las expectativas como las exigencias de la población.

Por tanto, como consecuencia de una reforma penal que exceda o irrespete los lineamientos que permitirían su implementación en el Estado de Derecho, no se obtendría más que un instrumento concebido para cumplir tan sólo labores "ejecutivas". Ello se llevaría a cabo mediante la atribución de competencias a los órganos de Justicia, en labores que exceden su capacidad. Eso no es más que darle forma de Ley a instrucciones del Ejecutivo, sin discernimiento parlamentario alguno.

Cabe destacar, que frente al Estado, la sociedad se ha convertido en un ser omnipotente que demanda contar con los instrumentos correctivos necesarios para evitar la "hipertrofia o totalitarización" del primero³⁸. Ya no es el Estado el destinatario primario de las normas, sino la sociedad, cuyos derechos fundamentales corren el riesgo de ser conculcados³⁹. En virtud de ello, antes de proceder a la penalización de conductas, es menester que se analice la efectividad del Derecho Penal en sí mismo como medio de control social, capaz de responder ante las necesidades de garantía y seguridad de los ciudadanos.

Es una realidad que el Derecho penal es recargado cada vez más con un ilimitado número de conflictos para resolver, pasando con ello a ser la "solución" de las emergencias del Estado que busca armarse de una estructura punitiva de excepción, sin la capacidad de medir la emergencia para la cual fue concebida, convirtiéndose de esta manera el Derecho Penal de máxima intervención en la norma rectora de la política criminal actual en ciertas sociedades.

Más que seguir utilizándolo como un elemento de protagonismo político, el legislador está llamado a dejar a un lado la relación antagónica entre violencia estatal y violencia social, que engendraría el nacimiento de una sociedad punitiva en el entorno de un desorden social, el cual, entre sus variables creadoras, ha de contar con una grosera inequidad en la administración de la Justicia. Ese sentimiento de ex-

34 / La crítica situación del legislador venezolano aleja la posibilidad de un consenso derivado de un diálogo, resultado de alternativas y opciones propuestas en virtud de la singular realidad de la actual Asamblea Nacional. La ausencia de un pluralismo político y participación ciudadana en la toma de decisiones, no deja otra opción que considerar la adopción de normas en el legislativo como una formalidad a cumplir con las instrucciones del Ejecutivo. Al respecto ver BRICENO 2006a, p. 117 y ss.

35 / ALBRECHT 1995.

36 / NAUCKE 2000.

37 / Al respecto, leáse la distinción entre los modelos contradictorios de legalidad: la mera legalidad en contraposición a la estricta legalidad, en FERRAJOLI 1989, p. 153 y ss. Del mismo tenor BRICENO 2006a, p. 115.

38 / GLÄEBNER 2003, p. 78.

39 / Si bien la percepción de la violencia puede ser considerada como un fenómeno político y comunicacional, el uso inadecuado del Derecho Penal ha socabado las bases institucionales de los llamados a defender la legalidad, creando desconfianza en el Sistema de Administración de Justicia por parte de la sociedad.

clusión del amparo de la Justicia es el mejor aliado de la inseguridad.

La penalización desmedida de conductas hacen pensar que el legislador parte de la premisa que ante el incremento de la violencia social (delictiva) resulta necesario incrementar la violencia estatal. De ser eso cierto, la proliferación de normas jurídicas debería ser proporcional a la eficacia del ordenamiento que viene a integrar, permitiendo ello no el mero reflejo en el papel, sino el real sentimiento de seguridad.

C. Ejercicio de la violencia penal

Caracterizada por ser extremadamente heterogéneo, el ejercicio de la violencia estatal dispone de una amplia gama de medidas coercitivas legítimas, nacidas de la cesión hecha por los mismos ciudadanos a través de la definición del rol del Estado democrático como estructura organizativa. En consecuencia, el recurso al Derecho Penal puede abordarse desde los siguientes enfoques:

a) Político: El recurso de la penalización de las conductas en atención a demandas sociales coyunturales no ha dejado de imperar actualmente. Por ello, ha de analizarse la politización de la violencia, así como el uso inadecuado del Derecho Penal en atención a fines políticos. Ello ha de hacerse realizando propuestas adaptadas a la realidad, partiendo del respeto a la dignidad humana y a los valores fundamentales como bases de la labor punitiva, bajo un esquema globalizado de comunidad jurídica, dejando atrás pasadas concepciones filosóficas del fenómeno violento.

b) Jurídico: El fundamento primigenio del Derecho Penal es la prohibición de la violencia privada, monopolizando el Estado el ejercicio legítimo de la misma. Jurídicamente, la violencia personal es la que comúnmente es objeto de la acción estatal, lo que permite concebir a la misma como una amenaza o situación de riesgo corporal, mediante el ejercicio de coacción física o psíquica, la cual según su intensidad es capaz de modificar la voluntad del afectado.

c) Criminológico: La comunidad demanda de la criminología un nuevo enfoque del problema criminal. Una respuesta proactiva al fenómeno violento exige establecer los factores criminalizadores y combatirlos desde la base, antes que simplemente atacar manifestaciones aisladas de criminalidad. Estados proactivos más que reactivos, capaces de diseñar una política crimi-

nal bajo el marco de garantías constitucionales, con sentido de pluralidad y eficacia, serán aquellos capaces de cumplir la labor punitiva bajo el amparo de la legitimidad de sus acciones.

El recurso desmedido a la violencia estatal ha ido deslegitimando, dando cabida incluso a cierto mecanismo de neutralización, el cual se muestra mediante cambios en los valores morales, deshumanización de la figura de la víctima, relajación en el respeto a los derechos y garantías procesales, exoneración de responsabilidades, etcétera. Todo ello ha contribuido a la atenuación, relativización e incluso eliminación de tabúes en cuanto a la violencia, llegando al punto de configurar un instrumento de *anestesia moral*⁴⁰. Acostumbrarnos a convivir con el hecho violento no ha de hacernos flaquear en la labor de combatirlo.

IV. Lineamientos penales del estado de derecho

Es condición existencial de la normativa penal en un Estado de Derecho, que sus fundamentos permitan establecer la convivencia en orden, bajo los límites y presupuestos fundamentales establecidos en el texto constitucional.

Con el recurso a lo que habría de considerarse una reacción natural al hecho violento –el Derecho Penal–, el Estado es doblemente exigido: De él se espera que acabe con el espiral de violencia, mas ateniéndose a las normas de equidad y justicia. Ello muestra las dos facetas de la capacidad de control del Derecho Penal: *el control activo* y *el control pasivo*. El *control activo* está representado por la utilización directa de la violencia estatal contra la conducta violenta, lo cual es el fin inmediato del recurso a las normas penales. El *control pasivo* lo constituyen las libertades y garantías establecidas en la Constitución, las cuales limitan la violencia estatal. Éstas conforman el marco para la labor punitiva del legislador, mas es obligación del Estado en conjunto mantener su vigencia.

El catálogo de conductas punibles pertenece a las normas jurídicas con un elevado grado de obligatoriedad en virtud de su validez general. Por tanto, en su proceso de formación han de intervenir las instituciones legitimadas para ello, en atención al proceso establecido para la formulación y posterior formalización de las leyes.

Básicamente, las siguientes son las características con que debe contar toda normativa penal dentro de

40 / IMBUSCH 2003, p. 28.

un Estado de Derecho⁴¹, a fin de cumplir su función reguladora dentro de los límites de violencia estatal permitidos:

1. El Derecho Penal en un Estado de Derecho ha de ser formalizado mediante el procedimiento concebido para la elaboración de las leyes. De esa manera se da cuerpo al Derecho Penal formal. Este ha de respetar en su totalidad los principios propios de las normas punitivas, en especial, la imposibilidad de aplicación analógica y la irretroactividad de su aplicación.
2. El Derecho Penal en un Estado de Derecho ha de atender a un programa político criminal de amplio espectro, y no reaccionar ante situaciones coyunturales. El seguimiento de ello dará solidez a los elementos del Derecho Penal material.
3. El Derecho Penal en un Estado de Derecho debe establecer penas comedidas y justas, las cuales sean capaces de ser cumplidas tanto por el autor, como por el Estado. Por una parte, no deben provocar consecuencias físicas o psíquicas irreparables, a la vez que han de adaptarse a la capacidad económica del Estado llamado a implementar la pena.

En conclusión, la sociedad actual no ha encontrado aún medios para combatir la violencia más que la violencia intrínseca del Derecho Penal. En virtud de ello, demanda de sus gobernantes que las acciones contra la violencia estén encaminadas a permitir el desarrollo en un ambiente en el que la libertad de los individuos y la evolución social sea cada vez mayor.

Por tanto, el monopolio legítimo de la violencia por parte del Estado debe existir sin excederse en su aplicación, lo que va más allá de la mera implementación al haberse agotado otras vías de control. La utilización del Derecho Penal como *última ratio* debe ser la orientación incluso *ab initio* en el proceso de formulación de las políticas criminales de nuestras sociedades.

Como "la esperanza de los débiles"⁴² definió Naucke al Derecho Penal en el Estado de Derecho. Derecho Penal éste que ha surgido de la necesidad política de seguridad, bajo el respeto de las libertades fundamentales. Sin embargo, la esperanza de los débiles se encuentra permanentemente desafiada por el Estado productor de normas, en gran medida contraria a los postulados que le sirven de fuente. El

Derecho Penal en un Estado de Derecho no puede ser el producto de la suma de un ordenamiento penal caótico, disperso en pluralidad de leyes antagónicas. El único camino permitido en la lucha contra la violencia es aquel que defienda y anteponga el respeto de las libertades fundamentales en la búsqueda de seguridad, paz y orden.

Bibliografía

ALBRECHT, Peter-Alexis: „Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik“ en Von unmöglichen Zustand des Strafrechts, Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie (Eds.), Tomo 50, Peter Lang Verlag, Frankfurt/M., 1995.

BRICEÑO P., Gerardo (2006a) : "Demagogia punitiva: la potestad punitiva como instrumento de la violencia política en Venezuela" en Revista Direito GV N°3 (Junio 2006), Fundación Getulio Vargas, Sao Paulo, 2006.

BRICEÑO P., Gerardo (2006b) : "Reaccionarismo penal frente al ¿terrorismo?: La crisis de los derechos fundamentales ante las reformas penales coyunturales" en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 12º Año, Tomo II. Mastergraf. Montevideo, 2006.

FERRAJOLI, Luigi: "La legalità violenta" en Democrazia e Diritto N° 3, Bologna, 1989.

GARLAND, David: The culture of control - crime and social order in contemporary society. Oxford University Press, 2003.

GALTUNG, Johan: Strukturelle Gewalt. Rowohlt, Reinbek, 1975.

GALTUNG, Johan: „Gewalt, Frieden, Friedensforschung en Dieter Senghaas (Ed.) Kritische Friedensforschung, Suhrkamp, Frankfurt/M., 1971.

GLÄBNER, Gert-Joachim: Sicherheit in Freiheit. Die Schutzfunktion des demokratischen Staates und die Freiheit der Bürger. Leske & Budrich, Opladen, 2003.

IMBUSCH, Peter: "The concept of violence" en Wilhelm Heitmeyer & John Hagan (Eds.) International Handbook of violence research, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 2003.

KAASE, Max & NEIDHARDT, Friedhelm: "Politische Gewalt und Repression. Ergebnisse von Bevölkerungsumfragen" en Hans-Dieter Schwind et al. (Eds.) Ursachen, Prävention und Kontrolle von Gewalt, Tomo IV, Duncker & Humblot, Berlin, 1990.

KEELEY, Lawrence: War before Civilization -The Myth of the Peaceful Savage-. Oxford University Press, New York, 1996.

LARRAURI, Elena: "Populismo punitivo... y cómo resistirlo" en Jueces para la Democracia N°55 (marzo 2006). Unigraf, Madrid, 2006.

NAUCKE, Wolfgang: „Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts. Materialien zur neueren Strafrechtsgeschichte". Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000.

NEIDHARDT, Friedhelm: "Gewalt. Soziale Bedeutungen und sozialwissenschaftliche Bestimmungen eines Begriffs" en Bundeskriminalamt (BKA) Was ist Gewalt, Wiesbaden, 1986.

PAPCKE, Sven: Progressive Gewalt, Fischer Verlag, Frankfurt/M., 1973.

PARRY, Albert: Terrorism. From Robespierre to Arafat. Vanguard Press, Nueva York, 1976.

PEREZ-PERDOMO, Rogelio / DUCE, Mauricio: "Citizen Security and Reform of the Criminal Justice System in Latin America" en Hugo Frühling et al. (Eds.) Crime and Violence in Latin America. Woodrow Wilson Center Press, Washington D.C., 2003.

POPITZ, Heinrich: Phänomene der Macht. J.C.B. Mohr, Tübingen, 1992.

RUPESINGHE, Kumar: "Forms of violence and its transformations" en Kumar Rupesinghe & Marcial Rubio (Eds.) The culture of violence, United Nations University, Tokyo, 1994.

STANKO, Elisabeth: The meanings of violence. Routledge, Londres, 2003.

WALDMANN, Peter: "Politik und Gewalt" en Dieter Nohlen & Rainer-Olaf Schultze (Eds.) Politische Theorien. Tomo I, C.H. Beck, Munich, 1995.

WEBER, Max: Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie. 4. Edición, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1976.

41 / Para una visión histórica de los fundamentos del Derecho Penal en un Estado de Derecho, véase NAUCKE 2000, p. 414 y ss.

42 / NAUCKE 2000, p.411.



Allan R. Brewer-Carías

Abogado y Doctor en Derecho, menciones *summa cum laude*, por la Universidad Central de Venezuela (1962-1964). Desde 1963 es Profesor de la Universidad Central de Venezuela, y actualmente es Profesor Adjunto en la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia, Nueva York y también lo ha sido en otras prestigiosas Universidades del exterior. Desde 1980 es el director de la *Revista de Derecho Público* (Venezuela), Vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado de La Haya; Miembro del Junta Directiva del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, de la cual ha sido Presidente. Ha recibido numerosas distinciones y reconocimientos por su obra y desempeño notables e importantes funciones públicas.

La justicia sometida al poder y la interminable emergencia del poder judicial (1999-2006)

Sumario:

- I. La Justicia entre el florido lenguaje de la Constitución y la práctica política de la concentración del poder.
- II. El inicio del sometimiento de los Jueces al poder: La intervención constituyente del Poder Judicial.
- III. La ausencia de autonomía e independencia del Poder Judicial por el germen constitucional de concentración del poder, en contradicción con la penta división del Poder Público.
- IV. La inconstitucional lesión a la independencia del Tribunal Supremo con la burla a la exigencia de participación ciudadana en la designación de sus Magistrados.
- V. La interminable intervención política del Poder Judicial con la complicidad del Tribunal Supremo de Justicia.
- VI. La inconstitucional conversión de Jueces temporales en Jueces titulares sin concursos públicos de oposición para el nombramiento de los Jueces. VII. La inconstitucional regularización de la inexistencia de la Jurisdicción disciplinaria judicial.

Resumen:

El contraste entre el lenguaje florido de la Constitución sobre la Justicia, el Estado de Justicia y el debido proceso, y la práctica política, ha provocado que en esta materia la Constitución sea letra muerta. Desde 1999, el Poder Judicial se encuentra intervenido por la emergencia judicial decretada por la Asamblea Nacional Constituyente, con la anuencia de la antigua Corte Suprema de Justicia. Por obra de la transitoriedad constitucional que la misma Asamblea sancionó, al margen de la propia Constitución, la emergencia e intervención del Poder Judicial ha continuado, esta vez con la anuencia y complicidad tanto de la Asamblea Nacional como del Tribunal Supremo de Justicia. Este, desde el inicio, renunció a asumir su función constitucional de gobierno del Poder Judicial, compartiéndola con una inconstitucional Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial que no ha cesado de existir. La Asamblea Nacional, en fraude a la Constitución, distorsionó la participación ciudadana en el proceso de postulación de los Magistrados del Tribunal Supremo, sancionando una Ley Orgánica del Tribunal Supremo para, al contrario, asegurar la designación de los Magistrados con sólo criterios políticos. El sometimiento de los Magistrados al poder político se agravó con la previsión, en la misma Ley Orgánica, y también en violación abierta de la Constitución, de la posibilidad de destitución de los Magistrados con el voto de la mayoría absoluta de la Asamblea. La Ley, al prorrogar la existencia de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración, suspendió la aplicación de los postulados constitucionales dispuestos para asegurar la independencia y autonomía de los Jueces, que son, por una parte, su designación sólo por concurso público, y por la otra, su remoción sólo mediante juicio disciplinario. En esta forma, con la complicidad del Tribunal Supremo, se moldeó un fraude a la Constitución, permitiéndose a la Comisión que destituyera a materialmente todos los Jueces del país, sin garantía del debido proceso. Con ello se plagó al Poder Judicial de Jueces temporales y provisorios, los cuales, ahora, por decisión del mismo Tribunal Supremo, se han transformado en Jueces Titulares sin concurso público alguno, todo ello en forma contraria a la Constitución. El resultado de todo este proceso es un Poder Judicial sometido al poder político, carente de independencia y autonomía.

Abstract:

The contrast between the florid wording of the Constitution on justice matters and the political practice has provoked the factual inapplicability of the Constitution. Since 1999, the Judiciary has been intervened because the judicial emergency decreed by the National Constituent Assembly, with the consent of the former Supreme Court of Justice. Due to the transitory constitutional regime established by the same Constituent Assembly, the emergency and intervention of the Judiciary have continued, this time, with the consent and complicity of the National Assembly and the Supreme Tribunal of Justice. The latter, from the beginning, has renounced to accomplish its functions regarding the government of the Judiciary, admitting to share them with an unconstitutional Commission for the Functioning and Restructuring of the Judicial System, which continues to exist. The National Assembly, in fraud to the Constitution, distorted the principle of citizens' participation in the process of the nomination of the Justices of the Supreme Tribunal, sanctioning the Organic Law of the Tribunal in order to, on the contrary, assure their appointment only based on political criteria. The subjection of the Justices to the political power has been aggravated with the Law provision, contrary to the Constitution, of the possibility of dismissal of the Justices by the vote of just the absolute majority of the representatives. The Law, by extending the existence of the Commission, suspended the application of two of the constitutional provisions established to guarantee the independence and autonomy of judges, which are, on the one hand, their appointment only as a result of public competition; and on the other hand, their dismissal only through disciplinary judicial judgment. In this way, with the complicity of the Supreme Tribunal, a fraud of the Constitution was constructed, allowing such Commission to dismiss almost all judges of the country, without due process guarantees. Consequently, the Judiciary was fill up with temporary and provisional judges; whom now, the Supreme Tribunal has decided to transform in permanent judges, without public competition and in violation of the Constitution. The result of all this process, in a Judiciary subjected to political power, without any independence and autonomy whatsoever.



Entre estos valores expresados en la Constitución de 1999, dentro de la concepción del Estado como “Estado de Justicia” (Artículo 1), se destaca por tanto el valor “Justicia”, muy analizado por la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, entre cuyas sentencias se destaca la N° 659 de 24 de marzo de 2000 (Caso: *Rosario Nouel vs. Consejo de la Judicatura y Comisión de Emergencia Judicial*) en la cual se señaló lo siguiente:

“El Poder Judicial como sistema debe tener como valor fundamental a la Justicia y por ende la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, que a su vez sea resultante del ejercicio democrático de la voluntad popular (Artículo 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). El Juez no puede ser un agente de factores de poder (económicos, partidistas, entre otros), que se organice en claves o carteles, y que decida en nombre propio o de estos grupos de poderes; el poder de administrar justicia se hace en nombre de la República y emana de los ciudadanos (Artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela); ese poder se debe ejercer con independencia e imparcialidad, por lo que el Juez debe tener una consistencia tal que lo haga ajeno a subordinaciones y a presiones indebidas (Artículos 254 y 256 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) ... Como se observa, existe un nuevo paradigma en cuanto a los valores y principios constitucionales que se vinculan a la Justicia como hecho social, político y democrático. Esta nueva concepción de Estado de Justicia trae consigo no tan solo una transformación orgánica del Sistema Judicial (Artículos 253 y 254 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), sino también un cambio en la razón íntima que cada ciudadano, y especialmente el Juez, debe tener... En este sentido, el Juez, a quien se le reclama y exige Justicia, debe ser igualmente producto de un hecho democrático que establezca un vínculo de afinidad entre la sociedad que exige y el poder que interpreta los valores y principios constitucionales para alcanzar los fines del Estado. Así, es el Juez quien debe amparar -en nombre de la República y como expresión soberana del pueblo- a quien pide restablecimiento de la situación jurídica, es él quien tutela y armoniza los derechos e intereses



I. La justicia entre el florido lenguaje de la constitución y la práctica política de la concentración del poder

La Constitución venezolana de 1999 es, sin duda, entre todas las constituciones latinoamericanas, una de las que mayor énfasis hace en forma expresa sobre los valores fundamentales y principios constitucionales que deben orientar la actuación de la sociedad, de los individuos y del Estado. Lo importante de su consagración en la Constitución, es que los mismos no derivan de la sola interpretación y aplicación de la Constitución por los Tribunales, sino del expreso texto constitucional.

Sobre ellos, así como sobre su sentido y rango constitucional, como “declaraciones de propósitos”, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha sido explícita en considerar que “esas declaraciones de propósitos tienen un indudable valor, tanto para los órganos del Estado, que deben orientarse por ellas, como para los Jueces, en especial esta Sala como máxima tutora judicial de la constitucionalidad”, de manera que ha considerado que “los diversos cometidos que el Estado asume son órdenes que deben ser ejecutadas” pues “de poco serviría un texto carente de vinculación para sus destinatarios: autoridades públicas y particulares”.¹

1 / Sentencia No. 1278 de 17 de Junio de 2005 (Aclaratoria de sentencia de interpretación de los Artículos 156, 180 Y 302 de la Constitución)



con los fines del Estado (Artículos 26 y 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), y esta obligación la identifica la Constitución con el Juez cuando lo obliga a asegurar la integridad de la Constitución, y por ende, le da la potestad de desaplicar las normas que coliden con el texto fundamental (Artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Entonces, el Poder Judicial en una distribución tripartita del Poder Público no es el tercer poder, así como en una distribución pentapartita el Poder Judicial no es el quinto poder; el Poder Judicial representa el poder integrado y estabilizador del Estado, ya que es el único que tiene competencia para controlar y aún disolver al resto de los Poderes Públicos. Eso nos hace un Estado Judicialista².”

Pero, además, conforme a la misma Constitución, en cuanto a la Justicia que el Estado debe garantizar, la misma está por encima de la legalidad formal, para lo cual no sólo se establece el valor justicia en el Preámbulo y en el Artículo 1º, sino que se regula expresamente el derecho de acceso a la Justicia y a la obtención de una tutela efectiva de los derechos e intereses de las personas, buscando organizar unos Tribunales que deben garantizar una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles (Art. 26); a cuyo efecto las leyes procesales deben establecer la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptar un procedimiento breve, oral y público, sin sacrificarse la Justicia por la omisión de formalidades no esenciales (Art. 257).

Todo ello conforme a la noción de Estado de Justicia, respecto del cual, entre los múltiples fallos dictados por el Tribunal Supremo de Justicia, se destaca la sentencia N° 949 de la Sala Político Administrativa de 26 de abril de 2000, en la cual se señaló:

“Cuando el Estado se califica como de Derecho y de Justicia y establece como valor superior de su ordenamiento jurídico a la Justicia y la preeminencia de los Derechos Fundamentales, no está haciendo más que resaltar que los órganos del Poder Público -y en especial el

Sistema Judicial- deben inexorablemente hacer prelar una noción de Justicia material por sobre las formas y tecnicismos propios de una legalidad formal que ciertamente ha tenido que ceder frente a la nueva concepción de Estado. Y esta noción de Justicia material adquiere especial significación en el fértil campo de los procesos judiciales en los que el Derecho a la defensa y debido Ppoceso (Artículo 49 del texto fundamental), la búsqueda de la verdad como elemento consustancial a la Justicia, en los que no se sacrificará ésta por la omisión de formalidades no esenciales (Artículo 257), y el entendimiento de que el acceso a la Justicia es para que el ciudadano haga valer sus Drechos y pueda obtener una tutela efectiva de ellos de manera expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (Artículo 26), conforman una cosmovisión de Estado justo, del justiciable como elemento protagónico de la democracia, y del deber ineludible que tienen los operadores u operarios del Poder Judicial de mantener el proceso y las decisiones dentro del marco de los valores y principios constitucionales.³.”

Esta concepción del Estado de Justicia también ha sido analizada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, particularmente en la sentencia N° 389 de 7 de marzo de 2002, en la cual reiteró el principio de la informalidad del proceso, afirmando como principio del Estado de Justicia, el principio del *pro actione*⁴.

Pero el lenguaje florido de la Constitución y el también lenguaje exuberante del Tribunal Supremo, lamentablemente no pasan de ser eso, lenguaje y sólo floridos y exuberantes, con poca aplicación y efectividad en la práctica, dado que durante todo el tiempo de vigencia de la Constitución de 1999, lo que ha caracterizado a la Justicia ha sido una permanente y anormal situación de emergencia.

Ello, en lugar de haber abonado el campo de la Judicatura para la aplicación de los principios constitucionales, lo que ha provocado es la progresiva y sistemática demolición de la autonomía e independencia del Poder Judicial por parte de los diversos órganos del Estado, incluido el propio Tribunal Su-

3 / Véase en Revista de Derecho Público, N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 163 y ss.

4 / Véase en Revista de Derecho Público, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002 (En prensa).

2 / Véase en Revista de Derecho Público, N° 81 (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 103 y 104.

premo de Justicia⁵, sin las cuales los valores de la Constitución en materia de Justicia, no pasan de ser sólo simples enunciados.

Ese proceso de control político sobre el Poder Judicial, comenzó con las actuaciones de la Asamblea Nacional Constituyente en 1999, la cual declaró una “emergencia judicial” que no ha cesado hasta la fecha, siendo la última actuación en el tiempo, después de la sanción de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en mayo de 2004, la decisión de la Sala Constitucional de dicho Tribunal de junio de 2005, en la cual designó a los miembros de la Comisión de Reestructuración y Funcionamiento del Poder Judicial, con la consecuente “regularización” o titulación de los jueces provisorios como definitivos, sin concurso alguno, en violación abierta de la Constitución.

II / El inicio del sometimiento de los jueces al poder: La intervención constituyente del Poder Judicial

La Asamblea Nacional Constituyente electa en julio de 1999, luego de intensos debates sobre la problemática del Poder Judicial y de su gobierno⁶, al instalarse en agosto de ese mismo año, se auto atribuyó el carácter de “Poder Constituyente Originario” y con ello asumió potestades públicas por encima de la Constitución de 1961, de cuya interpretación había surgido⁷, asumiendo la tarea de intervenir todos los Poderes Públicos constituidos⁸.

Para ello, la Asamblea comenzó dictando un “Decreto mediante el cual se declaró la reorganización de todos los órganos del Poder Público” de fecha 12

de agosto de 1999⁹, el cual fue seguido por el “Decreto mediante el cual se regulan las funciones del Poder Legislativo”¹⁰. Con ello se materializó jurídicamente el golpe de Estado que dio la Asamblea Nacional Constituyente, al violar la Constitución de 1961 y extinguir un órgano constitucional constituido y electo por votación popular como era el antiguo Congreso; intervenir sus funciones legislativas; limitar la autonomía de los Estados y Municipios, y lesionar la autonomía de las Contralorías.

Una semana después, la Asamblea resolvió declarar “al Poder Judicial en emergencia” (Art. 1º), a cuyo efecto creó una “Comisión de Emergencia Judicial”, la cual asumió el proceso de intervención del Poder Judicial¹¹. Dicha Comisión y la “emergencia” le sirvió de excusa para su creación, no han cesado hasta el presente, y en su inicio asumió atribuciones como la de, en su momento, evaluar del desempeño de la propia antigua Corte Suprema de Justicia (Arts. 3,3 y 4), decidir sobre la destitución y suspensión de Jueces y funcionarios judiciales, y sobre la designación de suplentes o Conjueces para sustituir temporalmente a los Jueces destituidos o suspendidos (Art. 8).

Dicha declaratoria de Emergencia Judicial, conforme se aprobó en agosto de 1999, supuestamente debía tener vigencia hasta que se sancionara la nueva Constitución (Art. 32), lo que ocurrió en diciembre de 1999.

Sin embargo, en la práctica, la situación de emergencia ha sido *sine die*, fundamentalmente por la falta del Tribunal Supremo de Justicia en asumir el gobierno judicial conforme a las competencias que le asignó la nueva Constitución de 1999 (Art. 267), así como por la prórroga de la transitoriedad constitucional por obra de la Asamblea Nacional, dada su propia omisión en dictar las leyes necesarias.

El Tribunal Supremo de Justicia, en efecto, a partir de enero de 2000, fue complaciente con la forma irregular e inconstitucional de la intervención del Poder Judicial, a cuyo efecto, como cómplice en el proceso de sometimiento político del mismo, se abstuvo deliberadamente de asumir sus propias funciones de gobierno judicial conforme a la Constitución. Esa transitoriedad de la inconstitucional emergencia, incluso, lejos de haberse eliminado, fue formalmente prorrogada en mayo de 2004, con

5 / Véase Allan R. Brewer-Carías, “La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004, documento preparado para las XXX Jornadas J.M. Domínguez Escobar sobre “Administración de Justicia y Derechos Humanos”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Colegio de Abogados del Estado Lara, Barquisimeto, enero 2005, publicado en el libro: XXX Jornadas J.M Domínguez Escobar, Estado de Derecho, Administración de Justicia y Derechos Humanos, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto 2005, pp.33-174.

6 / Véase Allan R. Brewer-Carías, “La configuración judicial del proceso constituyente o de cómo el guardián de la Constitución abrió el camino para su violación y para su propia extinción”, en Revista de Derecho Público, N° 77-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 453 y ss.

7 / Con ello se comenzó a ejecutar el Golpe de Estado constituyente. Véase Allan R. Brewer-Carías, Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela, UNAM, México, 2002. Como ha señalado Lolymar Hernández Camargo, con la aprobación del Estatuto “quedó consumada la inobservancia a la voluntad popular que le había impuesto límites a la Asamblea Nacional Constituyente... Se auto proclamó como poder constituyente originario, absoluto e ilimitado, con lo cual el Estado perdió toda razón de ser, pues si se mancilló la voluntad popular y su manifestación normativa (la Constitución), no es posible calificar al Estado como de Derecho ni menos aún democrático”, en La Teoría del Poder Constituyente. Un caso de estudio: el proceso constituyente venezolano de 1999, UCAT, San Cristóbal 2000, p. 73.

8 / Véase Allan R. Brewer-Carías, La Constitución de 1999, Derecho Constitucional Venezolano, Tomo I, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, pp. 99 y ss.

9 / Gaceta Oficial N° 36.764 de 13-08-99.

10 / Gaceta Oficial N° 36.772 de 25-08-99

11 / Gaceta Oficial N° 36.772 de 25-08-99 reimpresso en Gaceta Oficial N° 36.782 de 08-09-99.

la sanción de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia¹².

En todo caso, con fundamento en aquél Decreto de la emergencia judicial, se produjo la inconstitucional intervención del Poder Judicial, se destituyeron y suspendieron centenares de Jueces con precaria garantía al Derecho a la defensa, se designaron Jueces suplentes e interinos sin sistema alguno de selección que no fuera la sola voluntad del designante, y se ha procedido luego a transformarlos en Jueces titulares, sin concurso alguno. Con ello, el Poder Judicial en Venezuela quedó signado por la provisionalidad¹³ y la temporalidad convertida luego en titularidad, con su inevitable secuela de dependencia respecto del nuevo Poder, sin que se hubiera realizado concurso alguno para la selección de Jueces.

Además, también en 1999, la Asamblea Nacional Constituyente dictó otro Decreto mediante el cual confirió una serie de facultades a la Comisión de Emergencia Judicial, completamente al margen de la Constitución, con supuesta duración “hasta el 16 de diciembre del presente año” (1999), para reglamentar el plan de evaluación de los Jueces, determinar la permanencia o sustitución de los mismos y el régimen de selección y concursos (Artículo único)¹⁴.

El resultado de toda esta intervención del Poder Judicial fue la “depuración” de la Justicia, y la designación indiscriminada de “nuevos” Jueces, sin concursos, quedando dependientes del nuevo Poder que los había designado.

La Corte Suprema de Justicia, por su parte, en fecha 23 de agosto de 1999, y con motivo de la inconstitucional decisión de la Asamblea Constituyente de intervenir el Poder Judicial, adoptó un desafortunado Acuerdo¹⁵ con el cual se hizo cómplice de la violación de la Constitución y de la propia autonomía del Supremo Tribunal, en el cual no sólo fijó posición ante el Decreto de Reorganización del Poder Judicial dictado por la Asamblea Nacional Constituyente, sin condenarlo, sino que aceptó la designación de uno de sus propios Ma-

gistrados como miembro integrante de la ilegítima Comisión de Emergencia Judicial. Con dicho Acuerdo, en definitiva, la Corte Suprema de Justicia había decretado su propia extinción, como de hecho ocurrió sólo tres meses después, el 20 de diciembre de 1999.

Esta intervención constituyente del Poder Judicial en Venezuela fue el inicio del proceso de demolición de la autonomía e independencia del mismo, y de su sometimiento a los designios de quienes controlan el poder político desde el Poder Ejecutivo y la Asamblea Nacional. La base para esta intervención del Poder judicial, por otra parte, quedó asegurada en la propia Constitución, al establecer un esquema de concentración del poder que contradice la penta división del Poder Público, y que ha asegurado la sujeción de todos los poderes del Estado al Ejecutivo.

III / la ausencia de autonomía e independencia del poder judicial por el germen constitucional de concentración del poder, en contradicción con la penta división del poder público

Como es sabido, Venezuela es el único país del mundo que ha establecido formalmente en su Constitución, no la clásica división tripartita del Poder Público entre el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial a los efectos de asegurar la separación de poderes y el control del poder por el poder, tal y como fue definido en los orígenes del constitucionalismo moderno hace más de 200 años, sino una penta división del Poder, además de entre los tres clásicos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, entre dos más, el Poder Ciudadano y el Poder Electoral (Artículo 136, Constitución). Se trata, por tanto, de una penta división del Poder Público, conforme a la cual, supuestamente, todos son autónomos e independientes entre sí, entre los cuales se destaca el Poder Judicial, concebido como una de las ramas del Poder Público nacional que actúa con independencia y autonomía respecto de los demás Poderes del Estado.

Pero lamentablemente, el balance y contrapeso que supuestamente debería existir entre las cinco ramas de los Poderes del Estado, en su división horizontal a nivel nacional, en la práctica no existe, ya que, lamentablemente, fue la propia Constitución la que estableció el germen del “desbalance” entre los Poderes del Estado, lo que ha conducido al centralismo y al autoritarismo, al asignar a la Asamblea Nacional la potestad de remover a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y a las autoridades de los Poderes Electoral y Ciudadano.

12 / Gaceta Oficial Nº 37.942 de 19-05-2004. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y Procedimientos Constitucionales y Contencioso Administrativos, Editorial Jurídica de Venezolana, Caracas 2004.

13 / Por ello, sólo dos años después del inicio del proceso de intervención, en agosto de 2001, los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia ya admitían que más del 90% de los Jueces de la República eran provisionales. Véase El Universal, Caracas 15-08-01, p. 1-4. En mayo de 2001 otros Magistrados del Tribunal Supremo reconocían el fracaso de la llamada “emergencia judicial”. Véase El Universal, Caracas 30-05-01, p. 1-4.

14 / Gaceta Oficial Nº 36.832 de 18-11-99

15 / Véase nuestros comentarios sobre el Acuerdo, en Allan R. Brewer-Carías, Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente), Tomo I, Fundación de Derecho, Caracas 1999, pp. 141 y ss. Véanse además, los comentarios de Lolymar Hernández Camargo, La Teoría del Poder Constituyente, cit, pp. 75 y ss.

Por ello, precisamente, al momento de ser sometido el texto constitucional a aprobación mediante referéndum, el 15 de diciembre de 1999, al oponernos a dicha aprobación refrendaria del texto constitucional, denunciamos que en el mismo se establecería un esquema institucional concebido para el autoritarismo derivado de la combinación del centralismo del Estado, el presidencialismo exacerbado, la democracia de partidos, la concentración de poder en la Asamblea y el militarismo, que constituye el elemento central diseñado para la organización del poder del Estado. En mi opinión -agregaba-, esto no era lo que se requería para el perfeccionamiento de la democracia, la cual, al contrario, se debió basar en la descentralización del poder, en un presidencialismo controlado y moderado, en la participación política para balancear el poder del Estado y en la sujeción de la autoridad militar a la autoridad civil¹⁶.

Y efecto, la Constitución de 1999, al establecer la penta división del Poder Público, en paralelo atribuyó a la Asamblea Nacional la potestad general de *remover* a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (Art. 265), al Contralor General de la República, al Fiscal General de la República y al Defensor del Pueblo (Art. 279), así como a los integrantes del Consejo Nacional Electoral (Art. 296).

Con la previsión en la Constitución de estas solas atribuciones, en realidad, a pesar de la rimbombante penta división del Poder Público, lo que estableció fue la evidente primacía del Poder Legislativo (la Asamblea Nacional) sobre el Poder Judicial, el Poder Ciudadano y el Poder Electoral, ya que los titulares de cuyos órganos, en definitiva, en última instancia materialmente dependen de la voluntad política del Legislador, como en efecto ha ocurrido.

El Poder Ejecutivo subsiste en el esquema constitucional vigente en Venezuela, siempre que controle políticamente al Poder Legislativo, lo que ha ocurrido efectivamente en los últimos siete años, pues con ello controla todos los Poderes del Estado, como también ha ocurrido en la práctica. Al contrario, si en el esquema constitucional, el Poder Ejecutivo llegase a perder el control político del Poder Legislativo, la rimbombante penta división del Poder Público de la Constitución estallaría en mil pedazos eliminando toda forma de gobernabilidad.

En todo caso, conforme a este esquema constitucional, el sólo hecho de que los Magistrados del Tribunal Supremo, aún cuando sean elegidos por la Asamblea Nacional por un período de doce años (Artículo 264), puedan ser removidos por la misma Asamblea en cualquier momento (Artículo 265), implica que han quedado a la merced del poder político, como en efecto ha ocurrido.

Es cierto que la Constitución exige para la remoción de los Magistrados del Tribunal Supremo una mayoría calificada de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea, previa audiencia concedida al interesado, en caso de faltas graves que sean previamente calificadas por el Poder Ciudadano, en los términos que la Ley establezca. Sin embargo, ello no elimina el germen de dependencia que está previsto en la Constitución, y menos cuando la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia ha establecido una nueva forma de remoción de los Magistrados, en evidente fraude a la Constitución, con el voto de la mayoría absoluta, cuando se trate de "revocación del acto administrativo de nombramiento de los Magistrados".

En efecto, la dependencia del Poder Judicial respecto del poder político se agravó en Venezuela, en mayo de 2004, con la sanción por la propia Asamblea Nacional de la muy esperada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia¹⁷, con la cual no sólo se aumentó el número de Magistrados del Tribunal Supremo, consolidándose el control del mismo por el Poder Ejecutivo, sino que se aumentó la dependencia de los Magistrados al haberse regulado en forma inconstitucional la posibilidad de su remoción con el voto de los integrantes de la Asamblea Nacional por mayoría absoluta.

En efecto, el Artículo 23 párrafo 3° de la Ley Orgánica, conforme lo dispone la Constitución, reiteró que los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia pueden ser removidos de sus cargos en casos de faltas graves por la Asamblea Nacional, previa solicitud y calificación de las faltas que realizare el Poder Ciudadano, en cuyo caso, la remoción debe ser acordada por una mayoría calificada de las 2/3 partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, previa audiencia del Magistrado.

Conforme a la Ley Orgánica, a partir del momento en que el Poder Ciudadano califique la falta como grave y solicite la remoción por unanimidad,

16 / Documento de 30 de noviembre de 1999. Véase en Allan R. Brewer-Carías, Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente), Tomo III, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, p. 339.

17 / Véase en Gaceta Oficial N° 37942 de 20-05-2004. Véase sobre dicha Ley, véase Allan R. Brewer-Carías, Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y Procedimientos Constitucionales y Contencioso-Administrativos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004

el Magistrado queda suspendido del cargo hasta la decisión definitiva de la Asamblea Nacional. Sin embargo, basta leer la enumeración de los supuestos de "falta grave", para constatar lo precaria que, en definitiva, resulta la estabilidad de los Magistrados, cuya permanencia en sus funciones queda a la merced de la mayoría calificada de la Asamblea Nacional.

Sin embargo, la exigencia constitucional de una mayoría parlamentaria de las 2/3 partes de los diputados integrantes de la Asamblea (Art. 265), por supuesto, en una situación de extrema polarización política, hace muy difícil a la Asamblea poder proceder a remover a los Magistrados que pudieran ser incómodos al Poder político, por lo que la Asamblea, en un evidente fraude a la Constitución "inventó" otra causal de remoción de los Magistrados, que denominó como "anulación del nombramiento de los Magistrados", la cual se puede adoptar con mayoría absoluta, en lugar de la mayoría calificada que exige la Constitución.

Esta inconstitucional potestad, por supuesto, fue ejercida en forma inmediata por la Asamblea Nacional el 15 de junio de 2004, al aprobar un informe de una Comisión que investigaba la crisis en el Poder Judicial, en el cual se recomendó "anular" el acto de nombramiento de quien para el momento era el Magistrado Vicepresidente del Tribunal Supremo, en razón de haber supuestamente "suministrado falsa información para el momento de la aceptación de su postulación para ser ratificado en ese cargo"¹⁸. Debe precisarse que dicho Vicepresidente del Tribunal Supremo había sido precisamente el Magistrado Ponente en la sentencia de la Sala Plena Accidental de 14 de agosto de 2002, (Caso: Antejudio de mérito a oficiales de la Fuerza Armada Nacional), que consideró que lo que había ocurrido en el país el 12 de abril de 2002 no había sido una crisis gubernamental debido al vacío de poder provocado por la renuncia del Presidente de la República, sentencia que había sido intensamente criticada por el Presidente de la República, y que dos años después, complacientemente, sería anulada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo por motivos formales. El mencionado Magistrado, incluso, había sido protegido en su titularidad por una decisión de amparo adoptada por la Sala Constitucional con ocasión de una decisión

anterior de la Asamblea Nacional contra el mismo el 3 de diciembre de 2002¹⁹. La Sala, sin embargo, en vista de la efectiva "remoción" del Magistrado, muy "convenientemente" no extendió la protección constitucional de amparo que se la había otorgado, lo que originó efectivamente su "remoción" o la "revocación de su nombramiento".

La mayor lesión a la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela, por tanto, es la sola posibilidad de que los Magistrados del Tribunal Supremo nombrados por la Asamblea Nacional puedan ser removidos por la propia Asamblea, incluso con el voto de la mayoría absoluta de sus miembros. Esta es una regulación que, en esos términos, no existe en ningún país democrático.

IV / La inconstitucional lesión a la independencia del tribunal supremo con la burla a la exigencia de participación ciudadana en la designación de sus magistrados

Por otra parte y a pesar de la antes mencionada amenaza permanente de remoción que existe sobre todos los Magistrados del Tribunal Supremo si llegan a apartarse de la línea política del poder, en el texto de la Constitución se hizo un gran esfuerzo para al menos asegurar que la elección de los Magistrados del Tribunal Supremo, así como de los demás integrantes del Poder Ciudadano y del Poder Electoral, se hiciese de manera tal que desde un nombramiento transparente se pudiera garantizar su autonomía e independencia, sobre todo en relación con el poder político de los partidos. Para ello, la Constitución estableció directamente a nivel nacional algunos mecanismos para garantizar la participación directa de los representantes de los diversos sectores de la sociedad en la toma de decisiones para el nombramiento o elección de dichos altos funcionarios del Estado, al reservarles la potestad de postulación de los candidatos.

En concreto, la Constitución reguló extensivamente la integración de unos "Comités de Postulaciones" para la designación, por la Asamblea Nacional, de los titulares de los órganos no electos popularmente del Poder Público (Poder Judicial, Poder Ciudadano, Poder Electoral), sólo entre los candidatos postulados por dichos Comités; Comités que debían estar necesaria y solamente inte-

18 / Según la investigación parlamentaria, el Magistrado no habría tenido 15 años como profesor universitario titular, ni tampoco estudios de postgrado. Véase la información en El Nacional, Caracas, 16-06-2004, p. A-5.

19 / Véase la información en El Nacional, Caracas, 18-06-2004, p. A-4.

grados por representantes de los diversos sectores de la sociedad.

Esta reforma constitucional se adoptó como consecuencia de crítica generalizada que se había formulado al sistema tradicional de designación de los dichos altos funcionarios públicos no electos popularmente por parte del antiguo Congreso Nacional, es decir, del Fiscal General, del Contralor General y de los Magistrados de la Corte Suprema, tal como lo establecía la Constitución de 1961, conforme a la cual el órgano legislativo tenía todo el poder discrecional para, mediante sólo acuerdos entre los partidos políticos, efectuar dichas designaciones²⁰.

Por ello, en la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, en esta materia, en sentido contrario a la práctica política anterior, se impuso el principio de la participación popular sobre el principio de la representatividad, y si bien se le atribuyó a la Asamblea Nacional la competencia para designar a los titulares de los órganos no electos popularmente del Poder Público, la reforma constitucional más importante que se introdujo en la materia, consistió en *quitarle a la Asamblea la potestad discrecional para hacer tales nombramientos*.

A tal efecto, la Constitución reguló en forma expresa y precisa la necesaria e indispensable *participación activa de la sociedad* en dichos nombramientos, al atribuirle a unos Comités de Postulaciones integrados por "representantes de los diversos sectores de la sociedad", la potestad exclusiva de hacer las postulaciones ante la Asamblea Nacional de los candidatos para ocupar dichos altos cargos de órganos constitucionales. El sistema constitucional adoptado, en consecuencia, por una parte, intentaba impedir que se pudieran formular postulaciones directamente para tales designaciones, ante la Asamblea Nacional y por la otra, buscaba asegurar que la Asamblea Nacional no pudiera designar para dichos cargos personas distintas a las postuladas por los Comités de Postulaciones.

Esos Comités de Postulaciones, integrados por *representantes de los diferentes sectores de la sociedad*, se concibieron como organizaciones no estatales de la Sociedad Civil en las cuales, por tanto, no podían formar parte ni funcionarios estatales ni los representantes populares a la Asam-

blea Nacional y a los otros cuerpos deliberantes de elección popular.

Pero a pesar de todas estas regulaciones constitucionales, que exigen la formación de Comités de Postulaciones integrados por representantes de los diversos sectores de la sociedad para la designación por la Asamblea Nacional de los altos funcionarios del Estado no electos popularmente, (Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, del Fiscal General de la República, del Contralor General de la República y del Defensor del Pueblo, así como de los miembros del Consejo Nacional Electoral), y de la insistencia en el texto de la Constitución del tema de la participación política de los administrados en las actividades estatales, en la práctica política y legislativa, dicha participación no se ha asegurado, habiéndose conservado y aún más, asegurado, en cabeza de la Asamblea Nacional, materialmente del mismo poder discrecional que tenía el antiguo Congreso Nacional en la designación de dichos funcionarios.

En efecto, la violación a la Constitución comenzó con la sanción por la Asamblea Nacional de la llamada "Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para el primer período constitucional" de noviembre de 2000, mediante la cual se creó una Comisión Parlamentaria integrada con mayoría de diputados para escoger a los referidos funcionarios, sustituyéndose a los Comités de Postulaciones regulados en la Constitución, que debían estar exclusivamente integrados "por representantes de los diversos sectores de la sociedad".

La Sociedad Civil fue así marginada, y los titulares de los órganos de los Poderes Ciudadano y Judicial fueron nombrados con la más absoluta discrecionalidad (Fiscal General de la República, Defensor del Pueblo y Contralor General de la República) y los Magistrados del Tribunal Supremo se designaron, incluso, sin atender algunos de los criterios objetivos que la Constitución establece como condición para ocupar dichos cargos.

A través de esta legislación se consolidó el control político del Ejecutivo a través del dominio de la Asamblea Nacional en relación con todos los Poderes Públicos. Esta violación constitucional fue advertida des-

20 / Véase por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, *Los Problemas del Estado de Partidos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988.

de el inicio²¹, y la misma ha continuado en particular respecto del nombramiento de los Magistrados del Tribunal Supremo.

La Constitución, en efecto, concibe al Comité de Postulaciones Judiciales (Art. 270), como un órgano asesor del Poder Judicial para la selección de los candidatos a Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (Art. 264), el cual debe estar “integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad, de conformidad con lo que establezca la Ley”. En esta forma, la Constitución estableció un *mecanismo directamente regulado en el texto fundamental* que asegura la participación de los “diversos sectores de la sociedad” en la gestión de asuntos públicos.

Pero estas disposiciones constitucionales, como se dijo, han continuado siendo violadas y burladas, habiendo sido el Legislador el que ha incurrido en fraude constitucional al establecer, en definitiva, otro sistema de elección de Magistrados escapándose del control de los representantes de la sociedad civil.

En efecto, en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004²², el Comité de Postulaciones Judiciales, en lugar de estar integrado sólo y exclusivamente “por representantes de los diversos sectores de la sociedad” como lo exige la Constitución, se dispuso que estaría integrado por “once (11) miembros principales, con sus respectivos suplentes, cinco (5) de los

cuales deben ser elegidos del seno del órgano legislativo nacional, y los otros seis (6) miembros por los demás sectores de la sociedad, los cuales se deben elegir en un procedimiento público (Art. 13, párrafo 2º).

Se trata, en este caso, entonces y en la práctica, de una “Comisión Parlamentaria Ampliada” establecida con sede en la propia Asamblea Nacional (Art. 13), cuando, por esencia, los diputados a la Asamblea Nacional no pueden considerarse representantes de la Sociedad Civil, y menos en funcionarios autónomos e independientes.

En esta forma, luego de aumentarse el número de Magistrados del Tribunal Supremo con esa reforma a la Ley a 35 Magistrados a través de este comité de postulaciones, se aseguró el control político de las designaciones, lo que incluso fue anunciado públicamente por su Presidente durante el proceso de selección, en el sentido de que no sería electa para Magistrado persona alguna que no estuviera en la línea del proceso político conducido por el Ejecutivo.

V. La interminable intervención política del poder judicial con la complicidad del tribunal Supremo de Justicia

La Constitución de 1999 eliminó la figura del Consejo de la Judicatura que había establecido la Constitución de 1961 para el gobierno y administración del Poder Judicial, y en su lugar se asignó dichas funciones al Tribunal Supremo de Justicia, para lo cual dispuso que el mismo tendría una Dirección Ejecutiva de la Magistratura (Art. 267). Además, en la *Disposición Transitoria Cuarta*, se hizo mención a una “Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial”, la cual, sin embargo, para el momento de la aprobación refrendaria de la Constitución el 15 de diciembre de 1999 no existía, pues la que existió durante el funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, como se dijo, había sido la “Comisión de Emergencia Judicial”.

Sin embargo, a pesar de esta incongruencia, la mención que hace dicha Disposición Transitoria sobre esa inexistente para ese momento “Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial”, fue sólo y únicamente a los efectos de que desarrollase transitoriamente, hasta que se dictase la Ley respectiva, el “Sistema de Defensa Pública”.

Dicha Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, sin embargo, fue luego irregularmente creada mediante un decreto dictado por la Asamblea Nacional Constituyente, después de que la Constitución fuera aprobada por referéndum,

21 / Este problema constitucional, por ejemplo, fue destacado por el Secretario General de la OEA, en su Informe a la Asamblea General de fecha 18 de abril de 2002, y lo destacó con mayor fuerza la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el comunicado de prensa N° 23/02 que emitió el 10 de mayo de 2002, en el cual destacó los cuestionamientos que había recibido “relacionados con la legitimidad del proceso de elección de los máximos titulares del Poder Judicial... procedimientos éstos no contemplados por la Constitución Venezolana. La información recibida indica que dichas autoridades no fueron postuladas por los comités establecidos por la Constitución sino sobre la base de una Ley dictada por la Asamblea Nacional con posterioridad a la aprobación de la Constitución...” (No. 7). El tema lo desarrolló más detenidamente la propia Comisión Interamericana en la Observaciones Preliminares de fecha 10 de mayo de 2002, constatando que “Las reformas constitucionales introducidas en la forma de elección de estas autoridades no fueron utilizadas en este caso. Esas normas eran precisamente las que buscaban limitar injerencias indebidas, asegurar mayor independencia e imparcialidad y permitir que diversas voces de la sociedad sean escuchadas en la elección de tan altas autoridades” (No. 26); agregando: “27. La Comisión también pudo constatar diversos cuestionamientos al ejercicio de las facultades del Poder Judicial sin la debida independencia e imparcialidad. En diversas oportunidades, el Tribunal Supremo de Justicia habría adoptado decisiones exclusivamente fundadas en favorecer los intereses del Poder Ejecutivo. Entre otros, se mencionaron las decisiones sobre el cuestionamiento a la Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, y la decisión sobre la duración del periodo presidencial. 28. La Comisión se encuentra preocupada por la posible falta de independencia y autonomía de los otros poderes respecto al Poder Ejecutivo, pues indicarían que el equilibrio de poderes y la posibilidad de controlar los abusos de poder que debe caracterizar un Estado de Derecho estaría seriamente debilitado. Al respecto, la CIDH debe señalar que la separación e independencia de los poderes es un elemento esencial de la democracia, de conformidad con el Artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana.”

22 / Gaceta Oficial N° 37.942 de 20-05-2004. Véase los comentarios a la Ley en Allan R. Brewer-Carías, Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y Procedimientos Constitucionales y Contencioso-Administrativos, Caracas, 2004.

denominado "Decreto del Régimen de Transición del Poder Público" (Art. 27) de 22 de diciembre de 1999²³, en el cual se dispuso que mientras el Tribunal Supremo organizaba la referida Dirección Ejecutiva de la Magistratura, el gobierno y administración del Poder Judicial, la inspección y vigilancia de los Tribunales, y todas las competencias que la legislación para ese momento vigente atribuían al antiguo Consejo de la Judicatura, serían ejercidas por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (Art. 21).

En esta forma, la Asamblea Nacional Constituyente, en forma evidentemente contraria a la Constitución, le confiscó al Tribunal Supremo, cuyos miembros había designado dejando cesantes a los antiguos Magistrados de la anterior Corte Suprema, una de sus nuevas funciones, incluso para que no la pudiera ejercer después de que la nueva Constitución entrara en vigencia, y se la atribuyó a una "Comisión" creada y designada por la propia Asamblea Constituyente, y no por el nuevo Tribunal Supremo, situación irregular que el propio Tribunal Supremo de Justicia luego aceptó resignadamente por más de un lustro, renunciando a ejercer sus competencias constitucionales.

Por otra parte, la disposición del Artículo 23 del Decreto del 22 de diciembre de 1999 constituía una verdadera "Disposición Transitoria Constitucional" que debió haber sido incorporada en las de la propia Constitución, la cual, sin embargo, no estaba en el proyecto aprobado popularmente y que la Asamblea Constituyente dictó en evidente usurpación de la voluntad popular (la del pueblo), disponiendo que la competencia disciplinaria judicial que conforme a la Constitución debe corresponder a los Tribunales Disciplinarios de conformidad con lo que se regula en el Artículo 267 de la Constitución recién aprobada, sería ejercida por la referida Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, y no por los Jueces. Dicho Artículo 23 del Decreto, en efecto, dispuso esa inconstitucional transitoriedad:

De acuerdo con el presente régimen de transición y hasta que la Asamblea Nacional apruebe la legislación que determine los procesos y Tribunales Disciplinarios.

Pero contrariamente a ello, conforme a la nueva Constitución, sólo los Jueces pueden ejercer la función disciplinaria judicial (Art. 253), por lo que era total-

mente ilegítimo y contrario a la garantía del debido proceso (Art. 49), el atribuir funciones judiciales disciplinarias respecto de los Jueces a una "Comisión" *ad hoc* como la mencionada, que no era ni es un Tribunal. Si se trataba de establecer, así fuera arbitrariamente, un régimen transitorio para la Jurisdicción disciplinaria, las funciones judiciales que ello implica constitucionalmente debieron atribuirse por ejemplo a Tribunales o Jueces preexistentes, y no a una "Comisión" *ad hoc*, pues ello, además, violaba la garantía del debido proceso y del Juez natural que la nueva Constitución regulaba expresamente (Art. 49).

Con posterioridad al Decreto sobre el Régimen Transitorio de diciembre de 1999 que creó la mencionada Comisión, la Asamblea Nacional Constituyente dictó otros dos Decretos el 18 de enero de 2000 en relación con el Poder Judicial, también "en ejercicio del poder soberano constituyente originario", que fueron el relativo a la designación del Inspector de Tribunales²⁴, y el relativo a la designación de los miembros de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial²⁵.

Esta situación de absoluta transitoriedad y de inaplicación del texto constitucional, se ha prolongado por la omisión del mismo Tribunal Supremo hasta el presente, a pesar de que el 2 de agosto de 2000 el Tribunal dictó la "Normativa Sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial", con la cual supuestamente se daría satisfacción al expreso mandato constitucional del Artículo 267, supuestamente para "poner fin a la vigencia del régimen transitorio dictado por el Constituyente", lo cual, sin embargo, no ocurrió.

En efecto, en el Artículo 1º de la referida Normativa el Tribunal Supremo dispuso la creación de "la Dirección Ejecutiva de la Magistratura como órgano auxiliar del Tribunal Supremo de Justicia, con la finalidad de que ejerza por delegación las funciones de dirección, gobierno y administración del Poder Judicial". Esta Dirección Ejecutiva de la Magistratura se erigió entonces como un órgano del Tribunal Supremo en el ejercicio de sus atribuciones relativas a la dirección, gobierno y administración del Poder Judicial, es decir, se trató de un órgano que ejerce por delegación tales atribuciones que, se insiste, son propias de este Tribunal Supremo de Justicia.

Pero en materia de Jurisdicción disciplinaria de los Jueces, en el Artículo 30 de la misma Normativa, el Tribunal Supremo, sin justificación ni competencia al-

23 / Véase en Gaceta Oficial N° 36859 de 29-12-99. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano, cit., pp. 1017 y ss.

24 / Gaceta Oficial N° 36.878 de 26-01-00
25 / Gaceta Oficial N° 36.878 de 26-01-00

gunas, y en fraude a la Constitución, prorrogó la existencia y funcionamiento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración, que debía ser organizada en la forma que determinase el Tribunal Supremo de Justicia, la cual sólo tendría a su cargo, luego de la vigencia de la referida Normativa, “funciones disciplinarias mientras se dicta la legislación y se crean los correspondientes Tribunales Disciplinarios”.

El Tribunal Supremo, entonces, renunció a sus funciones incluso en materia normativa respecto del gobierno del Poder Judicial, y tan fue así, que fue la propia “Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial”, la que, sin base constitucional o legal alguna, en noviembre de 2000 dictó la nueva “normativa” para la sanción y destitución de los Jueces, contenida en el Reglamento de la Comisión y Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial²⁶; “normativa”, con la cual procedió definitivamente a “depurar” el Poder Judicial de Jueces no afectos al régimen. Lo insólito es que dicho “reglamento” ni siquiera fue dictado por el propio Tribunal Supremo que, conforme a la Constitución, es el que tiene a su cargo el gobierno y administración del Poder Judicial, y éste lo haya aceptado sumisamente, avalando el funcionamiento de una inconstitucional Comisión, admitiendo no sólo que ésta dictase sus propias normas de funcionamiento, sino el régimen disciplinario de los Jueces, es decir, el régimen sancionatorio y de destitución de los mismos.

Continuó así dicha Comisión, esta vez por voluntad del mismo Tribunal Supremo, en el ejercicio de funciones transitorias en materia disciplinaria que son esencialmente judiciales; situación que fue nuevamente prorrogada por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de mayo de 2004²⁷, en cuya Disposición Transitoria Única, párrafo 2, e) se dispuso que:

La Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial sólo tendrá a su cargo funciones disciplinarias, mientras se dicte la legislación y se crea la Jurisdicción disciplinaria y los correspondientes Tribunales Disciplinarios.

La norma constitucional que exige que “la Jurisdicción disciplinaria judicial estará a cargo de los Tribunales Disciplinarios que determine la Ley” (Art. 267), por tanto, durante todos los años de vigencia de la Constitución ha sido letra muerta; años durante los cuales los Jueces no han tenido garantía algu-

na en cuanto a su estabilidad, y su permanencia en el Poder Judicial ha quedado a la merced de una Comisión “no judicial”, la cual los ha suspendido a mansalva, particularmente cuando han dictado decisiones que no han complacido al Poder.

Lamentablemente, en esta materia, sin embargo, el “activismo judicial” de la Sala Constitucional que la ha llevado, incluso, a juzgar de oficio la inconstitucionalidad de la omisión del Legislador, por ejemplo, al no haber sancionado en el tiempo requerido la Ley Orgánica del Poder Municipal²⁸, no ha sido aplicada para tratar de obligar al legislador a dictar las leyes básicas para garantizar, precisamente, la autonomía e independencia del Poder Judicial, que el Tribunal Supremo administra y gobierna, mediante la garantía de estabilidad de los Jueces.

Dos piezas claves establecidas en la Constitución para garantizar la autonomía e independencia de los Jueces, es precisamente todo el régimen instituido, primero, para garantizar el nombramiento de Jueces idóneos e independientes sólo mediante concursos públicos; y segundo, para garantizar la remoción de los Jueces sólo mediante juicios disciplinarios desarrollados con las garantías del debido proceso por ante Jueces disciplinarios. Sin embargo, ninguna de estas dos garantías constitucionales de la autonomía e independencia de los Jueces ha tenido aplicación durante los años de vigencia de la Constitución.

VI. La inconstitucional conversión de jueces temporales en jueces titulares sin concursos públicos de oposición para el nombramiento de los jueces

De acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 255 de la Constitución, “el ingreso a la carrera judicial y el ascenso de los Jueces” se debe hacer “por concursos de oposición públicos que aseguren la idoneidad y excelencia de los participantes y serán seleccionados por los jurados de los circuitos judiciales, en la forma y condiciones que establezca la Ley”, correspondiendo dicho nombramiento y juramento de los Jueces al Tribunal Supremo de Justicia.

La norma agrega, además, que “La ley debe garantizar la participación ciudadana en el procedimiento de selección y designación de los Jueces” y que “Los Jueces sólo pueden ser removidos o suspendidos de sus cargos mediante los procedimientos expresamente previstos en la Ley”.

28 / Véase la sentencia N° 3118 de 06-10-2003 en Revista de Derecho Público, N° 93-96, EJV, Caracas 2003. Véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano, Tomo II, cit., pp. 970 y ss.

26 / Véase en Gaceta Oficial N° 37.080, de 17-11-2000
27 / Véase en Gaceta Oficial N° 37942 de 20-05-2004

Esta norma, sin embargo, también ha sido letra muerta en Venezuela desde que ocurrió la intervención del Poder Judicial por la Asamblea Nacional Constituyente en 1999, mediante la creación de la Comisión de Emergencia Judicial.

Dicha Comisión y su sucesora, la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial creada en el mencionado Régimen de Transición del Poder Público el 22 de diciembre de 1999, en efecto, tuvieron a su cargo no sólo la destitución de cientos de Jueces en el país, extinguiendo la garantía de la estabilidad de los Jueces, sino el nombramiento de sus sustitutos sin concurso alguno.

Es decir, la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia nombrada en agosto de 2000, que comenzó a funcionar en paralelo con la Comisión de Funcionamiento, además, continuó la política de estructurar un Poder Judicial integrado por Jueces provisionales o temporales, los cuales llegaron a conformar más del 90% del universo de los Jueces, quienes han quedado dependientes y vulnerables a las presiones del poder²⁹, habiendo materialmente desaparecido la autonomía e independencia del Poder Judicial.

Sobre este problema de la administración de Justicia en Venezuela, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ya desde mayo de 2002³⁰, había señalado lo siguiente:

8. Otro aspecto vinculado a la autonomía e independencia del Poder Judicial es lo relativo al carácter provisorio de los Jueces. La CIDH no desconoce que el problema de la provisionalidad de los Jueces en Venezuela es de larga data. Según lo informado a la CIDH durante la visita, actualmente habría entre un 60% un 90% de Jueces provisionales lo cual, a consideración de la CIDH, afecta la estabilidad, independencia y autonomía que debe regir a la Judicatura. La Comisión expresa la importancia de que se inicie en Venezuela de manera inmediata y conforme a su legislación interna y las obligaciones internacionales derivadas de la Convención Americana, un proceso destinado a revertir la situación de provisionalidad de la mayoría de los Jueces.

29 / Véase lo indicado en el Informe de Human Rights Watch Manipulando el Estado de Derecho: Independencia del Poder Judicial amenazada en Venezuela, junio de 2004, Vol. 16, Nº 3 (B), p. 11, donde se habla incluso de los "jueces desechables".

30 / Véase "Comunicado de Prensa" de 10-05-2000, en El Universal, Caracas 11-5-2002

En el texto de las Observaciones Preliminares formuladas por la Comisión el día 10-05-2002, se ahondó en el tema de la provisionalidad de los Jueces, indicando:

30. Otro aspecto vinculado a la autonomía e independencia del Poder Judicial es lo relativo al carácter provisorio de los Jueces. Al respecto, luego de casi tres años de reorganización del Poder Judicial, un número significativo de los Jueces tiene carácter provisorio, que oscila entre el 60 y el 90% según las distintas fuentes. Ello afecta la estabilidad, independencia y autonomía que debe regir a la judicatura.

31. La Comisión no desconoce que el problema de la provisionalidad de los Jueces precede en muchos años a la presente administración. Sin embargo, la Comisión ha sido informada que el problema de la provisionalidad de los Jueces se ha profundizado y aumentado desde que el presente Gobierno inició un proceso de reestructuración judicial. El Presidente del Tribunal Supremo de Justicia informó a la CIDH sobre la marcha del proceso destinado a corregir dicha situación.

32. El Poder Judicial ha sido establecido para asegurar el cumplimiento de las leyes y es indudablemente el órgano fundamental para la protección de los Derechos Humanos. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el funcionamiento adecuado del poder judicial es un elemento esencial para prevenir el abuso de poder por parte de otros órganos del Estado, y por ende, para la protección de los Derechos Humanos. Para que el Poder Judicial pueda servir de manera efectiva como órgano de control, garantía y protección de los Derechos Humanos, no sólo se requiere que éste exista de manera formal, sino que, además, el Poder Judicial debe ser independiente e imparcial.

33. La Comisión expresa la importancia de que, de manera inmediata y conforme a la legislación interna y las obligaciones internacionales derivadas de la Convención Americana, se

acelere el proceso destinado a revertir la situación de provisionalidad en que se encuentra un número significativo de Jueces venezolanos. La necesidad de que la designación de Jueces se realice con todas las garantías, no puede justificar que la situación de provisionalidad se mantenga por largos períodos.

Los concursos públicos para la designación de los Jueces se habían intentado reinstaurar en marzo de 2000, de nuevo mediante una normativa que fue dictada, no por el Tribunal Supremo de Justicia, sino por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial³¹, pero los mismos fueron suspendidos definitivamente poco tiempo después y tanto la destitución de los Jueces sin fórmula de juicio ni derecho a ser oídos, como la designación a dedo de sus sustitutos temporales, siguió siendo la regla en el funcionamiento del Poder Judicial.

Lo absurdo del régimen transitorio que ha eliminado todo el sistema de concurso para el ingreso a la carrera judicial que exige la Constitución, llegó a su clímax con la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia No. 1424 de 3 de mayo de 2005, dictada con ocasión de decidir un recurso de nulidad por inconstitucionalidad del Artículo 6,23 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que atribuía a la Sala Político Administrativa del mismo Tribunal la competencia para designar los Jueces de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a los efectos de que como lo solicitaron los recurrentes, "en consecuencia se designe a los Jueces de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a través de los procedimientos de concurso de oposición aplicado a las demás jurisdicciones del país, tal como lo prevé el mandato constitucional plasmado en el Artículo 255 de la Constitución".

En dicha sentencia, sin embargo, la Sala resolvió declarar *de oficio* una medida cautelar suspendiendo la aplicación de la norma impugnada, alegando como "peligro en la mora", "el riesgo de que la Sala Político-Administrativa, con apoyo en la Ley, haga designaciones durante la pendencia de este Juicio, las cuales, pese a que sean legales, podrían ser declaradas luego inconstitucionales con nefastas consecuencias para todo el Sistema de Justicia", por lo que entonces resolvió que durante "la tramitación de esta causa las designaciones a que se refiere la norma cuya suspensión provisional se acuerda se harán por la Comi-

sión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, mediante el mismo procedimiento a través del cual se nombra el resto de los Jueces de la República". Es decir, a dedo, sin concurso.

En consecuencia, de una designación de Jueces de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por el máximo Tribunal de dicha Jurisdicción (la Sala Político Administrativa) con posibilidad de velar más adecuadamente por el nivel de los mismos, se pasó a la designación a dedo, sin concurso de dichos Jueces como se hace con "el resto de los Jueces de la República" y ello, por decisión de la Sala Constitucional.

Toda esta irregular conformación de la Judicatura en Venezuela por Jueces provisorios y temporales que han sido designados sin concurso, en sustitución de todos los que han sido destituidos o removidos sin garantía el debido proceso, el propio Tribunal Supremo ha pretendido convertirla en "regular", mediante la aprobación y entrada en vigencia desde septiembre de 2005 de una normativa que ha pretendido establecer ese proceso "reconversión" regulando una inconstitucional transformación de dichos Jueces provisorios en "Jueces Titulares", sin el concurso público de oposición que exige la Constitución.

A los efectos de llevar a cabo este fraude a la Constitución, el Tribunal Supremo de Justicia dictó unas "Normas de Evaluación y Concurso de Oposición para el Ingreso y Ascenso de la Carrera Judicial" mediante Acuerdo de 6 de julio de 2005³², en las cuales, luego de regular muy detalladamente los concursos públicos para el nombramiento de Jueces, suspende su aplicación durante un año (2005-2006) en unas Disposiciones Finales y Transitorias, en cuyo Artículo 46 estableció una llamada "Regularización de la Titularidad de los Jueces Provisorios", a los efectos "de regular la situación de los Jueces no titulares".

Para ello, incluso antes de dictarse estas normas, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 6 de abril de 2005, había aprobado "el proyecto de normas presentado por la Escuela Nacional de la Magistratura que incluye el Programa Especial para la Regularización de la Titularidad (PET), conformado por un Programa Académico de Capacitación, evaluación médica y psicológica, evaluación de desempeño, y el correspondiente examen de conocimiento, todo de acuerdo con lo previsto en la presente normativa". La norma del

³¹ / Véase en Gaceta Oficial No. 38282 de 29-09-2005. Dicho Acuerdo, sin embargo, no derogó expresamente las Normas de Evaluación y Concursos de oposición para ingresos y permanencia en el Poder Judicial que había dictado la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial en 2000.

³¹ / Véase Normas de Evaluación y Concursos de Oposición Para Ingresos y Permanencia en el Poder Judicial de 13-03-2000.

Artículo 46 agregó que “El referido programa tendrá una vigencia de doce meses contados a partir de la aprobación por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia de las presentes normas”.

Con ello se ha pretendido titularizar a todos los Jueces provisionales y transitorios que para el momento de entrada en vigencia de las normas tuvieron solo más de 3 meses en ejercicio de sus cargos³³, de manera que la misma norma agrega además que solo “aquellos Jueces que para la fecha en que cese la vigencia de dicho Programa mantengan la condición de provisorios, temporales o accidentales, y no tengan al menos tres (3) meses en el ejercicio de sus funciones judiciales”, serán los que deben “participar y aprobar el Programa de Formación Inicial (PFI) para obtener la titularidad”.

En esta forma, el propio Tribunal Supremo, en evidente fraude a la Constitución, dispuso la conversión de los Jueces temporales, provisorios y accidentales en Jueces titulares, sin cumplir con los concursos públicos de oposición establecidos en la Constitución, mediante un procedimiento que se desarrolla en las referidas Normas, basadas en una supuesta evaluación que se le hace a cada Juez provisorio, individualmente considerado, al cual se le da un curso de pocos días y se le hace un examen, sin concurso público. Este proceso, que se ha realizado entre 2005 y 2006, es lo que ha permitido al Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, poder anunciar públicamente en octubre de 2006, que “para diciembre de 2006, 90% de los Jueces serán titulares”³⁴, hecho que ha sido denunciado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como un nuevo atentado a la autonomía del Poder Judicial hecho en fraude a la Constitución³⁵.

VII. La inconstitucional regularización de la inexistencia de la jurisdicción disciplinaria judicial

Pero la intervención debido a la “emergencia” permanente a que se sometió al Poder Judicial, que ha conducido a que las normas constitucionales no lleguen a aplicarse, ha afectado particularmente la estabilidad de los Jueces.

33 / El Artículo 47 de dichas normas transitorias, establece sobre la convocatoria a concurso, que “La Escuela Nacional de la Magistratura convocará a concurso sólo a aquellos Jueces no titulares, con al menos tres (3) meses en el ejercicio de la función judicial para la fecha de inicio del Programa Académico de Capacitación. Tal convocatoria deberá cumplir con los requisitos de publicidad y fases establecidas en las presentes normas”.

34 / Véase en El Universal, Caracas 11-10-2006.

35 / Véase la denuncia de Cofavic, Provea, Espacio Público, Centro de Derechos Humanos de la UCAB, Unión Afirmativa y otras organizaciones no gubernamentales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en Washington. Véase en El Universal, Caracas, 20 de octubre de 2006.

En efecto, como se ha dicho, conforme a la Constitución, la Jurisdicción disciplinaria judicial debe estar a cargo de Tribunales Disciplinarios que deben ser determinados por la Ley (Art. 267) y el régimen disciplinario de los Magistrados y Jueces debe estar, además, fundamentado en el *Código de Ética del Juez Venezolano*, que debe dictar la Asamblea Nacional.

En cuanto al procedimiento disciplinario, la Constitución exige que debe ser público, oral y breve, conforme al debido proceso, en los términos y condiciones que establezca la Ley.

En esta materia, sin embargo, la ausencia de desarrollo legislativo de la Constitución ha hecho prolongar la transitoriedad constituyente que origina la emergencia judicial violándose abiertamente la Constitución, con lo cual la estabilidad e independencia de los Jueces es inexistente. Todo ello con la anuencia del propio Tribunal Supremo de Justicia.

Incluso, como se detalla en la sentencia de la Sala Plena N° 40 de 15 de noviembre de 2001, el Artículo 22 del Régimen de Transición del Poder Público de diciembre de 1999 había dispuesto que *mientras el Tribunal Supremo de Justicia no organizase a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura* (prevista, en el Artículo 267 constitucional), las competencias relativas a “inspección y vigilancia de los Tribunales” serían ejercidas por la “Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial” que la Asamblea había establecido.

Además, el Artículo 29 del mismo Régimen estableció que la Inspectoría General de Tribunales - hasta ese entonces organizada y regida por las normas de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura - sería un órgano auxiliar de la nombrada Comisión en la inspección y vigilancia de los Tribunales de la República con facultades para la instrucción de los expedientes disciplinarios de los Jueces y demás funcionarios judiciales. Asimismo, dispuso dicha norma que el Inspector General de Tribunales y su suplente serían designados por la Asamblea Nacional Constituyente, con carácter provisional hasta el funcionamiento efectivo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura.

Ahora bien, como se ha dicho, el 2 de agosto de 2000 el Tribunal Supremo de Justicia, actuando en acatamiento de lo ordenado en el Artículo 267 de la Constitución, dictó la “Normativa Sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial”, con lo que se buscó, como lo afirmó el supremo tribunal en la sentencia No. 40, la parcial satisfacción de un expreso mandato constitucional (Artículo 267), ya que la “emergencia”

continuó en cuanto al régimen disciplinario de los Jueces. La propia Sala Plena resumió y argumentó sobre la continuación de la emergencia, así:

“De otra parte, el Artículo 30 de la misma Normativa establece que “la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración organizada en la forma que lo determine el Tribunal Supremo de Justicia, sólo tendrá a su cargo [luego de la vigencia de esta Normativa] funciones disciplinarias mientras se dicta la legislación y se crean los correspondientes Tribunales Disciplinarios”. Ha quedado así esta Comisión en el ejercicio de funciones transitorias en la materia antes indicada³⁶.”

Pero lamentablemente, como se ha dicho, al dictarse la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de mayo de 2004, lejos de que el Legislador ordenara el cese de la emergencia, la prorrogó una vez más al disponerse en la Disposición Transitoria Única, párrafo 2, e) que la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial seguiría ejerciendo las funciones disciplinarias, “mientras se dicte la legislación y se crea la Jurisdicción disciplinaria y los correspondientes Tribunales Disciplinarios”.

Es decir, el Legislador, de nuevo, decidió no legislar para prorrogar una inconstitucional emergencia, que durará *sine die*, mientras el propio legislador decida en el futuro, ¡legislar! Todo ello con la anuencia del propio Tribunal Supremo de Justicia, que ha sido cómplice en dicha prórroga y en la violación de la Constitución en materia del régimen disciplinario del Poder judicial.

En efecto, en esta materia, ha sido la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo, con ocasión de conocer sobre la inconstitucional omisión de la Asamblea Nacional de no haber enviado al Presidente de la República para su promulgación el Código de Ética del Juez, la que en lugar de corregir la omisión y exigirle a la Asamblea Nacional remitir para su promulgación tal documento, lo que hizo fue, contradictoriamente, prorrogar la existencia de la mencionada Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, llegando incluso a designar y remover sus integrantes, sustituyéndose la Sala Constitucional en el propio Tribunal Supremo de Justicia. En efecto, en la sentencia No. 1957 de mayo de 2005, dictada con el motivo indicado, la Sala resolvió:

Observa la Sala, tal y como se indicó anteriormente, que la presente demanda se intentó con fundamento en la supuesta omisión en que incurrió la Asamblea Nacional, “por cuanto aún no han remitido la Ley sancionada el 16 de octubre de 2003 del Código de Ética del Juez o Jueza Venezolana’ al Presidente de la República Bolivariana para que se proceda a su promulgación en la Gaceta Oficial”.

Lo anterior ha traído entre sus consecuencias la continuidad en sus funciones de un órgano como la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, el cual estaba destinado a regir durante un período de transición.

En efecto, la Asamblea Nacional Constituyente elaboró el Régimen de Transición del Poder Público, publicado en Gaceta Oficial número 36.920 del 28 de marzo de 2000, en el cual se creó la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial en los siguientes términos:

“Artículo 28. Se crea la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial que será integrada por los ciudadanos que designe la Asamblea Nacional Constituyente.

Las designaciones que realice la Asamblea Nacional Constituyente lo serán hasta el funcionamiento efectivo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, de los Tribunales Disciplinarios y del Sistema Autónomo de la Defensa Pública”.

Por otra parte, el Artículo 24 *eiusdem*, destaca igualmente la transitoriedad de la referida Comisión, al disponer lo siguiente:

“La competencia disciplinaria judicial que corresponda a los Tribunales disciplinarios de conformidad con el Artículo 267 de la Constitución aprobada, será ejercida por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial de acuerdo con el presente régimen de transición y hasta que la Asamblea Nacional apruebe la legislación determine los procesos y Tribunales Disciplinarios”.

En justa correspondencia con lo anterior, este Tribunal Supremo de Justicia procedió a dictar la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.014, de 15 de agosto de 2000, en cuyo capítulo correspondiente a las disposiciones finales y transitorias (Artículo 30), dispuso que:

36 / Véase en Revista de Derecho Público, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 159 y ss.

“La Dirección Ejecutiva de la Magistratura iniciará su funcionamiento efectivo el día primero de septiembre del año dos mil. (Omissis)

La Comisión de Funcionamiento y Reestructuración, reorganizada en la forma que lo determine el Tribunal Supremo de Justicia, sólo tendrá a su cargo funciones disciplinarias mientras se dicta la legislación y se crean los correspondientes Tribunales Disciplinarios” (Resaltado de la Sala)

Pero después de todo este razonamiento, de la manera más absurda, la Sala, en lugar de velar por la corrección de la omisión legislativa, constató que:

“Visto que conforme a la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial corresponde a este Tribunal Supremo de Justicia, la reorganización de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración y visto que conforme al Decreto del Régimen de Transición del Poder Público, las designaciones que realizó la Asamblea Nacional Constituyente de los integrantes de dicha Comisión fueron realizadas de manera temporal hasta el funcionamiento efectivo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y la Comisión Judicial, lo que constituye un hecho notorio en la actualidad, y visto que hasta la presente fecha la Asamblea Nacional ha omitido culminar el proceso de formación del Código de Ética del Juez o Jueza Venezolana...”

La Sala Constitucional, “a los fines de reorganizar el funcionamiento de la referida Comisión, según lo establecido en el Artículo 267 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y Artículo 30 de la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial”, pura y simplemente procedió a ordenar la sustitución de los ciudadanos que se desempeñan como miembros integrantes de la citada Comisión por otros ciudadanos que procedió a designar. Es decir, formalizó, aún más, la transitoriedad judicial y la inexistencia del régimen disciplinario judicial de los Jueces.

En esta materia, por tanto, la Sala Constitucional no ha demostrado activismo judicial alguno, y lejos de declarar la inconstitucionalidad de la omisión legislativa, lo que ha hecho es asumir la dirección de la inconstitucional emergencia al haber removido a los miembros de la Comisión de Funcionamiento y

Reorganización del Sistema Judicial y haber designado a los nuevos integrantes de dicho órgano intervector, para que continúe la emergencia.

En esta materia, por tanto, el contraste entre la normativa constitucional y la realidad política es patética: hay una serie de Garantías Constitucionales respecto de la autonomía e independencia del Poder Judicial que no existen en la práctica, por la implantación de una anormal situación de “emergencia judicial” construida y gerenciada por la Asamblea Nacional y por el propio Tribunal Supremo de Justicia, órganos que han suspendido fácticamente la aplicación de la Constitución en lo que se refiere al régimen disciplinario de los Jueces y, por tanto, en cuanto a la estabilidad de los mismos, sin lo cual no puede hablarse ni de autonomía ni de independencia judicial.

Los principios del proceso penal estadounidense y el caso de Michael Jackson

Sumario

Introducción:

El federalismo estadounidense y el derecho penal

I. El proceso del antejuicio

La naturaleza del cargo

Delitos menores

Delitos graves.

II. Rasgos del juicio penal estadounidense

Fases del juicio.

Veredicto y sentencia.

III. La Dinámica de un juicio estadounidense

Los principales actores

La planificación del juicio

IV. El proceso de pruebas estadounidense

V. Una nota comparativa

Oralidad, Inmediación y Concentración

Miguel Angel Méndez Longoria

Profesor de Derecho Adelbert H. Sweet de la Universidad de Stanford. Ha enseñado en Stanford desde 1977 en donde se especializa en Derecho Penal, Pruebas y Abogacía. Antes de unirse a la Facultad de Derecho de Stanford, ejerció Derecho Civil y Penal, y fue asistente legal al senador por California, Alan Cranston. Recibió su bachillerato (AB) en 1965 y su título de Licenciado en Derecho (JD) de la Universidad George Washington en 1968. Al recibirse de la Facultad de Derecho, sus profesores lo eligieron al Order of the Coif, una sociedad honorífica reservada para aquellos graduados que reciben las más altas calificaciones. Autor de numerosos artículos y libros legales, algunas de sus obras se han publicado en la América Latina.

Resumen

Las recientes reformas del proceso penal en algunos países latinoamericanos han generado un renovado interés en el proceso penal de los Estados Unidos. Este artículo persigue suministrar al lector una comprensión básica sobre cómo se juzga a un indiciado desde que el estado le formula cargos penales hasta que el jurado emite un veredicto. Puesto que en los EEUU cada estado establece su propio proceso penal, en este artículo se analiza principalmente el derecho de California, el más poblado entre los estados de los EEUU y donde más casos penales se intentan hasta el punto que sus cifras anuales exceden las de cualquiera de los otros cincuenta.

La parte I del artículo examina los procedimientos para llevar a juicio a un indiciado. La parte II presenta las etapas de un juicio penal en California; la parte III describe los principales actores de dicho juicio y el papel que cada uno desempeña; la parte IV resume los principios básicos que fundamentan las normas probatorias estadounidenses que figuran entre las más complejas desde el punto de vista comparativo y conforman una rama especializada del derecho; finalmente, la parte V presenta una breve comparación entre el derecho continental y el common law. En el anexo se analiza el proceso penal al cantante Michael Jackson. El análisis demostrará el funcionamiento en la práctica de muchos de los principios y normas discutidos en las primeras cuatro partes del artículo.

Abstract

Recent reforms in some Latin American countries in the rules of criminal procedure and especially in the trial of criminal cases have sparked a renewed interest in the way American criminal cases are processed. This article is designed to provide the reader with a basic understanding of how an American criminal defendant is tried, from the time the state files criminal charges until the jurors reach a verdict. Because in the United States each state has the power to determine the rules that govern its criminal proceedings, this article focuses principally on the California rules. California is the most populous American state. More criminal cases are filed each year in California than in any other state. Indeed, the number of annual California prosecutions exceeds all of the cases brought by federal prosecutors in all of the fifty states and the District of Columbia.

Part I of the article examines the procedures used to bring a California criminal defendant to trial. Part II sets out the various phases of a California criminal trial. Part III describes the major actors in a California criminal trial and the role each plays. Part IV outlines the basic principles underlying the American rules of evidence which are among the most complex to be found anywhere and make up a distinct body of American law. Part V provides a brief comparison between the civil law and common law approaches to criminal litigation. It is followed by an annex in which I provide the reader with my analysis of the California prosecution of the singer, Michael Jackson. My analysis will demonstrate in practice many of the principles and rules discussed in the first four parts of this article.

litos que se le imputan. Para el caso de que el acusado se declare no culpable, el juicio le otorga la oportunidad de ser oído y poder defenderse antes de que sea establecida su culpabilidad. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha jugado también un papel importante en uniformar el proceso penal estadounidense. Comenzando a mediados de los años 60, la Corte comenzó a aplicar a los procedimientos penales estatales algunas de las garantías procedimentales que la Carta de Derechos (Bill of Rights) otorga a los acusados en los procedimientos penales federales. Las garantías que más se destacan son las de ser asistido o representado por un abogado,¹ la garantía a un juicio con jurado en casos que no se refieran a delitos menores,² a confrontar los testigos del Estado,³ a promover pruebas refutando los cargos,⁴ a no declararse culpable,⁵ y a ser absuelto salvo en el caso de que se pruebe la culpabilidad más allá de una duda razonable.⁶

Por cuanto el derecho y procedimiento penales son esencialmente producto de las legislaturas estatales, he escogido una jurisdicción importante—California— para ilustrar cómo un caso penal es tramitado en los Estados Unidos. California procesa más acusados que cualquier otro estado y aun el propio gobierno federal. La descripción consiste en cinco partes. En la Parte I, se examina el procedimiento utilizado para tramitar cargos penales; en la Parte II se describen las características de un juicio penal estadounidense; en la Parte III, se explora la dinámica de un juicio estadounidense; en la Parte IV se discuten los principios subyacentes en el proceso de pruebas; en la Parte V se hace una breve comparación entre el juicio estadounidense y el juicio en algunos de los países de derecho romano; y para ilustrar cómo se tramitó un caso penal actual en California, en el anexo se concluye con un análisis del caso contra Michael Jackson.

Introducción: El federalismo estadounidense y el derecho penal

El hecho de que en el sistema federal estadounidense cada estado tenga la potestad de dictar sus propias leyes y procedimientos no ha dado origen a muchas variaciones entre ellos. Particularmente en el campo del derecho penal, puede decirse que hay cierta uniformidad. Mucho de ello se remonta a los orígenes del derecho penal estadounidense. Tanto es así que en la actualidad muchos crímenes “modernos” son simplemente derivados de delitos originalmente definidos por jueces ingleses de *common law* hace varios siglos. Más aún, aquellos estados que han reestructurado sus códigos penales han sido influenciados en gran medida por el Código Penal Modelo, un texto preparado por el Instituto de Derecho Americano (*American Law Institute*). El Instituto es una organización no-gubernamental y lo que produce no tiene carácter vinculante en ninguna jurisdicción de los Estados Unidos; sus publicaciones, sin embargo, son muy influyentes debido a que el Instituto está integrado por jueces, abogados y académicos de mucho renombre.

El derecho tradicional (*common law*) también ha hecho sentir su peso en los procedimientos que los estados y el gobierno federal utilizan para los casos penales. Las fases de “lectura de cargos” (arraignment) y de “juicio” (trial) fueron usadas ampliamente por los jueces ingleses. El principal propósito del acto de “lectura de cargos” es informarle al acusado sobre los del-

I. El Proceso del antejuicio

La naturaleza del cargo

Las conductas criminales que son castigadas con encarcelamiento o muerte son de dos clases. Las faltas o delitos menores (*misdemeanors*) que generalmente acarrear una pena no mayor de seis meses en una cárcel de condado.⁷ California está subdividida en re-

1 / Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963) (derecho a ser representado por abogado en un juicio); Douglas v. California, 372 U.S. 353 (1963) (derecho a ser representado por abogado durante la apelación).

2 / Duncan v. Louisiana, 391 U.S. 145 (1968).

3 / Pointer v. Texas, 380 U.S. 400 (1965).

4 / Chambers v. Mississippi, 410 U.S. 284 (1973).

5 / Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964).

6 / In re Winship, 397 U.S. 358 (1970).

7 / Código Penal de California comentado por West §17(a), 19.

giones administrativas denominadas condados. Los delitos más graves (felonies), salvo provisión especial, acarrearán una pena de al menos dieciséis meses en una prisión estatal o la muerte.⁸ Los procedimientos para los delitos menores difieren en cierta medida de los procedimientos para los delitos graves.

Delitos menores

Las personas acusadas de cometer delitos menores tienen derecho a ser informadas de los cargos que se les imputan. Esto ocurre en el tribunal durante una audiencia conocida como "arraignment". Normalmente, el juez informará al imputado sobre los cargos y le entregará una copia de la acusación por escrito (complaint).⁹ Otra finalidad de la Audiencia de lectura de cargos es la de recibir del acusado su contestación a los cargos. Si el acusado se declara culpable, el asunto pasa a fase de sentencia. Si el acusado se declara no culpable, el asunto pasa a la fase de juicio con jurado.¹⁰ Antes de la fecha del juicio, tiene lugar una audiencia preliminar en el tribunal con el objeto de determinar si el caso puede ser decidido sin necesidad de juicio. Si las partes llegan a un acuerdo reparatorio (plea bargain), el juez a cargo de presidir la audiencia puede aceptar el acuerdo. En caso de que el acuerdo sea homologado, se deja sin efecto la convocatoria para el juicio y el caso pasa a ser sentenciado. Si el acuerdo incluye la pena, el juez simplemente pasará a sentenciar al acusado de conformidad con los términos fijados en el acuerdo, sin necesidad de celebrar otra audiencia por separado para decidir.

Si las partes no llegan a un acuerdo, el asunto quedará pendiente para juicio. Antes del comienzo del juicio, la defensa puede solicitar la celebración de una audiencia preliminar a través de varias mociones. La más importante es la tendiente a desechar aquellas pruebas que la defensa considera que han sido obtenidas en violación a la Cuarta (allanamientos y confiscaciones indebidas) y Quinta (prohibición de declararse culpable) Enmiendas de la Constitución Federal. En caso de declararse con lugar estas mociones, ello resultaría en el rechazo de los cargos

sobre los cuales la parte acusadora ha perdido prueba indispensable de culpabilidad. Si el caso no resulta rechazado, se continuará con la fase de juicio.

Delitos graves

Debido a que el castigo para los delitos graves es mucho mayor al de los delitos menores, la ley de California exige a los acusadores mucho más que limitarse a presentar cargos antes de enjuiciar al acusado. Los acusadores que presenten una querrela por delitos mayores tienen dos opciones en California: pueden proceder por vía de acusación o a través de una audiencia de lectura de cargos ante la Corte Superior.¹¹ Es importante destacar que solamente las Cortes Superiores tienen competencia para enjuiciar delitos graves.¹²

Si el querellante decide presentar un escrito de acusación en la audiencia de lectura de cargos, el asunto será remitido no para juicio sino para la celebración de una audiencia preliminar. Durante dicha audiencia, el acusador debe convencer al juez (llamado *magistrate*) de que con base en la evidencia presentada en esa oportunidad existe causa probable para creer que un delito ha sido cometido y que el acusado es el autor del mismo. Sujeto a algunas limitaciones, la defensa tiene la oportunidad de repreguntar a los testigos presentados por la parte acusadora y de presentar sus propios testigos y medios de prueba.¹³ Los magistrados de California tienen la potestad de sopesar la credibilidad de los testigos para tomar una determinación sobre la causa probable. Esto es importante porque con frecuencia la evidencia producida por cada parte hace surgir conflictos sobre lo que realmente ocurrió.

Si el magistrado decide a favor del acusado, la querrela será desechada.¹⁴ Si el Magistrado decide a favor de la parte acusadora, el imputado será "retenido para responder" a los cargos.¹⁵ Una orden de retención (*holding order*) requiere una nueva formulación o re-lectura de cargos a través de un escrito de acusación conocido como "información" (information) que debe ser presentado ante la Cor-

8 / Código Penal de California comentado por West §17(a), 19.

9 / Código Penal de California comentado por West §740.

10 / Otros asuntos generalmente discutidos en la audiencia de lectura de cargos incluyen el nombramiento de defensor, si el acusado no dispone de medios para contratar su propio abogado, la libertad bajo fianza o la fijación de un régimen de presentaciones periódicas ante el tribunal mientras dure el juicio, la promesa del acusado que se encuentra detenido de comparecer a todos los actos del proceso, y el suministro al acusado de cualquier información relevante que se encuentre en los archivos de la parte acusadora, tales como copias de los reportes investigativos (de la policía).

11 / Código Penal de California comentado por West §737-738.

12 / Como resultado del movimiento de "consolidación de Tribunales" (court consolidation) que comenzó en los años 90, las cortes municipales se han fusionado con las cortes superiores, de manera que ahora una sola corte tiene competencia para conocer tanto de delitos menores como de delitos graves. No obstante, los diferentes procedimientos desarrollados para procesar delitos menores y delitos graves han sobrevivido a la consolidación de las dos cortes. Antes de la fusión, las cortes municipales solo tenían competencia para conocer delitos menores.

13 / Id. §865-866.

14 / Al acusador, sin embargo, puede concedérsele una oportunidad adicional para que presente nuevamente los cargos. Id. §1387.

15 / Id. §872(a).

te Superior. Aunque la "información" suele ser una repetición de la querrela originalmente presentada, puede también contener cargos adicionales siempre y cuando se apoyen en la evidencia presentada durante la audiencia preliminar. El objetivo principal de la re-lectura de cargos es notificar al imputado sobre los delitos que se le atribuyen y fijar la oportunidad para la celebración del juicio si aquel se declara no culpable.

Un abogado acusador en California puede obviar enteramente la audiencia preliminar llevando la prueba de culpabilidad directamente ante un gran jurado (*grand jury*).¹⁶ Aquellos acusadores que deciden tomar esta vía deben persuadir a los miembros del gran jurado de que existe una causa probable para creer que un delito ha sido cometido y que el acusado ha sido su autor. Si la mayoría necesaria de los miembros del gran jurado concuerda con el acusador, el gran jurado imputará al acusado, a quien posteriormente le serán leídos los cargos sobre la imputación en la Corte Superior.¹⁷ El principal objetivo de la lectura de cargos es informar al acusado sobre los cargos en la acusación y fijar la oportunidad para la celebración del juicio si aquél se declara no culpable.

Los procedimientos ante el gran jurado difieren sustancialmente de las audiencias preliminares. En las Audiencias Preliminares, el acusado está presente con su abogado y, sujeto a ciertas limitaciones, tiene derecho a repreguntar a los testigos de la parte acusadora y a presentar pruebas como parte de su defensa. En los procedimientos ante el gran jurado, solamente la parte acusadora está presente. No hay ningún juez a cargo de la audiencia, el acusado no tiene derecho a estar presente y ni siquiera a ser notificado de que su caso será presentado ante el gran jurado. De hecho, contrario a lo que ocurre con las audiencias preliminares que siempre son celebradas en la corte a puertas abiertas, los miembros del gran jurado se reúnen en secreto.¹⁸ Normalmente, el abogado acusador tiene pleno control sobre el procedimiento ante el gran jurado.

Tanto la audiencia preliminar como el gran jurado son considerados como un filtro efectivo para eliminar casos poco consistentes. Por cuanto los delitos graves (*felonies*) son castigados más severamente que los delitos leves (*misdemeanors*), los acusadores

en California tienen que sortear un obstáculo importante antes de poder enjuiciar al imputado por un delito grave. En vista de que las audiencias preliminares se asemejan a un mini-juicio, son consideradas generalmente como el filtro más efectivo. Sin embargo, la opción del gran jurado se ha mantenido en la legislación de California por razones históricas; en el sistema del derecho común inglés el gran jurado representaba el único filtro para cuando alguien era acusado de cometer un delito grave.¹⁹

II. Rasgos del juicio penal estadounidense

Cuando los cargos por delitos leves o graves no son desechados o resueltos a través de un acuerdo reparatorio, el caso debe ir a juicio. La legislación de California concede al acusado muchas más garantías procesales que la propia Constitución Federal. Como consecuencia, independientemente de si el cargo es por un delito leve o grave, las leyes de California le confieren al acusado el derecho a ser enjuiciado por un jurado constituido por doce personas, quienes tienen que ponerse de acuerdo para hallarlo culpable.²⁰ Adicionalmente, tanto en las leyes de California como en la legislación constitucional federal, se prevé la representación legal para los indigentes. Además, todos los acusados tienen derecho a repreguntar a los testigos del Estado, a presentar sus propios testigos y pruebas para su defensa, a negarse a declarar contra sí mismos, y a ser absueltos a menos que sean hallados culpables más allá de una duda razonable. Para nuestro propósito de describir y analizar un juicio penal en California, es irrelevante si el cargo se refiere a un delito grave o a un delito menor.

Fases del juicio

Los juicios en Cortes estatales y federales siguen una secuencia bien definida.²¹ Sus fases son (1) la selección y juramentación (*empanelment*) de los miembros del jurado, (2) las presentaciones iniciales (*opening statements*), (3) la presentación de pruebas por el estado como parte acusadora (*the state's case-*

19 / Aun en la actualidad, el gran jurado otorga ciertas ventajas a los abogados acusadores. Por ejemplo, en la etapa investigativa, los acusadores pueden hacer comparecer testigos ante el gran jurado, sin que puedan excusarse bajo pretexto de algún privilegio. A pesar de que los acusadores pueden constreñir a los testigos contumaces para que comparezcan a rendir su declaración en una audiencia preliminar o juicio, esta no es una buena oportunidad para el descubrimiento (*discovery*) de su testimonio.

20 / Constitución de California comentada por West, artículo 1, §16. En caso de delitos menores, las partes están en libertad de acordar que el juicio se celebre con un jurado menor de doce personas.

21 / Para los fundamentos legislativos sobre las fases de un juicio en California, ver Código Penal de California comentado por West §1093.

16 / Id. §917.

17 / Aun cuando más que una mayoría simple de los miembros del gran jurado es necesaria para ordenar el procesamiento, la unanimidad no es requerida. Por ejemplo, 14 pueden ordenar el procesamiento en un gran jurado de 23 personas. Ver, §940 del Código Penal de California comentado por West.

18 / Id. §942.2.

in-chief), (4) la moción de la defensa por un veredicto dirigido de absolución, (5) la presentación de pruebas por la defensa (the defense case-in-chief), (6) la refutación por el estado (state's rebuttal), (7) la refutación por la defensa (defense's rebuttal), (8) los argumentos finales (closing arguments), (9) las instrucciones al jurado (jury instructions), y (10) las deliberaciones por el jurado y el veredicto.

Los miembros del jurado son elegidos al azar de un grupo de potenciales candidatos conocido como *venire*. Lo que se persigue con el procedimiento de selección del jurado es obtener un jurado imparcial. Para lograr este objetivo, el juez —y en algunas ocasiones los abogados de las partes— interrogan a los potenciales miembros del jurado para descubrir cualquier posible parcialidad. Cualquiera de las partes puede solicitar la remoción de un potencial jurado cuya parcialidad ha sido establecida a satisfacción del juez. Adicionalmente, en todas las jurisdicciones se permite a cada parte objetar a los candidatos a jurado una cantidad determinada de veces sin necesidad de justificación.²²

Una vez que el jurado se ha constituido, el secretario (*clerk*) de la corte procede a leer a los miembros del jurado el escrito de acusación y la declaración mediante la cual el imputado se declaró no culpable. Seguidamente se da al acusador la oportunidad para hacer una presentación inicial. El propósito de esta presentación es informar a los miembros del jurado sobre lo que será demostrado con las pruebas promovidas por el estado. Luego de concluida la presentación inicial del acusador, se permite a la defensa hacer una presentación similar y mostrar los rasgos generales de las pruebas que hará valer a su favor.

La fase probatoria del juicio comienza luego de las presentaciones iniciales. Como la parte acusadora tiene la carga de persuadir al jurado sobre la culpabilidad del acusado, se da a aquélla la primera oportunidad para presentar sus pruebas. Esta fase es conocida como *the prosecution's case-in-chief*. Un buen abogado acusador tendrá dos objetivos en mente durante la planificación y ejecución del *case-in-chief*. Primero, presentar las pruebas de la forma que mejor convenga al jurado sobre la culpabilidad del imputado. Segundo, producir pruebas suficientes para demostrar cada uno de los elementos del cargo

y para desvirtuar cualquier moción de la defensa para lograr un veredicto absolutorio.

La defensa puede presentar la moción pidiendo la absolución a la conclusión de la presentación de pruebas por el estado. Si la parte acusadora no logra formar su caso *prima facie*, esto es, producir pruebas para cada elemento del cargo, el juez debe dirigir el veredicto a favor del acusado. La cuestión para el juez radica en si un jurado razonable podría condenar al acusado tomando en cuenta las pruebas presentadas por el querellante. De acuerdo con el principio estadounidense según el cual nadie puede ser juzgado dos veces por la misma causa (*double jeopardy*) un veredicto absolutorio es final e irrevisable por una corte de apelaciones.

Si, como comúnmente ocurre, la moción de la defensa resulta denegada por el juez, se otorga a la defensa la oportunidad de presentar sus pruebas. Los acusados, sin embargo, no tienen la obligación de presentar ninguna evidencia, pues es la parte querellante quien tiene la carga de probar la culpabilidad del acusado más allá de una duda razonable. Ocasionalmente hay acusados que en vez de promover sus propias pruebas, aprovechan a su favor las presentadas por la parte querellante, sobre todo cuando tienen razones para pensar que los miembros del jurado desecharán algunos elementos claves de las pruebas producidas por el estado. Muchos acusados, sin embargo, presentan pruebas en la oportunidad de su presentación de pruebas.

En la oportunidad de su refutación, los acusadores tienen derecho a promover testigos y a producir cualquier medio de prueba que contradiga las que la parte contraria presentó durante el acto de presentación de las mismas. Si el acusador hace uso de este derecho, la defensa también tiene derecho a ofrecer pruebas para refutar las de aquél.

La fase de pruebas en la mayoría de los juicios termina luego de la primera ronda de refutaciones. En este estado se permite a las partes presentar sus argumentos finales. Como el estado tiene la carga probatoria, al acusador se le otorga la oportunidad de presentar argumentos al comienzo y al final. El argumento final de la defensa está encasillado entre los presentados por la parte acusadora.

Veredicto y sentencia

Si el jurado logra un veredicto de no culpabilidad, el acusado es puesto en libertad si se encontraba en custodia. En cambio, si el veredicto del jurado es de condena, el juez fijará la audiencia para sentenciar,

22 / Ninguna de las partes puede, a través de objeción, descalificar a un potencial jurado por simple consideración de su raza o género. *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986) (raza); *Georgia v. McCollum*, 505 U.S. 42 (1992) (raza); *J.E.B. v. Alabama ex rel. T.B.*, 511 U.S. 127 (1994) (género).

oportunidad en la cual las partes pueden ofrecer evidencia sobre lo que cada una considera como una sentencia apropiada. Aun cuando el poder discrecional de los jueces ha sido severamente limitado en los casos federales, los jueces de California todavía gozan de mucha discreción. Típicamente, un juez puede imponer como condena por un delito leve libertad condicional (*probation*) o hasta un año de prisión en una cárcel de condado. En el caso de delitos graves, un juez puede imponer libertad condicional, hasta un año de prisión en una cárcel de condado o bien prisión en una cárcel estatal por no menos de un año. El tiempo por cada pena privativa de libertad se encuentra definido en la norma que define el delito.

III. La dinámica de un juicio estadounidense

Los principales actores

La mayoría de los estudiantes del primer año de derecho en los Estados Unidos diría que la persona más importante en el juicio es el juez. Después de todo, él se viste de una forma diferente a todas las demás personas —bien sean abogados, partes, jurados o espectadores— que asisten al juicio. Los jueces son los únicos que visten una toga negra. Más aún, se sientan en un lugar especial (*bench*) que se encuentra usualmente elevado. Cada vez que un juez ingresa a la sala de audiencias, un guardia armado (*bailiff*) le ordena a todos los demás a ponerse de pie. Nadie puede sentarse antes de que el juez lo haga. Nadie puede hablar hasta que el juez abra formalmente el procedimiento, lo cual normalmente hace al anunciar el caso que será tratado en la audiencia de ese día.

La realidad es otra, sin embargo. En los juicios por jurado estadounidenses, son los abogados las personas más importantes. En los juicios penales, por ejemplo, el abogado acusador y el defensor son los principales responsables de la forma como el juicio se desarrollará. Son los abogados quienes deciden a cuáles testigos llamarán y cuál será el orden en que rendirán declaración. Son los abogados quienes deciden si presentarán pruebas no testimoniales y en qué momento lo harán. Son los abogados quienes deciden lo que dirán los testigos, pues a estos les está permitido responder únicamente lo que se les pregunta. Son los abogados quienes formulan estas preguntas y las presentan a los testigos. Aun cuando el juez a cargo está en plena libertad de interrogar a los testigos, la mayoría de los jueces

deja esta tarea casi exclusivamente a los abogados.²³

Además de sus labores ministeriales de dar comienzo al juicio y de informar a los miembros del jurado sobre la ley aplicable al caso concreto, el rol principal del juez estadounidense en un juicio por jurado es decidir sobre las objeciones a las pruebas presentadas por las partes. Pero aun así, esa función es limitada. Las reglas probatorias operan en un ambiente fundamentalmente adversarial. Igual a como ocurre con las reglas de procedimiento, la aplicación de una norma probatoria en particular dependerá inicialmente de si ha sido invocada por alguna de las partes. Si una parte no objeta a las pruebas producidas por su oponente, pierde el derecho a hacer valer en apelación la inadmisibilidad de dicha prueba. El Código de Pruebas de California ilustra este supuesto. De acuerdo con el Código, un “veredicto o conclusión no puede ser desechado, así como tampoco anulada la decisión o mandamiento dictado con base en aquél, por motivo de la admisión errónea de una prueba a menos que: (a) haya constancia en autos de la presentación de una objeción o moción oportuna para excluir o rechazar dicha prueba, y que además dicha objeción haya sido formulada de manera que aparezca claramente indicado su motivo”²⁴

La planificación del juicio

Durante la planificación de un juicio, lo primero en lo que se concentrará un abogado estadounidense es en el papel que ejercerá de último, en la presentación de su argumento final. Aun cuando esto puede parecer un enfoque ingenuo, una serie de consideraciones revelan que se trata de una estrategia razonable.

Una es la función del argumento final. Ha sido concebido para dar a los abogados contrarios una oportunidad para explicar al jurado las razones por las cuales consideran que el estado o el acusado deben prevalecer, tomando en cuenta las pruebas presentadas y la tipificación del delito cuya comisión se atribuye al acusado. Por ejemplo, en un juicio por agresión física (*assault*) la teoría del estado podría ser que el acusado es culpable porque a pesar de su

23 / La forma como los abogados ejercen control sobre el interrogatorio de los testigos demuestra el desuso de un procedimiento aún disponible en California y algunos otros estados. Los miembros del jurado, bajo ciertas circunstancias, pueden hacer preguntas a los testigos. Ver, M. MENDEZ, EVIDENCE: THE CALIFORNIA CODE AND THE FEDERAL RULES: A PROBLEM APPROACH §17.11 (3d ed. 2004). El ejercicio de este derecho por parte del jurado es muy excepcional, fundamentalmente porque a los miembros del jurado no les se les informa del derecho a formular preguntas.

24 / Código de Pruebas de California comentado por West §353.

alegato de autodefensa, el único testigo imparcial, un espectador, puede corroborar el dicho de la víctima sobre que fue el acusado quien la atacó sin provocación. Si esa es la teoría del estado, entonces, además de llamar a la víctima para que declare, será indispensable que el espectador también sea llamado a rendir testimonio sobre su versión de los hechos, todo con el objeto de establecer la imparcialidad de este testigo. La razón es simple: como regla general, todas las afirmaciones de hecho presentadas durante el argumento final deben sustentarse en sus respectivas pruebas.²⁵ Esta limitación no aparece en el Código de Pruebas de California sino en los casos²⁶ y en las normas que regulan la conducta profesional de los abogados.²⁷

El efecto de esta limitación durante la presentación final es obligar a las partes a individualizar las afirmaciones de hecho que harán valer y a identificarlas con los medios de prueba necesarios para sustentar aquéllas. Sin embargo, los buenos abogados litigantes tienen que ir aún más allá, deben lograr la prueba de sus afirmaciones a través de los medios pertinentes por sobre la oposición de la otra parte. Esto requiere, obviamente, un manejo firme de las reglas probatorias.

Además de ayudar a definir el contenido para el examen de los testigos, la utilización de este particular enfoque para la planificación del juicio también

sirve a los abogados para determinar el contenido de su presentación inicial. La presentación inicial otorga a las partes la oportunidad de informar a quien esté a cargo de valorar los hechos lo que aquellos creen que será demostrado con las pruebas producidas. Las presentaciones iniciales difieren de las presentaciones finales en que en las primeras no se permite la presentación de argumentos. Durante la presentación final, los abogados están en libertad de expresar ante el jurado su opinión sobre porqué se deben desechar ciertos medios de prueba, aceptar otros, y pueden también sugerir un veredicto en particular. En esencia, los abogados son libres de revisar y hacer comentarios sobre las pruebas, así como sobre las normas aplicables al caso. En cambio, durante las presentaciones iniciales, los abogados pueden únicamente dar al jurado una visión preliminar de lo que a su juicio arrojarán las pruebas promovidas.

Si aplicamos esta limitación a nuestro caso hipotético, el acusador sabría que durante la presentación inicial debería tratar de informar al jurado sobre una serie de cosas. En primer lugar, tendría que informar al jurado acerca de lo que dirá la víctima sobre las circunstancias que rodearon el ataque del que fue objeto. También debe informar a los miembros del jurado sobre lo que el transeúnte dirá en relación con el ataque y los familiarizará con las pruebas que les permitirán concluir que el transeúnte es un testigo imparcial. Es de particular relevancia que tanto el acusador como el abogado defensor procuren evitar diferencias entre lo que ofrecen al momento de su declaración inicial y los medios de pruebas que efectivamente producirán en el curso del proceso. Cualquier diferencia importante que haya a este respecto, será utilizada por la otra parte para pedir al jurado un veredicto contra su contrario.

Pensar anticipadamente sobre el contenido de su presentación final puede dar a los abogados algunas pistas sobre el tipo de jurado que deben seleccionar. Uno debe elegir un jurado que al menos esté dispuesto a considerar la presentación final que uno haga. Este y otros aspectos caben más adecuadamente dentro del ámbito de la práctica procesal, lo cual escapa al alcance de este sumario. Lo importante es, sin embargo, que una representación legal efectiva en los Estados Unidos es inseparable del manejo firme de las reglas en materia probatoria. La creatividad en el ejercicio va de la mano con la confianza que pueda sentir el propio abogado sobre el manejo de dichas reglas.

25 / No constituye incumplimiento de su deber, no obstante, que un abogado discuta frente al jurado asuntos no sujetos a prueba, siempre y cuando tales asuntos estén dentro del conocimiento ordinario del jurado. Los miembros del jurado, colectivamente, aportan un fondo común de información a que no está sujeto a prueba por las partes.

26 / Ver, e.g., *People v. Kirkes*, 39 Cal.2d 719, 249 P.2d 1 (1952). Las afirmaciones de hecho que el abogado acusador presenta sin fundarlas en sus respectivas pruebas, equivalen a presentar a quien esté a cargo de la valoración de los hechos un "testimonio no juramentado violatorio del derecho que de acuerdo con la Sexta Enmienda tiene el acusado a ser debidamente asistido por un abogado." *People v. Herring*, 20 Cal.App.4th 1066, 1076, 25 Cal.Rptr.2d 213, 219 (1993).

Constituye también una conducta violatoria cuando una de las partes presenta ante el jurado materia irrelevante, sobre todo cuando esa materia pueda inducir al jurado a llegar a un veredicto incorrecto. Ver, e.g., *Du Jardin v. Ciudad de Oxnard*, 38 Cal.App.4th 174, 179B180, 45 Cal.Rptr.2d 48, 51 (1995) y los casos allí citados (El abogado de la ciudad pidió indebidamente a los miembros del jurado fallar a favor de la ciudad bajo el pretexto de que si no lo hacían ello podría generar una disminución en los servicios públicos.).

En la fase de determinación de culpabilidad durante un juicio penal, constituye una conducta indebida por parte del abogado acusador suplicar a los miembros del jurado que consideren el crimen desde el punto de vista de la víctima. Pedir al jurado, durante la presentación final, que demuestre compasión por la víctima "constituye un acto fuera de lugar durante la fase de determinación objetiva de la culpa," *People v. Stansbury*, 4 Cal.4th 1017, 1057, 17 Cal.Rptr.2d 174, 198, 846 P.2d 756, 780 (1993), "en vista de que el jurado no tiene porqué balancear el derecho del acusado a un juicio justo con el derecho de la víctima a su vida o a su seguridad." *People v. Arias*, 13 Cal.4th 92, 161, 51 Cal.Rptr.2d 770, 814, 913 P.2d 980, 1024 (1996); cert. denegado, 520 U.S. 1251, 117 S.Ct. 2408, 138 L.Ed.2d 175 (1997).

27 / Ver, e.g., Regla Disciplinaria 5B200(E) de las Reglas de Responsabilidad Profesional de California.

IV. El proceso de pruebas estadounidense

Las reglas norteamericanas en materia probatoria, incluyendo aquellas que resultan aplicables a los juicios en California, son de las más complejas que hay. Dichas reglas son sujeto de numerosos tratados y cursos de derecho enfocados exclusivamente en materia probatoria. En los Estados Unidos, las normas en materia probatoria son consideradas como un cuerpo legal independiente y no simplemente un anexo al derecho procesal civil o penal.

Tres puntos sobre las reglas, sin embargo, pueden ayudar al abogado en ejercicio y al estudiante a entender el complejo cuerpo normativo en materia de pruebas. Primero, las reglas están diseñadas para limitar el tipo de información que las partes pueden ofrecer a quienes están a cargo de la valoración de los hechos, bien sean Jueces o miembros del jurado. Segundo, las reglas son utilizadas fundamentalmente para asistir a aquellos que tienen a su cargo la valoración de los hechos a reconstruir eventos históricos cuyas circunstancias son discutidas por las partes. Por ejemplo, si las partes no discuten quién irrespetó la luz roja del semáforo, no habrá necesidad una incidencia otorgándoles la oportunidad para presentar a quienes están a cargo de la valoración de los hechos, información sujeta a las limitaciones y prohibiciones contenidas en las reglas sobre pruebas.

Tercero, las reglas probatorias operan fundamentalmente en un ambiente adversarial. Así como en el caso de las reglas procedimentales, la aplicabilidad de una norma en particular depende inicialmente en si ha sido o no invocada por una parte. Esta noción de instancia de parte puede ser vista más claramente si hacemos referencia a uno de los comentarios introductores de uno de mis profesores: "Todas las pruebas son admisibles a menos que sean excluidas". Lo que esto significa es que en líneas generales las pruebas ofrecidas por una parte deben ser admitidas a menos que sean objetadas por la parte contraria y esta objeción resulte aceptada (*sustained*).²⁸

El tercer punto es lo que hace que la experticia en el manejo de las reglas probatorias sea crucial para los abogados litigantes. En los procedimientos adversariales es prudente asumir que casi todo lo que el oponente trate de hacer va a ser de alguna forma dañino para nuestro caso. Cuando la contraparte intenta presentar información al funcionario encar-

gado de valorar los hechos, lo más efectivo es proceder defensivamente, lo cual en un juicio usualmente se hace a través de una objeción contra la información presentada. Impedir que información desfavorable para la causa propia llegue a manos del funcionario a cargo de valorar los hechos es uno de los objetivos más importantes de los buenos abogados litigantes.

Enfocarnos en la relación entre la práctica profesional y las reglas en materia probatoria es útil para poner estas reglas en perspectiva. En los procedimientos adversariales se presume que toda la información necesaria para resolver el caso será producida, pues se confía en que cada parte traerá a juicio todos los elementos probatorios que le beneficien. Las reglas probatorias contribuyen a que se cumpla este objetivo al permitir que cada parte asuma que las pruebas que presente se considerarán admitidas, a menos que sean objetadas por el contrario y que dicha objeción se declare con lugar. Para garantizar que al decidirse las controversias sean tomados en cuenta únicamente hechos admisibles, las reglas en materia probatoria permiten la formulación de objeciones sujetas a cinco limitaciones generales. El Juez puede excluir una prueba cuando es (1) irrelevante, (2) relevante pero considerada inconveniente por el legislador por ser indebidamente prejudicial, (3) relevante pero excluida por el juez como indebidamente prejudicial, (4) relevante pero excluida por el legislador como no confiable, y (5) relevante pero considerada inconveniente por el legislador por razones de política legislativa.

Tomemos como ejemplo un caso de lesiones personales en el cual el punto central de discusión es si la víctima o el imputado irrespetaron el semáforo dando lugar a las lesiones. La limitación fundamental sobre las pruebas que las partes pueden presentar al jurado es que sean relevantes. En los términos del artículo 350 del Código de Pruebas, "ninguna prueba será admisible a menos que sea relevante".²⁹ La prueba, por ejemplo, de que el imputado es miembro del Partido Comunista, es irrelevante para determinar quién es responsable por la colisión. Resulta difícil encontrar alguna relación entre las inclinaciones políticas de una de las partes y su presunta autoría en una violación de tránsito. No obstante, durante los días de la fobia anticomunista (*Red Scare Days*) de los años cincuenta, ese tipo de evidencia hubiera in-

28 / Los Jueces de Juicio no tienen la obligación general de excluir pruebas de oficio. *People v. Carpenter*, 15 Cal.4th 312, 411, 63 Cal.Rptr.2d 1, 60, 935 P.2d 708, 767 (1997), cert. denegado, 522 U.S. 1078, 118 S.Ct. 858, 139 L.Ed.2d 757 (1998).

29 / §1101(a) Código de Pruebas de California comentado por West; Regla Federal de Prueba 404(a).

fluido en el jurado para decidir en contra de una de las partes. Como consecuencia, aun cuando alguna evidencia pueda ser considerada como útil desde el punto de vista de alguna de las partes, puede ser declarada inadmisibile si se le considera irrelevante.

Información útil puede también ser excluida cuando las reglas probatorias la consideran indebidamente prejudicial. Prueba de que el acusado irrespetó la luz roja un mes antes de la ocurrencia del hecho que se le imputa podría ser relevante. Sin embargo, por razones de política legislativa, tanto el Código de Pruebas de California como las Reglas Federales de Prueba excluyen este tipo de pruebas cuando es ofrecida para demostrar que el imputado ha cometido una falta porque él es el tipo de personas que comete esa clase de infracciones.³⁰

Otra razón por la cual se puede excluir información relevante es cuando el juez de juicio concluye que determinadas razones en su contra tienen más peso que su valor probatorio. Prueba de que el imputado “se pasó” la luz roja en cuestión una semana antes del accidente puede ser ofrecida para demostrar que el acusado estaba al tanto de la existencia de ese semáforo el día del accidente. Dicha prueba podría servir para probar que el acusado estaba al tanto de su deber de observar las reglas de tránsito ese día, así como también serviría para probar su incumplimiento de dicho deber. No obstante ello, esta prueba podría ser excluida si el juez concluye que el riesgo de que el jurado la considere para concluir indebidamente que el acusado cometió la falta porque es el tipo de persona que irrespetar los semáforos, es mucho mayor que su valor probatorio.

Las pruebas pueden también ser excluidas cuando de acuerdo con las reglas se les considera no confiables. Asumamos, por ejemplo, que para probar la negligencia del acusado, la parte querellante llama a un testigo que declara lo siguiente: “Mi esposa me dijo que el acusado irrespetó la luz roja.” El valor del testimonio dependería de la credibilidad, no del propio testigo, sino de su esposa. La parte querellada estaría interesada en la habilidad de la esposa para percibir y recordar la colisión correctamente y en su capacidad para decir la verdad sobre lo que vio. La defensa puede explorar esto mucho mejor si la esposa es traída a juicio para ser interrogada. La regla del testimonio referencial (*hearsay rule*) permite lo-

grar este resultado al excluir el testimonio del esposo y obligar al querellante a traer a la esposa para que rinda su testimonio. Por lo tanto, la regla del testimonio referencial puede ser vista como una norma destinada a excluir la evidencia cuya confiabilidad no puede ser verificada a través de repreguntas.

Finalmente, hay información que aunque sea obviamente relevante puede ser excluida si su presencia afecta algún principio que las reglas consideren más importante proteger. El querellante en nuestro caso hipotético podría llamar al acusado a rendir declaración sobre lo que éste dijo a su abogado sobre el accidente. Por supuesto, sería fatal para el acusado tener que declarar ante el jurado que él le confesó a su abogado haber cometido la violación de tránsito. Afortunadamente, el secreto profesional abogado-cliente protege al acusado de tener que responder a la pregunta del querellante. De hecho, el abogado acusador podría correr el riesgo de que el juicio sea anulado (*mistrial*) o encarar sanciones por violación a normas de ética profesional, cuando formula preguntas sobre hechos protegidos por el privilegio del secreto profesional.

V. Una nota comparativa

Oralidad, intermediación y concentración

Los comparativistas suelen utilizar los conceptos de oralidad, intermediación y concentración para contrastar al sistema de derecho anglo-americano (*common law*) con el sistema de derecho romano.³¹ La oralidad se refiere a la preferencia por el testimonio en vez de las deposiciones, declaraciones juradas (*affidavits*) y declaraciones escritas de los testigos. La intermediación se refiere a la ausencia de intermediarios entre las fuentes de prueba, especialmente los testigos, y los funcionarios a cargo de la valoración de los hechos. La concentración está asociada a la preferencia por una sola audiencia para recibir la evidencia.

Contrario a lo que ocurre en algunos sistemas de derecho romano, el juicio estadounidense es un modelo de oralidad, intermediación y concentración. La prueba reside fundamentalmente en los dichos de los testigos. Las partes, a través de sus abogados, y no el juez a cargo, tienen la principal responsabilidad de interrogar a los testigos en presencia de aquellos a quienes corresponde valorar los hechos. Aun cuando los juicios estadounidenses pueden durar varios días o semanas, se considera que consisten en un solo

30 / §1101(a) Código de Pruebas de California comentado por West; Regla Federal de Prueba 404(a).

31 / Ver, e.g., J.H. MERRYMAN, THE CIVIL LAW TRADITION 120-125 (1969).

evento y no por oposición a diferentes fases. La reciente reforma ocurrida en algunos países en que impera el Sistema de derecho romano, dificulta las generalizaciones que se solían hacer en el pasado. A pesar de ello, resulta claro que el modelo de derecho romano tal como se le concebía hasta mediados del siglo veinte no acogía la oralidad, la intermediación, ni la concentración tanto como en los juicios estadounidenses.

Anexo

Análisis del caso contra Michael Jackson

Una nota introductoria

En razón de que no estuve presente durante el juicio contra Michael Jackson, no tengo conocimiento de primera mano sobre los eventos que ocurrieron allí. No presencié las exposiciones iniciales de las partes, el interrogatorio de los testigos, la presentación de pruebas documentales ni audiovisuales, las objeciones presentadas por las partes, las decisiones del juez, los argumentos conclusivos ni la lectura de las instrucciones al jurado. Tal como quedó demostrado en el juicio contra O.J. Simpson, un juicio televisado es casi igual a estar físicamente presente allí. Pero el proceso contra Michael Jackson no fue televisado y ni siquiera grabado en video. Lo mejor después del video de un juicio es la transcripción de las actuaciones allí ocurridas. Aun cuando por mandato legal expreso un reportero de la Corte estuvo presente transcribiendo lo hablado en el juicio, para la preparación de este análisis yo no he tenido acceso a dicha transcripción.

Durante el desarrollo del proceso, Court TV, un programa de televisión transmitido en los Estados Unidos, mostraba a varios actores desempeñando el papel de abogados y de testigos claves. Los actores basaban sus actuaciones en las transcripciones de la Corte. Este programa, sin embargo, solo lo vi en pocas ocasiones. En consecuencia, he tenido que basarme en fuentes secundarias para hacer esta reconstrucción del juicio contra Jackson. Dos sitios web fueron especialmente útiles. Uno es el de Court TV; el otro de Eonline. Aunque ninguno de los dos ofrece una transcripción completa de las conversaciones ocurridas durante el proceso, los reporteros de ambos capturaron muchos de los momentos cruciales durante el interrogatorio de los testigos. Para asistir al lector, en las notas de pie de página, he citado ampliamente tanto a Court TV como Eonline. También me fue de mucha utilidad el libro de Diane Dimond sobre el juicio contra Jackson. En *Ten Cuidado A Quién Amas-Dentro del Caso de Michael Jackson (Be Careful Who You Love-Inside the Michael Jackson Case)* (Atria Books 2005). Dimond no solo capta los más importantes eventos del juicio, sino que también ofrece información sobre los antecedentes del mismo, lo cual es esencial para entender el caso.

El juicio

El 21 de abril de 2004, un gran jurado (*grand jury*) del condado de santa bárbara, con fundamento en diez causales, imputó a Michael Jackson por haber cometido actos lascivos contra un menor de trece años de edad, por haberle suministrado alcohol, y por haber conspirado con otros para retener al menor y a su familia contra su voluntad.³² La imputación surgió como consecuencia de una acusación presentada contra Jackson en diciembre de 2003. En una movida que posteriormente afectaría negativamente a la parte acusadora, la imputación difirió de la acusación original en un aspecto importante: la inclusión de la causal de conspiración.³³

Durante la audiencia en que se le informó sobre la acusación en su contra celebrada en enero de 2004, Jackson se declaró no-culpable de los cargos presentados y le fue otorgado un beneficio de libertad provisional previo el pago de una fianza por 3 millones de dólares. Durante la audiencia de imputación celebrada en abril de 2004, Jackson se declaró igualmente no-culpable de los cargos enumerados en la imputación. Permaneció libre bajo fianza.³⁴ A pesar de que el inicio del proceso fue fijado originalmente para septiembre de 2004, el caso no pasó a la fase de juicio sino hasta el mes de enero de 2005.³⁵ Las audiencias sobre mociones preliminares ocuparon casi todo el otoño de 2004. La más importante versó sobre la solicitud de la parte acusadora para presentar pruebas sobre acusaciones anteriores por abuso de menores hechas contra Jackson por otros jóvenes.³⁶

Tradicionalmente, las reglas probatorias tanto en California como en otras jurisdicciones han impedido a los acusadores presentar pruebas de que el acusado ha cometido delitos similares con la finalidad de demostrar que es el tipo de persona que cometería un crimen como el que se le imputa.³⁷ La exclusión de este tipo de prueba, conocida como "prueba de mala conducta" se ha justificado por dos motivos. Primero, por la preocupación de que los miembros del jurado puedan sobreestimar el valor de la prueba de la mala conducta previa. Los miembros del jurado

pueden fácilmente arribar a la conclusión infundada de que el acusado es culpable del delito imputado si saben que éste se ha comportado de manera similar en ocasiones anteriores. Segundo, por el temor de que los miembros del jurado puedan estar tentados a volver a un veredicto culpable basado más en el carácter del sujeto que en la conducta antijurídica concreta que se le imputa. Al saber que el acusado ha realizado una conducta similar a la del delito imputado, los miembros del jurado pueden concluir que debe ser encarcelado debido a que es una mala persona que merece ser removida de la sociedad, aun cuando no estén convencidos sobre su culpabilidad con respecto al hecho punible concreto.³⁸ En los Estados Unidos, las personas son condenadas por lo que hacen, y no por quiénes son.

En 1995, la legislatura de California adoptó una excepción a la prohibición de emplear la prueba de mala conducta. En tal sentido, enmendó el Código de Pruebas para permitir que se promueva en juicio la conducta indebida del acusado con el fin de demostrar su propensión a cometer el delito sexual concreto que se le imputa.³⁹ Debido a que los jueces de California tienen el poder discrecional para excluir este tipo de prueba cuando su valor para demostrar la culpabilidad es contrarrestado por otras consideraciones (tal como prejuicio indebido), la presentación de esta prueba es combatida ferozmente por la defensa. Para dar al acusado la oportunidad para preparar su oposición contra la admisibilidad de la prueba de otras conductas sexuales indebidas, la ley de California exige a la parte acusadora poner a disposición del imputado los elementos que constituyen dicha prueba por lo menos treinta días antes del juicio.⁴⁰ La intención del legislador ha sido incentivar a que se resuelva sobre la admisibilidad de la prueba antes del comienzo del proceso. En el caso Jackson, sin embargo, el juez difirió la decisión sobre la moción de la parte acusadora hasta después de comenzado el juicio, y en cuyo momento decidió que ésta podía llamar testigos para demostrar que Jackson había abusado de hasta otros cinco menores.⁴¹

Jackson nunca había sido formalmente acusado de abusar de los otros cinco menores. Jackson había llegado a un acuerdo extrajudicial con dos de las víctimas. Pero aún en el supuesto de que hubiere sido enjuiciado y absuelto de estas acusaciones, la parte

32 / La acusación (indictment) puede verse en <http://www.thesmokinggun.com/archive/1430041jacko1.html>.
33 / <http://www.eonline.com/News/Items/0,1,13135,00.html>.
Generalmente, los miembros del gran jurado (Grand jurors) no son quienes tipifican las normas jurídicas presuntamente violadas por el imputado. Los acusadores que presentan las pruebas ante aquéllos son quienes guían a los miembros del gran jurado durante la preparación de los tipos penales y de la querrela. La idea de agregar el delito de conspiración debió haber sido de los acusadores.

34 / Id.

35 / Id.

36 / <http://www.eonline.com/News/Items/0,1,15532,00.html>.

37 / Ver M. MENDEZ, EVIDENCE: THE CALIFORNIA CODE AND THE FEDERAL RULES — A PROBLEM APPROACH § 3.04 (Thomson-West 3d ed. 2004).

38 / Id. en § 3.03.

39 / § 1108 del Código de Pruebas de California comentado por West.

40 / Id.; § 1054.7 del Código de Pruebas de California comentado por West.

41 / <http://www.eonline.com/News/Items/0,1,16217,00.html>.

querellante todavía tendría el derecho de llamar a las víctimas y a otros testigos con conocimiento directo sobre los hechos para testificar contra Jackson en el juicio del Condado de Santa Bárbara. En los Estados Unidos, una absolución no implica necesariamente que se ha demostrado la inocencia. Es simplemente una determinación de que las pruebas producidas durante el juicio no han sido suficientes para desvirtuar las dudas razonables sobre la culpabilidad del acusado.⁴²

Las presentaciones iniciales de las partes en el Juicio de Jackson no tuvieron lugar sino hasta finales de febrero de 2005.⁴³ En su presentación inicial, el fiscal de distrito (*district attorney*) enfatizó ante el jurado que la víctima estaba dispuesta a “describir [ante el jurado] sus encuentros sexuales con Michael Jackson. Él lo hará acá en la Corte y lo hará ante los ojos del mundo.”⁴⁴ Durante su presentación inicial, los abogados de la defensa atacaron la credibilidad de los testigos de la parte acusadora, indicando que los cargos contra Jackson eran parte de un plan orquestado por la madre del muchacho para presentar una acusación contra Jackson y otras personas con la finalidad de beneficiarse económicamente.⁴⁵ De acuerdo con la defensa, las pruebas mostrarían que la madre dirigía sus acusaciones contra celebridades y compañías grandes que preferían llegar a un acuerdo para poner fin a las acusaciones en su contra en vez de arriesgar su reputación al refutar los cargos en un juicio público.⁴⁶

Entre los primeros testigos llamados por la parte acusadora durante la fase de presentación de pruebas (*case-in-chief*) estaba la hermana mayor de la víctima. Uno de los cargos contra Jackson era que él había suministrado licor a un menor (la presunta víctima), y ella testificó que vio a Jackson servir vino a su hermano y a otro niño, y que ella también ingirió un poco cuando el cantante le ofreció una copa. Pero aparentemente durante la fase de repreguntas, ella admitió haberle dicho a la policía que no había visto a Jackson servir el vino sino que simplemente asumió que fue él quien lo sirvió porque ellos estaban en la bodega.⁴⁷

Otro testigo inicial fue el hermano de la presunta víctima. Durante el interrogatorio, declaró haber compartido la cama con la presunta víctima mientras ambos pernoctaban en la Hacienda Neverland de

Jackson. Declaró haber dejado la cama momentáneamente y cuando regresó encontró a Jackson acostado con su hermano. Su hermano, declaró, estaba dormido y “Michael se masturbaba mientras tenía la mano izquierda dentro de los calzoncillos de mi hermano.”⁴⁸ El testigo declaró igualmente haber visto a Jackson hacer lo mismo a su hermano durante otra ocasión.⁴⁹

Para la defensa era crucial desacreditar a este testigo. Así como en el caso de la hermana, la defensa se enfocó en las inconsistencias entre lo declarado por el hermano durante su deposición ante el tribunal y lo declarado anteriormente a los investigadores del caso. Además, la defensa logró que el testigo admitiera haber visto a Jackson abusar de la presunta víctima en tres oportunidades, y no solamente en las dos que describió durante el interrogatorio inicial.⁵⁰ Esta forma de repreguntar a un testigo es arriesgada. Hizo ver a Jackson como el peor criminal. Pero la defensa probablemente decidió correr con ese riesgo para poder demostrar que no podía darse credibilidad al testigo para narrar lo que verdaderamente vio o no vio durante esa noche. Como a la final los miembros del jurado emitieron un veredicto de no culpabilidad, puede ser o que la estrategia de la defensa funcionó, o que el efecto negativo producido haya sido compensado por el jurado a la luz de otras pruebas que desfavorecían a la parte acusadora.

La presunta víctima era el testigo más importante para la defensa. Declaró que Jackson abusó de él en dos ocasiones mientras él y su hermano pernoctaban en la habitación de Jackson en la Hacienda Neverland.⁵¹ Pero, además, testificó que su hermano estaba dormido y roncando al menos durante una de las ocasiones en que se produjo el abuso.⁵²

La defensa empleó dos estrategias durante la fase de repreguntas. Una fue la de proveer a los miembros del jurado el motivo de los alegatos de abuso presentados por la víctima. La defensa trató de inducir al testigo a admitir que su alegato de haber sido abusado sexualmente por Jackson surgió luego de su reunión con un abogado que anteriormente había representado a otro menor en una querrela similar que concluyó en un acuerdo por una enorme suma de dinero. A pesar de ello, la presunta víctima dijo que nunca discutió el abuso con ese abogado.⁵³

42 / Ver M. MENDEZ, supra nota 6, en § 3.14.
43 / <http://www.eonline.com/News/Items/0,1,16019,00.html>.
44 / Id.
45 / Id.
46 / Id.
47 / <http://www.eonline.com/News/Items/0,1,16060,00.html>.

48 / <http://www.eonline.com/News/Items/0,1,16072,00.html>.
49 / Id.
50 / Id.
51 / <http://www.eonline.com/News/Items/0,1,16094,00.html>.
52 / Id.
53 / Id.

La otra estrategia fue hacer ver a los miembros del jurado las inconsistencias entre las declaraciones emitidas por la presunta víctima antes del juicio, y las efectuadas con ocasión de su testimonio durante el interrogatorio. La defensa logró que la presunta víctima admitiera haberle dicho al director de su escuela que Jackson nunca lo había tocado.⁵⁴ La versión publicada por Eonline sobre esta importante porción de las repreguntas dice:

“Mr. Alpert [el director de la escuela] te miró directamente a los ojos y preguntó si Michael Jackson te hizo algo, no es cierto?” el abogado defensor le preguntó al menor.
“Yo le dije que Michael no me hizo nada”, respondió el menor.
“Y la segunda vez dijiste, ‘No, él no me tocó de alguna forma sexualmente inapropiada,’” preguntó el abogado defensor.
El menor dijo que “no sabía.”⁵⁵

Era, por supuesto, esencial para la parte acusadora hacer el intento por rehabilitar a la presunta víctima. Durante el segundo interrogatorio directo, el joven declaró haberle mentido al director de la escuela para evitar ser ridiculizado frente a sus compañeros. El principal objetivo de la parte que interroga a un testigo es deshacer el daño que el oponente ha causado durante la fase de repreguntas.⁵⁶ Sin embargo, son los miembros del jurado quienes finalmente deciden si esto funciona o no. En el caso que nos ocupa, tomando en cuenta el veredicto emitido, parece haber motivos para dudar sobre la efectividad del segundo interrogatorio directo.

Durante el desarrollo del juicio, el juez sentenció que la parte acusadora podía llamar testigos para establecer que Jackson pudo haber abusado de al menos otros cinco menores, además de la presunta víctima. El primer testigo llamado a declarar fue un hombre que afirmó haber sido víctima de abuso por parte de Jackson cuando tenía siete, ocho y diez años de edad. El testigo era el hijo de una mujer que había trabajado como empleada de Jackson. El testigo afirmó que en dos ocasiones, Jackson le había hecho cosquillas debajo de su vestimenta y que el contacto se había extendido al área genital.⁵⁷ En la tercera ocasión, el testigo afirmó que Jackson había alcan-

zado a meter su mano bajo los pantalones y le tocó los testículos.⁵⁸

Durante las repreguntas, la defensa logró que el testigo admitiera haberle dicho a la policía que Jackson no lo había molestado.⁵⁹ Jackson nunca fue enjuiciado por abuso sexual contra el testigo y llegó a un acuerdo extrajudicial con la familia de éste.⁶⁰ Una de las técnicas de interrogatorio permitida por los Códigos de Prueba en los Estados Unidos es la impugnación de los testigos por virtud de declaraciones inconsistentes con su testimonio durante el juicio. California va aún más allá que las otras jurisdicciones. A los jurados en California se les permite considerar las declaraciones objeto de la impugnación como prueba de la verdad.⁶¹ En aquellas jurisdicciones que siguen las Reglas Federales en Materia de Pruebas, declaraciones inconsistentes anteriores al proceso pueden ser empleadas por el jurado como prueba de la verdad solamente si tales declaraciones han sido hechas bajo juramento, sujeto a las penas sobre perjurio dentro de alguna clase de procedimiento formal.⁶² Si la declaración inconsistente no ha sido hecha bajo juramento, los jurados de estas jurisdicciones pueden valorarla únicamente para ponderar la credibilidad del testigo. El testigo que declaró en el juicio de Jackson no estaba bajo juramento cuando fue interrogado por la policía. Pero como el juicio contra Jackson estaba siendo tramitado en una corte estatal de California, los miembros del jurado estaban en libertad de considerar las declaraciones emitidas por ese testigo ante la policía como la verdad de lo que realmente ocurrió entre dicho testigo y Jackson.

La madre del testigo –la empleada– también declaró en favor de la parte acusadora. Ella trabajó para Jackson entre 1986 – 1991. Ella dijo que en una ocasión, cuando el joven llamado Wade Robson se estaba hospedando en Neverland, ella entró en la habitación de Jackson y escuchó voces y risas.⁶³ La versión de Eonline sobre la parte importante de su interrogatorio directo y repreguntas es como sigue:

“Primero pensé que ellos [Robson y Jackson] estaban jugando en la bañera [o] Jacuzzi...luego, pensé que estaban jugando fuera de la casa... [Después] cuando entré, estaban en la ducha,” dijo la ex-empleada.
En el suelo, junto a la ducha, ella afirmó, había

54 / <http://www.eonline.com/News/Items/0,1,16120,00.html>.

55 / Id.

56 / <http://www.eonline.com/News/Items/0,1,16127,00.html>.

57 / <http://www.eonline.com/News/Items/0,1,16269,00.html>.

58 / Id.

59 / Id.

60 / Id.

61 / Ver § 1235 en el Código de Pruebas de California comentado por West.

62 / Ver Regla Federal de Pruebas 801(d)(1)(A).

63 / <http://www.eonline.com/News/Items/0,1,16279,00.html>.

dos pares de calzoncillos. “Los del Sr. Jackson— que eran de color blanco, y los del niño —que eran [verde neón],” declaró ella.

Pero para el momento en que [el abogado defensor] había concluido con sus repreguntas, la historia de la señora parecía tan clara como la puerta empañada de la ducha a través de la cual ella declaró haber visto a Jackson y a Robson.

“Usted únicamente podía ver una [silueta] a través del vidrio, cierto?”. Preguntó [el abogado defensor].

Más que nada, sí,” dijo la mujer. “Más que nada”.

“Usted vio solamente a una persona —al señor Jackson—cierto?”. Continuó [el abogado defensor].

“Sí”, dijo la mujer.

[El abogado acusador a través de un nuevo interrogatorio] trató de lograr que la testigo volviera a su curso original, pero el intento fue infructuoso.

“En el momento en que usted miró hacia adentro de la ducha a través del vidrio, pudo usted ver a una segunda persona allí?”.

Preguntó [el acusador].

“Quisiera decir, ‘sí’, pero no...” dijo la mujer.⁶⁴

Que la declaración del testigo sea o no una exacta reconstrucción de lo que el testigo observó, depende de tres factores: la habilidad del testigo de percibir, recordar, y relatar lo que ha presenciado en forma exacta.⁶⁵ Una de las razones fundamentales por la cual se exige a los testigos norteamericanos declarar bajo juramento en presencia del jurado es para dar a la parte contraria una oportunidad para mostrar inexactitudes en la percepción, memoria y narración.⁶⁶ Aquí, la defensa no estaba atacando la habilidad del testigo para recordar o narrar en forma precisa lo que vio. La defensa no dijo que la empleada estaba mintiendo deliberadamente. En cambio, la defensa lo que trató fue de cuestionar la credibilidad de la testigo al señalar ciertos impedimentos en su capacidad de percepción. Debido a que la puerta de la ducha estaba empañada, la testigo simplemente no podía haber visto si alguien más, aparte de Jackson, estaba en la ducha.

La parte acusadora llamó a otros testigos para declarar acerca del inadecuado comportamiento

sexual de Jackson hacia menores de edad. Uno de ellos fue especialmente peligroso para la defensa en virtud de la narración detallada que presentó. Un antiguo empleado de Neverland, declaró haber visto a Jackson besar, acariciar y practicar sexo oral a un joven en una ducha de Neverland.⁶⁷ Durante la fase de repreguntas, la defensa trató de descalificar el dicho del testigo al demostrar que tenía un motivo para mentir sobre el incidente descrito durante el interrogatorio directo. Durante las repreguntas quedó al descubierto que el testigo había sido despedido de su trabajo en Neverland. Éste inició una demanda por despido injustificado contra Jackson, quien a su vez la contradijo y presentó otra querrela alegando que el testigo, durante el término de su empleo, había robado bienes propiedad de Jackson. Luego de un juicio civil que duró varios meses, el jurado rechazó la demanda del trabajador, y declaró con lugar la contrademanda de Jackson y le otorgó una compensación por 1.5 millones de dólares.⁶⁸

La defensa le preguntó al ex-trabajador si “luego de seis meses de juicio [civil], ésta era una buena forma de quedar a mano con [Jackson], o no?”⁶⁹ El Juez declaró a lugar la objeción formulada por la parte acusadora a la pregunta, y al trabajador no se le permitió contestar.⁷⁰ Sin embargo, el daño ya había sido hecho. Aun cuando el juez estaba en lo correcto al declarar con lugar la objeción, los miembros del jurado entendieron claramente el mensaje que los miembros de la defensa estaban tratando de transmitirles a través de las repreguntas —un testigo que está parcializado contra una de las partes no debe tener credibilidad.⁷¹

Uno de los cargos contra Jackson es que él había conspirado junto con algunos de sus empleados para retener a la presunta víctima y a su familia contra su voluntad.⁷² El testigo clave traído por la parte acusadora para probar este cargo era la madre del menor. Viéndolo en retrospectiva, la decisión de la parte acusadora de incluir este delito (que no formaba parte de la acusación original) y de probarlo a través del testimonio de la madre puede haber influido en la decisión del jurado de absolver a Jackson de todos

67 / <http://www.eonline.com/News/Items/0,1,16295,00.html>.

68 / Id.

69 / Id.

70 / Id.

71 / No tengo muy claro sobre cuáles motivos el juez admitió la objeción del acusador. La defensa tenía derecho a establecer la parcialidad del testigo en contra de Jackson a través de un dicho del propio testigo.

72 / De acuerdo con el primer motivo de la acusación, se imputó a Jackson con el delito de conspiración con otros para privar ilegítimamente de la libertad a una persona (false imprisonment). La privación ilegítima de libertad es definida como “la ilegítima violación de la libertad personal de otro.” § 236 del Código Penal de California comentado por West.

64 / Id.

65 / Ver M. MENDEZ, supra nota 6, at § 1510.

66 / Id.

los cargos, incluyendo el de abuso. De acuerdo con los reportes de prensa sobre el juicio, la madre no era solo un testigo poco atractivo sino también uno sin credibilidad. En una columna reimpresa por el *San Francisco Chronicle* el 14 de Abril de 2005, Charlie LeDuff del *New York Times* describió la actuación de la madre durante el interrogatorio como “extraña e “incoherente”.⁷³ La reportera y escritora Diane Dimond empleó términos similares al describir el testimonio de la madre como “incoherente y complicada”,⁷⁴ y peor aún, afirmando que su declaración fue tan pernicioso para la parte acusadora que la mayoría de los observadores consideraron que le costaría al estado su caso.⁷⁵

El año 2002, Jackson permitió a Martin Bashir, un productor británico de documentales, hacer un video sobre él.⁷⁶ En el video, Jackson reconoció haber dormido con muchos niños.⁷⁷ En el video también se mostró a Jackson tomado de la mano con la presunta víctima.⁷⁸ Dimond describe la reacción pública contra el video como una “tormenta de fuego”.⁷⁹ La respuesta de Jackson y su equipo fue producir otro video refutando el anterior, y en el cual los principales protagonistas serían la presunta víctima y su familia. La producción de dicho video requeriría que la familia permaneciera varias semanas en Neverland, y la madre atestiguó diciendo que la familia fue retenida contra su voluntad durante el tiempo en que dicho video era producido.⁸⁰

No obstante, las repreguntas ofrecieron otro panorama. La defensa forzó a la madre a reconocer que mientras estaba en Neverland fue llevada por un empleado de Jackson a un pueblo cercano para someterse a un tratamiento cosmético en un salón de belleza.⁸¹ Sin embargo, la admisión fue realmente difícil, pues la madre había negado haber sido llevada al pueblo para el tratamiento de belleza. No fue sino hasta que el tratamiento fue descrito como “depilación de piernas” que la madre admitió haber hecho el viaje.

Seguidamente, la defensa impugnó el dicho de la madre al mostrar un recibo según el cual ella se había sometido a “un tratamiento completo en las piernas, en las cejas, en los labios, en la cara y una depilación.”⁸² La respuesta de la madre sobre que el recibo debió haber sido “manipulado”⁸³ no ayudó a establecer su credibilidad frente al jurado. De acuerdo con las leyes de California, un testigo en un juicio penal puede ser impugnado si se prueba que el testigo tiene propensión a mentir bajo juramento.⁸⁴ Esta regla permitió a la defensa durante la fase de repreguntas lograr que la madre admitiera haber mentido bajo juramento en una declaración rendida en una demanda contra una tienda.⁸⁵ Dicha regla permitió igualmente a la defensa llamar a un número de testigos durante su presentación de pruebas (*case-in-chief*) para establecer la propensión de la madre a mentir. Particularmente negativo en este respecto fue el testimonio del empleado del Departamento de Seguridad Social, quien atestiguó que la madre había solicitado el beneficio de asistencia pública sin declarar que había recibido \$152.000 durante la transacción del juicio contra la tienda.⁸⁶

El error de cálculo cometido por la parte acusadora al llamar a sus testigos no se limitó a la madre. La parte acusadora también llamó a testificar a Debbie Rowe, una de las ex-esposas de Jackson, quien también había participado en el video de réplica. Aparentemente la parte acusadora esperaba que ella declarara haber sido entrenada sobre lo que tenía que decir en el video, para así corroborar el alegato de la madre sobre que ella también había sido entrenada.⁸⁷ Pero Rowe no solo negó haber sido entrenada, sino que, además, afirmó que su decisión de participar en el video fue para mostrar a “Michael como una persona maravillosa, y como un gran padre generoso y preocupado.”⁸⁸ Además, Rowe testificó que Jackson se distanció de los empleados que tomaron las decisiones que afectarían su carrera.⁸⁹ Su testimonio fue especialmente pernicioso para la parte acusadora. Su teoría era que Jackson había conspirado junto con sus empleados para mantener retenida a la familia contra su voluntad mientras el video era producido. Si Jackson no sabía lo que sus empleados estaban haciendo, difícilmente podía considerársele como parte en una conspiración con ellos.

73 / <http://sfgate.com/cgi-bin/article.cgi?f=/c/a/2005/04/14/MNGPLC80821.DTL&hw=michael+jackson+trial&sn=102&sc=507>.

74 / D. DIMOND, BE CAREFUL WHO YOU LOVE — INSIDE THE MICHAEL JACKSON CASE 236 (Atria Books 2005).

75 / Id.

76 / Ver id. en 188.

77 / Id. en 225.

78 / <http://www.eonline.com/News/Items/0,1,16344,00.html>.

79 / Ver D. DIMOND, supra nota 43, at 226.

80 / <http://www.eonline.com/News/Items/0,1,16331,00.html>.

81 / <http://www.eonline.com/News/Items/0,1,16350,00.html>.

Sobre la cuestión de si la familia fue retenida contra su voluntad mientras el video era filmado, el novio de la madre declaró durante la fase de repreguntas que la madre abandonó la hacienda durante al menos tres oportunidades. Ver <http://www.eonline.com/News/Items/0,1,16331,00.html>.

82 / Id.

83 / Id.

84 / M. MENDEZ, supra nota 6, § 15.06.

85 / <http://www.eonline.com/News/Items/0,1,16350,00.html>

86 / <http://www.eonline.com/News/Items/0,1,16612,00.html>

87 / See D. DIMOND, supra nota 43, at 249.

88 / Id.

89 / Id. en 250.

Un principio cardinal de los interrogadores experimentados en los Estados Unidos es asegurarse de que los testigos presentados por la contraparte respondan solamente a las preguntas efectuadas por el examinador. Ello reduce el riesgo de que los testigos ofrezcan un testimonio irrelevante pero pernicioso. Una regla similar es aquella según la cual a los testigos solo se le deben hacer preguntas que puedan ser respondidas en forma asertiva (“sí” o “no”). Esta práctica reduce la posibilidad de que el testigo pueda ofrecer una explicación dañina. Aparentemente, la defensa de Jackson con frecuencia optó por no seguir estos principios durante el interrogatorio a la madre de la presunta víctima. Su testimonio fue tan “complicado” y poco convincente que la defensa le permitió “divagar una y otra vez”.⁹⁰ Tal como la escritora y reportera Diane Dimond observó incisivamente, “quizás la mejor estrategia con Janet Arvizo-Jackson [la madre de la presunta víctima] fue simplemente dejar que Janet fuera Janet.”⁹¹

Un aspecto notable es que durante la presentación de pruebas por la defensa Jackson no declaró. Durante su presentación inicial, el abogado defensor principal dejó entrever la posibilidad de que Jackson testificara cuando le dijo a los miembros del jurado que Jackson les diría que en algún momento mientras la víctima y su familia se hospedaban en Nerveland a él le dio un mal presentimiento.⁹²

En los juicios penales estadounidenses, no obstante, los abogados no tienen la obligación de traer a todos los testigos mencionados durante las presentaciones iniciales.⁹³ Más aún, al acusado nunca se le exige subir al estrado. De acuerdo con la Quinta Enmienda de la Constitución Federal, el acusado de un delito no puede ser compelido a declarar contra sí mismo en ningún juicio penal estatal o federal. La prohibición impide que la parte querellante llame al acusado en la fase de presentación de pruebas por el Estado, y le da al acusado la opción de no testificar durante su presentación de pruebas.

La defensa decidió no llamar a Jackson al estrado. Como cualquier testigo que sea llamado a declarar, incluyendo el acusado, está sujeto a ser repreguntado bajo juramento y en presencia del jurado, siempre

existe el riesgo de que un interrogador experimentado induzca al testigo a dar respuestas que le puedan afectar negativamente. Por ello, los abogados defensores en materia penal desearán llamar al acusado siempre que el riesgo inherente a las repreguntas sea mayor que la posible ventaja que el acusado pueda ofrecer durante el interrogatorio. En el caso de Jackson, la efectividad mostrada por la defensa durante los interrogatorios había reducido la credibilidad de los testigos claves de la parte acusadora. Tal como ha sido mencionado, la presunta víctima admitió durante las repreguntas haberle dicho al director de su escuela y a otros que Jackson nunca había abusado de él. Las repreguntas hechas a la empleada que dijo haber visto a Jackson con un joven en la ducha demostró que la empleada pudo haber visto solamente a una persona en el baño. El testimonio del otro ex-empleado que declaró haber visto a Jackson realizar sexo oral con un niño quedó descartado al demostrarse que el testigo había demandado a Jackson infructuosamente como consecuencia de la terminación de la relación laboral y que, además, Jackson había logrado obtener un veredicto contra aquél por robo. Debbie Rowe, la ex-esposa de Jackson resultó ser un testigo favorable para la defensa, y aun cuando ella no tuvo esa intención, lo mismo ocurrió con la madre de la presunta víctima. Un abogado penalista experimentado puede bien concluir que los miembros del jurado que no creyeron el testimonio de la madre, pueden haber concluido, además, que ella y su familia inventaron todo para obtener dinero de Jackson, tal como la defensa afirmó desde el comienzo del juicio.⁹⁴

A pesar de que la defensa optó por no llamar a Jackson, sí presentó pruebas. Los testigos principales fueron dos jóvenes que, durante su niñez, habían sido identificados por la parte acusadora como víctima de abuso sexual por Jackson. Wade Robson era el joven que la empleada mencionó haber visto en la ducha con Jackson. Robson, quien tenía veintidós años de edad al momento del juicio, declaró nunca haberse duchado con Jackson y que éste nunca abusó de él sexualmente.⁹⁵ El abogado acusador no pudo hacerlo cambiar su historia durante las repreguntas.⁹⁶ Brett Barnes, quien había sido identificado por ex-empleados de Jackson como un niño que había sido tratado inadecuadamente por Jackson, también de-

90 / Id. en 247.

91 / Id.

92 / http://www.courtstv.com/trials/jackson/030205_am_ap.html.

93 / Pero los acusadores corren el riesgo de que el juez declare no haber materia sobre la cual decidir (mistrial) cuando incumplen la carga de llamar a un testigo luego de haber suministrado a los miembros del jurado información detallada sobre lo que el testigo declarará bajo juramento. Un Juez puede concluir que los miembros del jurado no pueden someterse a una instrucción según la cual se les ordene no considerar las declaraciones del abogado.

94 / http://www.courtstv.com/trials/jackson/030105_quotes.html.

95 / http://www.courtstv.com/trials/jackson/050505_ctv.html.

96 / Id.

claró que éste nunca abusó de él.⁹⁷ Un ex-cocinero de Jackson había declarado que vio a Jackson con sus manos dentro de los pantalones de un niño identificado como Macaulay Culkin.⁹⁸ Culkin testificó diciendo que Jackson nunca lo tocó en forma inapropiada y expresó que los alegatos de que Jackson había hecho eso eran “absolutamente ridículos”.⁹⁹ Durante la fase de repreguntas, ni Barnes ni Culkin se retractaron de las respuestas ofrecidas durante el interrogatorio inicial.

Adicionalmente, la defensa trajo otros testigos, incluyendo al empleado del Departamento de Seguridad Social que atestiguó que la madre había solicitado asistencia pública sin declarar haber recibido \$152.000 como consecuencia de la transacción en el juicio contra una tienda.

Como la defensa optó por presentar pruebas, la parte acusadora tenía derecho a promover otras pruebas para refutar las producidas por su contraparte. La prueba más importante era mostrar al jurado un video grabado cuando la policía entrevistó por primera vez a la presunta víctima.¹⁰⁰ De acuerdo con el Código de Pruebas de California, una parte tiene derecho a desacreditar un testigo con dichos previos que él mismo haya hecho y que sean inconsistentes con el testimonio ofrecido durante el proceso.¹⁰¹ Durante las repreguntas, la defensa impugnó a la presunta víctima con la declaración que él había dado al director de la escuela y a otras personas cuando afirmó que Jackson nunca había abusado de él. Dicha impugnación dio derecho a la parte acusadora a rehabilitar a la víctima mediante otras declaraciones anteriores que eran totalmente consistentes con su testimonio ofrecido durante el interrogatorio.¹⁰² Presuntamente, las declaraciones ofrecidas por la víctima en el video cumplían con dicho requisito. Lisa Sweetingham, una reportera de Court TV, concluyó que el testimonio de la presunta víctima en el video era increíblemente consistente con el testimonio que había ofrecido durante el juicio.¹⁰³ Más importante aún, ella describió que el video era quizás “la prueba más convincente” contra Jackson en el juicio que había durado sesenta y dos días.¹⁰⁴

La parte acusadora concluyó su presentación luego de mostrar el video. Si aceptamos la descripción

ofrecida por Sweetingham sobre el video, la parte acusadora concluyó con una posición sólida. La defensa también cesó, optando por no ejercer su derecho de contrarréplica. Esa decisión puede haber sido arriesgada, en razón de que idealmente a todos los abogados les gusta finalizar la fase probatoria del juicio con una nota fuerte. En el análisis final, sin embargo, la decisión de la defensa de renunciar a la contrarréplica puede haber resultado buena, en razón de que el jurado, luego de deliberar por treinta y tres horas durante siete días,¹⁰⁵ emitió un veredicto absolviendo a Jackson de todos los cargos a pesar del fuerte final ofrecido por la parte acusadora.

97 / Id.

98 / http://www.court tv.com/trials/jackson/051105_ctv.html.

99 / Id.

100 / http://www.court tv.com/trials/jackson/052705_ctv.html.

101 / Ver. § 1235 del Código de Pruebas de California anotado por West.

102 / Ver id. § 1236.

103 / http://www.court tv.com/trials/jackson/052705_ctv.html.

104 / Id.

German Criminal Procedure in Practice¹

Summary

1. Introduction
 2. The Course of a Trial
 3. Evaluation of the Judge's Behaviour
 4. Evaluation of the Public Prosecutor's Behaviour
 5. Minor Relevance of Lawyers in Single Judge Trials
 6. Interaction of Public Prosecutor and Judge
 7. Suitability of the Procedure Type
 8. Discussion
- References

Resumen

Se ilustran aspectos claves del proceso penal alemán tomando el caso de los tribunales unipersonales. Se delinea el desarrollo de un juicio típico y luego se presenta el resultado de una encuesta sobre las experiencias de los indiciados. Probablemente el proceso penal alemán tenga deficiencias, pero los indiciados tienden a encontrarlo satisfactorio. El factor decisivo es la equidad del juez y también la del fiscal.

Abstract:

Key aspects of the German criminal procedure are illustrated using the single judge trial as the prime example. The course of a typical trial is sketched out followed by a presentation of a survey on defendants' experiences. Arguably, the German criminal procedure may have its weak points. But even defendants tend to find their trials fair. The decisive factor is the fairness of the judge and to a certain degree also the fairness of the public prosecutor.

Stefan Machura

Dr. rer. soc., Dr. rer. pol. habil.
Privatdozent en Ruhr-Universität Bochum. Dicta las cátedras de Ciencia Política y Sociología desde 2000, Stefan Machura es speaker de la sección de Sociología del Derecho de la German Sociological Association y coeditor de la *Revista Alemana de Sociología (Zeitschrift fuer Rechtssoziologie)*.

¹ / The author wishes to thank Rogelio Perez Perdomo for suggesting the paper to this journal. A full report of the results of the defendant study and an overview of literature is available in German: Machura 2002. An earlier version appeared in: Legal Culture: Encounters and Transformations. The Proceedings of the 1995 Annual Meeting, Research Committee on Sociology of Law, International Sociological Association, August 1–4, 1995, Tokyo, Japan, Papers Section Meetings, Band 4, Tokio: Japan Committee for the RCSL95, 1995.

affected persons' feelings of procedural justice has developed (Thibaut/Walker 1975; Tyler/Lind 1992; Machura 1998; Tyler 2005). Mostly, the affected persons themselves are interviewed about their experiences during a process. It turned out that people are concerned about outcome favourability, distributive justice, and procedural justice. Procedural justice means the fairness of the way decisions are made. People often find it easier to judge the fairness of a procedure than the outcome. There is more social consensus on criteria of procedural fairness than on criteria for the outcome evaluation. Distributive justice relates to the outcome. While outcome favourability is closely connected to self-interest in the narrowest sense, distributive justice may result from a broader orientation. Perpetrators often share themselves social and legal norms. They are ready to accept a sentence as long as it is not perceived extraordinary harsh. They enter the courtroom with the feeling that a punishment is appropriate. In the realm of criminal procedure, defendants most frequently found the interest of researchers². In Germany, there are already two studies about actual or former defendants using the methodology of the American social psychological research.



1. Introduction

There may be few encounters of citizens with state authorities which are more severe than a defendant's appearance in a criminal trial. Previous German literature has dealt with criminal trial as "distorted communication" (e.g. Rottleuthner 1971). The focus was on power imbalances between judge and defendant. The language of law and courts was described as alien to ordinary citizens with its legal-technical terms, with the elaborated speech code of the upper class and so on (e.g. Bausinger 1976). It was found that legal education forms the behaviour of jurists in a way that they sometimes ignore the needs of ordinary citizens. German legal education emphasizes the correct "conservative" interpretation of laws. Students always have to approach legal problems from the viewpoint of an ideal judge. Legal education focuses on the legally "right" sentence. Sociology, which might bring in the complexity of social problems again, plays only a marginal role in legal education. However, there is a feeling of dissatisfaction about their education among many students. Also, practising judges often say that they are not dealing primarily with legal problems. Ordinary traffic and criminal cases rarely evoke serious legal questions. Instead, these judges point out that they have to do primarily with people and social problems.

Empirical procedural justice research offers a new approach to the reality of the German criminal procedure. In the USA, social psychological research on the

Volkmar Haller interviewed 120 juvenile prisoners about their evaluation of their trial (Haller 1987; Haller/Machura 1995). Except of five, the juveniles experienced a trial at the juvenile court with lay assessors. A limitation of this study results from the fact that the juveniles were interviewed at a point of time when they have already been prison inmates. Those who served a longer prison term may have changed their view over time. Their view might have been formed by the prison culture in a way suppressing the original experience.

The second study comprised 43 defendants facing a trial before the single judge (Machura 2002). The defendants were asked twice, before and after their proceedings³. The limitations of this study stem from the small number of persons. Like Haller's study it is not representative, although the mixture of cases and sentences does not differ from the impression one gets when observing single judge cases. (In the following, this study is referred to as the defendant study.)

After outlining the course of a criminal trial, results of the studies mentioned are presented. Finally, some

2 / Tyler 1984; Landis/Goodstein 1986; Tyler/Casper/Fischer 1988; Casper/Tyler/Fisher 1988. There also were studies on complainants and victims in criminal cases: Valente/Mace 1993; Wemmers 1996.
3 / Outline of the methodology in Haller/Machura 1995, 201-202 and Machura 2002, 204-207.



implications for social science theory and for a new policy are briefly discussed.

2. The Course of a Trial

What happens in a criminal trial before the single judge? A typical case may serve as an example.

It is January 22, 1993, 9:28 a.m. Judge R., the public prosecutor, and the court clerk are already sitting in the courtroom, when the defendant enters. He comes alone, without legal counsel. As usual, there are no spectators present (except the social scientist). For the court, it is the second case at this morning. The judge asks about the social situation of the defendant. The defendant answers he is unemployed and gets 1.600 DM unemployment assistance, his wife is working and earns 3.800 DM⁴. They have one child.

The public prosecutor accuses the defendant of drunk driving. The judge begins to read out the criminal record of the defendant. There are no previous entries. The defendant had been stopped by the police. His driving license was taken away. Later, "absolute unsuitability for driving" was diagnosed. The defendant had 1.89 parts per mille alcohol in his blood.

9:31, the judge has asked the defendant to state his side of the story. The defendant says he drank two or three beers, and also several glasses of alcohol-reduced beer. The judge answers that this is impossible given the blood alcohol level measured. Either the defendant must lie or have a bad memory. The defendant states that he did not feel affected. Physicians had found "light influence of alcohol", the defendant can "stand a lot", the judge continues his reading out of records. However, the examination had furnished 1.89 parts per mille alcohol, which is a criminal offence.

At 9:33, the public prosecutor starts his final speech, emphasising it was a negligent offence. The defendant's statement appears untrustworthy. The confession can be considered in mitigation. A fine of 30 daily rates per 50 DM⁵, withdrawal of the driver's license, and seven months blocking period would be the appropriate sentence. In his final speech, the defendant states that seven months blocking period are

too long. He needs a car for his job, and he will stay unemployed without a car.

It is 9:38, the judge has rendered his decision following entirely the prosecutor's plea. At the time of the trial, the defendant has already been without his driver's license for three months. Now the judge fixes seven additional months. The defendant also has to pay all costs of the trial. There must have been 20 beers to reach the blood alcohol level, the judge comments. He reminds the convict of the mandatory psychological examination prior to a re-acquiring of the driver's license. "It would not be easy for you to get it back."

9:40, the judge informs about the right to appeal. "Understand everything?" – "Yes." – "That's that!"

The convict has left a bit dizzy. He cannot hear the judge and the prosecutor talking about his outer appearance. Both agree an alcoholic can be recognised at first glance.

The case took 12 minutes which is not extraordinary. Typical is also the routine of dealing with cases. There is a going tariff for all usual offences⁶. Every judge and every prosecutor has his figures of speech for the different moves in a trial. How the legal frame of the procedure is performed depends largely on the persons of the judge, the prosecutor and the lawyer, if there is a lawyer. And it depends on the interplay of the persons involved. This is the perspective of an observer. How do defendants experience their trial? The question will be answered in several steps.

3. Evaluation of the Judge's Behaviour

Given that the German judge is the "lord of the procedure" (Horn 1991, 27; see Roxin 1991, 77) his evaluation by the defendants is the key question. The judge has read the case file and has decided to hear the case in public proceedings. The judge has developed hypotheses which he tests during the trial⁷. Presiding over the trial, he asks questions to defendants and witnesses first.

6 / The "tariff" varies from court to court. There are regional variations of sentencing practices. Although German judges somehow responded to the media and the public by raising penalties, the degree of punitiveness in the U.S.A. (Lenz 2003, Rapping 2003) has not been reached by far. Incapacitation and retribution have not marginalized the objective of rehabilitation.
7 / This may be one version or a small number of versions, Lautmann 1972; Lautmann 1973, 111. Boy/Lautmann (1979, 58-59, interviews with 36 judges) suggested that the judge asks in a way which tends to result in a confirmation of prior reasoning. Testing and a coherence check as main purposes of a trial are also emphasised by Wolff/Müller 1997, 106.

4 / These fines are today roughly equivalent to 800 and 1.900 Euros.

5 / These 30 rates would be today about 750 Euros.

Table 1: Evaluation of judge and fairness

	Evaluation of the judge			Evaluation of the trial			Anticipation of a future trial	
	Satisfaction with judge	Procedural fairness of the judge	Judge: Tried to be fair during the process?	Justice of sentence	Procedural fairness	Fairness of process rules	How just will the sentence be?	How fair will the judge treat you?
Very	40	40	35	26	40	26	7	23
Quite	23	26	28	19	28	40	40	40
Less	19	23	21	35	21	28	16	16
Not at all	19	12	16	21	12	7	7	5
Don't know							30	16

In percent, n = 43

Table 2: Antecedents of fairness evaluations (1)

	number of cases	Justice of sentence	Procedural fairness	Procedural fairness judge	Fairness of process rules
Judge: Gave opportunity to state your point of view?	42	.338	.433	.554	.474
Judge: Evidence considered in deciding your case?	41	.470	.292 *	.410 **	.402
Judge: Weighed arguments of both sides equally careful?	40	.740	.607	.721	.632
Judge: Tried to clear up causes?	43	.575	.690	.601	.497
Judge: Enough information for a good verdict when deciding your case?	40	.428	.442	.490	.446
Judge: Took enough time to consider your case?	41	.472	.586	.510	.430
Judge: Correctness	41	.568	.589	.546	.610
Judge: Protected your rights?	40	.677	.562	.666	.563
Judge: Politeness	43	.449	.441	.518	.461
Judge: Tried to reduce anger before the verdict?	37	.434	.391	.612	.360
Judge: Tried to be fair during the process?	43	.625	.672	.616	.471
Judge: Unbiased?	41	.712	.567	.581	.472

	Involved magistrates' court			Courts in general:		Magistrates' courts
	How good working?	How satisfied with the justice of sentences?	Satisfaction with procedural fairness	How good are they working?	How good are they working in similar cases?	Protect basic rights?
Very	12	7	16	5	5	14
Quite	37	35	26	42	35	42
Less	30	23	40	33	35	21
Not at all	5	16	9	12	19	7
Don't know	16	19	9	9	7	16

In the defendant study, the majority of judges were evaluated positively. Table 1 shows this for answers to general satisfaction with the judge, procedural justice of the judge and the defendant's impression that the judge tried to be fair. The defendants used the same criteria for the fairness evaluation of their judges as did American citizens in studies by Tom Tyler (1984, 1990). Table 2 indicates these criteria for the fairness of judges. Four types of evaluations are introduced: Not only the procedural fairness of the judge but also the justice of the sentence, the overall procedural justice of the trial, and the fairness of process rules. The correlations confirm Lind and Tyler's theory of justice (1988; Tyler/Lind 1992), the group value theory. According to this theory, individuals grow up learning the values of their society (or their social group). Among these are criteria for fairness. People experiencing a trial want to be treated according to the fairness values. The fairness of the group authorities, in a trial: of judge and public prosecutor, informs individuals about their acceptance as equally entitled group members. Tables 2 and 3 indicate that the fairness of the persons in authority is decisive for all four fairness evaluations. Moreover, the criteria in Table 2 were also employed by German lay assessors in evaluating the

fairness of the presiding professional judge to defendants⁸.

In Haller's study (Haller/Machura 1995, 205) 43% of the juvenile prisoners valued their judge more positively, and 56% more negatively. The juveniles' evaluations were quite differentiated. Half of them saw the judge's behaviour as more unfair. Half of them also were more unsatisfied with the way the judge handled their case⁹. But 53% stated that their judge was more honest and 50% that the judge followed his duties. Procedural justice was the only factor significantly contributing to the evaluation of the judge (ibid., 208). This again conforms to the theory Lind and Tyler, who emphasized the perceived fairness of the authority.

8 / Machura 2001, 218-224. More severe cases are heard by panels of professional and lay judges. Mixed courts are mostly made up by one professional and two lay judges (*Schöffengericht*).

9 / Fuchs (1992) conducted group interviews with juvenile prisoners in the same institution. Some of them complained their judges were biased and uninterested (Fuchs 1992, 144-145).

Table 3: Antecedents of fairness evaluations (2)

	number of cases	Justice of sentence	Procedural fairness	Procedural fairness judge	Fairness of process rules
Judge: Gave your attorney opportunity to state your point of view?	26	.198	.225	.298 *	.246
Judge: How strongly in his sentence bound by the law?	36	.136	.286 *	.244 *	.257 *
Defendant: Influence on evidence presentation	27	.400 **	.285 *	.452 **	.458 **
Defendant: Influence on decision	41	.255 *	.279 *	.211	.071
Attorney: Made a good job?	25	.273	.506 **	.355 *	.148
Prosecutor's influence on decision: How just was he?	41	.698 ***	.411 ***	.599 ***	.454 ***
Prosecutor: How fair was his behaviour to you during the trial?	38	.615 ***	.418 **	.551 ***	.364 **

Table 4: Evaluation of the lawyer and the public prosecutor, in percent

	Lawyer		Public Prosecutor	
	Made a good job?	Satisfaction	Just influence on the verdict?	Fairness
Very	58	26	28	21
Quite	23	30	19	40
Less	12	12	23	9
Not at all	4	26	26	19
Don't know	4	7	5	12
n	26	43	43	43

4. Evaluation of the Public Prosecutor's Behaviour

All in all, even public prosecutors were seen positively in the German defendant study (See Table 4). Majorities were satisfied with the prosecutor and attributed fair behaviour during the trial toward him. Regarding procedural fairness, even most of the persons with harsher sentences evaluated him positively (Machura 2002, 220). Nevertheless, defendants were less satisfied with his influence on the verdict (Table 4). Here, individuals with harsher sentences and those with less harsh outcomes differed significantly ($\chi^2 = 7.17$, $df = 1$, $p < .01$). In this particular judgement, the adversarial role of the prosecutor found its expression.

5. Minor Relevance of Lawyers in Single Judge Trials

To be represented by a lawyer is not mandatory for defendants at single judge trials. In the German defendant study, only 26 out of 43 respondents had a lawyer in their trial. The vast majority of this 26 stated the lawyer has done a good job (Table 4).

Defendants with a lawyer were as satisfied with their trial as defendants without legal representation. There were no significant differences (Machura 2002, 223). For people appearing with a lawyer at court, the quality of their lawyer's work enhanced perceptions of procedural justice (Table 3). – It can be assumed that lawyers play a much more important role

in cases more severe than those of the single judge. But this type of court deals with most of the criminal cases. In April 1993, at the beginning of the data collection for the defendant study, the range of cases for the single judge was expanded. He now deals with cases for which he can impose a maximum incarceration period of two years. Nevertheless, the vast majority of single judge trials end with acquittals, dismissals and various forms of fines and probation. Many cases resulted from traffic incidents and misdemeanours. The public prosecutors select the files which appear on the judge's desk. The routines of police are geared to the prosecutors, the routines of the prosecutors to the work of the judges. The prosecutors, confronted with masses of cases brought in by police and citizens' complaints, have to work economically. As a consequence, most cases reaching the trial stage are more or less clear with little left to dispute.

6. Interaction of Public Prosecutor and Judge

Observations of trials before the single judge convey the impression that prosecutor and judge act different if a defendant appears with or without a lawyer. An adversarial role play between prosecutor and lawyer is sparked off easily if the defendant is legally represented. In case the defendant appears without a lawyer in the courtroom, judge and prosecutor often seem to act more considerately and more emphatically. It is possible that judge and prosecutor often try to compensate the structural weakness of a layperson at court (Dürkop 1977, 70). This may be simply reached by paying more attention to what might favour the defendant. Emphasising these aspects would have been a lawyer's function. That judge and prosecutor compensate with their behaviour the absence of a lawyer might explain why defendants with and without lawyer do not differ in their evaluations of their trial (Machura 2002, 223).

Table 5: Fairness of actual trial and anticipations of a future trial

	If you appear again as defendant at court,	
	how just will the sentence be?	how fair will the judge treat you?
n in general except fields where noted	n = 30	n = 36
Satisfaction with sentence	.665 ***	.553 ***
Justice of sentence	.623 ***	.516 ***
Procedural fairness	.451 **	.565 ***
Procedural fairness judge	.539 ***	.576 ***
Satisfaction with judge	.597 ***	.599 ***
Satisfaction with prosecutor	.432 ** (n = 29)	.364 ** (n = 34)
Procedural fairness prosecutor	.401 ** (n = 28)	.411 ** (n = 34)
Distributive fairness prosecutor	.487 **	.454 *** (n = 35)
Attorney: Good job?	.082 (n = 16)	.394 * (n = 21)
Entries are Kendall's tau b coefficients *p<.05 **p<.01 ***p<.001		

It appears that judge and prosecutor often form a kind of "team" of professionals. This "court crew" (Machura 2002, 221-222) handles the case with distributed roles. Schünemann (1995, 223-225) already found in experiments that judges tend to follow the prosecutor's plea in cases difficult to decide. It can

be assumed that defendant's evaluations were sensible to the "team" pattern. The defendant study confirmed this. Fairness evaluations of the prosecutor on the one hand and justice of sentence and procedural fairness of the judge on the other hand were highly correlated (see Table 3).

Table 6: Fairness of actual trial and legitimacy

	Courts in general:		Magistrates' courts	Involved magistrates' court		
	How good are they working?	How good are they working in similar cases?	Protect basic rights?	How good working?	How satisfied are you with the justice of sentences?	Satisfaction with procedural fairness
n in general except where noted	n = 39	n = 40	n = 36	n = 36	n = 35	n = 39
Satisfaction with sentence	.382 **	.498 ***	.294 *	.479 ***	.431 **	.385 **
Justice of sentence	.309 *	.407 **	.242 *	.384 **	.475 ***	.502 ***
Procedural fairness	.394 **	.479 ***	.413 **	.464 ***	.444 **	.584 ***
Procedural fairness judge	.321 *	.454 ***	.405 **	.405 **	.563 ***	.478 ***
Satisfaction with judge	.403 **	.426 ***	.373 **	.502 ***	.599 ***	.642 ***
Satisfaction with prosecutor	.222 (n = 36)	.334 ** (n = 37)	.167 (n = 35)	.403 ** (n = 35)	.355 ** (n = 34)	.374 ** (n = 38)
Procedural fairness prosecutor	.309 * (n = 35)	.412 ** (n = 35)	.273 * (n = 34)	.484 *** (n = 33)	.297 * (n = 32)	.333 * (n = 36)
Distributive fairness prosecutor	.257 * (n = 37)	.372 ** (n = 38)	.237	.363 **	.391 **	.390 ** (n = 38)
Attorney: good job?	.272 (n = 22)	.390 * (n = 22)	.344 *	.277 (n = 22)	.217 (n = 20)	.367 * (n = 23)

Entries are Kendall's tau b coefficients *p<.05 **p<.01 ***p<.001

7. Suitability of the Procedure Type

A type of procedure which evokes feelings of unfair treatment appears to be unsuitable to serve the law. The defendant study showed high satisfaction with the trial before the single judge. Fifty-six percent of the defendants were satisfied with the course of the procedure, 63% with the judge, and 56% with the trial all in all.¹⁰

It might be said that the criminal procedure evokes feelings of unfairness because defendants experience not much opportunity to exert influence. Thibaut and Walker (1975, 1978) questioned the Continental-European mode of procedures. They suggested that the adversarial procedure is superior. In North America, England and many Commonwealth countries, the judge can be likened to a referee in a sports game. The parties (their lawyers) present their evidence to the judge (the jury). Continental-European judges investigate the case in open court. Lawyers and public prosecutors may raise additional points. Thibaut and Walker thought that a procedure is most fair if it gives the parties control over the evidence presentation. However, critics say that the adversarial system serves defendants with deep pock-

ets best who can hire able lawyers. At least in Germany with its strong tradition of a welfare state, the Continental-European procedure shifts responsibility to the judge to care for an "objective" examination of the case. Even the public prosecutor is held to inquire as well the aspects speaking for the defendant.

In the defendant study, respondents perceived having little influence on their sentence (72%). Even this effects justice judgements only marginally (Table 3). Not in all cases before the single judge there is an evidence presentation during the trial. Evidence has been gathered by the police long before the trial and is often undisputed. If there is an evidence presentation, the defendant's influence on it plays no decisive role for justice judgements (Table 3).

At best, experiencing a court procedure should create feelings of trust in the court system. From a system-functional point of view a procedure type is suitable which achieves this. In the defendant study, trust in courts was measured by several indicators. There were questions on anticipations of future trials and on evaluations of the courts (see Table 1 for percentages). The defendants evaluated the courts not negatively, as might have been expected¹¹. The

10 / Eilsberger (1969, 312-3) found 50% of 34 juveniles in juvenile prison evaluating the court trial as fair. The fairness was denied by 41%. Most of the 41% felt negative out of suspicion that not only the actual offense has been considered for their penalty.

11 / In general, the German public has a high level of trust in the courts and in lawyers: Asimow et al. 2005, 412-416; Niedermayer 2001; Noelle-Neumann/Köcher 2002.

indicators justice of sentence at a future trial and of fairness of a future judge tended to be more positive after the trial than before (Machura 2002, 227). The procedural fairness of the judge correlated highly with evaluations of the courts (Tables 5 and 6), the procedural fairness of the prosecutor to a minor degree. In cases in which defendants had a lawyer, the

quality of the lawyer's work correlates moderately with trust in procedural qualities of courts. In addition, 65% of the defendants stated, the rules of the trial are "very" or "quite" fair. This measure was substantially correlated with procedural fairness of the judge, justice of the sentence, and overall procedural fairness.

Table 7: Perceived Influences of Lay Assessors and Evaluation of Sentence and Procedure

	Justice of Sentence	Procedural Fairness
Influence of lay assessors on		
Justice of sentence	.151*	.334***
Sentence satisfaction	.448***	.293***
Taking evidence into account	.287***	.338***
Bias of court	.139	.210**
*p<.05 **p<.01 ***p<.001		

In Haller's study some evidence can be found for the suitability of the special type of court, the juvenile court with lay assessors. Table 7 shows that lay assessors are attributed a positive influence on the fairness of the court. This result illustrates the so-called legitimating effect which is assumed by proponents of lay participation in the administration of justice (Machura 2001, 40-43, 272-278; Machura 2006, 89-100).

8. Discussion

Based on empirical data, crucial aspects of every criminal procedure have been analyzed. From experiments Thibaut and Walker (1975 and 1978) concluded that the Continental-European type of procedure appears less fair. Affected parties would not like the "inquisitorial" process with an investigating and deciding judge. Field research results presented here question this assumption fundamentally. Criminal trials were often evaluated positively by defendants. Results suggest that the reaction largely depends on the behaviour of the persons in authority: the judge and the public prosecutor. Data confirmed Lind and Tyllers (1988) group value model of procedural justice. Consequently, results also challenge the self-interest-actor model of human behaviour which is in widespread use in sociology of law. It focuses exclusively on outcomes. The research presented and the literature shows that affected persons have three dimensions in mind when judging a trial experience. They are concerned about outcome favourability, distributive justice, and procedural justice. While distributive

justice judgements are largely driven by concerns about outcome favourability, procedural justice is an effect of the fair treatment by the persons in authority. There must be also some influence of the procedure type. It can be assumed that procedures violating people's fairness expectations can not be glossed over by fair behaviour of officials. The German legal system has found an acceptable procedure.

As a policy implication, judges, prosecutors, and lawyers should receive a training of social skills. They should learn how to deal with affected persons: defendants, witnesses, the parties to a civil dispute. An experiment by Tausch und Langer (1971) showed that judges may indeed learn to be more open for their needs. In the period after 1945, authoritarian judges still dominated in the courts¹². By the end of the 1960ies and in the 1970ies, a much more liberal generation took over. The most radical voices began to talk about the judge as "case worker". Such ideals faded away among the latest generations of lawyers. The legal education at university still largely neglects the social dimension of trials. A change of the curriculum is needed. But many politicians concentrate on the economical efficiency of the courts. A fashionable re-design of the German court system as "lean administration" will fail to meet citizens' expectations of fair institutions. The state has to guarantee the quality of the administration of justice.

12 / Eilsberger (1969), e.g., asked 34 inmates of a juvenile prison. In their majority juveniles felt a lack of understanding. Many complained about scolding and shouting of the judge. A third felt hindered in their defense.

References

- Asimow, M., Greenfield, S., Jorge, G., Machura, S., Osborn, G., Robson, P., Sharp, C., and Sockloskie, R. (2006). Perceptions of Lawyers – A Transnational Study of Student Views on the Image of Law and Lawyers. *International Journal on the Legal Profession*, 12, 407-436.
- Boy, P. and Lautmann, R. (1979). Die forensische Kommunikationssituation – soziologische Probleme. In Wassermann, R. (ed.), *Menschen vor Gericht*. Festschrift für Eduard Reifferscheid, Neuwied: Luchterhand, 41-67.
- Bausinger, H. (1976). Sprachschranken vor Gericht. In Köstlin, K. and Sievers, K. D. (eds.), *Das Recht der kleinen Leute*. Festschrift für Karl-Sigismund Kramer, Berlin: Schmidt, 12-27.
- Casper, J. D., Tyler, T., and Fisher, B. (1988). Procedural justice in felony cases. *Law & Society Review*, 22: 483-507.
- Dürkop, M. (1977). *Der Angeklagte. Eine sozialpsychologische Studie zum Verhalten vor Gericht*. München: Wilhelm Fink.
- Eilsberger, R. (1969). Die Hauptverhandlung aus der Sicht jugendlicher und heranwachsender Angeklagter. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafreform*, 52, 304-313.
- Fuchs, S. (1992). *Der Verteidiger im Jugendstrafverfahren*, Frankfurt am Main: Lang.
- Haller, V. (1987). Zum Einfluß von Urteilsgröße und empfundener distributiver und prozeduraler Gerechtigkeit auf die Beurteilung von Richter und Gerichtsbarkeit bei jugendlichen Strafgefangenen, unveröffentlichte Diplomarbeit an der Fakultät für Psychologie, Philipps-Universität Marburg, Marburg a.d. Lahn.
- Haller, V. and Machura, S. (1995). Procedural Justice at German Courts as Seen by Defendants and Juvenile Prisoners. *Social Justice Research*, 8, 197-215.
- Horn, W. (1991). Recht 1. Grundlagen des Rechts. In Bundeszentrale für politische Bildung (ed.), *Informationen zur politischen Bildung*, vol. 216, München: Franzis.
- Landis, J. M., and Goodstein, L. (1986). When is justice fair? An integrated approach to the outcome versus procedure debate. *American Bar Foundation Research Journal*, 675-707.
- Lautmann, R. (1972). *Justiz – die stille Gewalt*, Frankfurt at the Main: Athenäum Fischer.
- Lautmann, R. (1973). Teilnehmende Beobachtungen in der Strafjustiz. In Friedrichs, J. (ed.), *Teilnehmende Beobachtung abweichenden Verhaltens*, Stuttgart: Enke, 109-119.
- Lenz, T. O. (2003). *Changing Images of Law in Film and Television Crime Stories*. New York: Peter Lang.
- Lind, E. A., and Tyler, T. R. (1988). *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York: Plenum.
- Machura, S. (1998). Introduction: Procedural Justice, Law and Policy. *Law and Policy*, 20: 1-14.
- Machura, S. (2001). *Fairneß und Legitimität*, Baden-Baden: Nomos.
- Machura, S. (2002). Verfahrensgerechtigkeit aus der Perspektive von Beschuldigten. In Barton, S. (ed.), *Verfahrensgerechtigkeit und Zeugenbeweis*, Baden-Baden: Nomos, 195-232.
- Machura, S. (2006). *Ehrenamtliche Verwaltungsrichter*, Munster: Lit.
- Niedermayer, O. (2001). *Bürger und Politik*, Wiesbaden: Westdeutscher Verlag.
- Noelle-Neumann, E., and Köcher, R. (eds., 2002). *Balkon des Jahrhunderts*. Allensbacher Jahrbuch der Demoskopie 1998-2002, Vol. 11, München/Allensbach: Saur/Verlag für Demoskopie.
- Rapping, E. (2003). *Law and Justice as Seen on TV*. New York: New York University Press.
- Roxin, C. (1991). *Strafverfahrensrecht*, 22nd edition, München: Beck.
- Rottleuthner, H. (1971). Zur Soziologie richterlichen Handelns (II). *Kritische Justiz*, 4: 60-88.
- Schünemann, Bernd (1995). *Der Richter im Strafverfahren als manipulierter Dritter? - Zur empirischen Bestätigung von Perseveranz- und Schulter-schlußeffekt*. In Bierbrauer, G., Gottwald, W. and Birnbreier-Stahlberger, B. (eds.), *Verfahrensgerechtigkeit. Rechtspsychologische Forschungsbeiträge für die Justizpraxis*, Köln: Otto Schmidt, 215-232.
- Tausch, A.-M., and Langer, I. (1971). Soziales Verhalten von Richtern gegenüber Angeklagten; Merkmale, Auswirkungen sowie Änderungen durch ein Selbst-Training. *Zeitschrift für Entwicklungspsychologie und Pädagogische Psychologie*, 3: 283-303.
- Thibaut, J., and Walker, L. (1975). *Procedural Justice*, Hillsdale/N.J.: Erlbaum.
- Thibaut, J., and Walker, L. (1978). A Theory of Procedure. *California Law Review*, 66: 541-566.
- Tyler, T. R. (1984). The role of perceived injustice in defendants' evaluations of their courtroom experience. *Law & Society Review*, 18: 51-74.
- Tyler, T. R. (1990). *Why People Obey the Law*, New Haven: Yale.
- Tyler, T. R. (ed., 2006). *Procedural Justice*, 2 Vols., Aldershot: Ashgate.
- Tyler, T. R., Casper, J. D., and Fisher, B. (1988). Maintaining allegiance toward legal authorities: The role of prior attitudes and the use of fair procedures. *American Bar Foundation. Working Paper Series*. No. 8813.
- Tyler, T. R., and Lind, E. A. (1992). A relational model of authority in groups. In Zanna, M. (ed.), *Advances in Experimental Social Psychology*, vol. 25, New York: Academic, 115-191.
- Valente, E. jr., and Mace, R. R. (1993). A Comparison of the Experiences of African-American Disputants and White Disputants in Related-Party Misdemeanor Court Cases, Paper for the Annual Meeting of the Law and Society Association, Chicago, Illinois, Mai, 1993.
- Wemmers, J.-A. (1996b). *Victims in the Criminal Justice System*, Amsterdam: Kugler.
- Wolff, S., and Müller, H. (1997). *Kompetente Skepsis. Eine konversationsanalytische Untersuchung zur Glaubwürdigkeit in Strafverfahren*, Opladen: Westdeutscher Verlag.

El “pueblo” desenmascarado

Sumario

El propósito del trabajo en su relación con el

propósito de *Derecho y Democracia*

Operacionalización

El concepto de pueblo

Cómo hay que entender lo que sea el pueblo

Conclusiones

Resumen

¿Puede entenderse la política sin recurrir al derecho o el derecho sin recurrir a la política? Esta es una cuestión crucial que cada vez se hace más necesario plantear. Se puede estar tentado a dar como respuesta que se trata de un dilema sin solución racional. Sin embargo, la política y el derecho están innegablemente relacionados a través de la filosofía política. Todo ordenamiento jurídico está basado sobre alguna filosofía política y las crisis del ordenamiento jurídico son, a su vez, crisis de su fundamento filosófico. Por lo tanto, para entender dichas crisis es necesario examinar argumentos que de una forma u otra están relacionados con lo político. Por otra parte, es dudoso que la política pueda ser entendida sin estudiar su institucionalización a través del derecho. A fin de captar esta interrelación es indispensable tener en cuenta cómo los conceptos filosófico-políticos son operacionalizados a través del derecho. Ello se intenta en relación con el concepto de pueblo.

Abstract

¿How politics can be understood without law or law without politics? This is a crucial question which is increasingly necessary to address. One could be tempted to deny any possibility of rational processing of the dilemma. However, politics and law are undeniably interconnected through political philosophy. Approached from this perspective, it appears that every juridical order is based upon some political philosophy and that crises of juridical orders reflect crises of their very philosophical ground. Therefore, any sufficient understanding of juridical crises necessarily require the analysis of arguments that in one way or other have to do with politics. On the other hand it is more than dubious that politics can be understood without its institutionalization through law. In order to apprehend this interrelation it is indispensable to consider how politico-philosophical concepts are operationalized through juridical concepts. This writing tries to do so in connection with the idea of “people”.

Humberto Njaim

Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Doctor en Ciencias Políticas, Universidad Central de Venezuela. Ex Director del Instituto de Estudios Políticos y del Centro de Estudios de Postgrado de la Universidad Central de Venezuela. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Miembro del Consejo Directivo de la Fundación Manuel García-Pelayo. Actualmente Jefe del Departamento de Estudios Políticos de la Universidad Metropolitana. Diversas publicaciones en los campos de la Politología y del derecho Constitucional.



El propósito del trabajo en su relación con el propósito de derecho y democracia

Un documento definitorio de esta revista —*Derecho y Democracia*— circulado con las primeras solicitudes de colaboración— expresaba el propósito editorial de explorar el terreno conceptual en donde la política no puede comprenderse sin el derecho ni el derecho sin la política. En la difícil situación que se vive en Venezuela —y, probablemente, en general— abundan los asertos que sugieren lo urgente que se ha vuelto tal exploración. Uno de ellos es el que frecuentemente se oye, de que ya lo que está ocurriendo no es posible comprenderlo jurídicamente por tratarse de un fenómeno eminentemente político. Sin embargo, el entendimiento del hecho político por parte del jurista, a menudo se reduce a tenerlo por una cruda manifestación de poder no susceptible a elaboración teórica alguna y que será superada cuando nuevamente el derecho vuelva a tomar las riendas de la política desbocada. Se trataría de una anomalía pero transitoria.

En contrapartida hallamos, al mismo tiempo, una crítica frecuente acerca de lo vano que es pretender comprender cualquier asunto social con independencia de la política. Podemos estar seguros así que cualquier posición filosófica o jurídica que pretenda desarrollarse más allá o por encima de lo político, recibirá la crítica de ser “despolitizada”. Esta crítica se ha hecho tan previsible que resulta por lo consa-

bida poco útil (por ejemplo Mouffe, 2003). Otras concepciones son más bien burdas, pues se limitan al menosprecio del derecho como un conjunto de formalidades necesarias pero pesadas que carecen de mayor justificación y validez en sí mismas, siendo necesario encontrarlas en el servicio a una causa política que las trasciende. Una variante de esta concepción procede como si el problema no existiera y practica el más riguroso formalismo en el campo jurídico aparentemente desentendiéndose de la política, pero siguiendo a su servicio de manera disfrazada.

Tanto la impotencia del derecho frente a la política como la absolutización de la política frente al derecho lucen insatisfactorias. Más bien, si el jurista se topa con la política, pese a todos sus esfuerzos por evitarla, ha de encontrar un concepto de lo político susceptible de rescate y reelaboración jurídica, lo que no puede darse si se la reduce a una pura manifestación arbitraria de la fuerza. Por otra parte, cualquier filosofía política que pretenda expresarse jurídicamente debe aceptar que dicho paso implica necesariamente que el derecho contiene restricciones peculiares a la desmedida politización; entre ellas la creación de un ámbito de decisiones objetivadas con posibilidad de autonomía respecto de los intereses políticos inmediatos, por más que le subyazca una determinada ideología política.

Frente a las concepciones descritas sostengo que todo ordenamiento jurídico se sustenta en algún tipo de filosofía política y si ese ordenamiento entra en crisis no se trata meramente de una crisis del derecho, sino también de la filosofía política que lo sustenta. Por lo tanto el jurista, aunque le pese, tendrá que incursionar en el terreno filosófico para entender adecuadamente la crisis y superarla; no puede limitarse a considerarla anómala o transitoria. El filósofo político por su parte ha de darse cuenta que sus conceptos sin la operacionalización que les proporciona el derecho, no sólo carecen de efectividad práctica sino que tampoco se llega a entender completamente sus implicaciones y consecuencias. El jurista finalmente ha de ser un crítico implacable del poder y un crítico deferente de la filosofía política.

La intención del presente trabajo es mostrar las posibilidades del enfoque que he esbozado y aplicarlo a una cuestión filosófico-política de suma trascendencia para el derecho constitucional como es el concepto de pueblo. Para esto trataré, en primer lugar, los aspectos de la operacionalización jurídica de las concepciones filosófico políticas extendiendo a este campo inspiraciones provenientes de ideas que pri-



mordialmente se han aplicado a la investigación científica, pero que son susceptibles de provechosa extensión. Una vez descrito este instrumental pasará a utilizarlo para dilucidar cómo a través de la idea de pueblo se desarrollan jurídicamente una serie de concepciones de filosofía política. Finalmente trataré de exponer una perspectiva que impida abocarse irremediablemente a los laberintos jurídicos sin salida en los cuales transitamos, es decir, cuál sería la operacionalización adecuada de un concepto inevitable.

Operacionalización

En el sentido aquí empleado la operacionalización jurídica no pretende agotar el concepto filosófico político que le sirve de base. No se trata de que, como en la filosofía de la ciencia de los primeros operacionalistas (Bridgman, 1928; una posición más flexible en Skinner, 1945), se pretenda que el concepto no consiste en otra cosa sino en las mediciones mediante las cuales se establece su validez. Por el contrario, sostengo que la discusión entre filosofías políticas es una "historia sin fin", uno de cuyos aspectos es la discusión jurídica. Puede que la encarnación operativa del concepto se considere derrotada o superada pero no necesariamente la filosofía como tal que le subyace. Una reformulación operativa puede darle nueva e insospechada actualidad y el derecho prestarle acogida, zanjando, por los momentos, la polémica en el campo de la regulación de las relaciones sociales. Es decir, aunque la discusión prosigue en el campo filosófico, y eventualmente presiona el derecho hacia el cambio, entre corrientes cada una de las cuales tiene pretensión de verdad, en la regulación de las relaciones sociales se impone una. Pero esta imposición es jurídica y, por lo tanto, no es un acto de fuerza dirigido al exterminio de las demás, sino el que se le preste reconocimiento como la escogida por la sociedad.

Antes de seguir adelante es necesario precisar que entiendo por filosofía política una construcción intelectual en torno a un determinado principio de organización social que, de por sí, es respetable e irrefutable pero que se hace discutible cuando se desarrolla en desmedro de otros principios que son igualmente respetables e irrefutables. Así, la filosofía conservadora nos alerta sobre la pretensión de manipula soberbiamente la historia; la liberal sobre el peligro de extirpar la libertad e iniciativa humana; la socialista respecto de la pasividad frente a las desigualdades e injusticias (Kolakowski, 1987) y cualquiera de ellas conduce a excesos unilaterales, pues

debe traducirse a realidades operativas y al hacerlo el equilibrio, que es fácil de mantener en el plano de las ideas puras, se rompe en las instituciones y en la operacionalización jurídica donde una tendencia o principio termina predominando sobre los otros.

Lo dicho implica que el concepto no se agota en su operacionalización, sino que le es parcialmente inconmensurable. Incluso una institución u operacionalización que ha pretendido ser liberal es susceptible de crítica desde la misma filosofía liberal o una institución u operacionalización del conservadurismo desde el mismo punto de vista conservador, y así sucesivamente. Es decir, la operacionalización jurídica es incompleta y puede haber otras mejores pero es necesaria. En consecuencia, cuando se dice que una filosofía política se ha agotado lo que eventualmente ha ocurrido es un agotamiento de la forma de hacer operativa la filosofía no de la filosofía en cuanto tal que, dada por muerta, resurge, sin embargo, bajo nuevas formas de aplicarla. De esta manera lo que se creyó una refutación triunfal no fue sino la refutación de uno de los posibles conceptos operativos; quizá alguno particularmente polémico y, por lo tanto, más vulnerable.

No se trata, sin embargo, de postular una suerte de escepticismo puesto que respecto de las particularizaciones operativas de las filosofías políticas habrá unas que estarán abiertamente en contradicción con la experiencia, como ha ocurrido con el llamado socialismo real y la impermeabilidad que han demostrado muchos socialistas respecto de tal experiencia. Se trata de adaptarse a la experiencia o anticiparse a ella y reconocer que si la filosofía política no ha sido refutada, sí lo ha sido su operacionalización. No sustituir la realidad por los deseos; no luchar contra la comprobación de un fracaso sino aceptarlo; no proceder como si la construcción conceptual no hubiera sido sometida a prueba y en lugar de una completa reformulación sublimar el fracaso como utopía. Incluso sucesivas operacionalizaciones de una determinada filosofía política pueden demostrar que es irremediablemente fallida. Por otra parte, la crítica racional interviene para depurar las construcciones conceptuales de la contaminación que les instila las conveniencias del poder.

En el fondo, estamos apuntando a una metafísica política capaz de abarcar valores que consideramos irrenunciables (por ejemplo, libertad, igualdad, justicia, seguridad, etcétera) y respecto de los cuales no somos escépticos. Sin embargo, reconocemos la necesidad de que en un momento temporal dado no



es posible realizarlos todos simultáneamente y que en esa situación histórica tendrá mayor acogida aquella concepción política que enfatice el más adecuado para las circunstancias. Frente a estas concepciones políticas hay que ser escéptico, pero no sobre los valores que representan sino frente a su carácter parcial.

Es necesario tener en cuenta, además, que mientras en los conceptos científico- naturales se trata de aprehender realidades no creadas por el hombre, los conceptos del derecho se refieren a realidades creadas por él: se trata de comprender no algo que le es ajeno, sino de lo que él es autor, que él ha puesto en funcionamiento. Por lo tanto, la operacionalización comprende también ese “hacer funcionar” en el cual más toman parte los políticos activos que los políticos especulativos. Es decir, el concepto se mide, y no se comprenden plenamente sus grandezas o miserias, sino mediante los dispositivos institucionales con que se pretende realizarlo y no mediante escalas que le sean exteriores y fijadas de antemano como ocurre con la operacionalización de conceptos de otras disciplinas. Por supuesto que entre las miserias y fortalezas se encuentra la intervención del poder en uno u otro sentido. De la misma forma, la operacionalización en este campo no es una pura aplicación de proposiciones abstractas cuyas variables son sustituidas por valores específicos. Se trata, más bien, de una verdadera construcción que no está simplemente dada en las aserciones generales de la respectiva filosofía política. También aquí podrá ser necesario constatar que no han resultado afortunadas determinadas derivaciones institucionales de la conceptualización elegida para un determinado principio de filosofía política.

Este proceso de razonamiento lleva a distinguir la operacionalización de otras nociones más familiares al mundo jurídico, entre ellas los llamados conceptos jurídicos indeterminados, y la interpretación.

La idea de los conceptos jurídicos indeterminados ha sido forjada en el derecho Administrativo como un medio de limitar la actividad discrecional del estado, mientras que aquí me estoy refiriendo a aspectos de alcance constitucional y más fundamentales. Sin embargo, la idea es susceptible de una mayor generalización, la cual viene dada casi de inmediato si se considera que entre tales conceptos se incluyen cuestiones nada fáciles de aprehender como el interés general, la moral pública, la urgencia, el justo precio, la calamidad pública, etcétera, que, incluso, van más allá del derecho Administrativo. Con tanta mayor razón podría alegarse que, por ejemplo, también “el pueblo” o “el estado” son cuestiones del

mismo tipo que, por cierto, abundan en la Constitución de 1999 y especialmente en sus dos primeros artículos donde surgen entes tales como la República y su patrimonio moral; los valores superiores del ordenamiento jurídico y los fines esenciales del estado, para no hablar de la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial, la autodeterminación nacional, etcétera, y otras ideas que se acumulan en estos dos primeros artículos.

Para los administrativistas la categoría tiene la importancia de ponerle riendas, mediante el control de los Tribunales contencioso-administrativos, a burocratas que pudieran considerarse autorizados a ocurrencias discrecionales válidos de la existencia de expresiones legales de significado difuso o muy amplio (Brewer 2006); lo cual en cuanto a las expresiones constitucionales corresponde al respectivo Tribunal o Sala. Ellos establecen lo que supuestamente debió ser la única respuesta que debió dar la administración. No es posible entrar aquí en demasiadas elaboraciones críticas pero, por una parte, no se entiende muy bien lo que quiere decir una “única respuesta”, ya que el haber tenido que escoger entre una pluralidad de conceptos posibles no significa que no hubiera previamente un acervo de conceptos entre los que escoger. Por otra parte, no deja de percibirse en la construcción de la categoría el embarazo de la profesión jurídica ante ideas que en el fondo no se consideran jurídicas pero cuya relevancia, pese a todo prejuicio positivista, no se puede negar. En todo caso, como apunta el profesor Pérez Perdomo (comentario personal al autor): “los Jueces no definen cuál es o debe ser la única respuesta posible o válida, sino frente a una decisión determinada deciden si está dentro del cuadro constitucional o no.”

En realidad lo verdaderamente importante en el derecho son los llamados conceptos jurídicos indeterminados que pululan por doquier, más de lo que les es placentero a los juristas. Es significativo que no se dedica mucho esfuerzo a elaboraciones sobre los conceptos determinados a los cuales se les despacha como de pasada. Es comprensible, porque son conceptos que se agotan en su operacionalización y, por lo tanto, parecen sin mayor trascendencia mientras que a los indeterminados hay que ponerles rienda. Ahora bien, la supuestamente única respuesta que tienen los conceptos jurídicos indeterminados es la que proviene de la filosofía social y política en boga. El hecho de que haya que escoger un solo concepto o aplicación no elimina que hay que escogerlo entre un acervo de muchos posibles. También es problemática la unicidad del

concepto jurídico indeterminado si se tiene en cuenta que su significado será diferente en diferentes ámbitos. Hay así un concepto de “utilidad pública” que probablemente no sea el mismo en el derecho privado que en el derecho administrativo o dentro del mismo derecho administrativo en su rama agraria que en su rama de ordenamiento urbano. Esta reflexión es altamente pertinente, como se verá luego, respecto de lo que haya de entenderse por pueblo.

La determinación en los conceptos jurídicos indeterminados no consiste, pues, en otra cosa que en haber logrado una operacionalización más o menos exitosa o que disfruta de un cierto consenso entre la comunidad de expertos del derecho. La expresión, “conceptos jurídicos indeterminados,” por lo tanto, es contradictoria en sí misma, pues la conceptualización es un esfuerzo de determinación y precisión y emplearla da la impresión de un intento para hacer aceptable lo que no lo sería por ser vago, por ser una mera noción tentativa. En cambio se pone a un lado demasiado fácilmente que la determinación depende de las circunstancias de tiempo y lugar, pero mientras ellas no cambien nos encontramos ante una idea precisa y no vaga. Un ejemplo paradigmático es lo que se sostenía sobre la concepción de la economía en la Constitución del 61, en el sentido de que daba tanto para una política económica intervencionista acentuada como liberal moderada. Dentro de tales parámetros era posible llegar a una variedad de determinaciones del ordenamiento jurídico de la economía. Que en un momento dado se opte por uno revela precisamente que había diversas opciones entre las cuales escoger. En este sentido reitero que en la determinación de los conceptos jurídicos indeterminados se trata de una interpretación que cuenta con un elevado nivel de acuerdo.

Sin embargo, la operacionalización no es una mera interpretación puesto que como hemos dicho lo que sea “el pueblo” u otras cosas semejantes, sólo lo entendemos plenamente al ver cómo funcionan en la realidad las instituciones que pretenden realizar el concepto. De la misma forma ninguna operacionalización es inmune al cambio, pues cualquiera de ellas resultará insatisfactoria en algún sentido y para alguna corriente o su aplicación producirá el descuido de aspectos que las otras cubren y tarde o temprano tendrán oportunidad de realizarse. Siempre habrá, así, ocasión para divergencias. Es necesario, incluso, que las haya y precisamente por eso hay evolución, historia política y partidos en el más amplio sentido de la palabra.

El concepto de pueblo

La vigencia de la democracia como sistema político preponderante y, al parecer, indiscutido, repercute en forma profunda en toda la estructura del derecho y no sólo en el derecho público. Aunque ciertos principios jurídicos se consideran universales no es lo mismo, sin embargo, el derecho de una monarquía que el de una democracia. En principio, y sin entrar en mayores complejidades que desde otros puntos de vista (García Pelayo 1984), sería necesario tratar parte de la definición según la cual la democracia es, a secas, el gobierno del pueblo. Sin embargo, no se trata simplemente de gobierno sino que se dice que el pueblo es “soberano”. Es tan soberano que está por encima de la Constitución y por encima de los órganos que con base en ella se han creado, de los llamados poderes constituidos. Ahora bien, al dar tal paso se debe pagar un costo elevado que consiste en que mientras los poderes constituidos son entes definidos y precisos, el pueblo es un ente orlado de las connotaciones ennoblecedoras de la filosofía democrática pero bastante nebuloso. En efecto, la afirmación de que el pueblo es el soberano luce resplandeciente y sencilla pero esconde difíciles problemas. Por de pronto la Constitución y lo que surge de ella es algo estructurado mientras que el pueblo parece algo inestructurado que se impone, sin embargo, a lo estructurado: el tumulto a lo institucional. ¿Puede ser así o, por el contrario, lo que sea el pueblo sólo lo podemos saber si hay una estructura constitucional?

Por otro lado, al proclamarse la democracia participativa en cada vez más textos constitucionales ya no es posible eludir toda una serie de problemas, dilemas y hasta enigmas que suscita el concepto “gobierno del pueblo”. La democracia participativa produce el desafío de determinar lo que sea el pueblo en forma más aguda que lo que ocurre en la representativa, donde el pueblo queda simplemente identificado con sus representantes. Los problemas ya se habían suscitado anteriormente, significativamente en momentos en que la concepción de representación no había terminado de imponerse completamente, por pioneros radicales del pensamiento político. Thomas Paine (1791-1792; Holmes, 2006) se burlaba de quienes pretendían subordinar la voluntad del pueblo a un texto escrito por hombres ya muertos hacía mucho tiempo y la idea ha sido replanteada por Robert Dahl (2002) en una de sus últimas publicaciones. Aún admitiendo tales argumentaciones seguimos topándonos con la incógnita sobre lo que

sea el pueblo. Incluso si, como en el caso de Paine y Dahl, efectuamos una restricción previa al conjunto actual de ciudadanos de un país. Por otra parte, esta acotación está ya fuertemente justificada, pues la ciudadanía es una calidad definida por el derecho. Resulta, sin embargo, un concepto demasiado amplio desde el punto de vista de cómo hacer efectivo el gobierno por tan gran número.

El conjunto ciudadano es susceptible, además, de sufrir una desestructuración ulterior si pensamos al pueblo como el conjunto de habitantes. Tal desestructuración no es, sin embargo, completa, puesto que habitante no es simplemente quien pasa fugazmente por un territorio estatal. Lo grave es que cada desestructuración favorece más la manipulación política y por más que parezca sorprendente puede llegarse al extremo de considerar pueblo al conjunto de habitantes. Es lo que indirectamente ocurre cuando por razones electorales se efectúan procesos masivos de otorgamiento de ciudadanía a inmigrantes, edulcorando la manipulación con supuestas razones de reconocimiento de derechos humanos a una población desvalida.

A mi modo de ver, ello revela la esterilidad de establecer una contradicción entre la democracia y lo jurídico, específicamente lo constitucional. La idea de pueblo no se entiende sin la vertebración que le proporcionan el derecho y la filosofía política. Igual ocurre con la idea de soberanía y así como es imposible concebir una soberanía del pueblo no reglada, tampoco es posible concebir a la soberanía misma como algo no reglado. Ya es suficiente concebirla como un poder no reglado respecto de los otros estados, más con todo lo discutible de la concepción es admisible en tanto que salvaguarda para que cada uno de ellos esté clausurado frente a la intromisión de otros ordenamientos también pretendidamente soberanos y desarrolle con tranquilidad su peculiar organización nacional. Pero una vez asegurado el poder, confeccionar un orden no intervenido deja de ser hacia lo interno ese poder pretendidamente absoluto, puesto que es un poder jurídico y el derecho no es la voluntad del más fuerte sino justamente un programa para impedir que la sociedad funcione según la voluntad del más fuerte, sea este el pueblo o un tirano.

El problema inmediato con el que nos encontramos para determinar el pueblo consiste en que se trata de una colectividad y las formas de hacer operativa la idea conducen siempre a que, dada la enorme dificultad de obtener decisiones políticas unáni-

mes, es una parte de este colectivo lo que se identifica con el pueblo. Esta parte es generalmente una mayoría, pero también la de menores recursos o la explotada o, incluso, una persona con la cual se supone que está identificada esa colectividad. Cada una de estas concepciones presenta mayores o menores problemas, pero esto no significa que aun las que parezcan más disparatadas o funestas no encuentre alguna razón a su favor o alguien que la apoye. Este apoyo puede, incluso, provenir de las más insólitas fuentes.

La diversidad de concepciones no sólo se refiere a cómo se interpreta quién es ese sujeto llamado "pueblo" sino también el rango de poderes que ejerce. En el caso del "pueblo" existe el peligro de que los escrúpulos respecto de otorgarle poderes omnímodos a este "soberano" sean menores que los que surgen cuando se trata de un individuo o de un grupo específico. En efecto, si el pueblo somos de alguna manera "todos" o una colectividad muy amplia, entonces quiere decir que todos gobernamos y si es así ¿cómo puede provenir la amenaza de nosotros mismos que somos los más interesados en no perjudicarnos? Sin embargo, en la medida en que la supuesta totalidad se convierte en una parte, como inevitablemente ocurre, resurge el peligro de la conspiración de la parte contra el todo.

En el caso más discutido en la actualidad que es el de la democracia representativa encontramos que la equiparación del pueblo con sus representantes genera discusiones sin fin y la crítica por parte de quienes consideran a la democracia directa o alguna de sus variedades como más genuinamente correspondiente al gobierno del pueblo. Esta discusión dio lugar en Venezuela a la célebre sentencia de la Corte Suprema, cuyo ponente fue el magistrado Humberto La Roche (Njaim, 2000), según la cual era ilegítimo que la nación soberana fuera reemplazada por los soberanos representantes de la nación. Aparte de que la nación es un concepto holístico que no puede reducirse a sus partes componentes y su contextura, sólo puede ser revelada, según la teoría clásica al respecto, por los representantes: la sentencia no se detiene a especificar qué es ese pueblo que tiene el carácter de poder constituyente y que no está limitado por la Constitución como sí lo están los poderes constituidos. En beneficio de la argumentación tribunalcia aceptemos, sin embargo, que la palabra "nación" se la emplea en el sentido de "pueblo" y preguntémosnos ¿cuál es ese contrapunto popular de los "soberanos representantes de la nación"? En efecto,

la democracia representativa, a pesar de todo lo que se le critique, es una forma de organización y por eso resucita constantemente aun entre los mismos que la han atacado. Podemos decir, y esa fue una tendencia antes y bastante después de la Constitución de 99, que el pueblo era la Sociedad Civil, pero inmediatamente empezó a añadirse que era la Sociedad Civil organizada, y organización a su vez consistía en la representación: que esas organizaciones y quienes hablaban por ellas fueran verdaderamente representativos. La participación se deslizaba, así, a la representación y en esto ha consistido toda la evolución política posterior: en la más grotesca identificación de la participación con la representación.

Y es que la representación, a pesar de todo lo que se le critique, es una forma de organización. Lo no representativo no sólo amenaza con ser ilegítimo, sino también desorganizado. La pregunta inevitable es si lo organizado es sólo lo representativo y, por tanto, sólo el pueblo representado es pueblo organizado. Es decir, que sólo es posible una expansión de la representación en el sentido de que se le da beligerancia política a nuevas organizaciones, además de las tradicionalmente conocidas pero, a final de cuentas, estas continúan reproduciendo el modelo representativo. En otro trabajo (Njaim 2005) he intentado construir una alternativa a la representación que no consista en la mera traslación de tal modelo a mayor número de realidades, sino que se reconozca la entidad de una dimensión participativa claramente diferenciada de la representativa.

Sin embargo, en el contexto en que ocurre la decisión judicial hallamos que le subyace una definición operacional muy precisa. El "pueblo" es un ente que en cualquier momento puede ser convocado a un referendo consultivo que no es tal porque cuando se pronuncia al ser consultado sus dictámenes, como soberano que es, se convierten en vinculantes. Esta idea, con todo lo atractiva que en lo inmediato pueda ser, conduciría de ser aplicada consecuentemente a la desorganización de cualquier comunidad política porque comportaría la imposibilidad de políticas públicas altamente impopulares en la coyuntura, pero beneficiosas ulteriormente. Incluso arriesgaría a la misma existencia del estado, con lo cual el pueblo soberano terminaría destruyendo las condiciones mismas de su soberanía.

En el trabajo ya citado (Njaim, 2000) he considerado que la sentencia instauraba, en efecto, un poder constituyente en posibilidad de ejercicio permanente. Hoy en día pienso que el Juez no tenía realmente esa

concepción, que lo que le interesaba era ventilar la enrarecida atmósfera política que conducía irremisiblemente a una reestructuración constitucional. Ello se confirmó posteriormente cuando la misma corriente dentro del Tribunal trató de constreñir más explícitamente al proceso constituyente dentro del marco de la Constitución del 61 y le negó carácter plenipotenciario a la Asamblea (CSJ, 1999, 18 de marzo). En todo caso la interpretación cumplió su función de liberar al "pueblo" de las amarras constitucionales que lo ataban, pero esta liberación era insostenible y se pasó a la operacionalización del 6 de octubre de 1999, donde ya fue imposible contener el paso del pueblo como instancia consultada, al pueblo como asamblea constituyente. De acuerdo con este razonamiento es necesario reconocer que la sentencia de octubre no sólo se explica por la situación política sino también porque la operacionalización de enero era irrealizable puesto que equivalía a otorgar la soberanía a multitud de individuos atomizados, sacudidos por sucesivos espasmos de opinión contradictorios y hasta destructivos.

En la decisión de enero de 1999 nos encontramos con un caso típico del síndrome de los juristas ante las circunstancias políticas. Era necesario ceder al momento político y posibilitar la convocatoria constituyente, pero la forma de reconocer los imperativos de la situación incurrió en la típica perplejidad del jurista ante el poder. Una ilustración mayor en filosofía política y en historia política hubiera permitido desarrollar una concepción más sutil y menos vulnerable frente a los acontecimientos. Por ejemplo, definiendo de una manera menos escueta y hasta críptica los límites de la Constituyente¹ o elaborando una alternativa que impidiera las manipulaciones plebiscitarias. Después de todo, el documento revela una preocupación de distinguir al referendo del plebiscito como aprobación al hombre en el poder.

De todas maneras no puede negarse como señalaré más adelante que la sentencia contiene un elemento acertado en cuanto que la participación siempre tendrá un elemento de espontaneidad y, por consiguiente, sorpresa que no es posible coartar. Ahora bien, otro asunto es que esta espontaneidad

1 / La referencia es al siguiente pasaje: "Aun cuando el resultado de la decisión popular [alude a la decisión en referendo sobre un asunto de especial trascendencia nacional] adquiere vigencia inmediata, su eficacia sólo procedería cuando, mediante los mecanismos legales establecidos, se dé cumplimiento a la modificación jurídica aprobada. Todo ello siguiendo procedimientos ordinarios previstos en el orden jurídico vigente, a través de los órganos del Poder Público competentes en cada caso. Dichos órganos estarán en la obligación de proceder en ese sentido". (CSJ, 1999, 18 de enero).

pueda extenderse hasta el límite de provocar una crisis constitucional en cualquier momento.

Finalmente hay que observar que si el pueblo no puede ser reducido a la representación, pero no debe estar encima de la Constitución ¿significa esto que deja de ser soberano? En primer lugar esta pregunta encierra un equívoco. No se puede comparar una entidad normativa con una entidad social. La soberanía es atributo de entes concretos. Por lo tanto, no se trata de la contraposición entre la soberanía del pueblo y la de la Constitución, sino de que la Constitución establece los requisitos, las condiciones de posibilidad del ejercicio de cualquier soberanía. El pueblo es una entidad social juridificada que sólo se comprende en y desde la Constitución. Lo que ocurre es que la Constitución ha de ser lo suficientemente flexible como para no reducir el pueblo a una sola de sus dimensiones sino acoger el mayor número posible de ellas.

Cómo hay que entender lo que sea el pueblo

Es claro que la operacionalización del concepto democrático tiene que ser hoy más cercana al imperativo del gobierno del pueblo por el pueblo mismo. Se trata de un ideal cuya no realización en alguna forma aceptable está lejos de ser inocua. Abundan las críticas a la concepción elitista de la democracia según la cual la función del pueblo es simplemente escoger a quiénes van a decidir por él. El proclamar la soberanía popular sólo como consigna hueca trae consigo toda serie de resentimientos y alienaciones cuyas características variarán en los diferentes estratos, pero con posibilidad de convergencia en cualquier crisis aguda de manera fatal para la estabilidad política. En todas las sociedades actuales, por más rudimentario que sea su desarrollo, existen elites con capacidad real o pretendida de aportar a las grandes decisiones y la exclusión de sus criterios resulta altamente peligrosa para la estabilidad política. En la base ciudadana, por otra parte, las masas reciben constantemente el mensaje de que deben ser tomadas en cuenta y que deben ser beligerantes; probablemente no saben cómo serlo y confunden lo que les es dable realizar desde sus raíces con el protagonismo descaminado que, en causas grandiosas y fuera de su comprensión, parecen proporcionarles los demagogos.

Pero, ¿cuál es la traducción aceptable del ideal del gobierno del pueblo por el pueblo mismo, una que nos pueda sacar de universal confusión que hoy invade la política democrática? La experiencia nos alecciona por lo menos respecto de cuáles son los

callejones sin salida y sobre los errores en que no podemos seguir incurriendo, pero también nos indica que el asunto comporta muchas dimensiones que le dan a la idea de pueblo un carácter complejo que está lejano de la concepción del pueblo como un colectivo uniforme y uniformizador. Por el contrario, debe concebirse en diferentes espacios de actuación política según los cuales variará el concepto aplicable. Naturalmente los diferentes conceptos no deberían ser contradictorios entre sí, pero dado que se refieren a realidades políticas no podrá eliminarse una cierta tensión entre ellos.

Por de pronto, la idea de gobierno del pueblo no puede seguir siendo un instrumento de la manipulación plebiscitaria. Por el contrario, no podemos aceptar como legítimo sino el pueblo deliberante, no el pueblo seducido, el pueblo arrastrado por un líder carismático. Es inexplicable que mientras los participacionistas rechazan la manipulación de las vanguardias, se muestren, sin embargo, tan propensos a aceptar la manipulación de individuos iluminados que supuestamente cuentan con una conexión privilegiada con las masas. En ocasiones se da ese fenómeno pero es eminentemente transitorio y muy pronto se produce el típico distanciamiento entre conductor y conducidos. Así, pues, no admitiremos como argumento justificativo de un régimen tan sólo el de la identificación emocional entre dirigentes y dirigidos, la cual, a su vez, se convierte en justificación de todo tipo de iniquidades.

El primer principio que nos debe guiar en la búsqueda de nuevas formas institucionales para la democracia es que no puede haber pueblo sin deliberación. O la idea de pueblo comporta algún grado de racionalidad o nos veremos abocados a desastres recurrentes. Por consiguiente, no llamaremos pueblo a los impulsos emocionales o los delirios de las masas. Una vez aceptado este principio puede considerarse bajo su luz cualquiera de los múltiples medios que se han propuesto para realizar la democracia participativa. Desde los que apuntan a las grandes decisiones como los referendos hasta los diversos medios de injerencia política de las bases ciudadanas. No nos será suficiente su aplicación para concluir que estos medios conducen al gobierno del pueblo. Exigiremos, además, conocer cómo se han aplicado. El que una elección de tipo tradicional haya tenido lugar no nos bastará para sostener la legitimidad democrática de un régimen. El que se celebren referendos no lo tomaremos de por sí como una patente de excelencia participativa. Esto no significa una mitificación de la

deliberación. Sabemos que un auditorio consultado tiende a menudo a ser inexpresivo, aunque se podría objetar que este es el resultado de una cultura de la pasividad y que podría cambiar. Tampoco muchas veces el aporte de la consulta suele ser muy brillante, pues cada quién aporta de acuerdo con sus limitaciones que pueden ser muchas. Estas objeciones, sin embargo, aparte de estar culturalmente condicionadas, dejan de lado que la participación no sólo tiene funciones decisorias sino a veces únicamente terapéuticas: realizar catarsis, sentir que se es tomado en cuenta o, por parte de los líderes, comprender que de nada vale imponer una decisión que luego dependerá para su ejecución de la buena voluntad y la comprensión de quienes, distintos al decisor, tendrán que llevarla a cabo y que, finalmente, no lo harán si no están convencidos.

El segundo principio se orienta a determinar si la participación popular conduce a una construcción de instituciones o es sólo un recurso para crear un paralelismo frente a las establecidas, sin que haya una idea clara del orden que se quiere implantar sino, más bien, una forma de disimular una nueva tiranía plebiscitaria que, en medio de la confusión y hasta caos creado por el paralelismo, se impone como única instancia clara de decisión. En este caso ocurre que el fenómeno de que la revolución se come a sus hijos no sólo se aplica a la forma siniestra como van diezmándose las filas de sus autores, sino también las de las instituciones que ella misma va creando.

En Venezuela hemos ido pasando, en una suerte de torbellino vertiginoso, de la sociedad civil organizada a los círculos bolivarianos, de éstos a los Consejos Locales de Planificación, de ellos a las Unidades de Batalla electoral y de estas a los Consejos Comunales; y si de algo podemos estar ciertos es que el torbellino no se detendrá en estos últimos. En definitiva pese a todo el empaque jurídico que pueda revestir a tal estrategia es completamente opuesta a lo que persigue la institucionalización jurídico pública: no el control autorizado basado en reglas sino el de una turba desautorizada y manipulada. Justamente uno de los aspectos de la manipulación del pueblo, manifiesta en la creación de estructuras paralelas, y de allí su peligrosidad y antijuridicidad, es el *regressus ad infinitum* del control popular, la dificultad de determinar cuál es la última instancia que, en definitiva, porta el privilegio de ser pueblo. Así, frente a lo que parecía la última instancia, puede erigirse siempre otra nueva de "contraloría social" si la creada se vuelve rebelde y se opone a los designios del poder.

La recepción de la democracia participativa en la Constitución de 1999 y por los factores de poder que la llevaron a cabo no tuvo mucha originalidad. Lo que se hizo fue acoger el proyecto de reforma general de la Constitución (1992) elaborado por la Comisión Bicameral de Reforma de la Constitución presidida por Rafael Caldera, la experiencia de las postulaciones a altos cargos que ya se había iniciado en el sistema anterior (Njaim, 2005), las vagas ideas existentes acerca de la beligerancia de la Sociedad Civil y algunas otras cosas más, pero esto resultó un conjunto mal digerido que la evolución de los acontecimientos demostraría que compatibilizaba mal con las ideas de los nuevos conductores del estado y su demora en emitir una ley de participación ha tenido también entre otras causas el que no acabaran de dilucidar en qué consistía tal democracia.

Uno de los aspectos fundamentales, si no la característica más resaltante de ese modelo participativo, era el referendo, hasta el punto que se creyó que democracia participativa era igual a multiplicación de referendos. En todo caso, el ejercicio de las facultades del pueblo en referendo requería unas garantías que no se estaba dispuesto a conceder porque ese ejercicio ponía en peligro al proyecto revolucionario y para impedirlo se estuvo dispuesto a aprovechar la exposición a la represalia en que queda el ciudadano en un régimen revolucionario. Lo ocurrido en Venezuela reveló una debilidad de los referendos frente al poder que jamás había surgido en países de sólida tradición democrática y de respeto a los derechos ciudadanos. De ahora en adelante, al diseñar una democracia referendaria, no sólo habrá que pensar en el secreto del voto sino también en el secreto de las peticiones para convocar referendos.²

Hay que reconocer, sin embargo, que si se entiende el referendo como institución que es convocada de inmediato por la iniciativa de una parte del electorado, es dudoso que un conjunto parcial de la ciudadanía tenga el derecho de movilizar y hasta inquietar al resto de ella y si se quiere superar este escollo se convierte en un instrumento engorroso, porque antes de celebrarlo será necesario aprobar si siquiera va a tener lugar con lo que habrá que convocar dos referendos y producir aún mayor conmoción del ambiente político mientras que la verdadera participación tendría que concebirse como algo me-

2 / "...dudo que en Venezuela se vuelvan a recoger firmas para revocar a alguien, ya que la gente sabrá que conocerán su voluntad política" (Luis Tascón, diputado a la Asamblea Nacional y autor de la infame *lista Tascón* en entrevista al diario *Tal Cual*, 10 de marzo de 2006, p.7).

nos espectacular pero más sólido. Por otra parte, si no se establece la iniciativa popular sino la iniciativa de autoridades se corre el riesgo de la manipulación plebiscitaria. Por eso, entre otras razones, el referendo es un recurso para circunstancias excepcionales pero no cotidianas.

Pero aparte del caso específico del referendo, la operacionalización del concepto de "pueblo" en el nuevo estado de cosas que vive el país además de defectuosa es, sobre todo, oscilante, puesto que no está condicionada por el derecho sino por las conveniencias de un poder que se quiere revolucionario y, en consecuencia unas veces se enfatiza el mensaje antivanguardista y otras se incurre, en definitiva, en los más crasos abusos del representacionismo y la llamada democracia representativa. Todo ello configura un curioso pastiche de bolchevismo resurrecto y postmodernidad retórica, que, sin embargo, respondía a la turbulencia puramente visceral contra el régimen anterior.

Surge, además, la necesidad de determinar qué relaciones guardan entre sí el pueblo representado y el pueblo directamente participante. ¿Son realmente dos aspectos diferenciados? La contestación no es tan sencilla como sugiere la retórica política. Por ejemplo, no es de extrañar que vistas las dificultades de determinar lo que sea la participación como algo diferenciado de la representación se operacionalice a la participación como descentralización.

La argumentación usual sobre las excelencias democráticas y participativas de la descentralización se basa en ciertos tópicos consagrados: acerca al ciudadano a las decisiones y por tanto fomenta su interés en la cosa pública al percibir que su influencia puede ser eficaz. No obstante el supuesto de estas excelencias poco se discute y se da por sentado. Y es que realmente existan verdaderas comunidades donde se asienta un fuerte interés por lo público. Todos hemos experimentado, sin embargo, la disgregación comunitaria de las grandes y aun de las pequeñas ciudades. (Taylor, 1974, para un comprehensivo y esclarecedor planteamiento filosófico basado en Hegel). En Venezuela se ha intentado recuperar el esfuerzo descentralizador postulando que debe basarse en unas entidades, los estados, que tendrían vida auténtica a diferencia de regiones o corporaciones creadas artificialmente. Sin embargo, todavía está por demostrar que el sentimiento local vaya más allá de una vaga identificación cultural y folklórica capaz de resistir los embates recurrentes de la centralización. En todo caso, el pueblo descentralizado, ya sea re-

presentado o participante, puede ser de corto vuelo en sus miras y carece de los alcances y poder del pueblo centralizado. Por otra parte, tanto el pueblo local (que es el descentralizado) como el pueblo nacional (que es el que llamo centralizado) adolecen de diferentes tipos de menesterosidad en su relación con las actividades públicas y políticas.

Con todo cuando se sostiene al *demos* en desmedro de los *demoi* y, en general se favorece una concepción uniformadora del pueblo no puede menos que recordarse la crítica contemporánea al utilitarismo, porque valora la sumatoria de intereses por encima de los derechos que pueden tener las unidades componentes de un colectivo y que tienen entidad por sí mismas y no deben ser sacrificadas por más que cuantitativamente sean minoritarias. Por supuesto, se puede discutir si una entidad regional, estado, provincia, etcétera, ha de considerarse sujeto de derechos tan intangibles como los de los individuos, pero en todo caso son comunidades y en la medida en que lo sean ameritan un respeto que, probablemente, tenga un alcance mayor en algunos aspectos pero también menor a los que reconoce la doctrina tradicional de la descentralización.

El pueblo local, como ya queda dicho, languidece sin aprovechar las oportunidades con que cuenta y los derechos que si no le son reconocidos debería reclamar. La gente prominente se desentiende de su entorno inmediato precisamente porque ella es demasiado importante para ocuparse de cuestiones aparentemente minúsculas; el hombre ordinario, por su parte, se siente agobiado por sus necesidades y su absorbente trabajo y siente que no le es posible escapar del círculo estrecho de su cotidianidad.

Sin embargo, un rediseño de lo público en el nivel local permitiría experimentos de alternación y rotación en los cargos, imposibles prácticamente en el nivel central y dotaría a cada ciudadano de una experiencia de primera mano que le brindaría un sentimiento de influencia en el pequeño gobierno, lo capacitaría y lo haría menos resentido porque habría aprendido lo que significan tales responsabilidades.

El segundo, el pueblo nacional, ciertamente, tendría que ser más tenido en cuenta en las grandes decisiones y de allí el atractivo de los referendos, pero en lugar de colocar la iniciativa silvestremente en la base popular habría que establecer la obligación de que las autoridades para decisiones muy específicas y trascendentales estuvieran obligadas a esa consulta.

A lo largo de este discurso vamos descubriendo que el del pueblo es un concepto comprehensivo a

partir del cual debemos entender otros que aparecían más fundamentales y no al revés. Hacerlo nos permite superar una de las antinomias más constantes en el pensamiento político como es aquella entre estado y sociedad y también la constante contraposición de ambos términos en el anarquismo. Por el contrario, el estado es, como se diría en un antiguo lenguaje determinista, una secreción o un epifenómeno del pueblo. Es el pueblo estatal o, dicho en lenguaje jurídico, la personificación jurídica de la nación. No es que tengamos un pueblo deficiente porque tengamos un estado deficiente, sino al revés. El estado que tenemos es lo que culturalmente somos, el pueblo que somos y el que queremos ser. El estado no es, ciertamente, un dios pero sí el producto cultural más elevado de un pueblo. Mientras que las iglesias o religiones son productos de mayor universalidad que buscan incesantemente adaptarse a los distintos pueblos, el estado se encuentra esencialmente arraigado en el espíritu popular, lo formamos con nuestras omisiones o acatamientos, con nuestros rechazos o entusiasmos. Debe no sólo ser objeto de estudio de los juristas sino también de los intelectuales, en general, cualquiera sea su disciplina. Cuando lo consideren tan seriamente como una gran partitura, novela u obra de arte nacional se habrá superado la contraposición tan devastadora entre estado y juristas, por una parte, e intelecto, intelectuales y cultura, por la otra. Una tormentosa relación que oscila entre la crítica más negativa y estéril o el servilismo más absoluto de los intelectuales frente al estado.

Al pueblo estatal se contraponen el pueblo revolucionario solo que este es una realidad que escapa al derecho. Lo único que podemos predicar de él con seguridad es su transitoriedad; que está destinado a pasar a algo diferente y que mientras pretenda mantenerse como revolucionario sólo generará inestabilidad a su alrededor. Últimamente se ha pretendido, sin embargo, identificar a pueblo revolucionario con pueblo constituyente. La experiencia nos indica que en el caso del pueblo constituyente el requisito de una verdadera deliberación, de un acuerdo pactado y de no crear desventajas desproporcionadas de un sector, por más mayoritario que sea, respecto de los otros, representan condiciones previas de funcionamiento que deben ser añadidas a la estructuración jurídica de esta dimensión del pueblo. En la medida en que ello se logre es evidente, sin embargo, que el pueblo constituyente dejará de ser pueblo revolucionario. Por eso no puede negarse el certero instinto

político de quienes en 1999 lograron impedir tal conversión. De lo contrario, no hubieran podido realizar su proyecto. Sólo que así ya ese proyecto dejó de ser del pueblo que, sin embargo, se invocaba.

Ninguna de estas dimensiones agota la idea de pueblo puesto que en una verdadera democracia participativa debe haber margen a cierta espontaneidad que podría ser encauzada, mas nunca impuesta desde arriba hacia abajo. No hay caricatura más abominable de la participación que aquella que lo pretende imponer como un aparato ortopédico sobre una sociedad que es artificialmente amputada en su potencial de iniciativas. El pueblo cuenta, además, con una dimensión afectiva que se encuentra estrechamente relacionada con los fenómenos revolucionarios. Cuando se convierte en una masa abrumadoramente mayoritaria de "humillados y ofendidos", de "condenados de la tierra" es entonces el pueblo abandonado o desechado y anhelante de quien lo conduzca a salir de la situación en que está sumido. Al encontrar alguien que supuestamente se ocupa de él desde las cumbres del poder prenderá en su seno la esperanza y tolerará en aras de esa esperanza más de lo que le permitiría a las instituciones impersonales. Como en el dios feurbachiano se proyectan en el líder todo el anhelo de superar insuficiencias y todas las esperanzas. He aquí una razón que debería conmover a las minorías ilustradas y poderosas, no sólo consideraciones de árida política económica, y sacudir su, a menudo, ciega indiferencia ante la suerte de las masas. En resumen, trabajar para que el pueblo masificado se convierta en pueblo ilustrado para que pueda ser así, efectivamente, pueblo protagónico.

Conclusiones

¿Es posible, desde la perspectiva de un jurista, avanzar más allá de la constatación de la fuerza abrumadora de las crisis políticas o es inexorable que confiese su impotencia ante ellas dejándoles el campo a otros especialistas? Hemos respondido a esta pregunta planteando la posibilidad de la primera de tales alternativas y para ello nos fue necesario mostrar cómo los más importantes conceptos jurídicos están fundamentados en ideas filosóficas e imbuidos de ellas.

Para ello fue necesario alegar que el derecho es una de las formas más precisas para comprender dichas ideas puesto que, en gran medida, no es sino una de sus aplicaciones. En este sentido la intuición fundamental que ha guiado al trabajo ha sido mostrar

cómo las filosofías políticas no se refutan sino apenas sus aplicaciones. Por consiguiente, la refutación del derecho vigente es una cuestión filosófica que el derecho no puede ignorar. La irrefutabilidad de las filosofías políticas resulta altamente cuestionable desde un punto de vista popperiano, pues equivale a afirmar que están inmunizadas contra toda prueba. Lo cierto, sin embargo, es que bajo reformulaciones y adaptaciones demuestran una y otra vez su persistencia; por ejemplo, todas las que el mismo Popper intenta demoler en *La Sociedad Abierta y sus Enemigos*. De esta manera pareciera ser que la prueba de que nos encontramos ante un gran pensamiento filosófico es que así como puede ser objeto de las más contundentes críticas también es susceptible de las más inesperadas resurrecciones como ocurre, por ejemplo, en la actualidad con el kantismo y el hegelianismo. En la época del positivismo lógico se menospreciaba a los grandes sistemas metafísicos, pero constantemente han demostrado tener un carácter totalizador que les permitió sobrevivir a críticas unas veces penetrantes y otras frívolas. Fueron sus aplicaciones las desacreditadas y no su núcleo sustancial que sigue demostrándose susceptible de fructíferas adaptaciones. En este sentido el mismo Popper reconoce esta situación cuando habla de crítica racional de las teorías filosóficas y no ya de su refutabilidad.

Cuando elaboramos acerca de filosofías políticas nos estamos remitiendo en el fondo a las filosofías creadas o descubiertas por los grandes pensadores dentro de las cuales se insertan las filosofías particulares, entre ellas la política y la ética, que es lo que más inmediatamente influye sobre las concepciones respecto de la vida pública. Con ello aludimos, por ejemplo, a la ética utilitarista, la intuicionista, la contractualista y así sucesivamente. El derecho y su ciencia generalmente se permiten escapar a la confrontación con la filosofía política gracias a características que crean una especie de cinturón de seguridad contra tal confrontación. Entre ellas que el derecho es un orden heterónomo no susceptible de discusión por parte de aquellos a quienes se impone. La discusión no está vedada en el aspecto doctrinario pero generalmente parece como si estuviera coartada en su vuelo por la fascinación que produce moverse en un terreno aparentemente inmune a lo que es considerado subjetivo y poco sólido. De esta manera puede preconizarse la pureza metodológica y que lo indeterminado en realidad está completamente determinado. Hasta que surgen las crisis y todas estas imponentes construcciones se vienen abajo y enton-

ces es necesario restaurar la colaboración entre la filosofía política y el derecho.

Interesa destacar al finalizar esta reflexión que ella ha apuntado a desarrollar la anterior concepción general respecto del elusivo concepto del pueblo y la variedad de formas operativas como se lo entiende. Se ha intentado develar ciertas manipulaciones en su empleo especialmente las plebiscitaria y de allí el título escogido, pero también tratar de ir más allá del enmascaramiento hacia establecer concepciones que puedan ser orientadoras en un camino rodeado de penumbras.

Entre otras que el estado participativo y la democracia que le corresponde, a los cuales se aspira actualmente, van a ser más complejos que el estado representativo y la democracia representativa. Se contará con una panoplia de recursos ciudadanos múltiple y variada, pero tan numeroso inventario no tendría que generar disrupción social si estuviera reglado por el derecho y, probablemente, las frustraciones que implique serán menos amenazantes que las que hoy asedian a la democracia representativa, puesto que es de esperar que disminuya la alienación entre el ciudadano y lo público y se fomente una mayor identificación con la respectiva *polis*.

Por otra parte, precisar las diferentes dimensiones del pueblo nos permite una mayor concreción del concepto de legitimidad. Siempre se ha dicho que éste no se limita a lo jurídico pero los jurisconsultos tienen la tendencia a reducirlo a la legalidad y a la legitimidad de origen. No se trata además de la legitimidad de desempeño, que es prácticamente el único polo contrario a la legitimidad de origen que a veces se reconoce. Se trata de que hay también una legitimidad basada en las dimensiones afectivas de lo popular, otra según se manipule o no la idea de pueblo y así sucesivamente.

Sin embargo, a pesar de haber tratado de precisar, el concepto de pueblo arroja un residuo inasible para el derecho: sus diversas operacionalizaciones siempre serán insatisfactorias, aunque se pueda fijar ciertos cauces de racionalidad jurídica para su espontaneidad: cauces tales como la deliberación o la no manipulación, el pueblo seguirá siendo la razón y el pretexto del cambio político y, a menudo, sólo podremos dictaminar *a posteriori* si ese cambio merecía realmente los calificativos de auténticamente popular. Sin embargo, el elemento de espontaneidad y libertad en el concepto de pueblo prohíbe, si se lo adopta consecuentemente, cambiarlo ulteriormente para impedir precisamente esa manifestación de espontanei-

dad, lo cual es una de las claves e indicadores que nos permiten determinar los usos espurios y manipulativos del término a los cuales es necesario desmascarar. El derecho tiene horror a lo desestructurado, pero tampoco puede reglamentarlo todo y en ese terreno como en otros deberá recurrir a la reflexión filosófica política.

En este sentido se ha razonado que la desconfianza del jurista ante ideas que le parecen inasibles por el derecho se justifica en la medida en que tales conceptos se prestan con facilidad a manipulaciones políticas, pero que le está vedado conformarse únicamente con tan sumaria evaluación. Debe realizar un análisis más incisivo y distinguir entre operacionalizaciones conceptuales puramente políticas y aquellas que tienen un fundamento más profundo. Podrá no llegar a ser politólogo, pero le es imprescindible incursionar en la filosofía política.

Referencias bibliográficas

Brewer-Carías, Allan R. La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como mecanismo de control judicial de la actividad administrativa. Disponible en: <http://www.allanbrewercarias.com/nuevo/getdata2.php?type=2&id=3346> [2006, 5 de marzo].

Bridgman, P. W. (1928). "The logic of Modern Physics": pp.1-25. En Feigl, Herbert y May Brodbeck. (1953). *Readings in the Philosophy of Science*. Appleton-Century Crofts The Mac Millan Company: pp. 34-46.

Comisión Bicameral de Reforma de la Constitución (1992). Proyecto de Reforma General de la Constitución.

Corte Suprema de Justicia (1999, 18 de enero) Sentencia de la Sala Política Administrativa sobre recurso de interpretación del Artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación política. Magistrado ponente Humberto La Roche.

(1999, 18 de marzo) Sentencia de la Sala Política Administrativa sobre recurso de nulidad de con-

vocatoria de referéndum. Magistrado ponente Hermes Harting.

(1999, 18 de marzo) Sentencia de la Sala Plena sobre recurso de nulidad de artículos del Decreto de la Asamblea Constituyente sobre Regulación de las Funciones del Poder Legislativo. Magistrado ponente Iván Rincón Urdaneta.

Dahl, Robert. (2002) *How Democratic Is the American Constitution?* New Haven: Yale University Press.

Feigl, Herbert y Brodbeck, May (1953) *Readings in the Philosophy of Science*. New York. Appleton-Century-Crofts.

García-Pelayo, Manuel (1948). *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Editorial Revista de Occidente.

Holmes, Stephen. El Precompromiso y la Paradoja de la Democracia. Disponible en <http://derecho.itam.mx/facultad/materiales/proftc/herzog/Holmes%20-%20Precompromiso.pdf> [2006, 8 de marzo].

Kolakowski, Leszek (1987) "Como ser un socialista conservador liberal. Un credo. Estudios Públicos N° 28, Disponible en: www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_882.html [2006, 4 de abril]

Mouffe, Chantal (2003). *La Paradoja Democrática*. Barcelona: Gedisa.

Njaim, Humberto (2000) Las implicaciones de la democracia participativa. Un tema constitucional dentro de nuestro tiempo. Fundación Manuel García-Pelayo. *Constitución y Constitucionalismo Hoy*. Caracas: pp. 719-742.

(2005) *La Democracia Participativa, de la Retórica al Aprendizaje*. Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (s.p.).

Paine, Thomas (1791-1792) *The Rights of Man*

Popper, Karl (1957) *La Sociedad Abierta y sus Enemigos*. Buenos Aires. Paidós.

Skinner, B. F. "The Operational Analysis of Psychological Terms". En Feigl, Herbert y Brodbeck, May. 1953: pp. 585-595. tomado de *Psychological Review*. 52, 1945.

Taylor, Charles (1975) *Hegel*. Cambridge University Press (especialmente el cap. 9: "Hegel: history and politics").

Elsa Cardozo de da Silva

Licenciada en Estudios Internacionales y doctora en Ciencias Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Directora de la Escuela de Estudios Liberales de la Universidad Metropolitana desde septiembre de 2005. Es autora de *Continuidad y Consistencia en Quince Años de Política Exterior Venezolana. 1969-1984* (Caracas: UCV, 1992); *Latinoamérica en Transición. En busca del Aleph* (Caracas: Panapo, 1995); *Esteban Gil Borges* (Caracas, BBV, 2005); *Cuatro Escritos / Cuatro Momentos* (en prensa); coautora y compiladora de *Democracy and Human Rights in Latin America* (Westport: Praeger, 2002).

Teoría de las relaciones internacionales y soberanía: Construcción, Deconstrucción y Reconstrucción

Sumario

Introducción

1. Soberanía como concepto, práctica y construcción social
2. Soberanía y Teorías de las Relaciones Internacionales
3. El tema de la soberanía en los debates contemporáneos
El debate Neo – Neo y la Escuela Inglesa
El debate postpositivista y su perspectiva reflexivista
El aporte constructivista
3. Relevancia de la reflexión sobre la soberanía para países como el nuestro
4. Referencias bibliográficas

Resumen

El concepto y práctica de la soberanía han ocupado un papel clave en el estudio de los asuntos internacionales, particularmente en el caso de las Teorías de las Relaciones Internacionales. Para una disciplina en la que, como en ésta, el estado como actor internacional ha sido objeto fundamental de estudio, las transformaciones en las concepciones y prácticas de la soberanía estatal han estimulado una revisión en profundidad de las teorías prevaletentes.

Este papel se propone examinar críticamente a la soberanía desde la perspectiva de los debates contemporáneos en las Teorías de las Relaciones Internacionales. En todos, de una u otra forma, el concepto ha sido objeto de meticoloso escrutinio. El argumento comienza con la aproximación a los más visibles desafíos empíricos y a la visión westfaliana del orden internacional, para luego moverse hacia una concepción no “estadocéntrica” de la soberanía, más ampliamente concebida y éticamente comprometida, como autonomía y responsabilidad. Se pasa enseguida revista, brevemente, al sentido y peso que la construcción del concepto-práctica de la soberanía tiene dentro de las corrientes de pensamiento más influyentes en la teorización sobre las relaciones internacionales: realista y liberal en sus versiones tradicionales y “neo”. Luego, se aproxima a los ejercicios de deconstrucción de la soberanía desde los enfoques crítico y posmoderno. Finalmente se propone su reconstrucción desde los postulados del constructivismo social.

Abstract:

The concept and practice of sovereignty has had a key role in the study of international affairs, particularly in the case of the Theories of International Relations. For a discipline which has historically considered the State -as the fundamental international actor- its essential focus of its attention, the changing concept and practice of state sovereignty have stimulated a revision in depth of the prevailing theories.

This paper critically examines the concept of sovereignty from the perspective of the contemporary debates in the field of International Relations. In one way or another, in every debate the concept has been object of meticulous scrutiny. The argument develops out of an approach to the most visible empirical challenges to the Westphalian vision of the international order, and moves towards a non state-centered concept of sovereignty, more broadly conceived and ethically committed, as autonomy and responsibility. Then, it is presented a short review of the meaning and weight of the construction of the concept-practice of sovereignty in the framework of the most important theoretical perspectives: liberal and realist, both in their traditional and "neo" expressions. Afterwards the argument explores the critical and post-modern exercises of deconstruction of sovereignty. Finally, after characterizing social constructivism, the reconstruction of sovereignty is proposed.

Introducción

Desde la perspectiva de la última parte del siglo veinte, la estructura territorial del sistema de estados parece ser una de las grandes constantes en los asuntos humanos (...). La gente acepta por lo general el supuesto de que la superficie de la tierra debe ser dividida en unidades territoriales discretas, cada una con un gobierno que ejerza autoridad sustancial dentro de su territorio. (Murphy, 1996: 81).

La mera mención de soberanía refiere a nociones más y menos elaboradas sobre autoridad de un Gobierno sobre una población, en un territorio determinado, con capacidad independiente de decisión, reconocida por otros estados. Pero cada vez es más difícil eludir el debate sobre la "cuestión de la soberanía", la vigencia del concepto y de su práctica. Son tales las dudas y controversias en torno a este tema, que cabe comenzar por preguntarse ¿tiene sentido ocuparnos en el presente de un concepto y una práctica tan cuestionados?, ¿para qué, si finalmente son pocos, muy pocos, los países que pueden decirse verdaderamente soberanos? o ¿con cuál propósito constructivo, si la soberanía se ha convertido en una gran traba para el impulso de iniciativas de cooperación? Es más, ¿no ha devenido la soberanía en el gran pretexto para hacer a muchos gobiernos irresponsables ante sus gobernados y ante la comunidad mundial?

Hay en realidad muchas razones para dudar de la vigencia de la noción más difundida de la soberanía estatal en múltiples ámbitos.

Seguridad: La configuración de alianzas militares permanentes, al estilo del Pacto de Varsovia y de la propia OTAN, conllevó desde mediados del siglo XX compromisos entre estados que cedieron soberanía al acordar limitaciones a la capacidad autónoma de decisión en un sector de tan alta jerarquía como el de la seguridad. Contemporáneamente, la construcción de acuerdos y consensos en materia de seguridad internacional, que se han movido de la concepción de la seguridad colectiva a los de seguridad cooperativa, humana y democrática, ha también significado un replanteamiento de la seguridad, no para preservar la soberanía del estado, sino –cada vez más- la de los ciudadanos.

Derecho Internacional: Las normas de Derecho Internacional Público también han evolucionado hacia una mayor protección de las personas y no sólo de los estados soberanos. La responsabilidad internacional lentamente ha ganado terreno frente al principio de no intervención, a medida que se fortalecen las instancias internacionales desde las cuales los propios estados han creado espacios de jurisdicción supranacional. Así se observa en los mecanismos de solución de controversias comerciales y, muy especialmente, en la creciente valoración de compromisos en materia de Derechos Humanos y en el establecimiento de Tribunales especiales y permanentes en esa materia.

Economía: La internacionalización de la producción, las finanzas y el desarrollo de flujos económicos transnacionales, ha hecho ostensible la interdependencia de los estados frente a procesos económicos globales. Esto se evidencia en las limitadas posibilidades de “gobernar” las economías nacionales sin negociar fórmulas de coordinación con otros estados y actores internacionales y transnacionales. Acuerdos como los de integración económica, que constituyen una respuesta a la nueva complejidad de la economía mundial, implican la cesión voluntaria y coordinada de capacidad de decisión a regímenes intergubernamentales o a regímenes supranacionales.

Agenda mundial, su formación y sus temas: La cooperación entre estados y la creación de ámbitos de coordinación de políticas ha sido

estimulada por la significación que han alcanzado cuestiones como el manejo del espacio, los mares, el ambiente en general; la defensa internacional de los Derechos Humanos; la lucha contra el narcotráfico, el tráfico de personas y órganos, el crimen transnacional y las epidemias; el renovado temor a la proliferación de armamentos nucleares; la necesidad de respuesta ante desastres naturales y frente a conflictos no internacionales; la atención requerida por los flujos de refugiados, las nuevas amenazas a la democracia y al estado de derecho, entre otros. Se trata de asuntos que exigen atención coordinada.

Actores y relaciones: Al lado de las tradicionales relaciones internacionales se encuentra la configuración de “redes” de vínculos, más y menos formales, entre personas y organizaciones que atienden una vasta diversidad de asuntos de su interés, para quienes no existen las fronteras nacionales, ni la distinción entre “lo de adentro” y “lo de afuera”. Se ha venido configurando una suerte de Sociedad Civil global que desafía los elementos de autoridad y control propios de la soberanía (Held, 1989: 229-237; Cardozo, 2001).

En suma, a medida que la frontera entre lo interno y lo exterior se ha hecho más porosa, a la vez que más extensa en su área de solapamiento (Rosenau, 1997)¹, menos vigencia parece tener la representación política del mundo que prevaleció por más de trescientos años: una superficie dividida en unidades territoriales discretas, cada una con un gobierno que ejerce autoridad sustancial dentro de su territorio.

Sin embargo, aunque múltiples situaciones nos recuerdan día a día que hay cada vez menos temas del exclusivo y soberano control, incumbencia y autoridad de los estados, la soberanía continúa siendo referencia obligada respecto de la cual estados, organizaciones, grupos, sociedades e individuos miden y evalúan sus relaciones con el mundo. Es ésta la dimensión del concepto por la que se interesa este ensayo: la persistencia –a la vez que las transformacio-

1 / “La Frontera –escribe el académico estadounidense al referirse a un espacio político que se ha hecho muy amplio, diverso y complejo- es en algunos aspectos un dominio suborganizado con frágiles fuentes de legitimidad, mientras que en otros pueden discernirse en él estructuras nacientes de autoridad. Dicho de otra manera, la Frontera es una *terra incognita* que a veces toma la forma de mercado, a veces aparece como Sociedad Civil, a veces se parece a una Cámara Legislativa, periódicamente es una la populosa plaza de un pueblo, ocasionalmente un campo de batalla, cada vez es más visiblemente atravesada por una autopista de información y usualmente luce como un circo con varias pistas en el que todas estas actividades –y muchas otras actividades se despliegan simultáneamente.” (p. 6).

nes- en la idea de soberanía, idea incluso más antigua que el sistema de estados nacionales-territoriales como “poder de mando en última instancia” (Bobbio, Matteucci y Pasquino, 1997: 1.483), pero indudablemente, fundamental en la sustentación del sistema internacional moderno que históricamente se considera iniciado a mediados del siglo XVII.

Lo novedoso del debate sobre una cuestión tan añeja como la de soberanía –punto de partida de los mejor conocidos enfoques teóricos sobre las relaciones internacionales- es precisamente su discusión en tanto idea (Ferrater Mora, 2001: 1.726-1.727).² En efecto, a los “factores” tradicionales para estudiar lo internacional desde las Teorías de las Relaciones Internacionales –el poder, los intereses y las instituciones- se añadió en la última década del siglo XX un renovado interés por las ideas –en tanto concepciones, sistemas de creencias, valores- que subyacen a los tres primeros (Goldstein y Keohane, 1993; Hall, 1993; Philpott, 2001). La soberanía se encuentra en el sustrato de todos los análisis sobre la política internacional y exterior, como concepto a defender o a rebatir.

En suma, la idea de la soberanía es un componente central de la definición misma de las relaciones internacionales y de la teorización dominante en este ámbito de acción y reflexión humanas. No se trata sólo de las visiones realistas a las que el concepto parece consustancial. También está presente en otras perspectivas, desde las conocidas como positivistas –liberales y globalistas en sus versiones clásicas y “neo“- e incluso en las más representativas aproximaciones postpositivistas o reflexivistas, las de la Escuela Inglesa y las constructivistas. Éstas asumen visiones de la política mundial en las que la anarquía, el conflicto, la independencia del estado, los principios de no intervención y autodeterminación, revelan todos el peso de la idea de la soberanía “hacia adentro” y el de la soberanía “hacia fuera”, así como el de la conceptualización y la práctica que las ha construido y separado en esos dos ámbitos. De allí la relevancia de reflexionar sobre una idea tan influyente en los intentos de explicación, interpretación y actuación sobre lo internacional.

2 / La referencia a la “idea” que encontramos en los textos de Teoría de las Relaciones Internacionales recogen el significado más esencial de idea como visión que alguien tiene de algo a la vez que –y especialmente- del aspecto que ofrece una cosa al verla. Por otra parte, dentro de la tradición moderna, la idea es tratada en tres sentidos: las ideas que posee una persona (psicológico) por medio de las cuales puede conocer racionalmente (lógico) lo que las cosas son verdaderamente (metafísico u ontológico). Desde allí y con fuerte influencia de los empiristas (Locke, Berkeley y Hume), la idea es tratada, en primer término, como representación de cualquier cosa que sea objeto del entendimiento cuando una persona piensa, y es sinónimo de “noción”. (Ferrater Mora, 2001: 1.726-1.727)

Para reflexionar sobre ella no sólo es posible, sino deseable, examinar el abigarrado conjunto de Teorías de las Relaciones Internacionales a partir del papel que diferentes enfoques reconocen a la capacidad autónoma de decisión de los individuos, las sociedades, los gobiernos, los estados y las instituciones internacionales. Este papel presenta a la soberanía en ejercicio muy preliminar y resumido, desde una óptica “social-constructivista”. Comienza por aproximarse a la visión westfaliana, para luego revisar brevemente el sentido y peso que la idea de la soberanía tiene en las corrientes de pensamiento más influyentes en la teorización sobre las relaciones internacionales. De seguidas, hace una revisión de los ejercicios de deconstrucción de la soberanía desde las perspectivas crítica y posmoderna, para finalmente ensayar su reconstrucción desde los postulados del constructivismo social.

Como notas finales, el papel deja unas preguntas sobre las implicaciones de la construcción social de la soberanía para el estudio y la práctica de las relaciones internacionales desde un país como Venezuela.

1. Soberanía como concepto, práctica y construcción social

Con cierta simplificación podría decirse que la cuestión de la soberanía es a la Ciencia Política [y a las Relaciones Internacionales] lo que la cuestión de la sustancia es a la Filosofía.

(Bartelson: 1996/1995: 1).

La concepción prevaleciente de la soberanía sobre la que se construyó el sistema de estados modernos –autoridad sobre una población y un territorio, reconocida como tal- no obedece a un principio atemporal, ni a una trayectoria que históricamente conduce al ideal wesfaliano (el de la autonomía de estados-territoriales, generadora de un orden mundial basado en tres principios: *rex est imperator in regno suo; cujus regio, ejus religio; y balanza de poder*)³.

Aun sin la intención de detenernos en las manifestaciones pre-modernas de la soberanía (Opello y Rosow, 1999; Bartelson, 1996), debemos comenzar por plantear que la comprensión de la soberanía moderna no se resuelve con una definición o colec-

3 / Como muy bien ha señalado Stephen D. Krasner (1999), solemos olvidar que la historia de las relaciones internacionales - que se da por oficialmente iniciada al término de la Guerra de los Treinta Años, en 1648, con los acuerdos de Paz de Westfalia- es apenas una fracción, muy breve, de la historia de la humanidad; también tendemos a dejar de lado que nociones y prácticas de la soberanía existían ya muchos años antes de ese acuerdo; que los textos que sustentaron la Paz de Westfalia fueron muy escuetos en esa materia; y que muchos años después de 1648 continuaron las prácticas medievales. Finalmente, se nos olvida con facilidad que la idea de soberanía ha sido regularmente desafiada en la práctica.

ción de definiciones. Hay en esa materia importantes contradicciones y ambigüedades (Rosenau, 1995: 192): se reconoce la dimensión política de la soberanía en dos ámbitos, interno, como supremacía sobre todas las autoridades en el territorio y la población del estado, y externo, en tanto independencia e igualdad respecto a otros estados (Bull, 1995/1977: 8); se la ha considerado también, desde una perspectiva legal-internacional, como conjunto de competencias atribuidas al estado por el Derecho Internacional en un plano de independencia e igualdad, sus dos rasgos jurídico-políticos más resaltantes (Remiro Brotóns y otros, 1997: 75); desde algunas visiones normativas (Beitz, 1979; Brown, 1992; Axelrod y Keohane, 1993), se la considera un elemento que dificulta la extensión de la justicia y la cooperación al ámbito internacional; y desde una óptica psicológica-social, incluye la consideración de aspectos étnicos, del nacionalismo, y del sentido de pertenencia, identidad y comunidad de los pueblos (Bloom, 1993).

No obstante esas múltiples aproximaciones, en la búsqueda de rasgos característicos y definiciones solemos asumir a la soberanía como algo dado, un objeto/idea a describir en tanto cualidad del estado, lo que lo hace ser integralmente tal. Citemos dos definiciones clásicas que recogen lo esencial, pero también revelan concepciones diferentes de la idea de soberanía en el tránsito hacia la modernidad. Jean Bodin (*Los Seis Libros de la República*, 1966: 141, 143) la definía en 1576 como el poder absoluto y perpetuo de una República, que no está limitada ni en poder ni en responsabilidad y que da al soberano el poder de hacer leyes y hacerlas cumplir. Thomas Hobbes la definía en 1651 como “la esencia del estado”, a la que se aproximaba a través de la figura del pacto, mediante el cual

una persona de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos realizados entre sí, ha sido instituida por cada uno como autor, al objeto de que pueda utilizar la fortaleza y medios de todos como lo juzgue oportuno para asegurar la paz y defensa común. El titular de esta persona se denomina soberano, y se dice que tiene poder soberano; cada uno de los que lo rodean es súbdito suyo. (*El Leviatán*, 1965: 162-163).

Un cuarto de siglo antes, en 1625, el jurista holandés Hugo Grocio consideraba en su *Derecho de la Guerra y de la Paz*, la distinción entre la legalidad y la justicia de los actos de los estados, según fuesen juzgados de acuerdo a las normas del estado

soberano (legalidad) o según las de un sistema de jurisprudencia internacional (justicia). Afirmaba en consecuencia, y sobre la base de su concepción del Derecho de Gentes, que la obligación de un sujeto era, por encima de cualquier otra consideración, con la justicia y, de ninguna forma, con causas injustas, aunque la legalidad del estado así se lo exigiese (Held 1989: 227).

La más somera mirada a estas definiciones y concepciones ilustra cómo confluyen en la soberanía tanto elementos de poder como de razón, de voluntad y de Justicia -de lucha y de orden (García Pelayo, 1967)- en un tenso conjunto interno y externo. Desde Bodino y Hobbes hasta Grocio, es una idea cuya concepción y práctica puede aproximarse más y menos a la lógica del realismo, más y menos a la del liberalismo; y en su concepción y práctica “hacia fuera” puede, o no, admitir una comunidad internacional de valores y se aproxima, más o menos, a unos principios y reglas jurídicas internacionales. Una tercera postura, o más bien un segundo conjunto de posturas, nos lleva a ver a la soberanía como una idea que se ha construido y reproducido a través de la práctica, a partir de unos agentes-identidades-intereses. De esta forma, tal y como lo expresan Biersteker y Weber (1996: 11), en lugar de asumir simplemente que todos los estados son soberanos, podríamos prestar atención a las formas como cada uno negocia constantemente su soberanía, y la define y reproduce a través de sus relaciones. Así, estado y soberanía se constituyen mutuamente en el fluir de las relaciones de la comunidad política doméstica, en su interior y hacia el exterior.

En suma, la idea de la soberanía que tenemos hoy y que se nos presenta en ocasiones en forma de definición como “la que siempre ha sido y será”, no es la misma que tuvo vigencia en el pasado. Bien escribía el pensador inglés Edward Hallett Carr, en el contexto de la crisis entre las dos guerras mundiales, que muy pocas cosas son permanentes en la historia, de modo que “sería ingenuo asumir que la unidad de poder territorial es una de ellas” (2001: 211).

La idea y la práctica de la soberanía se han ido construyendo a través de “la producción de una concepción normativa que vincula autoridad, territorio, población (sociedad, nación), y reconocimiento, de una manera única y en un lugar particular (el estado)” (Biersteker y Weber, 1996: 3). La soberanía, en tanto concepto socio-político y principio jurídico,

es el producto de la práctica social de diplomáticos, estadistas, intelectuales y actores sociales que la construyen, la reproducen, la deconstruyen y la reconstruyen a partir de sus identidades e intereses (Barthelson, 1995). Se encuentra por lo tanto, a pesar de las definiciones que intentan anclarla en un significado, en permanente fluir y transformación y así se evidencia en los registros de las tradiciones de pensamiento realista, racionalista y revolucionista de las Teorías de las Relaciones Internacionales.

2. Soberanía y Teorías de las Relaciones Internacionales

Como ha señalado Hedley Bull en su estudio sobre la sociedad internacional,

El punto inicio de las relaciones internacionales es la existencia de estados, o comunidades políticas independientes, cada una de las cuales posee un gobierno y ejerce soberanía sobre una particular porción de la superficie terrestre y un segmento de la población humana. (1995: 8).

El análisis de un ámbito en el cual comunidades políticas soberanas establecen relaciones sobre la base de principios como la independencia, la autodeterminación y la no intervención, la igualdad y la obligatoriedad de los pactos voluntariamente suscritos, planteó tempranamente en la disciplina de las Relaciones Internacionales una clara separación entre los rasgos de la soberanía adentro y afuera, a la vez que importantes y sostenidos “silencios”.

Esto es particularmente visible en las llamadas teorías clásicas de las relaciones internacionales, con su característica preocupación por la existencia y posibilidades de una sociedad internacional (Clark y Neumann, 1999). Las tres grandes tradiciones descritas por Martin Wight (1967, cit. por Clark, 199/1996: 1) y ulteriormente refinadas por Hedley Bull (1976; 1995), son intentos de descripción y prescripción sobre la naturaleza de la política internacional en los que se hacen presentes tres visiones de la soberanía. En cada una de ellas podemos ver diferentes papeles del principio y de la práctica de la soberanía en la construcción de una sociedad internacional.

En la tradición realista o hobbesiana, la política internacional se corresponde con un estado de guerra en el que lo fundamental para el ejercicio de la soberanía estatal es preservar su seguridad y orden interno en un ambiente mundial anárquico; allí el poder es anterior a la sociedad, el Derecho, la justicia y la moralidad, diría Wight. Es esta óptica, la política internacional es confrontación en un juego

suma-cero de voluntad, independencia y poder.⁴ Cabe, sin embargo, distinguir dentro del realismo las perspectivas de dos de sus autores más influyentes: Morgenthau y Carr.

Hans Morgenthau acogió en su clásico texto de 1948, *La Política entre Naciones*, la concepción de la soberanía como elemento constitutivo esencial del estado y señaló que sólo es incompatible con un sistema jurídico internacional fuerte, efectivo y centralizado, que de hecho –señala– no existe (1986: 361-380). E.H. Carr, por su parte, aunque consideraba difícil de imaginar un mundo en el que la política mundial no tuviese una base territorial, expresó desde una perspectiva sociológica e histórica que “Una predicción puede ser hecha con cierta confianza. Es probable que el concepto de soberanía se vuelva más borroso e indistinto en el futuro de lo que es en el presente.” (Carr, 2001: 212). Y en esa impresión pesaba su análisis histórico sobre el origen del concepto: lo llegó a considerar una “etiqueta conveniente” durante la ruptura con el orden medieval, pero cada vez menos adecuada para dar cuenta de un fenómeno político-legal-económico, interno-externo que se transformó con el paso del tiempo. Desde la tradición realista, la soberanía se define a través de una práctica competitiva, una base territorial y una identificación de la población con el territorio y el gobierno, fundada esencialmente en una ideología nacionalista.

En la tradición revolucionista, universalista o kantiana (o idealista liberal), se concibe a la política mundial, en otro extremo, sustentada en una comunidad inmanente, constituida fundamentalmente por seres humanos. En esa sociedad mundial de individuos, aunque existan conflictos de intereses entre los liderazgos de los estados, hay un interés humano común e imperativos morales que atraviesan y limitan la acción autónoma de los estados. De manera que en este mundo de relaciones en las que

4 / Los elementos “esenciales” del realismo son estado, seguridad y autonomía. El estado soberano se concibe como actor/comunidad política legítima (recordemos la definición mínima de Max Weber que fusiona poder-política-legitimidad, según la cual el estado es el monopolizador del uso de la violencia legítima dentro de un territorio determinado). Va acompañado por el imperativo de la supervivencia y la seguridad como fundamento de sus acciones, de modo que bajo la inspiración de las tesis de Maquiavelo, este fin justifica los medios: el Príncipe debe estar dispuesto a romper sus promesas y compromisos y a atacar a los enemigos antes que ellos lo hagan, proponiendo entonces a los Príncipes una moral diferente a la de la *Republica Cristiana*: ahora la supervivencia del estado no puede ser comprometida bajo ninguna condición, es la primera y última responsabilidad del estado, del gobierno. La autonomía y necesidad de autotutela (*self-help*) son características de una estructura de relaciones internacionales en la que la búsqueda de la seguridad propia es ineludible y conduce –según algunos realistas ineluctablemente– al “dilema de la seguridad”, pero también a una política de balance de poder (mediante alianzas *ad hoc*) que permitiría, de acuerdo al realismo histórico, resolver el dilema.

ciertamente hay conflictos, éstos pueden ser atendidos racionalmente desde una visión de suma distinta a cero. El orden, la razón y la justicia tienen un espacio natural, y no hay lugar para la confrontación en torno al reconocimiento de la independencia y la soberanía de los estados. Así, la soberanía tiene un sentido y propósito de orden que deriva de la delegación voluntaria y bien regulada -por la moral y el Derecho- de los individuos hacia las instituciones nacionales y hacia las instituciones de la sociedad cosmopolita.⁵

En la tradición racionalista, internacionalista o grociana (o internacionalista liberal), se parte de la concepción de una sociedad internacional en la que no obstante existir conflictos entre los estados soberanos que la conforman, aquellos están limitados por reglas e instituciones comunes. Estas últimas obedecen tanto a imperativos prácticos y de prudencia, como morales y jurídicos. Hedley Bull, exponente clásico de esta tradición, define a esa sociedad como un conjunto de estados que, conscientes de ciertos intereses y valores comunes, se consideran atados en sus relaciones recíprocas por reglas compartidas, y trabajan conjuntamente en instituciones comunes (1995: 25-26; 36-44). En esta tradición, la soberanía se sustenta en unas reglas, a partir de una concepción y una práctica que procura la satisfacción de los intereses de cada estado y del conjunto, a la vez que promueve el respeto y reforzamiento de las instituciones y reglas que contribuyen a ampliar la cooperación, a favor de la paz, la prosperidad y la seguridad comunes.

El interés por considerar estas tradiciones –no obstante las críticas que esa aproximación ha recibido (Brown, 1992: 4-8; Clark, 1999:6-10)– se debe a que presentan algo más que una mera fórmula para clasificar teorías: tienen evidente potencial reflexivo al no pretenderse a escuelas de pensamiento sobre la naturaleza de la sociedad internacional, sino como líneas de pensamiento sobre la naturaleza de las Teorías de las Relaciones Internacionales. Desde esas tradiciones, el realismo es considerado sociológico-positivista; el revolucionismo como eminentemente prescriptivo, y el racionalismo internacionalista grociano como teleo-

lógico, en tanto conjunción de la teorización y la práctica a partir de una visión constitutiva de la teoría (Clark, 1999: 10-11). En efecto, la perspectiva de las “tradiciones” –que con diferente peso coexisten en diferentes tiempos- nos ayuda a mirar a la teoría, y al ejercicio de teorizar como parte constitutiva de la realidad, de manera que quien define y teoriza sobre la soberanía no sólo describe, explica, proyecta o recomienda, sino que contribuye a construir la realidad. La teorización sobre la soberanía no ha sido ni es, simplemente, una descripción/explicación/proyección y prescripción sobre el sistema de estados territoriales soberanos “tal cual es”. De modo que cuando se lo concibe como anárquico y competitivo en la lucha por el poder, se reproduce no sólo una manera de comprenderlo, sino una forma de “moverse” en él que preserva esos rasgos.

Desde la clásica identificación de tres tradiciones y con el concepto de teoría constitutiva en mente atravesemos los debates contemporáneos en la disciplina para volver a una visión constructivista de la soberanía.

3. El tema de la soberanía en los debates contemporáneos

Desde mediados de la penúltima década del siglo XX han sido publicados trabajos sobre el tema de la soberanía que la analizan desde la óptica de las controversias presentes en el campo de las relaciones internacionales. Siguiendo la organización de los enfoques en pugna que han desarrollado los académicos europeos Steve Smith (1995; 1999) y Ole Waever (1996), encontramos dos grandes conjuntos muy aislados: el debate neorrealistas y neoliberales frente a los planteamientos de críticos, postmodernos, normativos, y algunas corrientes feministas, entre otros. En un tercer lado encontramos el intento de “puente” entre unos y otros, entre positivistas y postpositivistas, que intenta el constructivismo social.

El debate Neo – Neo y la Escuela Inglesa

En el primer conjunto encontramos la polémica entre neorrealistas y neoliberales-institucionalistas. Hay en ella importantes puntos de encuentro entre dos corrientes tradicionalmente enfrentadas. Sigamos la excelente síntesis que de los seis grandes temas del debate ha hecho David Baldwin (1993: 3-27) para identificar allí la presencia de la cuestión de la soberanía:

5 / Dentro del pensamiento liberal en el estudio de las relaciones internacionales –en sus tradiciones kantiana y grociana- cabe señalar como elementos esenciales: la fragmentación del estado, considerándolo un actor plural, no monolítico; la transnacionalización de la política mundial, en tanto se desarrollan vínculos a través de las fronteras; y la interdependencia más que la competencia entre actores, en extensión e intensidad.

Para los neorrealistas, la anarquía -y los principios de supervivencia, autointerés y seguridad que enarbolan- genera mayores limitaciones sobre los estados que para los neo-liberales, quienes por su parte matizan la cuestión de la anarquía al detenerse en el examen de la dinámica de la interdependencia y de sus implicaciones prácticas.

La cooperación internacional en tanto ámbito de construcción/reproducción identidades, intereses y valores comunes es, en consecuencia, mucho más difícil de lograr y mantener, así como más dependiente del poder de los estados para los neorrealistas que para los neoliberales.

Mientras los neorrealistas se concentran en el análisis de las ganancias relativas en un juego esencialmente competitivo (suma fija), los neoliberales lo hacen en las ganancias absolutas, propias de un juego (suma variable) que se propone construir y reproducir la cooperación.

Los neorrealistas asumen que la anarquía reinante internacionalmente requiere de los estados su concentración en problemas de seguridad y balanza de poder, mientras que para los neoliberales los temas centrales de atención por parte de los estados son los sociopolíticos. En consecuencia, los primeros se concentran en el desarrollo competitivo de capacidades y los segundos en el trabajo sobre la comunidad de intenciones e intereses.

Las instituciones ofrecen, para los neoliberales, la posibilidad de facilitar la cooperación, en tanto que para los neorrealistas, ellas apenas tienen la posibilidad de mitigar los efectos negativos de la anarquía sobre la cooperación.

En este contexto, si prevalece su concepción como institución fundamental en un mundo anárquico –es decir, como independencia del estado frente a otros estados- la soberanía es ciertamente un obstáculo para la construcción de la cooperación. Si, en cambio, se enfatiza en la soberanía hacia adentro y en su dimensión de responsabilidad gubernamental ante sus electores y la comunidad internacional, ella no está reñida con la construcción de regímenes y otras formas de cooperación mundial (Millner, 1993). Dentro de esta perspectiva, para clarificar las diferentes dimensiones de la soberanía, es particularmente relevante una propuesta reciente de Stephen Krasner (1999; 2000) quien replantea el tema de la soberanía al reconocer cuatro grandes significados/dimensiones para el concepto:

Soberanía westfaliana

Independencia frente a otros estados que quedan excluidos de los procesos domésticos (no intervención)

Soberanía internacional-legal

Reconocimiento recíproco de los estados como jurídicamente iguales

Soberanía doméstica

Potestad de organización misma del gobierno dentro del estado (autodeterminación)

Soberanía de interdependencia

Capacidad de control sobre flujos transfronterizos

Lo más interesante de esta elaboración para nuestro argumento es, a primera vista, que rompe con la idea de la soberanía como algo monolítico y absoluto. Y un segundo vistazo –siguiendo a Krasner- trae consigo un análisis de enorme interés para la revisión desde las Teorías de las Relaciones Internacionales. En el debate Neo-Neo prevalece la concepción de la soberanía westfaliana, es decir, que en lo esencial ambos enfoques -Liberal y Realista- encuentran en el estado-actor racional y soberano el punto de partida de su análisis, como ontología indiscutida. Esto permite introducir el contraste con la llamada Escuela Inglesa -ya aludida sin nombrarla, a través de la identificación de las tres tradiciones caracterizadas por Wight, del concepto de sociedad internacional en Bull y del ángulo histórico cultivado por el trabajo de Carr- cuya perspectiva sobre la soberanía es eminentemente sociológica: no es aquella una presunción analítica, es una regularidad empírica que refleja interpretaciones compartidas sobre la territorialidad, la autonomía y el reconocimiento (dimensión legal y de interdependencia). De allí resulta una estructura institucional que es el supuesto fundamental para el análisis de lo internacional. Cercano al planteamiento de la Escuela Inglesa sobre una “civilización compartida”, para usar las palabras de Wight, se puede añadir el concepto de Constitución internacional (Philpott, 2001) en la cual se encuentra un conjunto de normas en el que se define quiénes son miembros legítimos de la sociedad internacional (comunidades políticas soberanas), cuáles son las reglas para serlo (de inclusión y exclusión) y cuáles son las prerrogativas de cada uno (derecho de legación, de suscribir Tratados, obligación de no intervenir y de no invadir). Encontramos, además, bien caracterizados por Farer (cit. por Krasner, 1999: 46) unos valores fundamentales en los que la sociedad internacional se sustenta (c.f. Held, 1995):



Mantenimiento de un mínimo de orden público, evitando conductas que puedan conducir a la guerra

Libre determinación y autodeterminación

Preservación de los derechos humanos

Modernización y mejora de los niveles de vida mundial

Más allá de constatar la relevancia de la soberanía westfaliana y la legal, conviene mirar la distinta manera como unos (Neo-Neo) y otros (Escuela Inglesa) ven y conciben a la soberanía. En el primer caso el objeto de estudio es el estado-soberano, la soberanía como una cualidad que le es propia e indispensable y que determina en gran medida la estructura de las relaciones y los arreglos institucionales. En el segundo, se trata de una institución construida a través de las acciones de los estados y sus representantes, quienes a través de su quehacer han internalizado unos principios y unas normas, y las reproducen.

El debate postpositivista y su perspectiva reflexivista

Las dos vertientes más relevantes dentro del conjunto de propuestas postpositivistas que tienen mayor relevancia para revisar la idea de soberanía –las visiones crítica y postmoderna- evidencian de manera ostensible cuatro rasgos propios del conjunto:

Comparten una mirada reflexiva hacia el ejercicio mismo de la teorización.

Son teorías esencial y explícitamente constitutivas, en tanto que asumen a la reflexión como parte de lo que la realidad es y de lo que la reproduce.

Tienden a ser antifundacionales, es decir, no se proponen -ni en varios casos consideran posible- “fundar” conocimiento y validarlo.

Otorgan especial relevancia a las dimensiones ontológica y filosófica del conocimiento.

Esos rasgos evidencian la imposibilidad de diálogo entre positivistas y postpositivistas. Al efecto, Robert Keohane señalaba en un famoso papel presentado en 1989 ante la International Studies Association la diferencia sustancial entre dos grandes conjuntos de enfoques: el racionalista y el “reflexivista”, alegando (desde una posición positivista) que a menos que los reflexivistas –dados a la crítica de los racionalistas- desarrollaran una agenda de investigación y desplegaran un esfuerzo por construir teorías, el diálogo entre los dos conjuntos era imposible. Bien

ha señalado Steve Smith que la expectativa de Keohane parte de una epistemología racionalista que, definitivamente, no es compartida por los reflexivistas: “Hay realmente muy poco contacto entre las dos posiciones y ellas parecen definirse en campos rivales, publicando en revistas diferentes, asistiendo a diferentes congresos.” (1998: 184).

En el campo postpositivista, desde la teoría crítica nos interesa –especialmente- hacer una referencia esquemática a los trabajos de Robert Cox. En ellos encontramos una postura que confronta la supuesta objetividad del Neorealismo y las teorías *problem-solving* que asumen al mundo tal cual es, responden a las relaciones de poder establecidas, hacen recomendaciones, y reproducen las relaciones preexistentes y las instituciones que las organizan. En suma, reifican y legitiman la realidad. La teoría, dice Cox, es siempre construida por alguien, para alguien, y con ciertos propósitos; predominantemente, el de contribuir a la construcción intersubjetiva de las estructuras sociales. Desde esa visión, la soberanía es una idea que ha sido producida esencialmente desde el predominio del realismo y se ha reforzado una y otra vez como la esencia inescapable de lo internacional, dejando –en definitiva- poco espacio para relaciones de coordinación, confianza, y haciendo muy difícil la construcción de la cooperación.

Desde el amplio conjunto de las posturas postmodernas –que tienen en común el rechazo a la racionalidad, el regreso crítico al pasado y la incredulidad ante las metanarrativas- el trabajo de J. Bartelson (1996) y el de R.B.J. Walker (1993) son particularmente valiosos en la revisión reflexivista de la idea de soberanía. Lo más llamativo de la postura crítica, para nuestro propósito, es la sospecha sobre la validez transhistórica de prácticas y propuestas políticas, sobre la identificación de “lo esencial” y sobre la comprensión de lo presente desde el pasado (historicidad), así como la crítica a los eternos debates y a las tradiciones incuestionadas en la Teoría de las Relaciones Internacionales.

Jens Bartelson trabaja en una genealogía de la soberanía, trazando sus orígenes premodernos y, comenzando por la separación que hace de lo interno y lo externo, problematiza y debate el concepto. Parte Bartelson de que “la relación entre el término mismo de soberanía, el concepto de soberanía y la realidad de la soberanía está históricamente abierta, es contingente e inestable” (1996: 2), de modo que la coherencia del conocimiento

sobre la evolución de la soberanía deriva de que la soberanía se ha convertido en el fundamento indiscutido del conocimiento político. En esa línea de pensamiento, el trabajo de Walker destaca su ejercicio crítico del discurso que reifica una ontología espacial específica: el estado como comunidad política. Ante ella Walker trabaja tres temas/ oposiciones: identidad y diferencia; adentro y afuera; espacio y tiempo. Mira a la soberanía estatal, en tanto principio y práctica, como expresión de una específica articulación moderna de identidad política en tiempo y espacio. La considera un sistema de coordenadas que todavía nos ofrece una guía para mirar al horizonte (Walker 1993: 162) pero luego nos invita a pensar que la soberanía no es un principio permanente de orden político; que ha cultivado una manera de definir a lo internacional como negación frente a lo nacional (relaciones y no política, anarquía y no comunidad) lo que ha significado un gran empobrecimiento conceptual (entre poder y autoridad, por ejemplo); que se sustenta en una visión simplificada, accidentada y estatista de la historia; que ha silenciado a la reflexión ética y ha pasado de contrabando una ética de la exclusión, que ha promovido la separación de la soberanía adentro y afuera –su idea y su práctica, al igual que su institucionalidad- dejando de lado muchas relaciones y procesos (derechos humanos, democracia); y que promueve una concepción/construcción del espacio político lleno de dicotomías empobrecedoras de la comprensión de lo internacional (adentro afuera; uno y otro; identidad y diferencia; comunidad y anarquía).

El aporte constructivista

Coincidimos con otros académicos interesados en la soberanía, que territorio, población y autoridad –además del reconocimiento- son aspectos importantes de la soberanía estatal. A diferencia de la mayoría de los estudiosos, sin embargo, sostenemos que cada uno de esos componentes de la soberanía estatal es también socialmente construido, como lo es el sistema moderno de estados (Bierstecker y Weber, 1996 : 3).

Más allá del componente general de constructivismo que ha acompañado a las más diversas visiones, no sólo reflexivistas (modernas, positivistas), sino incluso racionalistas como las de la Escuela Inglesa y algunas vertientes del liberalismo institucional (Wendt,

1999: 1-91),⁶ hay un conjunto de estudios, entre los que sobresalen los trabajos de Alexander Wendt (1992, 1999), en los que esta perspectiva es cultivada, deliberadamente, para establecer un espacio de diálogo entre los dos grandes conjuntos del debate. Son ideas centrales del constructivismo social expuesto por Wendt: a. las estructuras de asociación humanas están primariamente determinadas por ideas compartidas acerca de las fuerzas materiales; b. las identidades y los intereses de actores orientados por propósitos, son construidos a partir de esas ideas en lugar de estar predeterminados o dados por naturaleza.

Wendt, propone una versión moderada del constructivismo que procura cerrar la brecha entre racionalistas y reflexivistas:

Mi objetivo ... es construir un puente entre esas dos tradiciones ... desarrollando un argumento constructivista ...

Mi estrategia ... será argumentar contra la tesis neorrealista de que la autotutela (self-help) viene dada por una estructura anárquica exógena... Yo sostengo que la auto-ayuda y la política de poder no derivan lógicamente o causalmente de la anarquía, y si nos encontramos en un mundo en el que prevalece la auto-ayuda es debido a los procesos y no a la estructura internacional. No hay una lógica de anarquía diferente de las prácticas que crean y consolidan una estructura de identidades e intereses en lugar de otra; la estructura no tiene existencia ni poderes causales diferentes a los procesos. La auto-ayuda y la política de poder son instituciones, no características esenciales de la anarquía. La anarquía es lo que los estados hacen de ella (Wendt, 1992, en Viotti y Kauppi, 1999: 436; en Art y Jervis, 1999:75-76).

En su texto fundamental, *Anarchy is what States Make of It*, (1992) se encuentran ocho postulados básicos que luego han sido desarrollados extensamente en su libro *Social Theory of International Politics*, 1999- y en numerosos artículos.

6 / Siguiendo a Wendt (1999) rasgos de constructivismo pueden ser identificados en los aportes clásicos de Grocio, Kant y Hegel, en el idealismo del periodo 1919-1939 (Long y Wilson, 1995), luego de la II Guerra Mundial en el pensamiento *mainstream* de autores como Karl Deutsch (1954, 1963), Ernst Haas (1964, 1983, 1990), Hedley Bull (1977); incluso está presente en reflexiones y propuestas en el ámbito de la política exterior tales como las de Snider, Bruck y Sapin (1954), Robert Jervis (1970, 1976, 1978) y Ned Lebow (1981). Dentro de una corriente específicamente constructivista se encuentran tres vertientes principales: una perspectiva moderna, presente en los trabajos de John Ruggie (1983) y Friedrich Kratochwil (1989); una postmoderna, cercana a Richard Ashley (1984; 1987) y Rob Walker (1987; 1993); y una feminista, asociada a Spike Peterson (1992) y Anne Thicker (1993).

Considerando la centralidad del debate Neo-Neo en las Teorías de las Relaciones Internacionales, Wendt se ocupa de la cuestión sobre si la acción estatal es más influenciada por la estructura o por los procesos de interacción y el aprendizaje de las instituciones.

Puesto que neorrealistas y neoliberales asumen perspectivas racionalistas y toman los intereses y las identidades como dados, los estados son asumidos como actores racionales-egoístas, orientados por la autoayuda. Aún desde la óptica neoliberal, las instituciones pueden afectar las conductas, pero no las identidades e intereses de los actores.

Las teorías reflexivistas, por su parte, no toman como dados los intereses y las identidades. No los reifican: no asumen lo producido por los seres humanos olvidando, perdiendo conciencia de que se trata de algo producido por seres humanos (siguiendo a Berger y Luckmann, en Wendt, 1992: 446). En conjunto estos enfoques consideran que son las prácticas intersubjetivas entre actores sociales las que perfilan identidades e intereses. De modo que éstos se forman en la interacción y no son preexistentes a ella.

Lo mismo ocurre con lo que los neorrealistas ven como un rasgo estructural de las relaciones entre estados: la idea de autoayuda en la que se sustenta la anarquía. Son los significados colectivos los que dan sentido y han reproducido una estructura de relaciones sustentada en el principio y el interés de la autoayuda. Los intereses y las identidades son relacionales, se van definiendo en cada situación. Las instituciones son conjuntos estables de intereses e identidades; la autoayuda, la anarquía, la soberanía, son instituciones. La soberanía nace de significados colectivos, contruidos a partir de identidades e intereses relacionales.

No debe asumirse, según Wendt, que los intereses y las identidades son previos a la interacción, no hay un dilema de seguridad automático para los estados. Intereses, identidades, dilemas de seguridad emergen en la interacción, en el significado que los estados dan a la relación y a la interacción -sea de amigos o enemigos- de reconocimiento mutuo, dentro de ciertas prácticas y reglas.

Cuando el estado se encuentra ante una situación de confrontación, competencia, o rivalidad, es porque su conocimiento intersubjetivo y sus prácticas lo han determinado así. Cambiando las prácticas puede cambiarse el signifi-

cado intersubjetivo. No obstante, éste tiende a "autoperpetuarse" (se hace parte de la identidad de los actores) y se puede requerir un esfuerzo especial y gran sentido de la oportunidad para modificarlo.

Aunque ciertas formaciones de intereses e identidades se establezcan (formando instituciones) no es imposible cambiarlas, desestabilizarlas: Wendt lo analiza respecto a tres ideas/ instituciones que tienen importante peso:

Soberanía, al centrar su significado y su práctica en el *reconocimiento* mutuo y no en la presencia de intereses e identidades en torno a la autoayuda y la exclusión de intereses. Así, Wendt revisa el concepto de soberanía autoayuda como socialmente construido a lo largo de la historia, de manera que ha ido siendo revisado y ha cambiado a través de la práctica social.

Cooperación, al colocar su atención más allá de las ganancias absolutas y relativas, en el hecho de que la "matriz" de juego (intereses, identidades, resultados y consecuencias) no está dada, sino que se puede revisar y alterar a través de la interacción

Seguridad, al señalar las posibilidades de cambiar desde visiones competitivas o de ganancias relativas, individualistas o de ganancias absolutas, hacia visiones cooperativas en las que la seguridad puede ser construida a partir de una redefinición del significado y la práctica de la identidad común.

Propone Wendt, finalmente, que la agenda de investigación que permitiría el encuentro entre los dos debates debería centrarse en el análisis de la relación entre lo que los estados hacen y lo que los estados son, es decir, en cómo los estados definen estructuras sociales (de relación) creando y recreando identidades e intereses, reproduciendo o transformando ideas e instituciones.

3. Relevancia de la reflexión sobre la soberanía para países como el nuestro

Desde países como el nuestro, el tipo de revisión que este ensayo muy esquemáticamente sugiere, tiene enorme interés por varias razones. La más visible se encuentra en la tendencia a privilegiar una idea/dicotómica establecida de soberanía, que gira alrededor de la seguridad del estado y muy poco en torno al bienestar de la sociedad.

Valga, para terminar, apenas enunciar muy brevemente, en forma de preguntas, aspectos que merecen ser trabajados desde un medio académico como el venezolano.

- ¿Cómo perfila a nuestra agenda de estudio, reflexión e investigación la tendencia a dar por supuesto un concepto usualmente westfaliano y legalista de la soberanía? ¿Qué temas hemos privilegiado? ¿Qué preguntas hemos dejado de hacernos? ¿Qué silencios nos hemos impuesto?
- ¿Cómo afecta a la calidad de nuestra política nacional y exterior una concepción bifurcada de la soberanía (y por ende, de las relaciones internacionales) que separa tan marcadamente lo interno de lo externo? ¿Qué enfoques, asuntos y estrategias nos ha hecho privilegiar? ¿Qué peso relativo han tenido los componentes de independencia y de responsabilidad en la letra y en la práctica?
- ¿Qué impacto tendría una revisión rigurosa de la idea/concepción/práctica de la soberanía sobre el tratamiento académico y político de temas como la integración económica, la seguridad, los Derechos Humanos, la democracia y su gobernabilidad?
- ¿De qué forma hemos considerado hasta el presente, como profesores, investigadores, estudiantes, asesores, consultores, diplomáticos, nuestros ejercicios de reflexión y teorización? ¿Hemos tenido en mente el papel constitutivo de la teoría, el aspecto constructivo de nuestra práctica social?

Referencias Bibliográficas

Abbagnano, Nicola (1996). *Diccionario de Filosofía* (trad. Alfredo Galletti). México: Fondo de Cultura Económica.

Axelrod, Robert y Robert O. Keohane (1993). "Achieving Cooperation Under anarchy: Strategies and Institutions". En David A. Baldwin (ed.). *Neorealism and Neoliberalism*. Columbia-New York: Columbia University Press.

Baldwin, David (1993). "Neoliberalism, Neorealism, and World Politics". En David A. Baldwin (ed.). *Neorealism and Neoliberalism*. New York: Columbia University Press.

Bartelson, Jens (1996). *A Genealogy of Sovereignty*. New York: Cambridge University Press.

Beitz, Charles (1979). *Political Theory and International Relations*. Princeton: Princeton University Press.

Biersteker, Thomas J. y Cynthia Weber (1996). *State Sovereignty as Social Construct*. New York: Cambridge University Press.

Bloom, William (1993). *Personal identity, national identity and international relations*. Cambridge: Cambridge University Press.

Bobbio, Norberto, Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino (1997). *Diccionario de política* (10ª edición). Madrid: Siglo XXI.

Brotóns Remiro, Antonio y otros (1997). *Derecho Internacional Público*. México: McGraw Hill.

Brown, Chris (1992). *International Relations Theory. Normative Approaches*. New York: Columbia University Press.

Bull, Hedley (1995). *The Anarchical Society*. New York: 1995/1977.

Cardozo de Da Silva, Elsa (2001). "Tres pistas para reflexionar sobre la soberanía". En Revista Venezolana de Estudios Internacionales (nro. 3). Caracas: noviembre.

Carr, E.H. (2001). *The Twenty Year' Crisis*, Great Britain: Palgrave.

Clark Ian y Iver B. Neuman (1999). *Classical Theories of International Relations*. England: St. Antony College – Oxford.

Clark, Ian (1999). "Traditions of Thought and Classical theories of International Relations", Clark Ian y Iver B. Neuman. *Classical Theories of International Relations*. England: St. Antony College – Oxford.

García Pelayo, Manuel (1967). *Idea de la política*. Caracas: Fundación Manuel García Pelayo.

Goldstein, Judith y Robert O. Keohane (1993). "Ideas and Foreign Policy: an Analytical Framework". En Judith Goldstein y Robert O. Keohane (eds.), *Ideas and Foreign Policy*. Ithaca: Cornell University Press.

Ferrater Mora, José (2001). *Diccionario de Filosofía*. Barcelona: Ariel.

Hall, John A. (1993). "Ideas and the Social Sciences". En Judith Goldstein y Robert O. Keohane (eds.). *Ideas and Foreign Policy*. Ithaca: Cornell University Press.

Held, David (1997/1995). *La democracia y el orden global* (trad. Sebastián Mazzuca). Barcelona: Paidós.

_____ (1989) "Sovereignty, National Politics and the Global System". *Political Theory and the Modern State*. California: Stanford University Press.

Krasner, Stephen D. (1999). *Sovereignty. Organized Hypocrisy*. Princeton: Princeton University Press.

Millner, Helen. (1993). "The Assumption of Anarchy in International Relations Theory: A Critique". En David A. Baldwin (ed.). *Neorealism and Neoliberalism*. New York: Columbia University Press.

Morgenthau, Hans J. (1987). *La política entre las naciones* (2ª edición, trad. Herber W. Oliveira). Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano.

Murphy, Alexander B. (1996). "The Sovereign State System as Political-territorial Ideal: Historical and Contemporary Considerations". En Thomas J. Biersteker y Cynthia Weber (1996). *State Sovereignty as Social Construct*. New York: Cambridge University Press

Opello, Walter C. y Stephen Rosow (1999). *The Nation-State and Global Order. A Historical Introduction to Contemporary Politics*. Boulder-London: Lynne-Rienner Publishers.

Philpott, Daniel. (2001) *Revolutions in Sovereignty. How*

Ideas Shaped modern International Relations. Princeton: Princeton University Press.

Remiro Brotóns, Antonio y otros (1997). *Derecho Internacional*. Madrid: McGraw Hill.

Rosenau, James N. (1995). "Sovereignty in a Turbulent World". En *Beyond Westphalia. State Sovereignty and International Intervention*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press.

_____ (1997). *Along the Domestic-Foreign Frontier. Exploring Governance in a Turbulent World*. Cambridge: Cambridge University Press.

Smith, Steve. (1995). "The Self Images of a Discipline: A Genealogy of International Relations Theory". En Ken Booth y Steve Smith (eds.), *International Relations Today*. Cambridge: Polity Press.

_____ (1999). "Positivism and Beyond". En Viotti Paul R. y Mark V. Kauppi (eds.). *International Relations Theory*. (3ª. Edición). Boston: Allyn and Bacon.

Viotti Paul R. y Mark V. Kauppi (eds.). (1999/1987). *International Relations Theory*. (3ª. Edición). Boston: Allyn and Bacon.

Waever, Ole (1996). "The rise and fall of the inter-paradigm debate". En Steve Smith, Ken Booth y Marysia Zalewski (eds.), *International theory: positivism and beyond*. Cambridge: Cambridge University Press.

Walker, R.B.J. (1994). *Inside/Outside International Relations as Political Theory*. Cambridge: Cambridge University Press.

Wendt, Alexander. (1999). "Anarchy is What States Make of It: The Social Construction of Power Politics". En Viotti Paul R. y Mark V. Kauppi (eds.) *International Relations Theory* (3ª. Edición). Boston: Allyn and Bacon.

_____ (1999) *Social Theory of International Politics*, Reino Unido: Cambridge University Press.

Wendt, Alexander y Daniel Friedheim (1996), "Hierarchy under Anarchy: informal empire and the East German state". En Biersteker y Weber (1996). *State Sovereignty as Social Construct*. New York: Cambridge University Press.

Ricardo Antela Garrido

Abogado graduado Cum Laude en la Universidad Católica Andrés Bello (1993). Candidato a Especialista en Derecho Administrativo (tesista) y a Diplomado en Derecho Constitucional en la misma Institución, y Profesor de Derecho Administrativo en esa Universidad. Ha publicado trabajos en diversas revistas, entre ellas la Revista de Derecho Constitucional, la Revista de Derecho Administrativo de Caracas y en el libro *"La Guerra de las Salas del TSJ frente al Referéndum Revocatorio"*. (2004). Caracas: Aequitas.

Constitución y garantías institucionales: Contribución para el desarrollo de una línea de investigación

Sumario

Introducción

- I. Noción de garantía institucional
- II. Algunos modelos de garantía institucional
 - A. Autonomía local o municipal
 - B. Autonomía universitaria
 - C. Libertad de empresa
 - D. Matrimonio
- III. Protección judicial de las garantías institucionales

Resumen

A la confusión terminológica que reina por el uso indistinto de las expresiones derechos humanos y derechos fundamentales, corrientemente asimiladas a las denominaciones derechos naturales, derechos públicos subjetivos, libertades públicas y derechos morales, se agrega una más: la existencia de algo a lo que se le llama "garantía institucional", eventualmente semejante a un derecho constitucional (por tener igual rango normativo), pero aparentemente distinto por tener –según los teóricos– un ámbito de protección sustantivo y adjetivo diferente al del derecho. En el presente trabajo hay el propósito, no de agotar exhaustivamente el estudio del problema, pero sí de aportar algunas ideas y conceptos que permitan aproximarse con más propiedad al examen de la noción de garantía institucional, y a la vez, servir de base para el desarrollo de una línea de investigación que logre conclusiones más acabadas y precisas en torno a la misma.

Abstract

To the terminological confusion that exists because of the indistinct use of expressions such as human rights and fundamental rights, commonly assimilated to the notions of public liberties and moral rights, we can add one more: The existence of somewhat called institutional guarantee, eventually similar to a constitutional right, because of his equal legal standard but apparently different, because it has a substantial and adjective protection scope distinct from the legal one, according to doctrinaires The present writing does not pretend to offer an exhaustive analyze of the problem, but would like to contribute with some ideas and concepts that allows a more precise view of the notion of institutional guarantee, and at the same time, serve as a departing point for the development of a research line in order to get closer to a more clear definition of this concept.

siguientes hay el propósito, no de agotar exhaustivamente el estudio del problema, pero sí de aportar algunas ideas y conceptos que permitan aproximarse con más propiedad al examen de la noción de garantía institucional, y a la vez, servir de base para el desarrollo de una línea de investigación que logre conclusiones más acabadas y precisas en torno a la misma.

I. Noción de garantía institucional

No todos los preceptos contenidos en el Título III de la Constitución venezolana fueron enunciados como Derechos Subjetivos susceptibles de ser calificados como Derechos Humanos. Ejemplos claros de esta situación son los principios de progresividad, irrenunciabilidad, indivisibilidad e interdependencia de los Derechos Humanos (Art. 19); el principio de igualdad ante la Ley (Art. 21); el principio de irretroactividad de la Ley (Art. 24), entre otros, y el régimen de nacionalidad y ciudadanía (Capítulo II).

Pero como lo explica el español De Otto, junto a los derechos en el sentido clásico del término –y a los principios antes enunciados– la Constitución –y específicamente su Título III– contiene también numerosas “garantías institucionales”, preceptos que garantizan instituciones y fijan límites a la autonomía del legislador en aras de una institución, pero que no confieren en cuanto tales Derechos Subjetivos³.

Las garantías institucionales son, en palabras de Díez-Picazo, un concepto jurídico de origen preponderantemente escolástico, con motivo de la interpretación de la Constitución alemana de Weimar durante los años veinte, siendo la idea subyacente que la Constitución vincula al legislador, incluso en aquellos supuestos en los que no se declaran Derechos, sino que se contemplan instituciones públicas o privadas.⁴

Para Casal, la peculiaridad de la garantía institucional estriba en que no comprende propiamente un Derecho de Libertad cuyas manifestaciones deban ser protegidas por el Estado, sino que su contenido consiste en impedir su entera eliminación por vía legislativa, de allí que esa expresión se limite a instituciones jurídicas altamente dependientes de la configuración legislativa, que generalmente –mas no ne-



Introducción

Señala Durán, decano del Tribunal Constitucional boliviano, y no deja de causar perplejidad, que no es poco frecuente en la literatura académica el uso indistinto de las expresiones derechos humanos y derechos fundamentales, corrientemente asimiladas a las denominaciones derechos naturales, derechos públicos subjetivos, libertades públicas y derechos morales¹, siempre para referirse a una única idea:

... derechos cuyo origen no está en la Constitución (o más genéricamente, en el [D]erecho positivo), obligadas a “reconocerlos”, sino en alguna realidad suprapositiva, y tanto los grandes convenios internacionales como algunas Constituciones se refieren a ellos explícitamente como derivaciones o exigencias de la “dignidad de la persona”.²

A esta confusión terminológica se agrega una más: la existencia de algo a lo que se le llama “garantía institucional”, eventualmente semejante a un Derecho Constitucional (por tener igual rango normativo), pero aparentemente distinto por tener –según los teóricos– un ámbito de protección sustantivo y adjetivo diferente al del Derecho. En las líneas

1 / Durán R., W. R. (2002). La Protección de los Derechos Fundamentales en la Doctrina y Jurisprudencia Constitucional. *Ius et Praxis*, v. 8, n. 2. 177-194. Talca: Universidad de Talca. [Documento en línea]. Disponible: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200006&lng=es&nrm=iso. [Consulta: 2005, Septiembre 29].

2 / Rubio Ll., F. (2001). Derechos Fundamentales, Derechos Humanos y Derechos Constitucionales. *Politeia*, 26. 109-138. Caracas: Universidad Central de Venezuela. Pág. 115.

3 / De Otto, I. (1988). *Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes* (2ª ed.). Barcelona: Ariel. Pág. 31.

4 / Díez-Picazo, L. M. (2000). La idea de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española. *Constitución y Constitucionalismo hoy*. 391-410. Caracas: Fundación Manuel García Pelayo. Pág. 395.



cesariamente— no representarían Derechos Fundamentales.⁵

Según Combellas, la garantía institucional es una suerte de estatus y protección especial que la Constitución confiere a determinadas entidades, derivados del desarrollo de la persona humana en el ámbito de la Sociedad Civil, como una manifestación de los valores y principios de solidaridad, corresponsabilidad y subsidiariedad. Entre las instituciones que gozan de esta garantía, Combellas menciona a la familia, por ser la “asociación natural de la sociedad” (Art. 75 de la Constitución); a los sindicatos, como expresión del derecho de los trabajadores a constituir libremente organizaciones sindicales (Art. 95 *ejusdem*); y a las universidades y su autonomía (Art. 109 *ejusdem*)⁶.

En otras palabras, “[a] través del concepto de garantía institucional, la doctrina y jurisprudencia comparadas aluden a la constitucionalización de ciertas instituciones que se consideran componentes esenciales del ordenamiento jurídico”⁷, siendo su principal característica la de proteger constitucionalmente a determinadas instituciones, típicas y por lo tanto necesarias de la organización político-administrativa, que constituye un límite incluso para el propio legislador, en la configuración y regulación de determinadas instituciones, asegurando que no haya supresión, vaciamiento ni desfiguración de la imagen maestra de la institución (o sea, su núcleo esencial)⁸. Para entender mejor este concepto conviene aproximarse a su origen y a su explicación por los doctores autorizados.

La mayoría casi unánime de la doctrina parece coincidir en atribuir la creación de la figura de la garantía institucional al doctrinario alemán Carl Schmitt, con motivo de las deficiencias que dicho autor atribuyó a la Constitución de Weimar (1919) en lo atinente a la protección de las libertades públicas. Según parece, esta Constitución reglaba en forma sistemática las libertades públicas en la parte organizativa de su texto, pero tanto aquellas como las determinaciones organizativas básicas, se colocaban pura-

mente bajo la reserva de Ley, sin medida cautelar o protectora alguna que asegurara la eficacia de los contenidos constitucionales frente a las disposiciones del legislador ordinario. Así planteado, se consideró que las libertades públicas, si estaban entregadas a la configuración del legislador ordinario, o bien eran puras variaciones del Derecho Fundamental a la legalidad de la Administración, o bien eran simples programas, declaraciones, proclamaciones bien intencionadas o aforismos.⁹

La superación de este dilema se le atribuye al nombrado Schmitt, quien habría elaborado la categoría de la garantía institucional o *Einrichtungsgarantie*, comprensiva tanto de las garantías institucionales propiamente dichas o en sentido estricto —alusivas a la protección de contenidos jurídico-públicos—, como de las garantías de instituto —referidas a la preservación de contenidos jurídico-privados—. Como ya se escribió, la Constitución de Weimar no preveía técnica alguna de protección de la autonomía local ni de otras instituciones con relación a los posibles excesos del legislador. Sostuvo Schmitt que, al consagrar la autonomía de los municipios, la Constitución garantizaba esa institución de autonomía, “que como tal no puede ser suprimida, y todas las leyes que por su contenido material la supriman o la priven de su contenido esencial [determinado por su imagen social e histórica] son inconstitucionales”.¹⁰

Simultáneamente, otros autores alemanes destacaban la existencia de otras instituciones, como Waldecker, quien desprendía del Artículo 129 de la Constitución de Weimar la necesidad de mantener el régimen de la función pública como “Institución”, o Smend, quien derivaba del Artículo 142 la existencia de un “derecho fundamental de la Universidad Alemana” como “gran Institución pública”.¹¹

Para Schmitt, el Estado Liberal de Derecho que recogía la Constitución de Weimar se apoyaba en la libertad como superación del antiguo orden de privilegios, y mientras permanezca la confianza en el legislador y en el Estado legislador, puede conformarse con la garantía genérica de la libertad, resignando el resto a la legislación ordinaria, pero en cuanto des-

5 / Casal H., J. M. (2004). Libertad Económica y Derechos Fundamentales (Conferencia dictada en el marco de las VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan R. Brewer-Carías”, celebradas el 04/11/2004 en Caracas, Venezuela). *El Principio de Legalidad y el Ordenamiento Jurídico-Administrativo de la Libertad Económica (T. II)*. Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Pág. 70.

6 / Combellas, R. (2001). *Derecho Constitucional: Una Introducción al Estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Caracas: Mc Graw Hill. Pág. 69.

7 / Tribunal Constitucional, Perú. (2004). *Sentencia del 04/05/2004*. [Documento en línea]. Disponible: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/0013-2003-AI.html>. [Consulta: 2005, Octubre 30].

8 / Corte Constitucional, Colombia. (1996). *Sentencia n° 405/1996*. [Documento en línea]. Disponible: <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1996/Tutela/T-405-96.htm>. [Consulta: 2005, Octubre 07].

9 / Orgon C., D. (s.f.). *Una Defensa del Matrimonio en una Sociedad Plural*. Madrid. [Documento en línea]: <http://www.forofamilia.org/documentos/Defensa%20del%20matrimonio%20en%20una%20sociedad%20plural.doc>. [Consulta: 2005, Octubre 30].

10 / Citado por Caballero V., R. (2002). *Poderes Locales e Integración Europea: Perspectiva Institucional y Normativa (Parte II)*. Madrid. [Documento en línea]. Disponible en Derecho.com: <http://www.derecho.com/boletin/articulos/articulo0116.htm>. [Consulta: 2005, Octubre 30].

11 / Jiménez B., A. (1991). garantías institucionales y Derechos Fundamentales en la Constitución. *Estudios sobre la Constitución: Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría (T. II)*. Madrid: Civitas. Págs. 646 y ss.

aparezca esa confianza aparecen nuevas garantías destinadas a proteger normas e instituciones valedoras de aquella libertad, las cuales, incorporadas ya al Texto Constitucional y transfiguradas técnicamente en instituciones organizadas, reconocibles y diferenciables, pasan a ser los pilares básicos dentro del sistema fundamental de la libertad.

En este orden de ideas, la finalidad de la llamada garantía institucional es la de otorgar una específica protección constitucional frente al legislador ordinario, a determinadas y típicas características de una institución, en tanto ésta ha pasado a ser –como resultado de su evolución histórica– esencial e identificativa de la misma.¹²

Aclaró Schmitt que, si los Derechos Fundamentales son algo absoluto, anterior al Estado y naturalmente a la Ley, las garantías institucionales necesariamente son algo desemejante ya que, según lo explica ese autor:

*... la garantía institucional es, por su esencia, limitada. Existe sólo dentro del Estado y se basa, no en la idea de una esfera de libertad ilimitada en principio [como los derechos fundamentales] sino que afecta una institución jurídicamente reconocida, que, como tal, es siempre una cosa circunscrita y delimitada, al servicio de ciertas tareas y ciertos fines, aun cuando las tareas no estén especializadas en particular y sea admisible una cierta universalidad del círculo de actuación.*¹³

La garantía institucional –ha precisado la Corte Constitucional colombiana– no existe sin la previa existencia del Estado, mientras el Derecho Fundamental existe per se, antes del Estado. Al quedar ambos integrados a la Constitución, el Derecho Fundamental crea Derechos Subjetivos de manera inmediata, mientras que de la garantía institucional sólo se desprenden en forma mediata, porque su finalidad inmediata es preservar las funciones de la institución protegida.¹⁴

La doctrina de la garantía institucional fue acogida en España por Parejo en la obra precedentemente citada (nota N° 12), en cuya Introducción escribe dicho autor:

*... dentro del orden constituido superior se destacan unas regulaciones dirigidas a predeterminar las piezas o elementos básicos de la construcción y evolución del ordenamiento estatal en su conjunto con una eficacia superior a la que deriva de la condición de simple norma constitucional, aunque menor a la que se otorga a los Derechos Fundamentales o Libertades Públicas.... [Estas regulaciones son... un contrapeso constitucional a la primariamente libre capacidad de configuración social del legislador ordinario, materiales obligatorios del edificio estatal y cauces reguladores de su evolución que son... en definitiva, las que, con terminología de la doctrina alemana, reciben la denominación de garantías institucionales...]*¹⁵

En sentido parecido, Pérez Serrano expone que las garantías institucionales son facultades que se reconocen a determinadas instituciones para su adecuado funcionamiento, y no para hacerlas valer contra el Estado; se proyectan dentro del Estado, y no antes ni por encima de él; suponen una esfera de acción, más o menos amplia, marcada por la Constitución, y no un ámbito previo de competencia limitada. En resumen, la garantía institucional consiste en una protección especial otorgada por el Poder Constituyente a instituciones cuya regulación no conviene entregar a los caprichos o ligerezas del legislador ordinario.¹⁶

En fin, de lo que trata la garantía institucional es de proteger, frente al legislador, a ciertas instituciones cuya existencia ha considerado básica el Poder Constituyente, y como lo explica Jiménez Blanco, de protegerla en tres planos:

- i) En cuanto a la dirección, quiere evitarse que el legislador limite de tal modo a la institución, que se le prive prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirla en un simple nombre;
- ii) Con relación a la intensidad, quieren prevenirse agresiones del legislador al reducto indisponible o núcleo esencial que la Constitución garantiza, el cual se concreta en la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar; y,

12 / Parejo A., L. (1981). *garantía institucional y Autonomías Locales*. Madrid: Centro de Estudios de la Administración Local. Págs. 20 y ss.

13 / Schmitt, C. (1934). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial. Pág. 175.

14 / Corte Constitucional, Colombia. (1996). *Loc. Cit.*

15 / Parejo A., *Op. Cit.* Pág. 12.

16 / Pérez Serrano, N. (1976). *Tratado de Derecho Político*. Madrid: Civitas. Págs. 674 y ss.

- iii) Respecto a la dimensión temporal, quiere que el legislador considere que la imagen de la institución viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace.¹⁷

II. Algunos modelos de garantía institucional

Según Combellas, son garantías institucionales en Venezuela, la familia, por ser la “asociación natural de la sociedad” (Art. 75 de la Constitución); los sindicatos, como expresión del derecho de los trabajadores a constituir libremente organizaciones sindicales (Art. 95 eiusdem); y las universidades y su autonomía (Art. 109 eiusdem).¹⁸

En Alemania, Schmitt consideró ejemplos de garantía institucional a la autonomía municipal, la prohibición de Tribunales de excepción, el matrimonio como base de la vida familiar, el descanso dominical, el derecho de los funcionarios, y la libertad de ciencia y de enseñanza recogidas en la Constitución de Weimar.

Parejo también indica ejemplos de esta técnica, previstos en la Constitución española: las libertades ideológica y religiosa, vinculadas a las libertades públicas individuales (Art. 16); la libertad de comunicación, ligada a la libertad pública individual correspondiente (Art. 20.1); la libertad de enseñanza y la autonomía de las Universidades (Art. 27); el instituto matrimonial, previsto en el Artículo 32 y relacionado con el de la familia, previsto en el Artículo 39; los institutos de la herencia y la propiedad (Art. 33); la libertad de empresa (Art. 38), sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 128; la independencia judicial (Art. 117); la organización autonómica del Estado y, en especial, la autonomía de las Provincias y Municipios (Art. 137, en concordancia con los Artículos 2; 140 y 141); y los derechos históricos de los territorios forales (Disposición adicional primera).¹⁹

1. Autonomía local o municipal

Según Caballero, la idea del Poder Municipal se gestó durante la Revolución Francesa, como un poder originario y exclusivo de los municipios no opuesto a la soberanía nacional, que les permite tener un campo de actuación propio, ajeno a las interferencias del Estado (principalmente seguridad y salud pública). Tal como quedó arraigado el Poder Municipal en Eu-

ropa y en buena parte de América, los municipios tienen una personalidad originaria anterior al Estado pero integrada en él, que funge como un freno del exceso totalizador y de la quiebra de la libertad. Es así como Estado y entes locales se encuentran en un plano de igualdad como entidades político-territoriales. Así planteada, la autonomía local se concretaría en la gestión efectiva e independiente de una serie de asuntos, llamados locales, que conforman un núcleo mínimo e inatacable, sobre cuyo contenido se articula la idea de garantía institucional de la autonomía local.²⁰

También, refiriéndose a la autonomía local, y a la forma en que fue prevista por el Artículo 137 de la Constitución española, señala Porras que si bien ésta constituye uno de los pilares de la organización territorial del Estado, su regulación –detallada– quedó desatendida en el Texto Constitucional, por lo que corresponde al legislador completar los perfiles institucionales del autogobierno y de la autoadministración locales, vertiendo, con estos fines, una autonomía que ha de desarrollarse “en el marco de la Ley”.

Sin embargo, –acota Porras– en la Constitución pueden encontrarse parámetros interpretativos suficientes para delimitar los contornos de la autonomía local, definir su cualidad propia y orientar su desarrollo, avalando con ello la existencia de una auténtica garantía institucional destinada a su protección.

En tal sentido, los Artículos 137; 140; 141 y 142 de la Constitución española actúan sobre un concepto jurídico indeterminado, la “autonomía local”, para articular un grupo de normas destinado por la Constitución a garantizar, desde una perspectiva organizativa, el autogobierno local frente a cualquier intento de menoscabo del mismo por parte del legislador que dispone de un amplio poder o margen de conformación. De ahí que semejante garantía institucional tenga como finalidad básica, más que la fijación apriorística y pormenorizada de la dote competencial que asiste a los entes locales –tarea que le tocaría al legislador– la de tutelar el autogobierno de las corporaciones locales.²¹

Puede afirmarse que frente a la diversidad de significados y contenidos de la garantía institucional de la autonomía municipal, deben tenerse en conside-

17 / Jiménez Blanco, *Op. Cit.* Págs. 635-650.

18 / Combellas. *Op. Cit.* Pág. 69.

19 / Parejo. *Op. Cit.* Págs. 12-13.

20 / Caballero V., R. *Loc. Cit.*

21 / Porras R., J. M. (2000). La Defensa Frente a Leyes de la Autonomía Local ante el Tribunal Constitucional Español. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 99. México: UNAM. [Documento en línea]. Disponible: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/99/art/art6.htm>. [Consulta: 2005, Octubre 07].

ración, principalmente, los siguientes: i) Contenido subjetivo u organizativo: la existencia de las municipalidades; ii) Contenido objetivo o sustantivo: la autonomía como garantía de la gestión de los asuntos que interesen a la comunidad local; y, iii) Contenido institucional: la posición de las municipalidades en el desempeño de sus funciones, es decir, la autonomía como ejercicio bajo la propia responsabilidad del ámbito de funciones públicas confiado por el legislador, con lo que se alude a cierto grado de libertad e independencia que caracteriza la posición de la actuación de las municipalidades frente a injerencias de instancias superiores.²²

El Tribunal Constitucional español ha declarado –al menos desde 1981– que la autonomía local goza de una garantía institucional con un contenido mínimo que el legislador debe respetar (STC 84/1982), la cual supone el Derecho de la comunidad local a participar en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias, requiriéndose, para el ejercicio de esa participación, que los órganos representativos de la comunidad local estén dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autonómica es posible (STC 32/1981). Más allá de este límite de contenido mínimo que protege la garantía institucional, la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal, que permite, por tanto, configuraciones legales diversas, válidas en cuanto respeten aquella garantía institucional (STC 170/1989).²³

Al igual que los ordenamientos extranjeros, la Constitución venezolana de 1999 establece claramente la autonomía de los municipios, rigurosamente delimitada por la Ley nacional, tal como se desprende de los Artículos 168 a 173; 175 a 177; 181 y 182, entre otros. No obstante esta rigurosidad, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional no dudó en calificarla expresamente como una garantía institucional, por medio de la cual, los municipios asumen potestades políticas superiores como lo son la de legislar sobre los asuntos respecto de los cuales sean competentes, así como gestionarlos bajo

la coordinación a que hace referencia el Artículo 165 de la Constitución.²⁴

Para establecer la relevancia de la garantía institucional en este caso –que versaba sobre la intervención de la Policía Metropolitana (adscrita a un gobierno municipal) por parte de un ministerio adscrito al Poder Nacional– el Tribunal Supremo de Justicia señaló que la aludida coordinación procede sólo en las materias que son de la competencia concurrente, y rechazó la posibilidad de que por medio de la coordinación se pueda legitimar un control sustitutivo por parte del Estado respecto de la actividad de los entes regionales, señalando que en ninguna circunstancia la coordinación podrá suponer “una sustracción de las competencias de las entidades sometidas a la misma”.

Agregó el Tribunal Supremo que ni siquiera en el ejercicio de una facultad tan grave como la que la Constitución española prevé en su Artículo 155 –facultad del Gobierno central de imponer a una Comunidad Autónoma al cumplimiento forzoso de las obligaciones que la Constitución o las leyes les asignen–, “cabrá la disolución de órganos autonómicos, o la revocación de sus cargos” y “la necesidad de las medidas las obliga a cesar en cuanto el fin de la ejecución esté cumplido, o cuando las autoridades autonómicas se muestren dispuestas a la autocorrección...”; y para el caso de los cuerpos de policía municipales, concluyó el Supremo venezolano que,

... si bien “la autonomía local no excluye la constitucionalidad de ciertos mecanismos de control administrativo, sí es refractaria al mantenimiento de los Cuerpos de Policía Local en situación de subordinación al mando de las autoridades gubernativas y sometidos al principio de primacía y superior dirección de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado”.

2. Autonomía universitaria

Han considerado Leguina y Ortega, al comentar la Constitución española de 1978, que ésta optó –al igual que lo hizo la Constitución venezolana de 1999– por incluir la autonomía universitaria dentro del catálogo de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, colocando así el Derecho de Autonomía Uni-

22 / Faulo L., A. (1990). *Fundamentos Constitucionales de la Autonomía Local*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Págs. 256-257.

23 / Tribunal Constitucional, España. (1989). *Sentencia N° 170 del 19/10/1989*. [Documento en línea]. Disponible: http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/STC170_1989.html. [Consulta: 2005, Octubre 07].

24 / Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, Venezuela. (2002). *Sentencia N° 3343 del 19/12/2002*. [Documento en línea]. Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/3343-191202-02-2939%20.htm>. [Consulta: 2005, Noviembre 07].

versitaria en el más alto nivel de protección y garantía dispensado por la Constitución.

Aunque es posible que ello no haya sido técnicamente acertado –aclaran los nombrados autores– es un dato ineluctable que sirve de base a toda exégesis sobre el contenido y alcance de la autonomía de las universidades, de modo que, en los perímetros de la Ley, la libertad académica de las universidades goza de la misma protección constitucional que la otorgada a los demás Derechos y Libertades Públicas Fundamentales constitucionalizadas.²⁵

En contra de esta caracterización, sostiene Alegre que, si es verdad que las universidades son autónomas o deben funcionar en régimen de autonomía garantizada por la propia Constitución, pero se remite en bloque la concreción de esa autonomía a la Ley, no puede construirse esa autonomía como un Derecho Fundamental, sino como una típica garantía institucional, con todos los elementos que según la doctrina la caracterizan. En tal sentido, las universidades son instituciones cuyo fundamento radica en su propia razón de ser, como sede de la educación superior: la enseñanza y la investigación, que constituyen el soporte de la universidad, a la cual le es inherente la libertad, cualidad esencial al servicio público que ella presta. De allí que la autonomía universitaria preconice, desde el punto de vista de la organización universitaria, la autonomía como modelo institucional, como un correlato de la libertad científica.²⁶

No obstante –añade Alegre– sin perjuicio de reconocer que su principal virtualidad radica en consagrar y garantizar la libertad científica o, más ampliamente, la libertad académica, debe inscribirse en un fenómeno más amplio: la descentralización, por ende, expresa un principio organizativo en el que se sintetiza una fórmula singular de articulación de las relaciones entre el poder político y administrativo y las instituciones universitarias, que se traduce en el reconocimiento en beneficio de estas últimas de un amplio margen de libertad para la configuración de su organización y el desenvolvimiento de su actividad.²⁷

Respecto de su alcance como garantía institucional se ha dicho que no existiendo diferencia cualitativa entre la autonomía universitaria y la autonomía local, pues ambas forman parte del género autonomía ad-

ministrativa, los elementos que desde la perspectiva de la garantía institucional integran el contenido básico o esencial de la autonomía local, son, por vía analógica, traspolables al núcleo indisponible o básico de la autonomía universitaria, por consiguiente:

- i) La autonomía comportaría la existencia misma de la institución universitaria, por ende, el servicio público de enseñanza superior debe organizarse sobre el modelo institucional de las universidades.
- ii) Las universidades deberán contar con órganos representativos de la comunidad universitaria (de cada universidad y de la entera comunidad interuniversitaria) encargados de gestionar los intereses propios de la institución.
- iii) Las universidades –cada una y en conjunto– han de disponer de las potestades necesarias para llevar a cabo dicha gestión, en concreto, potestad normativa o reglamentaria, potestad organizativa, potestad de personal y disciplinaria, potestad de gasto o financiera y potestad de programación, debiendo todas ejercerse sin sujeción a controles genéricos o indeterminados de legalidad, ni con mayor razón, a controles de oportunidad, que en caso de existir, las colocarían en una situación de subordinación jerárquica, incompatible con la autonomía constitucionalmente reconocida.²⁸

No debe olvidarse –parafraseando al colombiano Escobar– que así como el Artículo 109 de la Constitución venezolana reconoce la autonomía universitaria como garantía institucional, también el Artículo 103 califica a la educación –incluso la impartida en las universidades– como un servicio público, de modo que, al delimitarse legislativamente los contornos de la autonomía universitaria, podrá establecerse la intervención estatal en cuanto sea necesario para establecer condicionamientos relativos a la creación y gestión de instituciones educativas, como forma de velar el Estado por la calidad de la enseñanza.

Así entendida, la garantía institucional tiene por finalidad evitar que el Estado intervenga de manera ilegítima en el proceso de creación y difusión del conocimiento, a fin de asegurar un espacio de plena autonomía en el que el saber y la investigación científica se pongan al servicio del pluralismo y no de visiones dogmáticas impuestas por el Poder Público, que coartarían la plena realización intelectual del ser humano e impedirían la formación de una opinión

25 / Leguina V., J. y Ortega A., L. (1982). Reflexiones sobre la Autonomía Universitaria. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 35. [Revista en DC]. Madrid: Civitas.

26 / Alegre A., J. M. (1986). En Torno al Concepto de Autonomía Universitaria. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 51. [Revista en DC]. Madrid: Civitas.

27 / Alegre A., J. M. *Loc. Cit.*

28 / Leguina V. y Ortega A., *Loc. Cit.*

pública crítica que proyecte el conocimiento en el proceso de evolución social, económica y cultural.²⁹

Recientemente estableció el Tribunal Constitucional español (STC 047/2005) que la autonomía universitaria encuentra su razón de ser en la protección de la libertad académica, en su manifestación de libertad de enseñanza, estudio e investigación, frente a todo tipo de injerencias externas, de manera que, en todo caso, la libertad de ciencia quede garantizada.

Respecto a su naturaleza de garantía institucional, agregó ese Tribunal que corresponde al legislador precisar y desarrollar esa autonomía, determinando y reconociendo a las universidades las facultades precisas que aseguren la libertad académica, o atribuyéndoles las facultades que garanticen el espacio de libertad intelectual, sin el cual no es posible la plena efectividad de la función esencial y consustancial a la institución universitaria.

Agregó el Tribunal Constitucional que la autonomía universitaria, cubierta como está por la garantía institucional establecida en el Artículo 27.10 de la Constitución española, tiene carácter instrumental respecto de Derechos Fundamentales de terceros (los titulares de las diversas vertientes de la libertad académica), y asegura, pues, el ejercicio libre de injerencias externas de las funciones que se encomiendan a la universidad. Y esta concepción instrumental es importante para determinar el contenido de la autonomía universitaria. Al menos de forma negativa puede afirmarse que las medidas que de ninguna manera puedan afectar a los Derechos Fundamentales que se protegen por la autonomía universitaria, tampoco pueden afectar a ésta.³⁰

Respecto al Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela, hay al menos una sentencia que ha reconocido la autonomía universitaria como garantía institucional, pero se ha dicho muy poco para precisar su alcance como tal. Apenas incidentalmente, la Sala Constitucional declaró que la autonomía universitaria reconocida por el Artículo 109 Constitucional, por ser la concreción de un Derecho Fundamental de trasfondo, el Derecho a la Educación, es protegible mediante amparo constitucional (sentencia del 21/11/2000, caso: Willian Dávila)³¹.

3. Libertad de empresa

La libertad de empresa aparece en el Artículo 112 de la Constitución venezolana, incorporada en el Título III sobre los Derechos Humanos, y específicamente encabeza el elenco de los Derechos Económicos, claramente configurada como el Derecho Fundamental que tienen todos de dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en la Constitución y en la Ley, por las razones que apunta el propio Texto Constitucional.

En sentido parecido, el Artículo 38 de la Constitución española incorpora como uno de los derechos de los ciudadanos –mas no como un Derecho Fundamental– el reconocimiento de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, protegida pero también sometida a las exigencias de la economía general y de la potestad pública de planificación a que se refiere el Artículo 131 eiusdem.³²

Inicialmente, el Tribunal Constitucional de ese país llegó a sostener, no sólo que la libertad de empresa era un Derecho, sino incluso que era un Derecho Fundamental, sólo que, conforme al Artículo 53 de la Constitución, no gozaba de protección mediante amparo constitucional (num. 2), sino que los límites del Derecho estaban asegurados por una doble garantía: la reserva legal y el llamado contenido esencial del Derecho (num. 1). (STC 037/1981; 046/1983 y 118/1983)³³.

No obstante, desde la STC 083/1984, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que el Artículo 38 contiene una garantía institucional, al afirmar que la libertad de empresa, además de tener una vertiente subjetiva (Derecho Público Subjetivo de rango constitucional, oponible al Estado), tiene también una vertiente objetiva, según la cual, la libertad de empresa es un principio que asegura la institución de la economía social de mercado recogida en la Constitución, la cual presupone la existencia de operadores económicos que actúen libremente en el tráfico mercantil.³⁴

En Venezuela, durante la vigencia de la Constitución de 1961 y mediante sentencia del 20/07/1996, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa sostuvo que,

32 / Rubio-Llorente, F. y Daranas P., M. (Comps.). (1997). *Las Constituciones de los Estados de la Unión Europea*. Barcelona: Ariel. Págs. 163 y 180.

33 / Vid. Rubio Ll., F. y cols. (1995). *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales: Doctrina Jurisprudencial*. Barcelona: Ariel. Pág. 614.

34 / Comentado por Hernández G., J. I. (2004). *Disciplina Jurídico-Administrativa de la Libertad Económica* (Conferencia dictada en el marco de las VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan R. Brewer-Carías", celebradas el 04/11/2004 en Caracas, Venezuela). *El Principio de Legalidad y el Ordenamiento Jurídico-Administrativo de la Libertad Económica (T. I)*. Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Pág. 188.

29 / Escobar P., B. (s.f.). *Una aproximación a la Noción Jurídica de Autonomía Universitaria*. [Documento en línea]. Disponible: <http://www.encolombia.com/educacion/unicentral4799edu-aproximacion.htm>. [Consulta: 2005, Octubre 07].

30 / Tribunal Constitucional, España. *Sentencia N° 047 del 03/03/2005*. [Documento en línea]. Disponible: <http://www.tribunalconstitucional.es/Stc2005/STC2005-047.htm>. [Consulta: 2005, Octubre 07].

31 / Consultada en: Ortiz-Álvarez, L. A. y Maionica H., G. (2004). *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia de Amparo Constitucional (1969-2004)*. Colección Jurisprudencia N° 2. Caracas: Sherwood. Pág. 312.

*... el Derecho constitucional a la libertad económica debe ser entendido como el Derecho que tienen los particulares que nadie podrá obligarlos o forzarlos, en contra de sus voluntades, a realizar una determinada y específica actividad profesional, comercial o industrial –salvo que la Constitución o las leyes dispongan, en casos excepcionales, lo contrario– o en todo caso, como garantía de que nadie podrá imponerles, arbitrariamente –es decir, fuera del contexto de la Constitución y las leyes– limitaciones a la operación lucrativa de su preferencia...*³⁵

Luego, no obstante que el Artículo 112 de la Constitución de 1999 fue muy claro al configurar la libertad de empresa como un Derecho Constitucional, la Jurisprudencia ha vacilado en reconocer ese carácter y equivocadamente ha querido caracterizarla como una garantía institucional. Buenos ejemplos de ello son:

i) La sentencia N° 462/2001 del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en la cual se indicó que el fin del Derecho a la libertad de empresa, constituye una garantía institucional frente a la cual los poderes constituidos deben abstenerse de dictar normas que priven de todo sentido a la posibilidad de iniciar y mantener una actividad económica sujeta al cumplimiento de determinados requisitos. Así, pues, su mínimo constitucional viene referido al ejercicio de aquella actividad de su preferencia en las condiciones o bajo las exigencias que el propio ordenamiento jurídico tenga establecidas.³⁶

ii) La sentencia proferida en marzo del 2003 por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, en la cual se señaló que el Artículo 112 de la Constitución establece el Derecho a la libertad de empresa, concebido como una garantía institucional de la realización y desarrollo de cualquier actividad empresarial, sin más limitación que las establecidas en la Constitución y en las leyes, que de ninguna forma puede privar a los interesados de la posibilidad de mantener su actividad económica.³⁷

Vigorosos críticos de esta postura jurisprudencial son Hernández y Casal, quienes indican, el primero,

que distinguir dos vertientes en la libertad económica es poco provechoso y esclarecedor, “sin perjuicio de la crítica que debe formularse al extrapolar la teoría de la garantía institucional a la teoría de los Derechos Constitucionales”, pero que en todo caso, hecha ya esa distinción, su propósito debe consistir en reforzar el Derecho frente a la intervención de los Poderes Públicos, que tendrá dos límites: i) La imposibilidad de desvirtuar la libertad de empresa, como principio que garantiza la economía social de mercado; y, ii) La imposibilidad de restringir ilegítimamente el ejercicio del Derecho Subjetivo de los ciudadanos a desplegar libremente su iniciativa económica.³⁸

Por su parte, Casal apunta que carece de sentido injertar en el ámbito de la libertad económica una categoría polémica y ambigua como la de la garantía institucional, mucho menos si la Constitución nada aporta para tal cosa, y que esa libertad es un auténtico Derecho Constitucional, que ha de asegurarse tanto como sea posible, y cuya abolición o desnaturalización está proscrita por la teoría del contenido esencial del Derecho, lo cual hace innecesaria la teoría de la garantía institucional en este ámbito.³⁹

En cuanto a los atributos de la libertad económica, precisa Hernández que son tres: i) El Derecho de acceso al mercado: esto es, el Derecho a emprender, en condiciones de igualdad, actividades económicas (excluyendo las reservadas al Estado), sin perjuicio de su ordenación por la Administración; ii) El Derecho al ejercicio de la empresa: que se basa en dos pilares básicos: la autonomía privada empresarial (o libertad de decisión empresarial) y la libre competencia; y, iii) El Derecho a cesar en el ejercicio de la actividad emprendida y, correlativamente, el Derecho a permanecer en el ejercicio de esa actividad.⁴⁰

En este mismo orden de ideas, Badell sostiene que el contenido esencial de la libertad económica es la libre iniciativa privada, lo cual comprende la libertad de emprender cualquier negocio que no esté expresamente reservado al Estado (Derecho de acceso) y la libertad de tomar decisiones relativas a la operación del negocio (dirección y ejercicio de la empresa), ambas inmutables, incluso para el legislador; y otras manifestaciones no esenciales al Derecho serían el Derecho de libre contratación, el Derecho de asociación y el Derecho a la organización empresarial, limitables mediante Ley, siempre que se haga por razones

35 / Citada por Hernández G., J. I. (2004). *Op. Cit.* Pág. 187.
36 / [Documento en línea]. Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/Decisiones/scon/Abril/462-060401-00-0900%20.htm>. [Consulta: 2005, Octubre 07].
37 / [Documento en línea]. Disponible: <http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2003/marzo/101-31-22.829-.html>. [Consulta: 2005, Octubre 07].

38 / Hernández G., J. I. (2004). *Op. Cit.* Págs. 188-189.
39 / Casal H., J. M. (2004). *Op. Cit.* Pág. 71.
40 / *Idem.* Págs. 202-208.

de interés general y respetando el principio de proporcionalidad.⁴¹

4. Matrimonio

El matrimonio –entre hombre y mujer– como garantía institucional, o el matrimonio heterosexual como institución constitucionalmente protegida, es un asunto que originó polémica en España, con motivo de la reciente aprobación por las Cortes –el Parlamento– de ese país-, de una legislación que permite o reconoce el matrimonio entre homosexuales o personas del mismo sexo. El origen de la polémica se halla en la redacción empleada por el Artículo 32 de la Constitución española, según el cual, “[e] hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”, pero no se dice que necesariamente deban contraer matrimonio entre sí.

En criterio de Díez Picazo –ex magistrado del Tribunal Constitucional– tanto el Artículo 12 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos como el precitado Artículo 32 prestan una garantía institucional a un instituto muy concreto como lo es el matrimonio, contraído por un hombre y una mujer, que tiene una función institucional: la procreación y fundación de una familia. Por esa razón –prosigue el autor– no hay razón alguna para que el Estado fomente otro tipo de uniones que carezcan de esa función institucional, sin perjuicio de encontrar para ellas soluciones justas, pues la procreación y el matrimonio son el sustrato último de la idea de familia, y por ello es Derecho de Familia. De allí que cualquier otro tipo de uniones que las personas establezcan entre sí, tendrán un carácter asociativo pero no pertenecen al ámbito del Derecho de familia.⁴²

Navarro-Valls, al comentar el dictamen proferido por el Consejo de Estado de España –a propósito de la consulta requerida por el Gobierno que promovió la reforma legislativa–, señala que ese Consejo llegó a la conclusión de que el anteproyecto de reforma crea un “riesgo de afectación de la garantía institucional del matrimonio”, lo cual –desde el punto de vista de ese autor–, implica el temor fundado de que esa garantía institucional peligre si se admite que la

discrecionalidad legislativa puede llegar al extremo de alterar la nota de heterosexualidad del matrimonio, sin respetar ese contenido mínimo esencial que lo hace jurídicamente reconocible.

*Tal vez por eso, el Consejo de Estado concluye que “la garantía institucional impide alterar la institución matrimonial más allá de lo que su propia naturaleza tolera”. Lo que viene a decir es que, si las instituciones (entre ellas el matrimonio) pueden ser adaptadas al espíritu de los tiempos, esta adecuación no puede hacerse en términos que las hagan irreconocibles por la conciencia social de cada tiempo y lugar. Así ocurriría si se optara por reconocer “un Derecho al matrimonio” de las parejas homosexuales. Con ello –añade el Consejo– se “forzarían los principios articuladores del matrimonio, de acuerdo con la concepción de éste que actualmente impera tanto en España como en Europa”. Piénsese, en esta línea, que el último censo realizado en España... revela (Instituto Nacional de Estadística, datos hechos públicos en agosto de 2004) que las parejas homosexuales que conviven y se han censado suman 10.474 del total de 9.563.723 parejas, es decir, el 0.11% del total de las censadas en España. No parece que la demanda de un hipotético y futuro “matrimonio homosexual” sea de tal entidad que merezca la desproporcionada reacción legal de alterar el rasgo más significativo del matrimonio en toda su historia. De ahí que el Consejo de Estado concluya que, desde la perspectiva de esta garantía institucional, es un “contrasentido” afirmar que “para fortalecer la protección de los homosexuales deban ser incorporados a la Garantía del Art. 32 (de la Constitución). Si el contenido de esa Garantía queda en manos del legislador, la Constitución no ofrece Garantía alguna; si por el contrario, hay protección constitucional, el legislador tiene límites y no puede, por tanto, disponer libremente de la institución garantizada por la Norma Fundamental”.*⁴³

En igual sentido se pronunció la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, en cuyo informe se señala que el Artículo 32 de la Constitu-

41 / Badell M., R. (2004). Fundamentos Jurídicos de la Regulación Económica (Conferencia dictada en el marco de las VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan R. Brewer-Carías”, celebradas el 04/11/2004 en Caracas, Venezuela). *El Principio de Legalidad y el Ordenamiento Jurídico-Administrativo de la Libertad Económica (T. II)*. Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Pág. 49.
42 / Díez Picazo, L. (1999). Prólogo. *Familia y Cambio Social*. Citado en: [Documento en línea]. Disponible: <http://www.ecologia-social.org/noticia.asp?id=18790>. [Consulta: 2005, Octubre 07].

43 / Navarro-Valls, R. (2004). Regulación de matrimonios gays: Un dictamen polémico. *El Mundo*, 28/12/2004. [Documento en línea]. Disponible: <http://www.unav.es/civil/nsd/nosindebate/mhnavarrovals.doc>. [Consulta: 2005, Octubre 07].

ción contiene una garantía institucional del matrimonio, que asegura la existencia de éste en el ordenamiento jurídico con un contenido predeterminado, y que determina la inconstitucionalidad de las normas legislativas que tengan por objeto: suprimirla, vaciarla de su contenido, o crear figuras paralelas que lleguen a resultados similares.

Explica la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación que no puede hablarse de un “Derecho a contraer matrimonio” (Art. 32) como Derecho Fundamental, si previamente no existe la institución a la cual se presta la adhesión, es decir, si previamente no existe la institución del matrimonio. Y subraya, que cuando el precepto coloca como Sujetos del Derecho al hombre y a la mujer, hace referencia a una institución que era, en el momento de dictarse la Constitución, y que sigue siéndolo, perfectamente conocida. En otras palabras, si bien la Constitución supone un momento fundacional del ordenamiento jurídico, ella no opera en el vacío, todo lo contrario, constantemente se refiere a conjuntos normativos, figuras e instituciones que preexisten a ella, y en tal sentido, el uso de las designaciones de los conjuntos normativos, figuras e instituciones, es también el que preexistía (propiedad privada, fundación, etcétera).

Remata señalando la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación que,

La función social del matrimonio consiste en ser el momento fundacional de una familia entendida como progenie. Es verdad que el ordenamiento reconoce variantes matrimoniales sin fundación de familia, o lo que es lo mismo sin la progenie. Ocurre así en los matrimonios de personas de edad avanzada o en los casos de esterilidad por regla general. Mas las excepciones confirman la regla general. Desde el punto de vista jurídico no puede decirse que el matrimonio sea un instrumento para dar cauce a la afectividad de las personas. Es un error que han cometido algunas de nuestras más recientes leyes al utilizar la idea de “semejantes vínculos análogos de afectividad” o cosas parecidas. Sin negar que eso pueda ocurrir y que eso ocurra, lo que se garantiza con el matrimonio es un compromiso de vida común y que es independiente de las relaciones de afectividad, porque éstas pertenecen al terreno de la intimidad. Prueba palmaria de ello es que en el Código Civil se habla de consentimiento

matrimonial para designar esa especial voluntad o compromiso. ⁴⁴ (Itálicas a color añadidas)

En el orden de las ideas precedentemente expuestas, puede decirse que el Constituyente español de 1978 no vio necesario aclarar en el Artículo 32 que el matrimonio de hombre y mujer debía ser “entre sí”, posiblemente porque era tan obvio, que lo dio por supuesto. Es más, si se sigue al Tribunal Constitucional español, debe agregarse que el propósito del citado Artículo 32 es “la plena igualdad jurídica de los cónyuges” (STC 045/1989)⁴⁵, y más específicamente, “la igualdad jurídica de hombre y mujer en el matrimonio”, una vez superados los postulados históricos que hacían del hombre la “cabeza de familia” y colocaban a la mujer en situación de inferioridad en la vida jurídica y social (STC 241/1988)⁴⁶, de allí que, descuella lógico inferir que el matrimonio al que se refiere el Artículo 32 es el matrimonio heterosexual. En todo caso, impugnada como fue la reforma del Código Civil ante el Tribunal Constitucional, habrá que esperar su fallo definitivo.

En Venezuela no queda la menor duda que tanto el matrimonio como el concubinato heterosexuales, son instituciones protegidas constitucionalmente, y como tales, garantías institucionales, puesto que, conforme al Artículo 77 de la Constitución de 1999, “[s]e protege el matrimonio entre un hombre y una mujer”; y a las “uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer, que cumplan los requisitos establecidos en la Ley”, podrán atribuírseles los mismos efectos que el matrimonio, ello en claro reconocimiento de que tanto el matrimonio como el concubinato heterosexuales, son instituciones de convivencia que para el momento de sancionarse la Constitución, eran perfectamente conocidas por el Constituyente, no así las formas de convivencia homosexuales.

Ello no quiere decir en modo alguno que las uniones entre personas del mismo sexo estén proscritas o algo parecido, sino que, sin una reforma constitucional, el legislador podrá instrumentarles soluciones de tipo asociativo, pero nunca reconocer matrimonios entre homosexuales, ni atribuirles a concubinatos de esta naturaleza, efectos similares a los de un matrimonio o concubinato heterosexual.

44 / Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. (2005). Informe que emite la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación acerca del Proyecto de Modificación del Código Civil en Materia de Derecho a Contraer Matrimonio. [Documento en línea]. Disponible: <http://rajyl.insde.es/>. [Consulta: 2005, Octubre 07].

45 / Vid. Rubio Ll., F. y cols. (1995). *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales: Doctrina Jurisprudencial*. Barcelona: Ariel. Pág. 528.

46 / *Idem*.

III. Protección judicial de las garantías institucionales

Como lo plantea Díez-Picazo, *mutatis mutandi* en el caso de Venezuela, la dificultad que plantean las garantías institucionales es si, al menos las contempladas en el Título III de la Constitución, están protegidas o no por el régimen reforzado de protección que establecen los Artículos 25 y 27 de la Constitución. Esto es, si su infracción acarrea similares consecuencias que la violación de un Derecho constitucional, o sea, la nulidad del acto infractor y la tutela mediante amparo constitucional.

Durante la vigencia de la Constitución derogada (1961), la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, mediante sentencia de fecha 02/10/1997 (caso: Municipio El Hatillo), determinó que al no ser la autonomía municipal –una típica garantía institucional– un Derecho Constitucional, ni tampoco una Garantía, entendida como un medio de protección de aquel Derecho, no era susceptible de protección a través del Artículo 49 de la Constitución entonces vigente, el cual consagraba la acción de amparo constitucional, sólo para proteger Derechos y Garantías constitucionales.⁴⁷

Ya puesta en vigencia la Constitución de 1999, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, mediante sentencia de fecha 21/11/2000 (caso: Willian Dávila), ratificó lo anterior, pero no sin tornasoles, al señalar que,

... entes político-territoriales como los Estados o Municipios, sólo han de acudir al amparo para defender los Derechos o libertades de los que puedan ser titulares, como el Derecho al debido proceso, o el Derecho a la igualdad, o a la irretroactividad de la ley. En cambio, no pueden accionar en amparo para tutelar la autonomía que la Constitución les reconoce o las potestades y competencias que aquélla comporta.

La autonomía de un ente público únicamente goza de la protección del amparo cuando la Constitución la reconoce como concreción de un Derecho Fundamental de trasfondo, como ocurre con la autonomía universitaria respecto del Derecho a la educación (Artículo 109 de la Constitución). (Itálicas añadidas)⁴⁸

El Tribunal Supremo de Justicia parece confirmar que en principio, las garantías institucionales no gozan de la protección reforzada mediante acción de ampa-

ro constitucional, salvo que sean la concreción de un típico Derecho Constitucional, como serían los casos de las autonomías de las universidades, de las iglesias y de los sindicatos (expresión de las libertades de enseñanza, religiosa y sindical, respectivamente), y de los sistemas públicos de salud y de seguridad social (forma de concreción de esos mismos derechos), en cuyo caso sí gozarán de esa protección reforzada.

Aunque el Tribunal no lo mencione en esta forma, puede agregarse que una pista para determinar si la garantía institucional está vinculada o no con un Derecho Constitucional, es precisamente su ubicación en el Texto Constitucional, en el sentido que, cuando se radique en el Título III de la Constitución, podrá presumirse que la Garantía es la concreción de un Derecho Constitucional, y cuando se localice fuera de ese Título, podrá presumirse lo contrario.

47 / Vid. Ortiz-Álvarez y Maionica. *Op. Cit.* Pág. 311.
48 / *Idem.* Pág. 312.

Francisco Hung Vaillant

Abogado por la Universidad Central de Venezuela. Doctor en Derecho. Profesor de pre y postgrado de las Universidades Central de Venezuela y Metropolitana donde ha desempeñado importantes funciones académicas. Es conocido por sus publicaciones en los ámbitos del Derecho Civil y del Derecho Mercantil. Entre ellas figuran: El Derecho a la Propia Imagen, El Arbitraje en la Novísima Ley Orgánica Procesal del Trabajo, Sociedades, etcétera y numerosos artículos y estudios monográficos.

La responsabilidad de los socios en las sociedades civiles

Sumario

1. Planteamiento del Problema
2. La posición de nuestra doctrina relevante
3. El contenido de los artículos 1671 y 1672 CC
4. La responsabilidad de los socios singulares por las obligaciones de la sociedad
5. Las relaciones externas en las sociedades irregulares o no legalmente constituidas
6. La responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad en el caso de la sociedad con personalidad jurídica
7. Conclusiones

Resumen

El derecho venezolano, a diferencia de otros países, reconoce personalidad jurídica a las sociedades civiles. Surge entonces la pregunta por la responsabilidad patrimonial individual de los socios de las sociedades civiles legalmente establecidas. La respuesta a esta pregunta es tanto más necesaria cuanto que no está claro si las normas del Código Civil sobre tal responsabilidad sólo son aplicables a las sociedades civiles no legalmente constituidas. Se arriba a afirmar que ese es el sentido pero, no obstante, aun a los socios de las sociedades civiles legalmente constituidas, en cuanto a responsabilidad personal, les son aplicables subsidiariamente las normas del Código de Comercio referentes a las sociedades de personas. Lo mismo rige para las asociaciones civiles y para las corporaciones.

Abstract

According to Venezuelan law, in clear difference from the law of other countries, legal personality to civil societies is fully recognized. The question that remains is which is the liability of individual *partners*. The rules are not clear insofar as if this liability applies only in the case in which a society has not been regularly constituted. It is commonly said that these rules are applicable only to civil societies not legally constituted, but nevertheless even partners of legally constituted civil associations have an individual liability to which are perfectly applicable in a subsidiary way, the rules of commercial law concerning the societies of individuals. The same applies to civil associations and to professional associations.

cumplido las formalidades legales para la adquisición de la personalidad jurídica.

Como es sabido, una de las principales consecuencias del reconocimiento de la personalidad jurídica a entes distintos de las personas naturales consiste en la separación o autonomía de los patrimonios. Por una parte, el patrimonio del ente al cual el sistema jurídico reconoce personalidad jurídica, y por la otra, los patrimonios individuales de cada una de las personas que acordaron la constitución del nuevo ente. La consecuencia más inmediata de este sistema se puede expresar señalando que, en principio, las obligaciones asumidas por la persona jurídica no afectan el patrimonio de los socios singulares. Esta regla, que tiene su origen en el principio del reconocimiento de la personalidad jurídica, sufre excepciones en materia de sociedades mercantiles. En efecto, si bien en situaciones normales los socios de las sociedades anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada sólo responden por las obligaciones sociales con lo aportado o prometido aportar a la sociedad, en los casos de la sociedad en nombre colectivo y de la sociedad en comandita, existe una responsabilidad solidaria de los socios singulares por las obligaciones contraídas por la sociedad. En este sentido, todos los socios en la sociedad en nombre colectivo (ordinal 1° del artículo 201 CCo.) y los socios **comanditantes** en la sociedad en comandita (ordinal 2° del artículo 201 CCo.), responden solidariamente de las deudas de la sociedad.

Nuestra doctrina es pacífica en el sentido de admitir que la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios colectivos y comanditantes -prevista en los ordinales 1° y 2° del artículo 201 CCo., es una responsabilidad subsidiaria, esto es, una responsabilidad en segundo grado: los acreedores sociales pueden ir en contra del patrimonio de los socios sólo después que se han dirigido infructuosamente en contra de la sociedad. Dicho de otro modo, la responsabilidad de los socios singulares únicamente procede cuando los acreedores no han logrado la satisfacción de sus acreencias sobre el patrimonio de la sociedad por insuficiencia de activos.³ Esta posición se fundamenta en el contenido de la última disposición del artículo 228 CCo.

1. Planteamiento del Problema.

Nuestro Código Civil (Arts. 19 y 1651) y nuestro Código de Comercio (Art. 201 antepenúltimo aparte), a diferencia de otros códigos,¹ reconoce personalidad jurídica tanto a las sociedades civiles como a las sociedades mercantiles. Con relación a las sociedades civiles, nuestro CC dispone que la personalidad jurídica la adquirirán con la protocolización de su acta constitutiva “en la Oficina Subalterna de Registro del Departamento o Distrito en que hayan sido creadas” (ordinal 3° del artículo 19 CC).²

La forma de adquisición de la personalidad jurídica por parte de las sociedades civiles deja abierta la posibilidad de que existan sociedades civiles sin personalidad jurídica, esto es, aquellas que no hayan

1 / Así, conforme a la doctrina dominante, la llamada “sociedad simple” del Código Civil Italiano. Ver BARBERO, Doménico: Sistema del Derecho Privado. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1962. Traducción de Santiago Sentis Melendo de la Sexta Edición Italiana. Tomo IV. p. 329. También MESSINEO, Francesco: Manual de Derecho Civil y Comercial. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1979.

Traducción de Santiago Sentis Melendo de la Octava Edición Italiana. Tomo V. p.323, donde cita opiniones divergentes de BOLAFFI y GRAZIANI. En la doctrina venezolana Cfr. MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: Curso de Derecho Mercantil. UCAB. Caracas. 1998. Cuarta Edición. Tomo II. P.792, quien cita el caso de los Derechos Norteamericano e Inglés en los cuales carecen de personalidad jurídica la *partnerships* y las *compañías*.

2 / En la actualidad no existen los Departamentos y Distritos como unidades geográfico-políticas del territorio, quedando dividido éste en el Distrito Capital y los Estados, y éstos últimos en Municipios. Por otra parte, la Ley de Registro Público y del Notariado eliminó las Oficinas Subalternas de Registro y creó un Registro Civil con una o más oficinas en las capitales de los Municipios. La inscripción de las personas jurídicas de carácter civil corresponde a una sesión del Registro Civil (Art. 64 LRPN) y dicha función es realizada actualmente por los Registros Principales.

3 / Cfr. GOLDSCHMIDT, Roberto: Curso de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho. UCV. Caracas, 1974. p. 251, nota N° 9 en la cual cita opinión conforme de Alfredo De Gregorio y opinión crítica de lege ferenda de Carlos Morales. Ver también, MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: Curso de Derecho Mercantil. UCAB. Caracas, 1998. Tomo II. pp. 902-903 en donde se hace un completo recuento de la doctrina nacional sobre el punto.

La manera en la cual los socios singulares responden ante terceros por las deudas sociales, -prevista en el artículo 201 CCo.-, puede ser modificada en la práctica cuando existan razones suficientes para que en un caso concreto se apliquen los principios de la llamada “doctrina de levantamiento del velo societario” o suspensión de los efectos de la personalidad jurídica de la sociedad.⁴

El sistema acogido por nuestro CC permite expresar dos afirmaciones: a) En materia mercantil existe, en forma expresa, un tratamiento diverso –en cuanto a responsabilidad de socios singulares por las deudas de la sociedad– que depende: i) De la circunstancia de que se hayan o no cumplido las formalidades exigidas por la ley para la regular constitución del ente (inscripción en el Registro Mercantil y publicación subsiguiente) y ii) del diferente tipo de sociedad mercantil, esto es, si se trata de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, por una parte, o de sociedades colectivas o comanditarias, por la otra; y, b) En las sociedades que no han cumplido con las formalidades legales de publicidad (sociedades irregulares o no regularmente constituidas), existe responsabilidad directa de los socios sea cual fue la forma de la sociedad (Arts. 219 y 220 CCo).⁵ En las sociedades de personas, la responsabilidad de los socios por las deudas sociales existe aún en el caso de que la sociedad esté regularmente constituida (ordinales 1º y 2º del artículo 201 CCo.). No obstante, si ellas no han cumplido con las formalidades previstas en la ley a los efectos de su regular constitución, la responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad se produce de manera directa y no subsidiaria.

Por cuanto nuestro sistema positivo reconoce personalidad jurídica a las sociedades civiles, cabe interrogarse acerca del sistema de responsabilidad de los socios por las obligaciones sociales, tanto en el caso de las sociedades que no han cumplido las formalidades requeridas por los artículos 19 y 1.651 CC, como por las sociedades regularmente constituidas.

Con relación a este último punto hay que indagar si tal responsabilidad existe y bajo cuáles supuestos. Las conclusiones a las cuales se arrije en la dirección

4 / Acerca del tema puede verse MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: Obra citada. pp. 811-823. También nuestro trabajo: *Sociedades*. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2002. Sexta Edición. pp.321-361 en el cual se cita doctrina venezolana y jurisprudencia. También informan útilmente los trabajos de Ely Saúl Barboza, José Antonio Muci Borjas y Marisol Sarria Pietri publicados en el Libro Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1904. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2004.
5 / Omitimos expresamente mencionar la discusión acerca de si las sociedades irregulares tienen o no personalidad jurídica. Al respecto puede verse: MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: Obra citada. pp.802-811.

indicada, serían igualmente aplicables a las asociaciones civiles y a las corporaciones.

Con relación al problema arriba formulado, debe destacarse que la Sección II, Capítulo I Título X del Libro Tercero del Código Civil, tiene por título: “De las obligaciones de los socios para con los terceros”; Sección integrada por apenas dos artículos cuya exégesis arroja serias dudas acerca de si su contenido debe aplicarse a las sociedades regularmente constituidas o sólo a aquellas que no han cumplido las formalidades exigidas por los artículos 19 y 1.651 CC.

Las presentes notas constituyen una limitada investigación acerca de las interrogantes planteadas, interrogantes para las cuales esperamos lograr una propuesta de respuesta.

2. La posición de nuestra doctrina relevante.

Una autorizada y respetada doctrina venezolana parece no ver problema alguno en el sistema de nuestro Código Civil y parece entender que el artículo 1.671 CC se aplica a la sociedad civil con personalidad jurídica. Para esta doctrina –en aplicación de la precitada norma legal–, la responsabilidad de los socios singulares por las obligaciones contraídas en nombre de la sociedad, estaría presente en los casos siguientes: a) Cuando el socio de quien se trate **celebró personalmente** con el tercero el acto que origina la obligación (énfasis nuestro); b) Cuando el administrador, debidamente facultado (dentro de los límites de sus poderes) celebra el acto **en nombre de la sociedad** (énfasis nuestro), y, c) En el caso de que no exista administrador de la sociedad y uno de los socios celebra el acto que da nacimiento a la obligación dentro de los límites y facultades que señala el artículo 1.668 CC.

La mencionada doctrina agrega que el socio singular puede quedar obligado ante terceros “por enriquecimiento sin causa”;⁶ último supuesto que interpretamos como aquél en el cual el socio singular **se ha beneficiado directamente** del negocio del cual surgió la obligación.

La exégesis utilizada por la doctrina comentada nos parece que no se compeadece totalmente con un sistema que reconoce personalidad jurídica a la sociedad civil. En efecto, si el ente está dotado de personalidad jurídica, no queda muy claro que el socio singular quede obligado frente al tercero cuando quien ha actuado es el administrador de la sociedad

6 / Cfr. AGUILAR GORRONDONA, José Luis: *Contratos y Garantías*. Derecho Civil IV. UCAB. Caracas, 2002. Décima Segunda Edición. p. 517.

y ha celebrado el negocio en nombre de ésta (caso bajo "b").

Igual comentario merece el caso de que no existan estipulaciones en el acta constitutiva de la sociedad acerca del modo de obligar al ente (caso bajo "c"). En efecto, para este supuesto el ordinal 1º del artículo 1.668 CC tan sólo establece una presunción de apoderamiento recíproco entre los socios.

Finalmente, en lo que se refiere al caso bajo "a", parece lógico que el socio singular quede obligado para con el tercero si "celebró personalmente" (destacado nuestro) el acto del cual deriva la obligación y no estuviere autorizado para concluir el negocio respectivo. Sin embargo, en tal caso la obligación no habría sido contraída en nombre de la sociedad, sino en nombre del socio singular.⁷

Otra importante doctrina nacional parte de la premisa de que los artículos 1.671 y 1.672 CC son aplicables únicamente a la sociedad sin personalidad jurídica⁸ y asienta que cuando no se han cumplido "las prescripciones de la Ley para formar una personalidad jurídica distinta de cada uno de sus miembros", "no hay sociedad deudora sino socios, pues aquella no existe en realidad respecto de los terceros" (énfasis nuestro).

De los artículos 1.671 y 1.672 CC, esta doctrina deduce las consecuencias siguientes: "1º Que la solidaridad no existe entre socios; 2º Que la obligación **contratada conjuntamente** por todos los socios, da al acreedor una **acción directa** contra cada uno de ellos por una parte igual; 3º Que la obligación contratada a nombre de la sociedad por un socio mandatario, dentro de los límites de sus poderes, obliga asimismo a cada uno de los socios por su parte viril"⁹ (énfasis nuestros).

Acerca de la opinión transcrita, parecería no existir objeciones en los casos señalados en el 1º y 3º. Sin embargo, de la afirmación contenida con el número 2º se tendría que deducir que en el supuesto de la sociedad civil sin personalidad jurídica, el socio singular que no interviene en una determinada relación contractual no resulta responsable de la obligación nacida del negocio jurídico respectivo. Dicho de otra manera, parecería que la doctrina comentada se puede concretar señalando que en las sociedades civiles sin personalidad jurídica, los socios singulares

sólo son responsables por aquellas obligaciones derivadas de actos jurídicos en cuyo perfeccionamiento han intervenido -sea actuando personalmente, sea a través de mandatario-; mandato éste que se presume para la administración de la sociedad de conformidad con el texto del artículo 1668 CC.¹⁰

Finalmente, esta doctrina sostiene -en cuanto a los bienes que hayan sido aportados a la sociedad-, que tales bienes "pertenecen a los socios en comunidad".¹¹

Para los autores comentados, cuando se trata de una sociedad civil con personalidad jurídica, la responsabilidad de los socios singulares se regula en idéntica forma, sólo que dicha responsabilidad procede "después que los acreedores sociales hayan ejecutado los bienes de la sociedad".¹²

MARIN parece aceptar la tesis de ARISMENDI y ARISMENDI y explícitamente sostiene que los artículos 1.671 y 1.672 CC son aplicables a la sociedad civil sin personalidad jurídica, argumentando al efecto que "de otra manera no tendría sentido que la obligación fuera contratada conjuntamente por todos los socios".¹³ Con relación al caso de la sociedad civil con personalidad jurídica, MARIN afirma que la responsabilidad de los socios singulares por las obligaciones sociales es subsidiaria "en el sentido de que primero [los acreedores] deberán agotar los bienes sociales en procura de la solución de sus créditos y sólo en el caso de resultar infructuoso el intento podrán perseguir a los socios"¹⁴ (corchetes nuestros). Este autor no señala los argumentos a través de los cuales llega a la afirmación transcrita.

Otra doctrina nacional -también igualmente respetable- parte de la base del reconocimiento de la aplicabilidad de los artículos 1.671 y 1.672 CC únicamente a la sociedad civil sin personalidad jurídica¹⁵ y complementa su tesis señalando que el legislador de 1.942 reguló dos tipos de sociedad civil: "... una, nueva, que podría adquirir la personalidad jurídica mediante la protocolización del contrato social; y, otra, que sin cumplir con el requisito de protocolización, quedaría gozando de una simple autonomía

10 / Sin embargo, habrá que aclarar que la presunción de existencia de mandato establecida en la última norma citada, sólo se producirá cuando se hubieren omitido estipulaciones especiales acerca del modo de administración, ya que es éste el supuesto de la presunción de recíprocos poderes otorgados por los socios.

11 / Crr. ARISMENDI, José Loreto y ARISMENDI (hijo), José Loreto: Obra citada. p. 136.

12 / ARISMENDI, José Loreto y ARISMENDI (hijo), José Loreto: Lugar citado.

13 / MARIN E. Antonio Ramón: Contratos. Universidad de Los Andes. Mérida, 1998. Volumen III. p. 122.

14 / MARIN E. Antonio Ramón: Lugar citado.

15 / Así, BORJAS, Leopoldo: Instituciones de Derecho Mercantil. Las Sociedades. Ediciones Schmell, C.A. Caracas, 1.975. p.63. También pp. 216-217.

7 / Probablemente en este último supuesto es posible lograr una responsabilidad de la sociedad por la vía del enriquecimiento sin causa cuando en el caso concreto se encuentren dados los supuestos para la procedencia de dicha figura.

8 / En este sentido ARISMENDI, José Loreto y ARISMENDI (hijo), José Loreto: Tratado de las sociedades civiles y Mercantiles.

Ediciones Ariel. Caracas-Barcelona, 1964. p.135.

9 / Ibidem.

patrimonial y que vendría a ser la misma vieja sociedad civil regulada en el código modificado”.¹⁶ Este autor, señala que –conforme a su parecer– “... el legislador pondría a disposición de los socios los dos tipos de sociedades, para que ellos escogieran según sus propios intereses”¹⁷ y sostiene que en la sociedad civil con personalidad jurídica “las obligaciones sociales **están garantizadas por un capital determinado** y los socios no están obligados sino por el monto del capital aportado, y esta obligación solo subsiste frente a la sociedad y no frente a los terceros, **quienes no pueden pretender ningún derecho contra los socios**”.¹⁸ En fin, Borjas equipara en este campo la situación de la sociedad civil con personalidad jurídica a la “Sociedad Anónima Mercantil”.¹⁹ Esta tesis contrasta –como se evidencia claramente– de la sostenida por la doctrina nacional mayoritaria.²⁰

3. El contenido de los artículos 1671 y 1672 CC.

A primera vista, –si se toma al pie de la letra el nombre de la sección de la cual forman parte las normas citadas–, la respuesta a la pregunta acerca de la responsabilidad de los socios por las obligaciones asumidas por la sociedad civil se encuentra en los artículos 1.671 y 1.672 CC. Se hace pues preciso analizar exhaustivamente las mencionadas normas para determinar si ellas contienen realmente las respuestas a las preguntas formuladas o si, por el contrario, existe en la materia que nos ocupa una laguna legislativa por incoherencia de las normas con el Sistema.

3.1. El artículo 1.671 CC. Esta norma contiene dos disposiciones diversas. En primer lugar establece en forma expresa la **no responsabilidad solidaria** de los socios por las deudas de la sociedad. Dicho de otra forma, los acreedores de la sociedad civil no pueden exigir a los socios el pago de la totalidad de la obligación asumida por la sociedad. De esta disposición se deduce:

- i) *Que los socios singulares son co-deudores de las obligaciones sociales, ya que si la Ley no los considerara como tales, resultaría inútil señalar la forma en la cual “no quedan obligados”; esto es, resultaría sin sentido la disposición que señala que los socios singulares no pueden ser*

constreñidos al pago de la totalidad de la deuda social. La afirmación anterior implica que los socios singulares responden (de alguna forma) por las obligaciones sociales. No nos dice el artículo 1.671 (tampoco el 1.672), si tal responsabilidad de los socios singulares es directa o subsidiaria. Por lo demás, la disposición aparece como paralela al contenido del artículo 107 CCo que establece una presunción de la solidaridad de los codeudores en materia mercantil. Finalmente, parecería posible afirmar que la disposición en comento resulta redundante habida cuenta de la existencia de la previsión contenida en el artículo 1.223 CC que establece, en materia civil, la necesidad de un pacto expreso entre los codeudores, o una expresa disposición de la Ley, para que exista entre ellos responsabilidad solidaria.

- ii) *La segunda disposición del artículo 1.671 CC establece que con respecto a las obligaciones de la sociedad, un socio no puede obligar a los demás si éstos no le han concedido poder para ello. La disposición tiene el sentido de aclarar, a los efectos del artículo 1.685 CC, que el hecho de formar parte de una sociedad civil no constituye un conferimiento de mandato tácito.²¹ Además de lo expuesto, esta segunda disposición hace alusión implícita a una obligación de los socios singulares por las obligaciones de la sociedad. Esta disposición es coherente con el hecho de que la sociedad no tenga personalidad jurídica: los socios singulares quedan obligados personalmente, pero no todos, sino sólo aquellos que han contratado con el acreedor de la obligación y, conforme a los principios de la representación voluntaria, nadie puede obligar a otro sin mandato tácito o expreso. La fórmula en el sentido de que la responsabilidad personal de los socios singulares funciona únicamente cuando han actuado con relación a la obligación de que se trate, aparece ratificada en general para las sociedades por el artículo 139 CPC.*

De lo hasta aquí expuesto se puede establecer una conclusión previa: la norma *in comento* presupone que **los socios quedan obligados por las deudas de la sociedad.**

16 / Cfr. BORJAS, Leopoldo: Obra citada. p. 217.

17 / Lugar citado.

18 / BORJAS, Leopoldo: Obra citada. p.218. Énfasis nuestros.

19 / Lugar citado.

20 / AGUILAR GORRONDONA; ARISMENDI y ARISMENDI; MARIN ECHEVERRÍA; DOMINICI.

21 / AGUILAR GORRONDONA; ARISMENDI y ARISMENDI; MARIN ECHEVERRÍA; DOMINICI.

3.2. El artículo 1.672 CC. La segunda norma legal objeto de análisis establece la alícuota de responsabilidad de los socios singulares de la sociedad civil por las deudas sociales; alícuota que la norma establece en una parte viril, esto es, en una parte igual para cada socio independiente del porcentaje de su contribución al patrimonio de la sociedad, e independiente de lo que hubieren acordado entre ellos en torno a participación de los socios en los beneficios o las pérdidas. En esta sede, las limitaciones que se hubieren estipulado en relación con dicha materia tendrán tan sólo efectos internos, es decir, tendrán únicamente validez entre los socios y por lo tanto no serán oponibles a los terceros. Los acreedores de la sociedad podrán reclamar a cada uno de los socios su parte viril de la acreencia, lo cual significa que la deuda social se dividirá a tales efectos en tantas porciones iguales como socios tenga la sociedad. La norma establece una excepción a la regla general: en el contrato celebrado con el tercero es posible establecer que él o los socios que tengan una participación menor en la sociedad, respondan ante ese acreedor en particular en una forma distinta.

En resumen, el análisis del artículo 1.672 CC arroja el resultado siguiente:

i) *Ratifica que sólo los socios que han contratado con el tercero son responsables por la obligación contraída.*

ii) *Señala la forma en la cual se distribuye la responsabilidad de los socios (que han contratado con el tercero) frente a éste. Dicha responsabilidad, conforme al artículo 1.671 es por partes viriles, sin importar el interés que cada socio responsable tenga en la sociedad. No obstante, en este último punto hay que señalar que el artículo 1.671 CC debe entenderse modificado por el artículo 139 CPC, el cual establece para los socios de la sociedad sin personalidad jurídica que hubieren actuado en nombre de ésta, una responsabilidad solidaria.²²*

iii) *En tercer lugar, el artículo 1.672 posibilita que al celebrar cualquier contrato particular, el acreedor haya convenido con los socios con*

quienes contrata que la responsabilidad de alguno o algunos de ellos -los que tengan menor interés en la sociedad-, quede reducida a la parte de interés que tal socio o socios tengan en la sociedad.

iv) *Finalmente, entendemos que la responsabilidad de los socios que han intervenido en la contratación es directa, ya que al no tener la sociedad personalidad jurídica, no es posible exigir el beneficio de exclusión. Por otra parte, ni el artículo 1.671 CC, ni el artículo 1.672 eiusdem establecen la subsidiaridad de la obligación y, finalmente, la solución resulta congruente con la solución que se da al caso de las sociedades de personas con forma mercantil en el Código de Comercio (artículo 219 CCo).*

La lectura conjunta de los artículos 1.671 y 1.672 CC indica que conforme a nuestro sistema, en la sociedad civil existe responsabilidad de los socios singulares por las obligaciones contraídas en nombre de la sociedad y que tal responsabilidad es por la parte viril de cada socio, salvo el caso en el cual se hubiere acordado con un acreedor en particular una responsabilidad menor para los socios con menor participación en la sociedad. En otras palabras, queda establecida la regla general (con posibilidad de excepciones particulares), de la distribución de la responsabilidad entre los socios por las obligaciones de la sociedad. Sin embargo, a lo largo del articulado del Código Civil que regula la figura de la sociedad no se establece en forma clara y expresa el mecanismo a utilizarse en la reclamación de esa responsabilidad. Dicho de otra manera, no se establece si los acreedores están o no autorizados para dirigirse contra los socios sin hacerlo previamente contra la sociedad, o si pueden o deben exigir tal responsabilidad conjuntamente con la de la sociedad.

4. La responsabilidad de los socios singulares por las obligaciones de la sociedad.

En materia de sociedades en general, el aspecto más importante de lo que se denomina las "relaciones externas", lo constituye el sistema de responsabilidad de los socios singulares por las obligaciones contraídas por la persona jurídica. La regla de los patrimonios autónomos o separados indica que en

²² / La solidaridad en este caso resulta coherente con el contenido del artículo 1.223 CC ya que ella deriva precisamente del contenido del artículo 139 CPC.

primer término -como quedó expresado- por las obligaciones sociales responde la persona jurídica.

La generalidad de la doctrina parte del contenido de los artículos 1.671 y 1.672 CC para establecer el régimen de responsabilidad de los socios por las obligaciones sociales. Sin embargo –a nuestro modo de ver– el análisis del régimen de responsabilidad de los socios singulares por las obligaciones de la sociedad resulta bastante complicado en el sistema venezolano, debido a la ancestral falta de coordinación de las normas relativas a la sociedad civil en nuestro Código Civil. Para tratar de comprender el problema y posibilitar el planteamiento de soluciones, resulta necesario remontarse a los orígenes de la legislación vigente y, en particular, al origen del texto de los actuales artículos 1.671 y 1.672 CC. A tales efectos, en los párrafos siguientes trataremos de hacer un resumen, muy general, de la evolución histórica que con relación a tal punto concreto ha tenido nuestro Código Civil.

Como señala el maestro Goldschmidt, “La aplicación del concepto de la personalidad jurídica a las sociedades de personas es el resultado de un proceso lento. Las disposiciones del Código Napoleón sobre la sociedad, que luego pasaron a otros códigos, verbigracia, a los códigos italianos y también, a la legislación civil venezolana, tienen carácter ambiguo al respecto.²³ La jurisprudencia francesa ha atribuido personalidad jurídica tanto a las sociedades mercantiles como a las sociedades civiles, mientras que la Jurisprudencia italiana, sobre la base de los mismos textos, ha negado personalidad jurídica a la sociedad civil”.²⁴

En lo que atañe al derecho venezolano, hay que reconocer que en una época bastante temprana como lo es el año 1.862, nuestra legislación acogió expresamente el sistema de atribuir personalidad ju-

rídica a la sociedad civil. En efecto, el Código Civil de 28 de octubre de 1.862 comienza por distinguir entre personas naturales y personas jurídicas, y define éstas últimas como “una persona ficticia capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y de ser representada judicial y extrajudicialmente” (Art. 3, Ley I, Título I. Libro Primero). Consecuente con lo anterior, dicho Código expresa además que: “La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados”(Segundo aparte, Art. 1, Ley I, Título XIII. Libro Cuarto).

El Código Civil de 1.862 crea para la sociedad civil un sistema sencillo y coherente que, básicamente, consiste en lo siguiente: i) Establece un paralelismo entre las sociedades civiles y las sociedades mercantiles (éstas últimas reguladas por el Código de Comercio). En este sentido, la diferencia entre unas y otras consiste en que las sociedades civiles “se forman para negocios que la ley mercantil no califica como actos de comercio” (Art.7, Ley I, Título XIII, Libro Cuarto); ii) Para completar el paralelismo, el legislador de 1.862 opta por adoptar una idéntica tipología para las sociedades civiles y mercantiles: ambas clases de Sociedades pueden asumir cualquiera de los tipos siguientes: a) colectiva; b) comanditaria; c) anónima (Art. 9, Ley I, título XIII, libro Cuarto CC); y, iii) como consecuencia de lo anterior, la responsabilidad de los socios por las obligaciones de la Sociedad –cuando ésta tiene carácter civil– era igual a la de su correspondiente tipo mercantil.²⁵

El sistema sencillo y coherente a que hemos hecho mención en los párrafos que anteceden, establecido en el Código de 1862, se desarticula a partir del Código Civil de 21 de mayo de 1.867. En este último Código se continúa mencionando la diferencia entre personas naturales y jurídicas (Art. 21) con una norma de idéntica redacción a la del Código de 1.862. Sin embargo, desaparece el reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad civil y se crea para ésta una nueva tipología: “Sociedades Universales”²⁶ y “Sociedades Particulares”²⁷ (Art. 1.464).

23 / Ello llevó a la doctrina clásica de Derecho Civil, tanto francesa como italiana, a mantener posiciones encontradas al respecto, siendo mayoritaria aquella parte de la doctrina que sostenía que las sociedades civiles no tenían personalidad jurídica. Ver, RICCI, Francesco: Derecho Civil. Teoría y Práctica. Librería Moderna. Caracas, s/f. Tomo XVIII, p. 8, quien señala que no tienen personalidad jurídica, pero menciona jurisprudencia en contra de su posición (pp. 9 y 88). También, PLANIOL, Marcel y RIPERT, George: Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo XI, Segunda Parte. Editorial Cultural. La Habana, S.A., 1.946, p.280, quienes señalan que la personalidad jurídica de la sociedad es una innovación de la jurisprudencia y mencionan autores contrarios a tal personalidad (AUBRY y RAU, GUILLOUARD, BAUDRY LA CANTINERIE, WAHL. Ver nota 3 al pie de p.280); COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henry: Curso Elemental de de Derecho Civil. Tomo 4. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1.955. Tercera Edición, p.617, quienes señalan que la jurisprudencia “reconoce a las sociedades, tanto civiles como mercantiles, la personalidad jurídica y una capacidad sin límites...”. Igualmente, afirma que reconoce personalidad jurídica a las asociaciones cuando éstas han cumplido con las formalidades de la ley italiana de 1901, aún cuando tal capacidad sufre numerosas restricciones.

24 / GOLDSCHMIDT, Roberto: Curso de Derecho Mercantil, p.218.

25 / Ver texto de los artículos citados en LDR. Tomo III, pp. 678 y ss.

26 / La “sociedad particular” podía ser de “todos los bienes presentes” o de “todas las ganancias” (Art. 1.466). La sociedad de “todos los bienes presentes” era aquella en la cual los socios ponían en común todos los bienes que en el momento de constituir la sociedad le pertenecían, con el ánimo de repartirlos entre sí, al igual que todas las ganancias que se adquirieran con ellos (Art. 1.467) y la “sociedad universal de ganancias”, era aquella que consistía en repartir entre los socios todo lo que ellos lucraran durante la asociación, con sus bienes e industria (Art. 1.468).

27 / La “sociedad particular” era aquella que tenía por objeto únicamente cosas determinadas, su uso, o sus frutos, una empresa específica, o el ejercicio de una profesión o arte (Art. 1.470).

Lógicamente, al no reconocerse personalidad jurídica a la sociedad civil resultaba indispensable establecer un sistema de responsabilidad por las obligaciones de la sociedad. En este sentido, el Código de 1.867 previó las reglas siguientes: i) los socios no se obligan mancomunadamente por las deudas de la sociedad y ninguno de los socios puede obligar personalmente a los demás si éstos no le han conferido poder expreso para ello (Art. 1.489); ii) El socio a quien no se le ha conferido poder obliga a los demás en tanto en cuanto éstos hayan recibido lucro de la sociedad por el negocio de que se trate. Esta obligación excepcional –cuando existe– es proporcional al interés de cada socio en la sociedad (Art. 1.490); iii) si no se ha estipulado en el contrato social algo diferente, los socios responden por partes iguales frente al acreedor con quien contratan, aun cuando el interés de los socios en la sociedad sea desigual (Art. 1.491). Esto significa que aquellos socios que no intervienen (personalmente o representados) en un contrato determinado, no responden frente al respectivo acreedor. No obstante, las pérdidas del negocio son divisibles entre los socios en proporción al interés de cada uno en la sociedad. En resumen, **conforme al sistema del Código Civil de 1.867, la sociedad sólo tiene efectos internos entre los socios y la responsabilidad de los socios frente a los terceros deriva del hecho de que ellos hayan contratado personalmente o mediante poder conferido a los otros socios.**

Puede decirse también que el sistema acogido por el Código Civil de 21 de mayo de 1.867 era un sistema sencillo y coherente: **la sociedad civil no tiene personalidad jurídica y las obligaciones son asumidas frente a los terceros directamente por los socios actuando personalmente o debidamente representados.**

En el Código Civil de 20 de febrero de 1.873 se mantiene la clasificación entre personas naturales y jurídicas y, por primera vez, se menciona un elenco de las diversas personas jurídicas: la nación; las entidades políticas que integran la nación; las iglesias, las corporaciones y los “establecimientos y asociaciones no prohibidas por la ley”. La norma legal (Art. 13), establece una disposición de cierre, reconociendo personalidad jurídica a todos los cuerpos o seres morales **legalmente reconocidos**” (énfasis nuestro).

En el Código Civil de 1.873 se reguló la figura de la sociedad (artículos 1.563 a 1.596), prohibiendo las “sociedades a título universal” (Art. 1.565. Sin embargo, no se señala expresamente (como si lo hizo el

Código Civil de 1.862), que la sociedad civil tiene personalidad jurídica. Tal omisión –a nuestro entender– no debe interpretarse en el sentido negativo de la personalidad jurídica de la sociedad civil, ya que tal personalidad debe considerarse implícita en el artículo 13 cuando ésta norma hace referencia a las “asociaciones no prohibidas por la ley”. Por lo demás, un conjunto de normas reguladoras de la sociedad dan pie para interpretar que ésta es una persona jurídica distinta de los socios. En este sentido pueden ser citadas las normas siguientes: i) el artículo 1.569 que señala claramente que la obligación del socio es frente a la sociedad, por lo que ha prometido aportar y además establece, a favor de la sociedad, la garantía por saneamiento; ii) el artículo 1.572 que reconoce la posibilidad de que la sociedad sea acreedora; iii) el artículo 1.574 que establece la responsabilidad de los socios frente a la sociedad; y, iv) el artículo 1.576 que establece la acción de reembolso del socio contra la sociedad. Es de señalar que el comentarista patrio Luis Sanojo, afirmó el reconocimiento de la personalidad jurídica para la sociedad civil.²⁸

No obstante lo expuesto, ciertas normas del Código Civil de 1.873 pueden ser interpretadas como un no reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades civiles en particular, el artículo 1.583 referente a las reglas de administración de la sociedad en caso de omisión de estipulación expresa al respecto y los artículos 1.586 y 1.587 que forman parte de la sección destinada a regular las obligaciones de los socios para con los terceros.

Los artículos 1.586 y 1.587 del Código Civil de 1.873 se han mantenido invariables en las sucesivas reformas y han llegado a nuestro vigente Código Civil como los artículos 1.671 y 1.672, respectivamente.

En el Código Civil de 13 de julio de 1.922 aparece señalada, por primera vez, la forma en la cual “las asociaciones lícitamente establecidas” adquieren personalidad jurídica. En este código se dispone que ello ocurre con “la protocolización de su acta constitutiva en la Oficina Subalterna del Registro del Departamento o Distrito en que hayan sido creadas, donde se archivará un ejemplar auténtico de sus estatutos” (Art. 17). No obstante, como ya señalamos, en dicho Código se regulan las obligaciones de los socios para con los terceros en una forma idéntica a la regulada en el Código de 1.873, esto es, **en una forma igual a la de un texto que no reconocía expresamen-**

28 / SANOJO, Luis: Instituciones de Derecho Civil Venezolano. Ediciones Alonso. Madrid, 1.971. Reimpresión de la primera edición (Caracas, 1.873). Tomo Cuarto, p.8.

te la personalidad jurídica de la sociedad civil. En efecto, los artículos 1.731 y 1.732 del CC de 1.922 son idénticos en su redacción a los artículos 1.586 y 1.587, respectivamente, del CC de 1.873 (e iguales a los actuales 1.671 y 1.672).

El Código Civil de 13 de agosto de 1.942 nos trae una nueva variante. En efecto, su artículo 19 dispone que las “asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas de carácter privado” adquieren personalidad jurídica por la protocolización de su acta constitutiva en la Oficina Subalterna de Registro del Distrito o Departamento en el cual hayan sido creadas y agrega que “las sociedades civiles y Mercantiles se rigen por las disposiciones legales que le conciernen” (Art. 19, último aparte).²⁹ En este orden de ideas, el artículo 1.651 del CC de 1.942 expresa textualmente: “las sociedades civiles adquieren personalidad jurídica y tienen efecto contra terceros desde que se protocoliza el respectivo contrato en la Oficina Subalterna de Registro Público de su domicilio”. La norma en comento preveía la posibilidad de que las sociedades civiles se constituyeran utilizando las formas de las sociedades mercantiles, en cuyo caso obtendrían personalidad jurídica al cumplir con las formalidades establecidas para tales sociedades en el Código de Comercio.

Como hemos visto, el Código Civil de 1.942 establece, sin lugar a ninguna duda, la personalidad jurídica de las sociedades civiles cuando ellas han cumplido con los requisitos legales para que tal personalidad les sea reconocida. No obstante, conserva sin variación con respecto a los Códigos Civiles anteriores, el texto de los artículos 1.671 y 1.672 que regulan la responsabilidad de los socios frente a los terceros y los cuales, como quedó señalado, regulaban esa responsabilidad **cuando el sistema no reconocía personalidad jurídica a la sociedad civil.**

De todo lo anteriormente expuesto resulta razonable deducir –como lo hace el maestro Goldschmidt– que los artículos 1.671 y 1.672 CC “...son, evidentemente, aplicables sólo a la sociedad civil sin personalidad jurídica”; ya que –como acertadamente observa el maestro–, las citadas normas no se refieren ni mencionan la responsabilidad de la sociedad representada por sus administradores, “sino que establecen que cada uno de los socios se obliga si hubiese contratado con el tercero o si hubiese conferido mandato

a otro socio para hacerlo, y que su responsabilidad no es solidaria sino por partes iguales”.³⁰

Como señala Goldschmidt, el Código omite “una disposición aplicable a la responsabilidad de la sociedad civil con personalidad jurídica o, de todos modos, a la de sus socios”. El autor citado finaliza su análisis afirmando: “En efecto, aun cuando se sostenga que del reconocimiento de la personalidad jurídica resulta la responsabilidad de la sociedad misma, con esto, sin embargo, no se ha resuelto todavía el problema de la responsabilidad personal de los socios que puede faltar o puede existir de manera directa o subsidiaria y que puede ser limitada o por partes iguales si se quisiera aplicar el principio contenido en el artículo 1.672”.³¹

Sentado lo anterior, se hace evidente –a nuestro juicio– la necesidad de establecer un sistema coherente que explique en la sociedad civil la responsabilidad de los socios singulares por las deudas de la sociedad, sistema que, a nuestro modo de ver, debe diferenciar el caso de las sociedades con personalidad jurídica del caso de las sociedades sin personalidad jurídica. El sistema que se adopte debe estar fundamentado de una manera racional y razonable. En los párrafos siguientes intentaremos desarrollar lo que en nuestro criterio debe ser tal sistema.

5. Las relaciones externas en las sociedades irregulares o no legalmente constituidas.

Los antecedentes históricos del derecho civil venezolano que hemos resumido en párrafos que anteceden demuestran –a nuestro modo de ver sin lugar a dudas–, que el contenido de los actuales artículos 1.671 y 1.672 del CC fueron **incardinados en nuestro sistema para las sociedades civiles bajo el presupuesto de que éstas no tenían personalidad jurídica y por ello no tiene mucho sentido pretender que su contenido es aplicable a las sociedades con personalidad jurídica y por ello no tiene mucho sentido pretender que su contenido es aplicable a las sociedades con personalidad jurídica.** Esta afirmación, hasta donde llega nuestro conocimiento, no ha sido rechazada sino confirmada por nuestra doctrina.³² Este hecho, conduce necesari-

30 / GOLDSCHMIDT, Roberto: Curso de Derecho Mercantil, pp. 220-221.

31 / GOLDSCHMIDT, Roberto: Curso de Derecho Mercantil, p.221. ARISMENDI, José Loreto y ARISMENDI (hijo), José-Loreto señalan que los artículos 1.671 y 1.672 son aplicables a la sociedad civil sin personalidad jurídica. Ver: Tratado de las sociedades civiles y Mercantiles, p.135, y se muestran partidarios de la responsabilidad subsidiaria por partes iguales. Obra citada, p.136.

32 / Cfr. GOLDSCHMIDT, Roberto: Curso de Derecho Mercantil, p.220; ARISMENDI, José-Loreto y ARISMENDI (hijo), José-Loreto: Tratado de las sociedades civiles y Mercantiles, p.135.

29 / Ver LDR. Tomo II, p.312 bis.

riamente a, por lo menos, dos consecuencias importantes; a saber: i) no es posible razonar o argumentar para derivar de dichas normas el carácter ni la extensión o forma de la responsabilidad de los socios singulares por las obligaciones de la sociedad cuando se trata de una sociedad con personalidad jurídica, es decir, regularmente constituida, y, ii) debe procederse a un análisis detenido de ambas normas legales para poder establecer correctamente su verdadero y exacto sentido.

6. La responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad en el caso de la sociedad con personalidad jurídica.

Si se parte de la base –como estimamos haber comprobado– que los artículos 1.671 y 1.672 CC han sido consagrados en nuestro ordenamiento positivo para ser aplicados al supuesto de la sociedad sin personalidad jurídica, carece de sentido y de lógica pretender deducir de dichas normas reglas para establecer la responsabilidad de los socios singulares por las obligaciones de la sociedad regularmente constituida, esto es, para las sociedades con personalidad jurídica.

Hasta este momento, lo único que tenemos en claro es el hecho de que nuestro sistema positivo reconoce personalidad jurídica a la sociedad civil y a las asociaciones civiles cuando éstas han cumplido ciertas formalidades registrales previstas en la Ley al respecto. Sin embargo, como señaló el maestro Goldschmidt, el reconocimiento de tal personalidad jurídica no soluciona todos los problemas, en particular, el problema de la responsabilidad personal de los socios; responsabilidad que "...puede faltar o que puede existir de manera directa o subsidiaria y que puede ser limitada o por partes iguales si se quiere aplicar el principio contenido en el artículo 1672".³³

Por nuestra parte, pensamos que es necesario llegar a la conclusión de que existe responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad civil y de la asociación. En efecto, dichas figuras no están concebidas en nuestro ordenamiento jurídico como personas jurídicas asociativas que tengan su crédito fundado en un capital social que integra su patrimonio, sino que ellas están concebidas como sociedades de personas o sociedades personalistas que basan su crédito en el crédito de las personas que las integran. Este ha sido el origen histórico de la sociedad y se ha

mantenido casi inalterable con el transcurso del tiempo. La prueba de ello la tenemos en el tratamiento a las sociedades de personas que tienen carácter mercantil, es decir, las sociedades en nombre colectivo (ord. 1º, Art. 201 CCo.) y las sociedades en comandita (ord. 2º Art. 201 CCo).

Por otra parte, entendemos que no existe base racional alguna para eximir totalmente a los socios singulares de la sociedad de responsabilidad por las obligaciones de la persona jurídica. En este sentido, creemos que tal responsabilidad debe existir.

Por lo demás, la responsabilidad de los socios singulares en la sociedad civil por las obligaciones del ente, no puede ser afirmada como una responsabilidad solidaria y ello no tanto porque así lo predique el artículo 1.671 CC –el cual como antes afirmamos, no consideramos aplicable al supuesto de sociedades con personalidad jurídica– sino porque tal es la regla que se desprende del artículo 1.223 CC, regla según la cual en materia civil no hay solidaridad entre acreedores ni entre deudores, a menos que exista un pacto en ese sentido, o que tal solidaridad derive de un texto legal expreso. Esta dirección nos conduce a sostener que la responsabilidad de los socios singulares por las obligaciones de la sociedad es una responsabilidad indirecta, de segundo grado o subsidiaria, lo cual significa que los acreedores de la sociedad deben haber ejercido sin éxito sus acciones contra la sociedad para poder dirigirse contra los socios.³⁴ Esta solución resulta congruente dentro de nuestro sistema en materia de sociedades de personas (mercantiles), conforme a una norma legal que, en último caso, creemos que se debería aplicar por analogía o al menos como una regla de derecho positivo apta para completar un vacío legal (Art. 228 CCo)

Finalmente, en cuanto a la extensión de la responsabilidad con relación al monto de la obligación, la misma debe ser ilimitada conforme a la tradicional regla de las sociedades personalistas. En este sentido, las limitaciones de responsabilidad que hubieren convenido los socios en el contrato social, no tienen efecto frente a los terceros y en particular, frente a los acreedores. Igualmente, la responsabilidad es por partes viriles, es decir, la obligación se divide en tantas partes como número de socios o asociados exis-

34 / Se puede afirmar que la generalidad de nuestra doctrina llega a este mismo resultado. ARISMENDI, José-Loreto y ARISMENDI (hijo), José Loreto: Tratado de las sociedades civiles y Mercantiles, p.136 lo afirman sin explicar la base de su afirmación. Igual hace AGUILAR GORRONDONA, José Luis; Contratos y Garantías. Derecho Civil IV. UCAB. Caracas, 2002, pp. 517-518. Décima Segunda Edición. DOMINICI, Aníbal: Comentarios al Código Civil de Venezuela. Librería Destino. Caracas, 1982. Tomo IV, p.106; SANOJO, Luis: Instituciones de Derecho Civil venezolano. Tomo Cuarto, p.42.

33 / GOLDSCHMIDT, Roberto: Curso de Derecho Mercantil, p.221.

ta, sin importar al efecto que unos socios tengan una parte mayor en la sociedad. Esta es la forma tradicional de responsabilidad en las sociedades de personas.³⁵ Lo anterior no obsta -como bien lo señala Aguilar-, para que un acreedor pueda perseguir a un socio por su porción social cuando ésta sea superior a la parte viril. El autor citado reconoce que la respuesta afirmativa no estaría del todo congruente con el texto legal, pero que le parece mejor fundada la afirmación por cuanto entiende que la intención del legislador es evitar que el acreedor resulte perjudicado por una cláusula social para él desconocida.

De lo expuesto se deduce -aún cuando creemos necesario destacarlo expresamente- que discrepamos de la tesis del profesor Leopoldo Borjas cuando afirma que en la sociedad civil regularmente constituida (con personalidad jurídica), los socios singulares no tienen responsabilidad alguna por las deudas contraídas en nombre de la sociedad. En efecto, no creemos que en la sociedad civil con personalidad jurídica las "obligaciones sociales están garantizadas por un capital determinado."³⁶

En la sociedad civil (con o sin personalidad jurídica), existe un fondo social integrado por el aporte de los socios (Art. 1.649 CC. Sin embargo, pensamos que en ellas no puede hablarse de existencia de un "capital" en el sentido en el cual tal expresión es utilizada en la sociedad anónima o en la sociedad de responsabilidad civil limitada, ni aún en las sociedades comanditarias. Creemos que sí es necesario hacer algún paralelismo y derivar alguna consecuencia, con fines prácticos, de la diferencia entre las llamadas "sociedades de personas" y las "sociedades de capital" y, por ello, cuando se trate de integrar el Derecho para la búsqueda de soluciones ante la presencia de lagunas de la Ley, tales lagunas deben suplirse en materia de sociedades civiles, con las normas previstas en el sistema para las "sociedades de personas" y no aquellas previstas para las "sociedades de capital". Este fue, precisamente, el tratamiento del Código Civil de 1862 cuando las sociedades civiles podían ser constituidas adoptando las mismas formas previstas para las Sociedades Mercantiles, distinguiéndose unas y otras tan solo por el objeto social.

Por lo demás, en parte alguna del código civil está previsto que la sociedad civil tenga un capital social que respalde sus operaciones y las normas que mencionan tanto el acta constitutiva como los estatutos

sociales exigen que se indique el monto del capital social, ni tampoco prevén normas para asegurar total o parcialmente el pago del mismo, ni menos aún normas para asegurar en lo posible la integridad del capital social.

Por todo lo expuesto, parecería que argumentar en el sentido de una no existencia de responsabilidad de los socios singulares por las obligaciones asumidas por la sociedad, es -a nuestro modo de ver- más forzada acudiendo al expediente de integrar el derecho con las normas del Cco, previstas a propósito de la sociedad anónima, que integrarlo con aquellas previstas en dicho texto para la sociedad en nombre colectivo.

7. Conclusiones.

Pensamos que de lo antes expuesto podemos resumir las conclusiones siguientes:

- i) *Los artículos 1.671 y 1.672 CC sólo son aplicables a la sociedad civil sin personalidad jurídica.*
- ii) *Nuestro Código Civil no regula expresamente la responsabilidad de los socios singulares por las obligaciones contraídas por la sociedad. Sin embargo, tal responsabilidad existe.*
- iii) *En defecto de normas que regulen la responsabilidad de los socios singulares por las deudas asumidas por la sociedad con personalidad jurídica, debe aplicarse supletoriamente la regla contenida en el Art. 228 CCo para las sociedades mercantiles personalistas (sociedad en nombre colectivo y sociedad en comandita simple).*
- iv) *Las conclusiones propuestas en esta materia para la sociedad civil deben ser aplicables a las asociaciones y a las corporaciones.*

35 / Cfr. AGUILAR GORRONDONA, José Luis: Obra Citada, p. 517, quien fundamenta dicha distribución en el contenido del Art. 1.672 CC.

36 / BORJAS, Leopoldo: Obra citada. p. 218.

Bibliografía

AGUILAR GORRONDONA, José Luis: Contratos y Garantías. Derecho Civil IV. UCAB. Caracas, 2002. Décima Segunda Edición.

ARISMENDI, José Loreto y ARISMENDI (hijo), José Loreto: Tratado de las sociedades civiles y Mercantiles. Ediciones Ariel. Caracas-Barcelona, 1964.

BARBERO, Doménico: Sistema del Derecho Privado. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1962. Traducción de Santiago Sentis Melendo de la Sexta Edición Italiana. Tomo IV.

BARBOZA, Ely Saúl: Interpretación de la estructura volitiva contractual de la sociedad y su incidencia en el velo corporativo" publicado en el Libro Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1904. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2004.

BORJAS, Leopoldo: Instituciones de Derecho Mercantil. Las Sociedades. Ediciones Schmell, C.A. Caracas, 1975.

COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henry: Curso Elemental de Derecho Civil. Tomo 4. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1955. Tercera Edición.

DOMINICI, Anibal: Comentarios al Código Civil de Venezuela. Librería Destino. Caracas, 1982. Tomo IV.

GOLDSCHMIDT, Roberto: Curso de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho. UCV. Caracas, 1974.

HUNG VAILLANT, FRANCISCO: Sociedades. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2002. Sexta Edición.

LDR (Leyes y Decretos de la República). Tomo II y Tomo III.

MARIN E. Antonio Ramón: Contratos. Universidad de Los Andes. Mérida, 1998. Volumen III.

MESSINEO, Francesco: Manual de Derecho Civil y Comercial. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1979. Traducción de Santiago Sentis Melendo de la Octava Edición Italiana. Tomo V.

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: Curso de Derecho Mercantil. UCAB. Caracas. 1998. Cuarta Edición. Tomo II.

MUCI BORJAS, José Antonio: "El abuso de la forma societaria" publicado en el Libro Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1904. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2004.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, George: Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo XI, Segunda Parte. Editorial Cultural. La Habana, S.A., 1946.

RICCI, Francesco: Derecho Civil. Teoría y Práctica. Librería Moderna. Caracas, s/f. Tomo XVIII.

SANOJO, Luis: Instituciones de Derecho Civil Venezolano. Ediciones Alonso. Madrid, 1971. Tomo Cuarto.

SARRÍA PIETRI, Marisol: "La destinación de la personalidad jurídica" publicado en el Libro Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1904. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2004.

Los Tribunales decidirán, me dirán ustedes. Ya saben decidir los Tribunales. Por supuesto que yo tengo plena confianza en los Tribunales, y tengo plena confianza en la Justicia, pero creo que, a lo mejor, hay que hacer algo y que no estaría mal en pensar en proteger a los Tribunales y, de paso, también a los ciudadanos

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer ("Para un debate sobre la inmunidad parlamentaria", *Revista Española de Derecho Administrativo* n. 83, Civitas, Madrid, 1994, p. 405)

Giancarlo Henríquez

Maionica

Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas. Realiza Maestría en Derecho Administrativo en la Universidad Austral, Buenos Aires. Ha desempeñado la Cátedra de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello y ha publicado trabajos en la *Revista de Derecho Constitucional* y la *Revista de Derecho Administrativo* de Caracas y en los libros *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia de Amparo Constitucional. 1969-2004*, Sherwood, Caracas, 2004, (en coautoría con Luis A. Ortiz-Álvarez), y *El Amparo Constitucional: Control de los Derechos Fundamentales*, Sherwood, Caracas, 2004.

Una interesante potestad sancionadora

La suspensión administrativa de los funcionarios de elección popular

Sumario

- I. Planteo
- II. Antecedentes
- III. Las confusiones procesales
 1. La aclaratoria
 2. El amparo
- IV. El problema de fondo
 1. La potestad sancionadora en las decisiones de la Sala Constitucional y de la Sala Político Administrativa
 - A. Consideraciones generales
 - B. La potestad sancionadora es materialmente administrativa
 - C. Algunos principios básicos
 - D. La discrecionalidad sancionadora y sus límites
 - E. La prescripción
 2. La potestad sancionadora de la Contraloría según el Artículo 105 de su ley
- V. Las dudas que quedan
- IV. El problema de fondo

Resumen.

Siguiendo la moda actual en el Derecho Administrativo, la Ley del Consejo Federal de Gobierno estableció, en su Artículo 13, el principio de subsidiariedad. Inicialmente, según este principio, el Estado no interviene en la elaboración de bienes o en la prestación de servicios cuando los particulares, individual o colectivamente, puedan hacerlo por sí mismos. Ahora bien, no fue este el sentido con el cual el mencionado Artículo 13 lo dispuso. Entre otros aspectos, en primer lugar, invirtió la secuencia del Principio, elaborándolo en torno a la prestación inicial del Estado, cuando lo cierto es que ella corresponde a la sociedad y, en segundo lugar, establece la necesaria concurrencia en la prestación o la elaboración por parte de la sociedad. Por esto, el Artículo 13 de la Ley del Consejo Federal de Gobierno no encuentra coherencia con el Principio que pretende establecer.

Abstract.

Following the present fashion in the administrative law, the Law of the Federal Council of Government established, in its article 13, the subsidiarity principle. Initially, according to this principle, the State will not take part in the elaboration of goods and services, when the individuals, individual or collectively, can do it by themselves. However, it was not this sense with which mentioned article 13 arranged it. Among other aspects, in the first place, it change the sequence of the principle, elaborating it around the initial elaboration of the State, when the true thing is that corresponds to the society, and secondly, establishes the necessary concurrence in the elaboration by the society. By this, article 13 of the Law of the Federal Council of Government does not find coherence with the principle that it tries to establish.



I. Planteo

La suspensión temporal de funcionarios de elección popular, ordenada discrecionalmente por el Contralor General de la República y sin que tales funcionarios tengan posibilidad de defensa alguna, a pesar de su responsabilidad administrativa previamente declarada, cuenta hoy día con la venia de la Sala Constitucional.

Esa potestad sancionadora del Contralor, no obstante, pareciera no ser tan clara como lo afirma la decisión aquí anotada. Antes, inclusive, la propia Sala así lo consideró, básicamente, por los destinatarios de esa suspensión: funcionarios electos popularmente. Podría incluso encontrarse otras razones, como por ejemplo, que aquella potestad se ejerce sin que medie ningún procedimiento. Pero esto no quiere decir, sin embargo, que esa potestad sancionadora deba eliminarse.

La potestad sancionadora, en general, resulta necesaria para cumplir con las funciones administrativas. Por esto precisamente es que se estudia rigu-

rosamente¹. Ahora bien, no puede considerarse, so pena de ser inconstitucional, que esa potestad, en el caso del Contralor y para la suspensión de funcionarios de elección popular, sea absolutamente discrecional y sin posibilidad de defensa por parte de tales funcionarios. La decisión que se comenta, no obstante, considera que aquella potestad es competencia del Contralor, y que su ejercicio no comporta violación susceptible de amparo. Esto revela tanto confusiones procesales sobre la aclaratoria de sentencias y el alcance del amparo, como un problema sustancial relativo a la propia constitucionalidad de esa potestad.

1 / La bibliografía al respecto es particularmente abundante, por lo que, sin pretensión de exhaustividad, véase, CASSAGNE, JUAN CARLOS, "En torno a las sanciones administrativas y la aplicabilidad de los principios del derecho penal", *El Derecho*, t. 143, 1991, p. 939, DE FUENTES BARDAJÍ, JOAQUÍN (Director), *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, 1600 ps., Madrid, Thomson-Aranzadi/Abogacía General del Estado, 2005, GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., "La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública", *Actualidad en el Derecho Público* n. 8, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 131, GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, "Garantías frente a la potestad sancionadora de la Administración", *Temas de Derecho Procesal*, p. 745, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, LICHT, MIGUEL NATHAN, "La potestad sancionatoria de la Administración y su control judicial de cara a la realidad normativa", *El Derecho*, t. 193, 2001, p. 702, MONTURO PUERTO, MIGUEL, *La infracción administrativa*, 409 ps., Barcelona, Nauta, 1965, MALJAR, DANIEL E., *El Derecho Administrativo Sancionador*, 425 ps., Buenos Aires, Ad Hoc, 2004, MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, p. 164, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, NIETO, ALEJANDRO, *Derecho Administrativo Sancionador*, 592 ps., Madrid, Tecnos, 2005 (libro este que ha sido considerado un "hito en la historia de la bibliografía jurídica española", según ANTONIO FANLO LORAS, en su recensión en la *Revista de Administración Pública* n. 131, p. 618, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993), PEÑA SOLÍS, JOSÉ, *La potestad sancionatoria de la administración pública venezolana*, 480 ps., Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2005, PÉREZ GARCÍA, RORAIMA T., *La potestad sancionatoria en el decreto con fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República*, 114 ps., Caracas, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, 2005, QUINTERO, JESÚS RAMÓN, *Delitos e infracciones administrativas*, 129 ps., Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2003, ROCHA PEREYRA, GERÓNIMO, "Sobre el derecho administrativo sancionador (Las sanciones administrativas en sentido estricto)", *Derecho Administrativo. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica* n. 43, p. 123, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, ROJAS-HERNÁNDEZ, JESÚS DAVID, *Los principios del procedimiento administrativo sancionador como límites de la potestad administrativa sancionatoria*, 236 ps., Caracas, Paredes, 2004, RONDÓN DE SANSÓ, HILDEGARD, "La invasión del derecho penal en el derecho administrativo", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* n. 139, p. 279, Caracas, 2002, RUIZ M., ANIBAL E., "Las sanciones administrativas disciplinarias según la Jurisprudencia Venezolana", *Revista de Derecho Administrativo* n. 17, p. 175, Caracas, Sherwood, 2003, VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho Administrativo*, I, p. 125, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1949, ZANOBINI, GUIDO, *Le sanzioni amministrative*, 202 ps., Torino, Fratelli Bocca, 1924.

Antes de analizar tales confusiones y este problema, resulta necesario repasar brevemente los antecedentes de la sentencia comentada, tal como hacemos de inmediato.

II. Antecedentes

El 20 de octubre de 2004, la Sala Constitucional consideró que la destitución y la suspensión de un funcionario de un cargo de elección popular por parte del Contralor General de la República, colida con la Constitución en tanto que tales cargos pueden ser objeto de referendo revocatorio².

Se trataba, en ese caso, de un Legislador del Consejo Legislativo del Estado Bolívar cuya responsabilidad administrativa había sido declarada, sancionándose con una multa de un millón quinientos sesenta y seis mil bolívares (Bs. 1.566.000,00). Como aquél no ejerció a tiempo el recurso de reconsideración, quedó firme la declaratoria. El Contralor General, en función de ello, resolvió destituirlo del cargo e inhabilitarlo para el ejercicio de funciones públicas por tres años, contados a partir de la notificación de tal acto de sanción.

La potestad sancionadora del Contralor encontró así, en aquel escenario, un límite. Pero ello no era suficiente. La Sala, en tal sentido, "consciente que se encuentran en igual circunstancia varios legisladores, deja a salvo la posibilidad de que a petición de parte, los efectos de este fallo, una vez verificada la igualdad de supuesto de hecho, les sean extensibles al acto administrativo que los destituya del cargo, sin necesidad de que medie procedimiento alguno".

El 27 de octubre de 2004, un Concejal del Municipio Sucre del Estado Miranda pidió que se le extendieran los efectos de esta decisión. La Sala así lo hizo teniendo en cuenta (i) que se trataba de un funcionario que ocupa un cargo de elección popular y (ii) que el Contralor lo había destituido del mismo³.

El 23 de noviembre de 2004, la Cámara de aquel Municipio pidió la aclaratoria de la anterior sentencia, sobre si la extensión de efectos se reducía a la destitución del Concejal, o incluía su inhabilitación. La Sala contestaría a esta solicitud aduciendo que ese Concejal no podrá ser perturbado en el ejercicio de sus funciones, debido a que los efectos de la sanción impuesta "deben comenzar a verificarse una vez vencido el período"⁴.

2 / Sc, *Tulio Gudiño*, 2444, 20/10/2004.

3 / Sc, *César Millán*, 2535, 08/11/2004.

4 / Sc, *Cámara Municipal del Municipio Sucre del Estado Miranda*, 174, 08/03/2005.

Se pidió, no obstante, otra aclaratoria. Esta vez de la mencionada sentencia 174/2005.

El 05 de abril de 2005, en efecto, la Contraloría General de la República planteó varias consecuencias que llevaría de suyo tener que esperar que un funcionario de elección popular (Legislador o Concejal) responsable administrativamente, termine su período para poder sancionárselo, tales como, por ejemplo, la probabilidad que aquél, escudado en la investidura de su cargo, continúe cometiendo ilícitos administrativos.

Si bien la Sala declararía improcedente esta solicitud de aclaratoria⁵, ampliaría en la misma lo dicho en las decisiones anteriores. Agregó ciertamente que lo que veda la potestad sancionadora del Contralor es que en ejercicio de ésta, se acarree la pérdida definitiva del cargo de elección popular, vale decir, su destitución, y permitió, por su parte, la suspensión temporal del ejercicio del cargo por un período no mayor a veinticuatro meses. Esto último es lo que ratifica la decisión que aquí se comenta⁶.

Esta sentencia dispuso, en efecto, que la suspensión temporal del ejercicio del cargo a un funcionario electo popularmente, ordenada por el Contralor, no constituye infracción constitucional alguna. Mas allá de su acierto (o no) esta decisión revela, no obstante, dos confusiones procesales.

III. Las confusiones procesales

Estas confusiones recaen sobre la aclaratoria y el amparo. Sobre la primera, porque se tomó en cuenta una decisión, dada a raíz de una solicitud de aclaratoria, que modificó la sentencia aclarada. Sobre el segundo, porque se desconoció una decisión anterior de la propia Sala que ordenaba lo contrario a lo que se decidió, y porque se dispuso que un amparo no procede ante una amenaza por el sólo hecho de estar esta última permitida por una norma cuya constitucionalidad se analizó de una manera extremadamente laxa. Veamos.

1. La aclaratoria

La Sala fue coherente con la doctrina establecida en la decisión 1056/2005 del 31 de mayo. Ahora bien, esta última sentencia fue una aclaratoria de otro fallo que a su vez amplió, lo cual, procesalmente hablando, es una contradicción en sus propios términos. Esa decisión 1056/2005 fue una aclaratoria del fallo

174/2005 del 08 de marzo que *no* estableció que la suspensión temporal de los funcionarios de elección popular era posible. Pero aún así, la decisión aclaratoria, irónicamente declarada improcedente, dispuso que esa suspensión *sí* era posible, ampliando como en otras ocasiones⁷, el contenido de la sentencia supelementalmente aclarada.

Si bien puede pedirse la aclaratoria de toda decisión para aclarar sus errores formales, según el Artículo 252 del Código de Procedimiento Civil⁸, “después de pronunciada la sentencia definitiva o la interlocutoria sujeta a apelación, no podrá revocarla ni reformarla el Tribunal que la haya pronunciado”.

Y es en este sentido que se ha reconocido, efectivamente, que “a través de la aclaratoria, no puede el órgano jurisdiccional revocar, anular o dejar sin efecto la sentencia dictada”⁹ debido a que “la posibilidad de hacer aclaratorias o ampliaciones de las decisiones judiciales está limitada a exponer con mayor precisión algún aspecto del fallo que haya quedado ambiguo u oscuro, bien porque no esté claro su alcance en un punto determinado de la sentencia (aclaratoria); o bien, porque se haya dejado de resolver un pedimento (ampliación). Además, la aclaratoria permite corregir los errores materiales en que haya podido incurrir la sentencia (errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos)”¹⁰.

Es por esta razón que, bajo pena de nulidad de conformidad con el Artículo 206 del citado código, una decisión aclaratoria no podría ampliar la decisión aclarada. Pero no obstante esto, en el caso que siguió coherentemente *Ángel Ávila* sucedió lo contrario, existiendo una suerte de falso supuesto jurisprudencial, al tomarse en cuenta una sentencia aclaratoria que, desconociendo su propia finalidad, fue más allá ampliando el fallo aclarado.

2. El Amparo

En la decisión *Tulio Gudiño*, la Sala Constitucional dejó sentada la posibilidad de aplicar lo dicho en esa sentencia, y sin necesidad de contención alguna, a todos los funcionarios que se encontrasen en iguales circunstancias a las de aquel caso. Se entiende, en este sentido, que esa igualdad derivaba, concurren-

7 / MEZGRAVIS, ANDRÉS A., “La nueva sentencia de los lapsos procesales y su ‘aclaratoria’: una nueva usurpación de funciones”, *Revista de Derecho Administrativo* n. 3, p. 447, Caracas, Sherwood, 2000.

8 / Gaceta Oficial n. 4.209 (Extraordinaria), 18/09/1990.

9 / Sc, *Puertos del Litoral Central*, 815, 23/05/2001, Spa, *Manuel Ramírez*, 265, 18/04/1996.

10 / Sc, *Maria Aponte*, 3243, 12/12/2002.

5 / Sc, *Rose Viloria*, 1056, 31/05/2005.

6 / Sc, *Ángel Ávila*, 1581, 12/07/2005.

temente, (i) de la cualidad de funcionario de elección popular, y (ii) de la destitución de ese cargo por parte del Contralor, la cual lleva de suyo la previa declaratoria (firme) de responsabilidad administrativa.

Los siete concejales del fallo que se comenta eran, en efecto, funcionarios de elección popular a quienes, en virtud de su responsabilidad administrativa, se les impuso una multa –adicionalmente de igual cantidad que la impuesta a Tulio Gudiño– pero que no habían sido destituidos, sino que únicamente tenían la amenaza que así sería. La estrategia procesal de aquellos y de éste, además de lo anterior, había sido idéntica. Todos interpusieron recurso administrativo contra la(s) multa(s), solicitaron luego la nulidad de la(s) misma(s) a través de un recurso contencioso administrativo, y finalmente, se fueron por vía de amparo para asegurar su permanencia en el cargo. El resultado fue, no obstante, antagónico.

Luce poco coherente que un amparo haya fracasado –en el escenario de la destitución o la suspensión de un funcionario de elección popular– ante la potestad sancionadora del Contralor, cuando esa misma potestad había sido repudiada –que no controlada– expresamente por la propia Sala, la cual, incluso, había dejado establecido que tal repudio era aplicable a los casos en los que un funcionario de elección popular fuese destituido por el Contralor General. Conviene hacer en este sentido, pues, al menos tres precisiones.

Primera precisión. El hecho que un funcionario no haya sido destituido aún, pero que exista la amenaza que podrá serlo por encontrarse, en todo lo demás, en igualdad de circunstancias con aquel funcionario que sí fue amparado (funcionario de elección popular declarado responsable administrativamente) no obsta a que se le aplique la misma protección.

La amenaza en este caso no es más que una probabilidad inminente de destitución que, por lo tanto, es susceptible de ser amparada. La Sala, sin embargo, no lo consideró así, básicamente, porque esa violación no era realizable por el Contralor en tanto que la potestad sancionadora está prevista en el Artículo 105 de su Ley especial. Esto sería por un lado.

Por otro lado, precisó la Sala, distinguiendo con respecto del caso *Tulio Gudiño*, que “mientras en el caso de autos se denuncia una presunta amenaza de lesión, por cuanto la actuación que se atribuye al Contralor General de la República no se ha concretado”, en el últimamente citado caso sí se concretó lo cual de plano impide su aplicación. Esta comparación pareciera desconocer la posibilidad de

pedir un amparo ante una amenaza, contrariando así su universalidad tuitiva, la cual ha encontrado eco jurisprudencial desde hace años¹¹. Efectivamente, si tal amenaza se entiende como un fundado temor de que se cause prontamente un mal¹² en la decisión que se comenta habría, pues, una amenaza amparable, por lo que mal pudo sostenerse lo contrario¹³.

Existió ciertamente en el caso un temor (destitución del cargo) fundado (que en similares situaciones se había dado la destitución para lo cual no se seguía procedimiento alguno, dependiendo enteramente de la discrecionalidad del Contralor) de que se causara un mal (de nuevo, la destitución) prontamente (lo cual no era mensurable en días pero que, vista la discrecionalidad y la ausencia de procedimiento, podía darse en cualquier momento). Contrariamente a lo decidido en *Ángel Ávila*, la amenaza, en tales situaciones, exige al amparo, y éste a su vez, procede ante aquélla.

Segunda precisión. No toda previsión legal es constitucional. Esto quiere decir que la Sala debía examinar si ese Artículo 105 era o no constitucional. Lo hizo sí, pero lo hizo parcialmente. Únicamente se enfocó en la relación, por demás compleja, que la suspensión temporal del funcionario podría tener con el hecho de que éste haya sido popularmente electo.

Según la Sala no se violaría el nexo entre la elección (voto) y la representación (participación) ante una suspensión, porque todos los funcionarios legislativos tienen sus respectivos suplentes, los cuales se presume representarán igualmente al electorado. Se inició el análisis, pues, más allá de lo que sería un punto de partida razonable. El análisis de la potestad

11 / Spa, *Anselmo Natale*, 31/01/1991, cuyo texto puede pertinente consultarse en ORTIZ-ALVAREZ, LUIS A./HENRIQUEZ MAIONICA, GIANCARLO, *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia de Amparo Constitucional*, p. 206, Caracas, Sherwood, 2004. Adicionalmente, puede verse también, BREWER-CARIAS, ALLAN R., *Instituciones Políticas y Constitucionales, t. V. Derecho y Acción de Amparo*, p. 220, Caracas/San Cristóbal, Jurídica Venezolana/ Universidad Católica del Táchira, 1998, y, HENRIQUEZ MAIONICA, GIANCARLO, *El Amparo Constitucional: Control de los Derechos Fundamentales*, p. 83, Caracas, Sherwood, 2004.

12 / Sc, *Frigoríficos Ordaz*, 326, 09/03/2001.

13 / Curiosamente en *Ángel Ávila* se hace una cita de NÉSTOR PEDRO SAGUÉS (*Derecho Procesal Constitucional*, t. 3. *Acción de Amparo*, p. 114, Buenos Aires, Astrea, 1995) al parecer, fuera de su propio contexto. Si bien se usa una delimitación conceptual que hace dicho autor de la amenaza y no se la aplica, sin mayor análisis, se omite en este sentido una frase del libro citado, a pocos párrafos más adelante, según la cual “la demostración de la potencialidad de la configuración de una lesión debe exigirse en términos de razonabilidad y sentido común y no con un riguroso *rituario*, que teñiría de arbitrariedad el pronunciamiento judicial” (p. 115).

de destitución y de suspensión, en cuanto a su posible violación con el Derecho a la defensa y al debido proceso no fue considerada, aún cuando metodológicamente era previo al estudio de los efectos de la potestad misma y, claro está, del amparo.

Tercera precisión. Para evitar que el amparo se vuelva una suerte de misterio jurídico¹⁴, podría delimitarse una *tópica amparista*, la cual, en apretada síntesis, se haría de la siguiente manera: a partir de los casos ya decididos, en especial, por el Tribunal Supremo, se precisaría un mapa propiamente casuístico que contenga, siempre desde los hechos, las situaciones en las cuales procede, o no, el amparo. Y desde allí se darían similares consecuencias, a similares casos. Sería, en pocas palabras, un marco metodológico¹⁵.

A este escenario estrictamente metodológico cabría agregarle una coherencia¹⁶, al menos, de dos maneras. Una sería examinando desde los propios Derechos cuáles casos formarían parte de aquel mapa. La otra manera, que concurriría con la primera, sería aplicar los casos de ese mapa a las situaciones parecidas en las que aquellos se decidieron. Pues bien, el fallo *Tulio Gudiño*, en ese sentido, contribuía a esa casuística amparista, por lo que su desconocimiento, ejemplificado esencialmente en *Ángel Ávila*, mal podría hacer lo propio.

14 / TORICELLI, MAXIMILIANO, "Los oscuros perfiles del amparo", *Derecho Administrativo. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica* n. 54, p. 894, Buenos Aires, LexisNexis, 2005.

15 / La tónica ha tenido alguna repercusión en las decisiones del Tribunal Supremo. Dentro de los pocos dechados encontrados, se ha precisado que (i) "es el problema el que determina su propio tratamiento hermenéutico" (Sc, *Hermán Escarrá*, 1309, 19/07/2001), (ii) "no puede ser garantizado ningún resultado de cada conflicto que se plantee jurisdiccionalmente (Sc, *Maria Redaelli*, 2575, 16/10/2002), y (iii) "se consagró la acción de Amparo Constitucional prevista en el Artículo 27 del Texto Constitucional como una garantía constitucional específica, por tanto no subsidiaria, tampoco extraordinaria, sino discrecionalidad constitucional determinada por el problema para el que se exige tutela constitucional" (Sc, *Inmobiliaria New House*, 657, 04/04/2003). También conviene precisar que la tónica –en el entendido dado por Theodor Viehweg y que parcialmente no se sigue aquí– se ha usado para criticar la teoría de la violación directa de la Constitución según la cual, el amparo queda relegado a una violación de normas, en lugar de una de derechos (HENRIQUEZ LARRAZÁBAL, RICARDO D., "La problemática de la procedencia del amparo constitucional en el derecho venezolano", *Revista de Derecho Constitucional* n. 4, p. 289, Caracas, Sherwood, 2001).

16 / Sobre la cual, en la actuación de la administración, ha escrito CAPUTI, CLAUDIA, "La coherencia del comportamiento administrativo", *Derecho Administrativo. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica* n. 50, ps. 904/905, Buenos Aires, LexisNexis, 2004.

IV. El problema de fondo

Este problema no es otro que la propia sustancia de la sentencia comentada: la suspensión y la destitución administrativas de funcionarios de elección popular, en tanto potestad sancionadora del Contralor. ¿Se puede ejercer tal potestad sobre esos funcionarios, aún cuándo éstos no hayan terminado el período para el cual fueron electos? Para responder a esta pregunta conviene hacer primero una acotada consideración de la recepción jurisprudencial de la potestad sancionadora en general.

1. La potestad sancionadora en las decisiones de la Sala Constitucional y de la Sala Político Administrativa¹⁷

Dicho esto, pasamos de inmediato a revisar, resumida y concretamente, cómo esas decisiones han precisado algunos aspectos de aquella potestad.

A. Consideraciones generales

La potestad sancionadora que se diferencia a su vez de la potestad punitiva¹⁸ se desdobra en, disciplinaria por un lado, y propiamente sancionadora, por el otro. La naturaleza administrativa de la potestad disciplinaria, sin embargo, "no implica su confusión ni generalización respecto de la potestad sancionadora de la Administración, pues mientras la potestad sancionadora consigue su fundamento y fin en el ejercicio de un poder de imperio dirigido a la preservación del ordenamiento jurídico administrativo y el alcance de determinado cometido de interés general, la disciplinaria se dirige a la represión de actuaciones contrarias a la conducta debida dentro de determinada estructura organizativa de servicio, o bien en el marco de una relación jurídica concretada ... para que se logre el mantenimiento de la actuación ética y jurídicamente correcta, indispensable para el alcance de la plena eficacia del ejercicio de determinada función pública"¹⁹.

La exigencia de la potestad sancionadora se debe "a la necesidad de la Administración de contar con mecanismos coercitivos para cumplir sus fines, ya que de lo contrario la actividad administrativa quedaría vacía de contenido ante la imposibilidad de ejercer el

17 / Todas las decisiones citadas, y aquellas que se citen de la Sala Constitucional (Sc) y de la Sala Político Administrativa (Spa) salvo remisión a otra fuente, pueden consultarse en www.tsj.gov.ve/decisiones/criteriosmultiples.asp. Pues bien, conviene precisar en este sentido que tales citas siguen el siguiente orden: (i) la Sala que dicta el fallo, (ii) sus autos, (iii) el número de la sentencia y (iv) su fecha de publicación.

18 / Sc, *Iván Badell*, 1394, 07/08/2001.

19 / Sc, *Carlo Palli*, 1212, 23/06/2004, *Jasmine Flowers*, 942, 24/05/2005.

ius puniendi del Estado frente a la inobservancia de los particulares en el cumplimiento de las obligaciones que les han sido impuestas por Ley, de contribuir a las cargas públicas y las necesidades de la colectividad²⁰.

No toda sanción *lato sensu*, sin embargo, puede considerarse un acto derivado de la potestad sancionadora. Un ejemplo de esto es cuando se excluye a un estudiante de un curso de postgrado por no mantener el promedio requerido de notas²¹, lo cual no significa que para aquel acto no sancionador no deba llevarse a cabo un procedimiento²².

B. La potestad sancionadora es materialmente administrativa

Esa potestad es una actividad materialmente administrativa que, adicionalmente, no se reduce a la administración sino que alcanza a los demás poderes. Un claro ejemplo sería el que se comenta: la suspensión de funcionarios por el Contralor, quien si bien auxilia a la Asamblea Nacional, integra el Poder Ciudadano. Sucede lo mismo con esa Asamblea y con los Jueces.

Según el Artículo 187.20 de la Constitución²³, la Asamblea puede suspender temporalmente a alguno de sus miembros, lo cual configura una verdadera potestad sancionadora²⁴. Por su parte, a tenor del Artículo 93 de la Ley Orgánica del Poder Judicial²⁵, los Jueces, cuando un abogado profiera ofensas en contra de un funcionario judicial, pueden ordenar su arresto²⁶.

Esta última potestad primero se consideró únicamente disciplinaria²⁷ después propiamente administrativa²⁸ y finalmente se retornó a las consideraciones iniciales²⁹. Se ha dicho además que esa potestad resulta controlable, no a través de un *hábeas corpus*, sino de un amparo³⁰ porque ese arresto no viola en

tanto potestad disciplinaria, la libertad personal³¹ al igual que una sanción disciplinaria de suspensión que pueda ordenar el Colegio de Abogados correspondiente, no merma el Derecho al Trabajo del abogado suspendido³², o una destitución de un funcionario de la división de inteligencia del Estado, tampoco viola la estabilidad que aquél tenía en ese cargo³³.

C. Algunos principios básicos

A la potestad sancionadora se le aplica, en líneas generales, el Derecho Penal material, así como sus principios generales. Esto es así porque "existe una sustancial identidad de los ilícitos y sanciones administrativas con los delitos y penas criminales, derivadas ambas del *ius puniendi* que monopoliza el Estado"³⁴. Esto no quiere decir, sin embargo, que exista una dependencia entre ellas. Por el contrario, la potestad sancionadora "no depende y es totalmente independiente de la imposición de sanciones penales a que hubiere lugar por parte de los Tribunales de la Jurisdicción civil o penal"³⁵.

Entre tales principios se encuentra aquel de legalidad³⁶. La potestad sancionadora es ciertamente materia de reserva legal. Sólo por Ley puede creársela³⁷, sin que ello impida, no obstante, que esa Ley autorice el establecimiento reglamentario de las sanciones³⁸, dejándosele a esos reglamentos "la función de complementar, explicar y aplicar la Ley, sin poder jamás modificarla, ampliarla, ni alterarla en su espíritu, propósito y razón"³⁹.

Este principio de legalidad "implica la existencia de una Ley (*lex scripta*), que sea anterior (*lex previa*) y que describa un supuesto de hecho determinado (*lex certa*)"⁴⁰. Es en este sentido que de la legalidad

20 / Sc, *Cervecería Polar del Centro*, 307, 06/03/2001, Spa, *Seguros La Federación*, 1947, 11/12/2003.

21 / Sc, *Ronal Suárez*, 2505, 30/11/2001.

22 / Spa, *Comercial Frutar*, 1671, 29/10/2003.

23 / Gaceta Oficial n. 36.860, 30/12/1999.

24 / Sc, *Vestalia Araujo*, 1718, 20/08/2004.

25 / Gaceta Oficial n. 5.262 (Extraordinaria), 11/09/1998.

26 / Sc, *Luis Chacón*, 863, 11/06/2003.

27 / Sc, *Domingo Montes*, 2427, 29/08/2003.

28 / Sc, *Carlo Palli*, 1212, 23/06/2004.

29 / Sc, *Rubén Guerra*, 2910, 13/12/2004.

30 / Sc, *José Natera*, 2819, 07/12/2004, *Germis Muñoz*, 435, 07/04/2005.

31 / Spa, *Einer Biel*, 21, 27/01/2003. Quizás con cierta contradicción al arresto arriba mencionado, se ha señalado que "Doctrina y Jurisprudencia coinciden en que, con independencia del mayor o menor alcance que a veces pueda dársele al Derecho Administrativo Sancionador, jamás puede, por esa vía, privarse a nadie de su libertad" (Sc, *Semi Poliszuk Vabish*, 1984, 22/07/2003).

32 / Spa, *Dianna Pérez*, 3010, 18/12/2001.

33 / Spa, *Eduardo Rosendi*, 611, 16/04/2002.

34 / Sc, *Leonardo Malavé*, 1766, 31/07/2002.

35 / Spa, *Joaquín Calderón*, 978, 01/07/2003.

36 / ARTEAGA SÁNCHEZ, ALBERTO, *Derecho Penal Venezolano*, p. 28, Caracas, McGrawHill, 1997.

37 / Sc, *Gertrud Frías*, 270, 25/04/2000, Spa, *Wilfredo Díaz*, 1203, 25/05/2000, *Francisco Mérida*, 1450, 12/07/2001, *Lewis Contreras*, 256, 19/02/2002.

38 / Sc, *Freddy Orlando*, 488, 30/03/2004, Spa, *Difedemer*, 05/06/1986, *Superintendencia de Bancos*, 421, 04/05/2004.

39 / Spa, *Ljubica Ramírez*, 195, 04/04/2000.

40 / Spa, *Cna de Seguros La Previsora*, 1044, 12/08/2004, *Ángel Zambrano*, 91, 19/01/2006.

deriva la tipicidad⁴¹. La sanción debe, en efecto, preverse expresamente.

También, entre otros tantos principios, se aplican los de presunción de inocencia⁴² y de *non bis in ídem*, aplicación esta que ha llevado a sostener que, en Venezuela, el Derecho al debido proceso se encuentra “constitucionalmente consagrado en su máxima expresión”⁴³. El *non bis in ídem* no cabe aplicarlo, sin embargo, simultáneamente entre el escenario penal y aquel otro administrativo. Es decir, si se sancionó administrativamente por un hecho, ese mismo hecho podrá ser perseguido penalmente.

Ahora bien, cabe tener en cuenta que aún cuando los principios del Derecho Penal se aplican íntegramente al Derecho Administrativo sancionador, no son ellos los únicos principios de éste. Dicho Derecho Especial también observa los principios del Derecho Administrativo –cuya mayoría se identifica con los mencionados del Derecho Penal– entre los cuales destacan (para bien) el de ejecutoriedad, según el cual la administración puede ejecutar sus actos por sus propios medios, y (para mal) el del carácter no suspensivo de los recursos administrativos o judiciales “por lo que si el afectado por una decisión pretende sustraerse de la obligación de cumplirla, deberá solicitar expresamente la suspensión de la medida, exponiendo las razones que lo justifiquen. Entretanto, deberá someterse a ella, así la haya recurrido”⁴⁴.

D. La discrecionalidad sancionadora y sus límites

La potestad sancionadora puede supeditarse a consideraciones discrecionales, vale decir, a una libertad –no libertinaje– en la apreciación de la situa-

ción a sancionar⁴⁵. Es, en este sentido, que la discrecionalidad de la administración “sólo es admitida en la esfera del ejercicio de la potestad sancionatoria para determinar la gravedad de los hechos a los fines de la sanción, y siempre sometido a las reglas de la racionalidad y proporcionalidad”⁴⁶.

Si bien ambas reglas pueden conjugarse en la razonabilidad, hay que tener en cuenta que la proporcionalidad de la sanción administrativa forma parte del debido proceso⁴⁷, que se encontraría, según se dijo, elevado a su máxima potencia. Es por esta misma razón, por ejemplo, que no se puede iniciar con una sanción un procedimiento administrativo⁴⁸, así como tampoco puede iniciarse tal procedimiento, en especial en materia de libre competencia, sin ningún tipo de discernimiento sobre la pertinencia de las causas de la afectación de Derechos y de los efectos colaterales de la sanción⁴⁹.

E. La prescripción

La potestad sancionadora también, en cada caso, es susceptible de prescripción, la cual se entiende, en este sentido, como un Derecho a no estar eternamente sujeto a las consecuencias (sanciones) que se puedan establecer por los propios actos⁵⁰. La prescripción para con aquella potestad puede ser tanto para la determinación de la sanción, como para ejecutarla, una vez resuelta dicha sanción⁵¹.

El término que se aplica a la prescripción, salvo lo dispuesto por una Ley especial, y al igual que sucede con las sanciones disciplinarias⁵² es el de cinco

41 / Sc, *Margarita Fariás*, 952, 29/04/2003.

42 / PÉREZ SARMIENTO, ERIC LORENZO, *Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal*, p. xxxvi, Valencia, Vadell Hermanos, 2003.

43 / Spa, *Nuhad Abousaid*, 1221, 30/05/2000.

44 / Sc, *Semi Poliszuk Vabish*, 1984, 22/07/2003. La no suspensión ha encontrado un fuerte reflejo jurisprudencial. Por ejemplo, el Artículo 205 de la Ley de Telecomunicaciones (Gaceta Oficial n. 36.970, 12/06/2000) establece el carácter suspensivo de la impugnación judicial de las multas impuestas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, y aún así, se ha desaplicado esta norma –por control difuso de constitucionalidad– al considerar que afecta a la “tutela judicial efectiva, que obliga a los jueces a administrar justicia de la forma más justa y respetando los principios de legalidad y ejecutoriedad de los actos administrativos” (Spa, *Telcel*, 6161, 09/11/2005).

45 / Puede consultarse por todos, a BALZÁN, JUAN CARLOS, “Los límites de la discrecionalidad, la arbitrariedad y la razonabilidad de la Administración”, *Revista de Derecho Administrativo* n. 9, p. 7, Caracas, Sherwood, 2000, GRAU, MARÍA AMPARO, “Tratamiento doctrinario y jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa en Venezuela”, *El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad económica (VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo ‘Allan Randolph Brewer-Carías’)*, p. 45, Caracas, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, 2004, HERNÁNDEZ RON, J.M., “La potestad discrecional y la teoría de la autolimitación de los poderes”, *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal* ns. 30/31, p. 5, Caracas, 1942, RUÁN SANTOS, GABRIEL, *El principio de la legalidad, la discrecionalidad y las medidas administrativas*, p. 44, Caracas, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, 1998.

46 / Sc, *Víctor Hernández*, 1260, 11/06/2002.

47 / Spa, *Juan Carlos Pareja*, 157, 17/02/2000, *José Fernández*, 242, 13/02/2002.

48 / Sc, *Aeropostal Alas de Venezuela*, 4988, 15/12/2005.

49 / Spa, *Rctv*, 1899, 29/10/2004.

50 / BREWER-CARIAS, ALLAN R., *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, p. 111, Caracas, Jurídica Venezolana, 2002.

51 / MELICH ORSINI, JOSÉ, *La Prescripción extintiva y la caducidad*, 226 ps., Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2002.

52 / Spa, *César Montoya*, 2119, 31/10/2000.

años al que se refiere el Artículo 70 de la Ley de Procedimientos Administrativos^{53, 54} por lo que su suspensión y su interrupción se rigen por el Código Civil⁵⁵, teniendo especial interés que, según su Artículo 1.969, la prescripción se interrumpe en virtud de una demanda judicial, y por lo tanto, cabe agregar, por el inicio del procedimiento administrativo en cuestión. Si se tiene en cuenta, por ejemplo, que de conformidad con el Artículo 61.1 del Código Orgánico Tributario⁵⁶ la prescripción en esa materia se interrumpe “por cualquier acción administrativa, notificada al sujeto pasivo, conducente al reconocimiento, regularización, fiscalización y determinación, aseguramiento, comprobación, liquidación y recaudación del tributo por cada hecho imponible”, resulta entonces válido afirmar que el inicio del procedimiento interrumpe la prescripción.

2. La potestad sancionadora de la Contraloría según el Artículo 105 de su Ley especial⁵⁷

Establece expresamente ese Artículo 105 que, *“La declaratoria de responsabilidad administrativa, de conformidad con lo previsto en los Artículos 91 y 92 de esta Ley, será sancionada con la multa prevista en el Artículo 94, de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios que se hubieren causado. Corresponderá al Contralor General de la República de manera exclusiva y excluyente, sin que medie ningún otro procedimiento, acordar en atención a la entidad del ilícito cometido, la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses o la destitución del declarado responsable, cuya ejecución quedará a cargo de la máxima autoridad; e imponer, atendiendo la gravedad de la irregularidad cometida, su inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince (15) años, en cuyo caso deberá remitir la información pertinente a la dependencia responsable de la administración de los recursos humanos del ente u organismo en el que ocurrieron los hechos para que realice los trámites pertinentes”*

Según esta norma el Contralor puede, exclusiva y excluyentemente, sin necesidad de seguir procedi-

miento alguno, y únicamente ponderando la entidad del ilícito cometido, suspender (hasta veinticuatro meses y sin goce de sueldo), destituir (definitivamente) e inhabilitar (hasta por quince años) a los funcionarios que hayan sido declarados responsables administrativamente. Así entendida esta potestad sancionadora, se ha dicho que la misma es “un monumento a la severidad y al concepto draconiano de las sanciones”⁵⁸. Esta crítica se hace certeramente, en efecto.

La mencionada facultad sólo encuentra un límite que, en puridad de términos, depende de la propia consideración del Contralor: la entidad del ilícito cometido. Más allá de esto, no existe en ese Artículo 105 otro límite. Esto no quiere decir, empero, que la facultad deba suprimirse. En su sentido actual, si bien es criticable, la misma podría mantenerse, teniendo en cuenta que (i) resulta necesario que se lleve a cabo, antes de la sanción, un procedimiento administrativo, y (ii) asimismo, es menester posibilitar la revisión judicial de la sanción, básicamente, mediante el recurso de nulidad interpuesto con amparo cautelar y coetáneamente –dependiendo de la pretensión particular– con el amparo autónomo. Esto merece, pues, dos precisiones: una general y otra particular.

A. La suspensión, la destitución y la inhabilitación pueden adecuarse constitucionalmente. Efectivamente, la potestad contenida en el Artículo 105 puede adecuarse constitucionalmente, adecuación esta que se haría, por un lado, estableciendo la necesidad de seguir un procedimiento con respecto de la aplicación de esa potestad, lo cual se deduciría no sólo del artículo 49 de la Constitución, sino también, y sin llegar a éste, teniendo en cuenta los principios del Derecho Penal que así lo exigen, y cuya aplicación al Derecho sancionador ha quedado demostrada arriba, habiéndolo reconocido además, en ese sentido, la Contraloría, entre otros tantos ejemplos, en memorando 04-02-131 del 06 de junio de 2000⁵⁹, en tanto que por otro lado, la mencionada adecuación se haría –en concurrencia con el procedimiento administrativo– permitiendo el control judicial de aquella potestad independientemente que se haya concretado, o que exista la amenaza que inminentemente así se hará.

53 / Gaceta Oficial n. 2.818 (Extraordinaria), 01/07/1981.

54 / Spa, Henry Matheus, 1140, 24/09/2002, Distribuidora Continental, 1589, 16/10/2003.

55 / Gaceta Oficial n. 2.990 (Extraordinaria), 26/07/1982.

56 / Gaceta Oficial n. 37.305, 17/10/2001.

57 / Gaceta Oficial n. 37.347, 17/12/2001.

58 / ORLANDO S., FREDDY J., *La potestad inquisitiva de los órganos de control fiscal y la determinación de la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos*, ps. 134/135, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004.

59 / *Dictámenes de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República n. xvi*, p. 90, n. 2, Caracas, 2000, cuya versión digital puede encontrarse en www.cgr.gov.ve (© Noticias y Publicaciones).

Esa posibilidad de adecuación no se debe únicamente, sin embargo, a la presencia de un procedimiento administrativo o de un control judicial. Ella también derivaría de la propia necesidad de repeler la corrupción⁶⁰. Si un funcionario, sea o no de elección popular, se declara responsable (administrativamente) ante hechos contrarios al patrimonio público, podría pensarse que la mejor medida para cesar tales hechos sería remover, temporal o definitivamente, a ese funcionario de su cargo, debido a que si se espera a que éste termine su período, resultará muy difícil, por no decir imposible, restituir los daños que esa corrupción haya causado.

B. La sanción de la corrupción de los funcionarios de elección popular no puede quedar para después.

La Sala analizó la constitucionalidad de la sanción, sólo desde la perspectiva de la representación popular. Este análisis, además de parcial como se indicó antes, merece algunas críticas, tal como lo hizo el magistrado Pedro Rondón Haaz, quien señaló en su voto salvado que, por un lado, la forma natural de remoción de los funcionarios de elección popular es el referendo, y por otro lado, que disponer que no hay violación de la representatividad del electorado por la asunción de los suplentes de los funcionarios suspendidos o destituidos, equivale a partir de una falacia dentro de un sistema de elección predominantemente uninominal, debido a que, además, “rara vez los electores conocen siquiera el nombre de los suplentes ni aún el de los candidatos que se eligen por lista”.

La primera crítica del citado voto, a diferencia de la segunda, no obstante, no parece suficiente. En efecto, no podría dejarse únicamente al control político del electorado la sanción de una corrupción debidamente declarada. De no ser así, se le daría una suerte de luz verde a ese funcionario para actuar corruptamente hasta tanto termine su período. Por esto, la mencionada potestad adquiere un matiz práctico. Repeler la corrupción oportunamente, no dejándola para después, pero sin borrar ese control posterior. Ahora bien, *tal como está configurada en el Artículo 105, la potestad no es constitucional*, por lo que (i)

60 / Por todos, consúltese a BREWER-CARIAS, ALLAN R., *Política, Estado y Administración Pública*, p. 85, Caracas, Ateneo/Jurídica Venezolana, 1979, CAPUTI, CLAUDIA, *La ética pública*, p. 29, Buenos Aires, Depalma, 2000, GORDILLO, AGUSTÍN, “Un corte trasversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana contra la Corrupción”, *La Ley*, t. 1997-E, p. 1091, y, HARO, JOSÉ VICENTE, “La Ley contra la Corrupción. Marco constitucional, principios fundamentales, sanciones administrativas y responsabilidad administrativa”, *Comentarios a la Ley contra la Corrupción*, p. 9, Caracas, Vadell Hermanos, 2003.

debe adecuársela estableciendo el respeto de “las debidas garantías procedimentales”⁶¹, fijándose un procedimiento previo para la sanción por ante el propio Contralor, y (ii) debe establecerse, contrariamente a lo que se decidió en *Ángel Ávila*, un *control judicial suficiente*⁶² de la misma.

Esas garantías procedimentales se refieren a los ya mencionados principios de la potestad sancionadora. Por ejemplo, si bien el Artículo 105 es una norma legal, la misma debe adecuarse a la Constitución, tal como lo exige el principio de legalidad. De igual forma, debe observarse un debido proceso antes de la sanción. No se puede, sin más y sin necesidad de procedimiento alguno, suspender, destituir o inhabilitar a un funcionario público, independientemente que haya sido, o no, electo popularmente. Por último la sanción, particularmente porque deriva de la discrecionalidad, debe ser proporcional a la conducta sancionada. Esto último, que es la única exigencia establecida en el Artículo 105, se supedita enteramente a la discrecionalidad del Contralor, por lo que mal puede limitarla.

El control suficiente, por su parte, hace alusión a la revisión efectiva, en sede judicial, del acto sancionador del Contralor. Esta revisión, en principio, es plenamente posible a través del recurso contencioso de nulidad –conjuntamente, o no, con amparo cautelar y demás medidas provisionales– así como, paralelamente, con el amparo autónomo, y adicionalmente, a diferencia de lo que se ha establecido en las decisiones mencionadas del Tribunal Supremo, debería tener un efecto suspensivo.

Pasemos ahora a la naturaleza popular de los cargos, la cual, en este orden de ideas, da lugar a

61 / Sc, *Gertrud Frias*, 130, 01/02/2006. Se trataba, el caso (v. nota n. 40) de un código local (del Estado Yaracuy) que le confería, por ejemplo al gobernador, la facultad de imponer arrestos para mantener “el orden, la moral, la decencia pública, la seguridad social y la protección de las personas y sus bienes” (Artículo 82) y a los alcaldes, jefes civiles, prefectos de distrito y comandantes de policía, la misma facultad de imponer arrestos, pero sin que se hiciera mención de las situaciones (tipo) en las cuales aquéllos se podrían ordenar (Artículos 85/86). Un escenario similar a este tuvo lugar en Argentina, como se sabe, con los edictos policiales, cuya constitucionalidad fue igualmente reprochada por la propia Corte Suprema de Justicia, en especial, en el caso decidido el 17 de mayo de 1957 (*Óscar Mouviel - Fallos*, 237: 636), el cual puede verse en www.csjn.gov.ar/jurispl/principal.htm.

62 / Este control ha sido desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina con referencia a la actividad jurisdiccional desplegada en la administración (*Elena Fernández Arias*, 19/09/1960 - *Fallos*, 247: 646, *Ángel Estrada*, 05/04/2005 - *La Ley*, 22/04/2005) y sobre el cual se recomienda consultar a Tawil, Guido Santiago, *Administración y Justicia*, II, p. 301, Buenos Aires, Depalma, 1993.

muchas interrogantes que, no obstante, podrían sintetizarse en dos: ¿Se viola la participación de los ciudadanos cuando se suspende o se destituye a sus representantes que hayan cometido actos de corrupción?, y ¿el derecho de esos ciudadanos a sus representantes, validaría la corrupción si aquellos desean la permanencia de sus elegidos? La corrupción de un funcionario sencillamente lo despoja de esa naturaleza funcional, por lo que mal podría permanecer tranquilamente en el cargo que desempeña. Ahora bien, de nuevo, podría pensarse afirmativamente en su suspensión, para lo cual, no obstante, deben respetarse todas las garantías mencionadas y asegurarse un control judicial suficiente, lo cual como no ha sucedido, provocó correctamente que se diera lugar al amparo en *Tulio Gudiño*.

Si se da cabida a tales garantías y tal control, a pesar de lo que pudiera creerse, no quedaría solucionado enteramente el problema de la suspensión o destitución del funcionario de elección popular ¿si el voto es la delegación del poder del electorado en los elegidos, aquellos podrían hacerlo, incluso conscientemente, en personas corruptas? ¿si se garantizan todos los principios del Derecho sancionador y un adecuado control judicial, podría igualmente suspenderse?, y ¿esa suspensión debería ser inmediata para evitar mayores corrupciones, o para toda sanción deberá esperarse hasta la culminación del período? La duda queda simplemente planteada.

V. Las dudas que quedan

La potestad sancionadora resulta necesaria para el cumplimiento de los fines estatales, los cuales, sin embargo, no pueden maquiavélicamente justificar una excesiva dilatación de aquella potestad, ejemplificada aquí por la contenida en tantas veces mencionado Artículo 105. Garantizándose la aplicación íntegra de los principios inherentes a aquella potestad y permitiendo un control judicial suficiente, la suspensión de funcionarios declarados responsables administrativamente parecería viable, e incluso, recomendable. No tanto así cuando se trate de funcionarios popularmente electos, porque, aparentemente en principio, el voto de los ciudadanos legitimaría a los funcionarios que éstos eligen. Ahora bien, ¿legítima todo ese voto?

En materia de calificaciones, reenvío y otros asuntos de derecho internacional privado

Sumario

- I. Introducción
 1. El difícil problema de las calificaciones en el Derecho Internacional Privado
 2. El resultado de la desesperación general
- II. Respuestas nacionales al problema de las calificaciones: algunos ejemplos en el mundo
- III. El enfoque venezolano
- IV. Los objetivos de las normas venezolanas de conflicto
- V. El reenvío y los objetivos de las normas venezolanas de conflicto
- VI. Método para la concretización de los objetivos de las normas venezolanas de conflicto
- VII. Conclusiones

Resumen

El problema de las calificaciones es uno de los problemas más difíciles y complejos de todo el Derecho Internacional Privado. La Ley de Derecho Internacional Privado aporta una sencilla y útil aproximación al problema. La solución no es principista. El artículo 2 de esa Ley presenta los elementos básicos para la discusión. Para tales efectos, la Ley utiliza la noción de los “objetivos de las normas venezolanas de conflicto”. Este trabajo discute la aproximación venezolana al problema de las calificaciones y brinda orientaciones para concretizar dicha noción a la par que destaca la utilidad de tal noción en otras áreas de la Teoría General del Derecho Internacional Privado, en especial en materia de reenvío.

Abstract

The question of characterization is one of the most difficult and complex problems of Private International Law. The Act on Private International Law provides a simple and useful approach to the resolution of the problem. The approach is not based on any rigid principle. Article 2 of the Act contains the basic elements for the discussion. For such purposes, the Act uses the notion of “objectives pursued by the Venezuelan conflict of law rules”. This paper discusses the Venezuelan approach on the problem of characterization and gives hints for the concretization of said notion as well as highlights the usefulness of that notion in other areas of the General Theory of Private International Law, particularly on the matter of renvoi.

Eugenio Hernández-Breton

Eugenio Hernández-Breton, Profesor de Derecho Internacional Privado en la universidades Central de Venezuela, Católica Andrés Bello y Monteávila; Doctor iuris utriusque (summa cum laude), Universidad de Heidelberg; Legum magister (magna cum laude), Universidad de Tübingen; Master of Laws, Columbia University, New York; Abogado (summa cum laude), Universidad Católica Andrés Bello; Presidente del Comité Venezolano de Arbitraje; Miembro del Instituto Hispano-Luso-Americano y Filipino de Derecho Internacional.

privé”² y, seguramente, seguirá siendo así durante los próximos años³. La doctrina y la Jurisprudencia han enfocado el problema de las calificaciones desde distintos puntos de vista, pero la cuestión aún es debatible⁴. Los juristas deben enfrentarse a esta “espinosa” pregunta⁵. El Profesor Ehrenzweig llamó al problema de las calificaciones “una inoportuna adición a la doctrina norteamericana”⁶. Uno de los antagonistas más feroces de la teoría de las calificaciones como institución del Derecho Internacional Privado, el desaparecido Professor Juenger, reflexionaba con escepticismo acerca del problema y cuestionaba si éste tendría alguna posibilidad de solución. Hace algunos años el mismo Juenger escribió: “Esta estéril controversia (acerca del problema de las calificaciones) ha existido durante siglos, lo cual es una indicación que su solución siempre estará fuera del alcance de los expertos”⁷. El problema de las calificaciones genera tanta confusión que se ha destacado que para este problema no existe una explicación legal ni lógica⁸. En consecuencia, Juenger expresó que nuestro tema está “dividido entre lo pseudológico ofrecido por teóricos y el deseo de hacer justicia”, por lo tanto, “algunos Tribunales se rinden ante una conceptualización estéril mientras otros recurren a artimañas con el fin de obtener los resultados apropiados. De hecho, la única característica atractiva del misterioso proceso de calificaciones es su inclinación hacia la prestidigitación”⁹. Para mayor desconcierto entre los expertos, algunos han señalado que los Tribunales han



I. Introducción

1. El difícil problema de las calificaciones en el derecho internacional privado

El problema de las “calificaciones”¹ en el Derecho Internacional Privado ha sido tema de interminables discusiones desde la época de Franz Kahn y Etienne Bartin. Independientemente de las dificultades teóricas siempre presentes en las discusiones entre eruditos, en tiempos más recientes ha surgido un nuevo problema, a saber: ¿será posible regular, mediante Ley o algún acto del Poder Legislativo, el problema de las calificaciones en el Derecho Internacional Privado? No es fácil responder esta pregunta. Se ha dicho que el problema de las calificaciones es “un des thèmes les plus discutés en droit international

2 / Erik Jayme, *Identité culturelle et integration: Le droit international privé postmoderne*. Cours general de droit international privé, Recueil des cours 251 (1995), p. 108. Un gran número de autores comparten este punto de vista, entre los cuales está *Ernst Steindorff*, *Sachnorm im internationalen Privatrecht*, 1958, p. 52, quien dijo: “Die internationalprivatrechtliche Qualifikation wird noch heute als eines der schwierigsten und ungeklärten Gebiete des internationalen Privatrechts bezeichnet” (“Las calificaciones en el Derecho Internacional Privado son consideradas todavía hoy como uno de los problemas más difíciles y menos clarificados del Derecho Internacional Privado”).

3 / Erik Jayme, *Qualifikation und Favor Negotii im Internationalen Privatrecht*, en *Estudos em Homenagem a Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Tomo I, 2002, p. 209-215.

4 / Jayme, (N. 2), pp. 110 et seq.

5 / Según lo expresado por *Leo Scheucher*, *Buchbesprechung von Adolf Schnitzer*, *Handbuch des Internationalen Privatrechts einschliessend Prozessrecht, unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Gesetzgebung und Rechtsprechung*. 4ª Edición, 1957, Volumen I, en *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1961, p. 256 (“dörrnige Qualifikationsfrage”).

6 / *Albert A. Ehrenzweig*, *Characterization in the Conflict of Laws: An unwelcome addition to American Doctrine*, en *Kurt Nadelmann/ Arthur T. von Mehren and John Hazard* (Editors), *XXth Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in honor of Hessel E. Yntema*, 1961, p. 395 et seq.

7 / *Friedrich K. Juenger*, *Choice of Law and Multistate Justice*, 1993, p. 73.

8 / *Werner Niederer*, *Die Frage der Qualifikation als Grundproblem des internationalen Privatrechts*, 1940, p. 89: “Die Frage der Qualifikations-Problem scheint nur solange unlösbar, als wir eine rein begrifflich-logische Lösung suchen, die es nicht geben kann...” (“La cuestión del problema de las calificaciones no parece solucionable en tanto solo busquemos una solución lógico-conceptual, la cual no parece existir...”).

9 / *Juenger*, (N. 7), p. 73.

1 / La terminología castellana es bastante uniforme en aceptar la expresión calificaciones. En otros idiomas no hay término uniforme, por ejemplo en el idioma inglés. Véase *Eugene F. Scoles/Peter Hay/Patrick J. Borchers/ Symeon C. Symeonides*, *Conflict of Laws*, 3ª Edición, 2000, p. 119-120. Sobre la evolución de las discusiones en torno a este tema en el mundo de habla inglesa véase *Helmut Weber*, *Die Theorie der Qualifikation*. Franz Kahn, Etienne Bartin und die Entwicklung ihrer Lehre bis zur universalen Anerkennung der Qualifikation als allgemeines Problem des internationalen Privatrechts (1890-1945), 1986, p. 90-92, 164-181.



contribuido con “mayor confusión a un tema ya de por sí confuso”¹⁰.

2. el resultado de la desesperación general

La falta de acuerdo en cuanto a las soluciones teóricas y las deficiencias conceptuales y prácticas en las decisiones de los Tribunales durante años, han generado una actitud negativa y un estado de desesperación con respecto a la imposibilidad de una solución legislativamente formulada para el problema de las calificaciones en el Derecho Internacional Privado. La frustración de cualquier esfuerzo que se realice al respecto se puede explicar fácilmente sobre la base de una reciente experiencia italiana: “Nell’ambito della elaborazione della legge sul diritto internazionale privato (Ley de Derecho Internacional Privado italiana de 1995),... la qualificazione era stata oggetto di intense discussioni,... Come noto, si era allora rinunciato a disciplinare la qualificazione. A giustificazione della reticenza a disciplinare questioni generali del diritto internazionale privato era stato addotto che la maggior parte dei problemi non erano dalla dottrina risolti all’unanimità. E anche se una definizione legislativa non concluderebbe necessariamente il confronto scientifico, essa imporrebbe tuttavia soluzioni che, fra qualche anno, potrebbero non resistere alla critica. Segnatamente in merito alla qualificazione era stato rilevato come una normativa legislativa che riflettesse la teoria della *lex fori*, sarebbe risultata insoddisfaciente. Se invece si fosse attuato il principio del riferimento alla *lex fori*, ne sarebbe conseguita la definizione di una nozione che, in ragione del suo carattere d’astrattezza, non avrebbe facilitato il compito del giudice”¹¹.

La experiencia austriaca, por su parte, ha enfrentado ideas sobre la conveniencia o inconveniencia de reglamentar el problema de las calificaciones en el Derecho Internacional Privado. Las gestiones de Fritz Schwind para responder al problema en el contexto de la IPR-Gesetz austriaca también cedieron ante la crítica. Como dice el Profesor Schwind, se rechazó la propuesta para regular el problema de las calificaciones porque la teoría que se adoptaría (“*Stufenqualifikation*”) “*ausser in einem Teil des österreichischen*

Schriftums international keine Gefolgschaft gefunden habe” (“salvo por una parte de la doctrina austriaca, a nivel internacional no ha encontrado seguidores”). Por lo tanto, “*die Kodifikation von Qualifikationslösungen (erscheint) insgesamt heute in der Fachliteratur als undurchführbar*” (“para la literatura especializada la codificación de las soluciones del problema de las calificaciones parece hoy irrealizable”). Desde su punto de vista, salvo por pocos autores, esta interpretación refleja la opinión constante de la doctrina en el mundo de habla germana¹².

Otro resultado similar se generó en las Américas durante la discusión y aprobación de la Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado (CIDIP II, Montevideo 1979). Nuevamente, la falta de consenso entre la doctrina y Jurisprudencia regional fue decisiva para así determinar la ausencia de una resolución expresa del problema de las calificaciones¹³. En ese momento se mencionó, además, que en esa Conferencia “las enérgicas actitudes contrapuestas impusieron un respetuoso silencio” sobre el asunto, y “la falta de reglas expresas para enfrentar con entusiasmo” el problema de las calificaciones, contribuyó a que no se intentara responderlo¹⁴. La doctrina estuvo de acuerdo, sin embargo, en que “mucho más valió no resolver un problema que solucionarlo deficientemente”¹⁵.

II. Respuestas nacionales al problema de las calificaciones: algunos ejemplos en el mundo

Impávidos ante el confuso ambiente que rodea al problema de las calificaciones en el Derecho Internacional Privado, los legisladores nacionales han intentado regular la materia. Las legislaciones nacionales corresponden al estado de las discusiones teóricas. No hay acuerdo en cuanto a la respuesta correcta que debe darse al problema. Se podría decir con exactitud, sin embargo, que las legislaciones nacionales muestran una preferencia por la teoría de la *lex civilis fori*. Como veremos, sólo pocos sistemas legales nacionales se apartan de la tendencia general y muchos sencillamente han decidido dejar el asunto abierto para las discusiones de expertos y a la Jurisprudencia.

10 / Juenger, (N. 7), p. 74: “Los resultados obtenidos por los Tribunales mediante dichas manipulaciones podrían ser acertadas, pero esta clase de teleología tiene un costo. Los magistrados deben sacrificar su honestidad intelectual...” Se puede encontrar una opinión contraria en Jacob Dolinger, In defense of the “general part” principles, en International Conflicts of Law for the Third Millennium. Essays in honor of Friedrich K. Juenger, 2000, p. 28-29.

11 / Monique Jametti Greiner, Qualificazione in generale e qualificazione in particolare, en Collisio Legum, Studi di Diritto Internazionale Privato per Gerardo Broggin, 1997, p. 187-188.

12 / Fritz Schwind, Schnitzers Qualifikationslehre im österreichischen IPR, en Liber Amicorum Adolf Schnitzer, 1979, p. 430.

13 / Tatiana B. de Maekelt, Normas Generales de Derecho Internacional Privado en América, 1984, p. 175.

14 / Gonzalo Parra-Aranguren, La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (Montevideo, 1979), en Anuario Jurídico Interamericano 1979, p. 186.

15 / Según Werner Goldschmidt, citado por Maekelt, (N. 13), p. 175 y Parra-Aranguren, (N. 14), p. 186.

El paradigma de las tendencias generales se encuentra en el Artículo 12.1 del Código Civil español. Claramente formula la teoría *lex civilis fori* sin excepciones de ningún tipo: “La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la Ley española”. El mundo islámico sigue un enfoque similar sobre la base del Artículo 10 del Código Civil egipcio de 1948¹⁶. Por ejemplo, el Artículo 9 del Código Civil argelino de 1975 dice: “En cas de conflit des lois, la loi algérienne est compétente pour qualifier la catégorie à laquelle appartient le rapport de droit, objet du litige, en vue de déterminer la loi applicable”. El Artículo 11 del Código Civil sirio de 1949 adopta una posición idéntica. El Artículo 11 del Código Civil jordano de 1977 reproduce esta norma, así como el Artículo 10 del Código Civil de los Emiratos Árabes Unidos de 1985. A su vez, Libia aplica la misma solución en su Código Civil de 1954, como también lo hace Kuwait en el Artículo 30 de la Ley 5/1961. Mauritania incorporó la misma solución en el Artículo 6 del *Code des Obligations et de Contrats* de 1989 y Yemen hizo lo mismo en el Artículo 24 de la Ley 19/1992. Sudán comparte el mismo punto de vista en el Artículo 10 del Código Civil de 1971. En Somalia, el Artículo 10 del Código Civil de 1973 estipula: “La qualificazione della categoria alla quale appartiene un dato rapporto giuridico, al fine di individuare la legge applicabile in caso di conflitto tra leggi diversi, e fatta in base all’ordinamento giuridico somalo”. El Artículo 17 (1) del Código Civil iraquí de 1951 comparte el mismo punto de vista, salvo por la excepción establecida en el Artículo 17 (2) de dicho Código, según la cual la ley del *situs* determina la naturaleza tangible o intangible de los bienes. Una variación de lo que antecede se encuentra en el Artículo 27 del Código de Derecho Internacional Privado tunecino de 1998, el cual estipula que: “La qualification s’effectue selon las catégories du droit tunisien si elle a pour objectif d’identifier la règle de conflit permettant de déterminer le droit applicable”. Además, agrega lo siguiente: “Lors de la qualification, il sera tenu compte des différentes catégories juridiques internationales et de spécificités du droit international privé”. Esta disposición realmente se aparta de las tendencias y abre la puerta a otras teorías, particularmente a la posibilidad de una calificación autónoma o teleológica.

16 / Salvo que se indique lo contrario en este escrito, se citan los artículos de países no europeos según la transcripción que se hace en *Jan Kropholler/Hilmar Krüger/Wolfgang Riering/Jürgen Samtleben/Kurt Siehr* (Editores), *Aussereuropäische IPR-Gesetze*, 1999.

El Código Civil de Uzbekistán de 1997 es receptivo a la teoría *lex civilis fori*. El Artículo 1159 de dicho Código estipula en su parte relevante que: “La calificación legal de conceptos legales por parte de un Tribunal u otro organismo del Estado se basará sobre la interpretación de ésta de conformidad con las Leyes de la República de Uzbekistán como país del lugar de la decisión de la controversia salvo que una ley disponga lo contrario...”.

El Artículo 3078 del Código de Québec de 1991 contiene una disposición similar a la del Código Civil iraquí, es decir, mientras adopta la teoría de la *lex civilis fori* como norma general, establece una excepción para la calificación de bienes sujetos a la teoría *lex civilis causae*. En este sentido dice que: “La qualification est demandée au système juridique du tribunal saisi; toutefois, la qualification des biens, comme meubles ou immeubles, est demandée à la loi du lieu de leur situation”.

En América Latina la tendencia sigue el patrón general. El Artículo 25 de la Ley del Organismo Judicial guatemalteca de 1989 establece que: “La calificación de la naturaleza de la institución o relación jurídica se efectuará de acuerdo a la Ley del lugar en que se juzgue”. El Artículo 18 del Código Civil cubano de 1987 formula su versión de esta manera: “La calificación del acontecimiento natural o acto jurídico necesaria para determinar la norma aplicable en caso de conflicto de leyes, se hará siempre con arreglo a la Ley cubana”. Aunque el Código Civil peruano de 1984 guarda silencio sobre el asunto, el Proyecto de Código Civil estipulaba: “Para determinar la naturaleza jurídica de las relaciones vinculadas con ordenamientos extranjeros se aplicarán las calificaciones del Derecho peruano. A falta de disposiciones legales directamente pertinentes se aplicarán las normas de conflicto que se deduzcan por analogía de las demás del Tratado o del Derecho peruano y, en último término los principios generales de Derecho Internacional Privado”¹⁷.

Aparentemente, la razón por la cual no se incluyó esta disposición en la versión final del Código Civil fue la aceptación general de la teoría *lex civilis fori* entre los especialistas peruanos¹⁸. El sistema brasileño no contiene una regulación general sobre las calificaciones. Sin embargo, la Ley de Introducción al Código Civil de 1942 contiene regulaciones especiales para la calificación de los bienes y de las relaciones jurídicas sobre ellos (Artículo 8) y para las obligaciones

17 / *María del Carmen Tovar Gil/Javier Tovar Gil*, *Derecho Internacional Privado*, 1987, p. 51.
18 / *Tovar Gil/Tovar Gil*, (N. 17), p. 52.

(Artículo 9). En ambos casos la Ley de Introducción adopta la teoría *lex civilis causae*. En 1912, Pedro Manuel Arcaya publicó en Venezuela su Proyecto de Ley de Aplicación del Derecho Internacional Privado. Su Artículo 5, siguiendo la teoría de la *lex civilis fori*, disponía: "Se seguirá la Ley venezolana para determinar el carácter de la ley extranjera de cuya aplicación se trata y para calificar la naturaleza de los actos jurídicos". Este Proyecto nunca se convirtió en Ley¹⁹. El Artículo 6 *in fine* del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado presentado en abril de 2004 al Congreso argentino adopta la teoría de la *lex civilis causae* como norma general. Por su parte, "los puntos de conexión" se calificarán, salvo disposición en contrario, según el Derecho argentino²⁰. El más reciente aporte viene de Bolivia. El Artículo 2 de la Propuesta de Ley de Derecho Internacional Privado Boliviano de 2005, elaborada por el profesor Fernando Salazar Paredes reproduce, *mutatis mutandi*, la solución de la Ley venezolana de 1998.

Los países de habla portuguesa, con excepción de Brasil, siguen el patrón determinado por el Artículo 15 del Código Civil de 1966. Esta original disposición dice: "A competência atribuída a uma lei abrange somente as normas que, pelo seu conteúdo e pela função que têm nessa lei, integram o regime do instituto visado na regra de conflitos"²¹. El Artículo 15 del Código Civil de Angola y del Código Civil de Mozambique, respectivamente, reproducen el mismo texto.

III. El enfoque venezolano

La Ley de Derecho Internacional Privado venezolana fue promulgada el 6 de agosto de 1998²². No contiene una regulación expresa y definitiva en relación con el problema de las calificaciones. La Exposición de Motivos de la Ley de Derecho Internacional Privado

describió el tema de las calificaciones "como la más difícil y problemática cuestión de todo el Derecho Internacional Privado"²³. En relación con el problema de las calificaciones, la Ley de Derecho Internacional Privado sólo pretendió aportar unos simples lineamientos generales que sirvan para orientar al intérprete en cuanto al sentido general del problema²⁴.

El Artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado dice: "El Derecho extranjero que resulte competente se aplicará de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo, y de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto". La doctrina venezolana considera que esta disposición no regula el problema de las calificaciones²⁵. No obstante, es indiscutible que la Ley de Derecho Internacional Privado contiene una norma sobre el problema de las calificaciones en el Artículo 2, independientemente de cuán simple pueda serla. Esta es la conclusión que se infiere de la referencia hecha al problema de las calificaciones en la Exposición de Motivos de la Ley de Derecho Internacional Privado.

El Artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado se elaboró entre los años 1958 y 1963. El Proyecto original se publicó en 1963 y fue revisado más adelante en 1965. El texto del Proyecto de 1963 dice: "El Derecho extranjero que resulte competente recibirá igual tratamiento que el Derecho Nacional. Se aplicará de conformidad con los principios que rijan en el país extranjero respectivo, y de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto".

Como se puede ver, el Artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado, el cual es el resultado de la revisión general del Proyecto original que tuvo lugar entre 1995-1998, se corresponde sustancialmente con la redacción del Proyecto original. Se trata, en todo caso, de una fusión de los dos párrafos del Artículo 2 del Proyecto original, pero el fondo de la disposición no se modificó. Esta referencia es muy importante porque se debe entender el Artículo 2 como producto de su época. En este sentido, una revisión en el tiempo muestra que la aplicación de la norma foránea sujeta a los principios de dicho Derecho extranjero no sería una novedad. Sin embargo,

19 / El texto del Proyecto Arcaya puede verse en *F. Parra-Aranguren*, (N. 22), Tomo I, p. 65 et seq.

20 / En cuanto a las propuestas anteriores véase *Adriana Dreyzin de Klor*, Los principales desarrollos dentro del Derecho Internacional Privado en el próximo siglo en Argentina, en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, Número Especial 2000, p. 51 et seq.; *Gualberto Lucas Sosa*, Las Normas Generales de Derecho Internacional Privado en el Proyecto de Codificación del Derecho Internacional Privado en Argentina, en *Jan Kleinheisterkamp/Gonzalo A. Lorenzo Idiarte* (Coordinadores), *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*. Liber Amicorum Jürgen Samtleben, 2002, p. 203.

21 / Véase *Antonio Ferrer Correia*, *Direito Internacional Privado*. Alguns Problemas, 1996, p. 150 et seq.; *Stefan Grundmann*, *Qualifikation gegen die Sachnorm*. Deutsch-portugiesische Beiträge zur Autonomie des internationalen Privatrechts, 1985, p. 93 et seq.

22 / Existe abundante literatura sobre la Ley. La mayor parte de la literatura existente sobre el Proyecto se ha recopilado en una colección de cuatro libros publicada por el Tribunal Supremo Venezolano en los años 2001 y 2002. Los particulares son: *Fernando Parra-Aranguren* (Editor), *Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998* (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia). Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren. Ver además, *Tatiana de Maekelt, Ivette Essis, Carla Resende* (Coordinación), *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*. 2 Tomos, 2005.

23 / Tomado de *F. Parra-Aranguren*, (N. 22), Tomo I, p. 86.

24 / Ver Nota 23.

25 / *Tatiana de Maekelt*, *Teoría General del Derecho Internacional Privado*, 2005, p. 292; *de la misma autora*, *Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado*. Tres Años de su Vigencia, 2002, p. 88-91; *Claudia Madrid*, *Instituciones Generales en la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana*, en *F. Parra-Aranguren*, (N. 22), Tomo II, p. 84-86; *José Muci-Abraham*, *Bosquejo de la Ley de Derecho Internacional Privado*, en *F. Parra-Aranguren*, (N. 22), p. 147.

la referencia a los “objetivos perseguidos por las normas de conflicto del Foro” no era común en nuestro ordenamiento jurídico. Ciertamente, la presentación más clara de esta doctrina se encuentra en la obra original de la Profesora de Magalhães Collaço²⁶. Se puede resumir esta tesis en las siguientes palabras: “...na fixação do sentido e alcance próprio das categorias utilizadas pela norma de conflitos terão de estar sempre presentes as finalidades específicas da norma em questão...Este princípio dispensa-nos de optar, por um único dos caminhos propostos em tese geral par a interpretação dos conceitos classificativos. Nada garante *a priori* que a mesma solução se imponha frente a todas as normas que recorrem a conceitos desse tipo...Mas, como resulta de todo o exposto, só perante cada norma positiva poderá em última análise decidir-se acerca do valor a atribuir aos conceitos classificativos que ela utiliza”²⁷. Sin embargo, este libro sólo fue publicado en 1964, después de la publicación del Proyecto original venezolano. De hecho, a mi mejor saber y entender, la obra de la Profesora de Magalhães Collaço fue presentada a la audiencia venezolana mediante la traducción de una reseña de dicha obra realizada por Emilio Betti publicada entre nosotros en 1967²⁸. Estas circunstancias se pueden ver como una feliz coincidencia, que en distintos momentos en Portugal y en Venezuela, mediante esfuerzos independientes, no relacionados, los expertos obtuviesen los mismos resultados.

Dichos esfuerzos están enraizados en el desarrollo doctrinal de aquel entonces. Sin limitar las verdaderas influencias sobre el Proyecto venezolano de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado, los conceptos de Gerhard Kegel expresados en la Primera Edición de su obra clásica: “...die Systembegriffe, die wir in den Kollisionsnormen des IPR antreffen, sind darum auszulegen, und zwar nach den Zielen, die diese Kollisionsnormen verfolgen” (“los conceptos calificadores que utilizamos en las normas de conflicto deben interpretarse según los objetivos perseguidos por dichas normas de conflicto”),²⁹ seguramente jugaron un papel muy importante en la formulación de la solución venezolana. Fritz Schwind³⁰ indicó que el Artículo 2 del proyecto venezolano re-

conoce las ideas de Adolf Schnitzer³¹ y Leo Scheucher³². Es muy probable que las ideas de Lewald,³³ Francescakis,³⁴ Neuner,³⁵ Steindorff,³⁶ Schröder³⁷, Niederer,³⁸ Rigaux,³⁹ Betti,⁴⁰ Raape,⁴¹ Jagmetti⁴² también hayan sido consideradas con el fin de desarrollar y eventualmente redactar el Artículo 2, porque en la búsqueda de una solución al problema de calificaciones en Derecho Internacional Privado no hay pensamientos aislados, es una sola cadena de ideas: la una lleva a revisar, apoyar o negar las otras.

De tal manera, se trataría de una calificación funcional o teleológica. Partiendo de las nociones materiales del Foro, requeriría entonces comparar la función de la norma extranjera con la de la norma de conflicto venezolana. Tal calificación se basaría, por tanto, en la función u objetivo de la norma venezolana de conflicto, siendo así irrelevante el carácter técnico-jurídico atribuido por el ordenamiento extranjero aplicable. Lo importante sería que la norma extranjera desarrolle una función equivalente a la perseguida por la norma venezolana de conflicto.

IV. Los objetivos de las normas venezolanas de conflicto

La doctrina venezolana está trabajando para descifrar el sentido del Artículo 2 y convertirlo en una herramienta útil para resolver casos con elementos extranjeros⁴³. Particularmente se ha enfocado principalmente el problema de los “objetivos de las normas venezolanas de conflicto”, según se menciona en el Artículo 2 y asimismo en el Artículo 5 de la Ley de

26 / Isabel de Magalhães Collaço, Da Qualificação em Direito Internacional Privado, 1964.

27 / de Magalhães Collaço, (N. 26), p. 211-212.

28 / Emilio Betti, Interpretación de los Conceptos Clasificadores en el Derecho Internacional Privado (traducción de Benito Sansó), en Libro Homenaje a la Memoria de Roberto Goldschmidt, 1967, p. 678 et seq.

29 / Citado según Gerhard Kegel, Internationales Privatrecht. 8ª Edición, 2000, p. 296.

30 / Fritz Schwind, Disposiciones Generales del Proyecto venezolano y recientes tendencias del Derecho Internacional Privado, en F. Parra-Aranguren (N. 22), Volumen I, p.130.

31 / Ver Adolf F. Schnitzer, Handbuch des IPR einschliessend Prozessrecht, unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Gesetzgebung und Rechtsprechung. Tomo I, 4ª Edición, 1957.

32 / Ver Leo Scheucher, Einige Bemerkungen zum Qualifikationsproblem, ZfRV 1961, p. 228 et seq.; asimismo ver Scheucher (N. 5).

33 / Hans Lewald, Règles générales des conflits de lois, Recueil des cours 69 (1939-III), p. 78 et seq.

34 / Phocion Francescakis, La théorie du Renvoi et les conflits de systemes en droit international privé, 1958.

35 / Robert Neuner, Der Sinn der international-Privatrechtlichen Norm. Eine Kritik der Qualifikationstheorie, 1932.

36 / Steindorff, (N. 2).

37 / Jochen Schröder, Die Anpassung von Kollisions- und Sachnormen, 1961.

38 / Niederer, (N. 8).

39 / François Rigaux, La théorie des qualifications en droit international privé, 1956.

40 / Emilio Betti, Problematika del Diritto Internazionale Privato, 1956; ver también Benito Sansó, La función de la interpretación en la búsqueda y adaptación de la ley extranjera aplicable, en Estudios Jurídicos, 1984, p. 301, 303 et seq.

41 / Leo Raape, Internationales Privatrecht. 4ª Edición, 1955.

42 / Marco A. Jagmetti, Die Anwendung fremden Kollisionsrechts durch den inländischen Richter, 1961.

43 / Eugenio Hernández-Breton, Los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, en Kleinheisterkamp/Lorenzo Idiarte (Coordinadores), (N. 20), p.169-178.

Derecho Internacional Privado⁴⁴. Adicionalmente, como veremos, el Artículo 2 juega, además, un papel importante en relación con el reenvío o *renvoi*.

Esto se debe a que al discutir si la referencia a un Derecho extranjero hecha por una norma de conflicto venezolana es una referencia global o material a un sistema extranjero ("*Gesamtverweisung*" o una "*Sachnormverweisung*", valga decir una "remisión global" o una "remisión material"), el Artículo 2 ha servido para restringir el alcance del Artículo 4, el cual regula el reenvío o *renvoi* en Venezuela⁴⁵ en una forma muy similar al Artículo 4(1) de la EGBGB alemán⁴⁶.

La Ley venezolana de Derecho Internacional Privado de 1998 es uno de los productos legislativos contemporáneos de mayor riqueza conceptual. Es importante destacar, sin embargo, que la Ley de Derecho Internacional Privado recoge el pensamiento internacional privatista de dos épocas claramente diferenciadas, las cuales deben tratar de engranarse con la finalidad de lograr un sistema legislativo congruente y consistente en asuntos de Derecho Internacional Privado. Uno de los conceptos utilizados por la Ley de Derecho Internacional Privado que ha generado claras diferencias interpretativas y, por tanto, sospechas acerca de su real función, desde su formulación original, y que a la vez presenta mayor potencial de beneficiosa y rica discusión, es el de "objetivos de las normas venezolanas de conflicto" o de "objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto". Tales conceptos son utilizados en los Artículos 5 y 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado, respectivamente.

Se trata de examinar el alcance de lo dispuesto en el Artículo 2 y en el Artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado. El Artículo 2, en materia de aplicación del Derecho extranjero, señala que éste se aplicará "de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo, y de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto". Por su parte, el Artículo 5 de la Ley de De-

recho Internacional Privado ordena que las "situaciones jurídicas creadas de conformidad con un Derecho extranjero que se atribuye competencia de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles" serán reconocidos en Venezuela ("producirán efectos en la República") siempre que no ("a no ser que") contradigan "los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, que el Derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia respectiva, o que sean manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano".

La Ley de Derecho Internacional Privado fue elaborada en dos períodos diferentes. El primer período o período inicial corresponde a los trabajos de la Comisión designada por el Ministerio de Justicia e integrada por los profesores Roberto Goldschmidt, Gonzalo Parra-Aranguren y Joaquín Sánchez-Covisa. Sus trabajos se efectuaron entre 1958 y 1965. El segundo período o período de revisión y conclusión de la Ley de Derecho Internacional Privado corresponde a los años 1995-1998. Durante estos años fue rescatado el Proyecto original, revisado, actualizado, sometido a la consideración del entonces Congreso Nacional, sancionado y promulgado por el Presidente de la República el 6 de agosto de 1998.

Los Artículos 2 y 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado corresponden al Capítulo I, Disposiciones Generales de la Ley de Derecho Internacional Privado. Este Capítulo de la Ley de Derecho Internacional Privado comprende la regulación de las instituciones generales o teoría general del Derecho Internacional Privado. El Artículo 2 trata de la aplicación del Derecho extranjero, mientras que el Artículo 5 trata del respeto a los Derechos adquiridos. En ambos casos se trata, sin embargo, de problemas que se suscitan con ocasión de la declaratoria de aplicabilidad de un Derecho extranjero, ya sea en virtud de una norma de conflicto, en el caso del Artículo 2, o en virtud de la excepción contenida en el Artículo 5.

La redacción de las disposiciones en examen, los Artículos 2 y 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado, es producto, casi exclusivamente, de los trabajos del período inicial. Como ya se indicó, tan solo el encabezamiento del Artículo 2 del Proyecto original sufrió una ligera variación en su redacción durante el período de revisión y conclusión de la Ley de Derecho Internacional Privado, sin que tal variación alterase la esencia de ese Artículo 2.

44 / El texto del Artículo 5 es: "Las situaciones jurídicas creadas de conformidad con un Derecho extranjero que se atribuya competencia de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles producirán efectos en la República, a no ser que contradigan los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, que el Derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia respectiva, o que sean manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano".
45 / El Artículo 4 dispone: "Cuando el Derecho extranjero competente declare aplicable el Derecho de un tercer Estado, a su vez, se declare competente, deberá aplicarse el Derecho interno de este tercer Estado."

Cuando el Derecho extranjero competente declare aplicable el Derecho venezolano, deberá aplicarse este Derecho.

En los casos no previstos en los dos párrafos que anteceden, deberá aplicarse el Derecho interno del Estado que declare competente la norma venezolana de conflicto".

46 / Hernández-Breton, (N. 43), p.177.

Las expresiones “objetivos de las normas venezolanas de conflicto” u “objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto” han sido poco estudiadas. Durante la fase inicial el Proyecto original fue objeto de comentarios. En este sentido, Werner Goldschmidt expresó que la parte relevante del Artículo 2 “...contempla el problema de las calificaciones y sugiere, sin darle una solución categórica, la conveniencia de meditar sobre el acierto de la teoría de la <<lex civilis causae>> supeditándola, sin embargo, debidamente a las finalidades propias de las normas venezolanas de conflicto”⁴⁷. No obstante, el autor antes citado indicaba que si bien la parte relevante del Artículo 2 contribuía a plantear la “tesis bifásica de las calificaciones”, su importancia práctica era muy “precaria”⁴⁸.

En su momento, Fritz Schwind al comentar la parte relevante del Artículo 2 del Proyecto original indicó que tal disposición establecía “la base para una adaptación del Derecho extranjero en el sentido de las normas de conflicto venezolanas”. Además, añadió que las “referencias hechas en la exposición de motivos hacen pensar que con esta disposición también requerían establecer normas para la solución del problema de las calificaciones”.

A pesar de que el profesor Schwind reconoció el carácter de “simple norma de orientación” de la disposición en cuestión, precisó que la “solución hecha posible aquí, es liberal en tanto que el Derecho extranjero una vez declarado aplicable, debe aplicarse de la misma manera que en su área de validez original y, por tanto, no está sujeto a la calificación del Derecho remitente. Es éste un pensamiento por demás moderno, el cual, en mi concepto, sólo ha empezado a imponerse en la doctrina por influencia de Schnitzer, y cuya codificación probablemente se ha intentado por primera vez aquí”⁴⁹.

La Exposición de Motivos del Proyecto original señalaba que en “materia de calificaciones y, en general en el tema relativo a la aplicación del Derecho extranjero, incluido bajo el epígrafe de <<tratamiento del Derecho extranjero>>”, se ha limitado el Proyecto a formular simples normas generales de orientación que alerten al intérprete sobre el sentido general de los problemas, pero se ha eludido deliberadamente el inútil empeño de resolver mediante reglas

legislativas la cuestión probablemente más difícil y problemática de todo el Derecho Internacional Privado”⁵⁰.

Durante el período de revisión y conclusión de la Ley de Derecho Internacional Privado fue ampliada la extensión del Capítulo I del Proyecto original. En tal sentido, además de los artículos ya existentes en el Proyecto original relativos a las fuentes (Artículo 1), tratamiento del Derecho extranjero (Artículo 2), conflicto de leyes en el Derecho extranjero u ordenamientos plurilegislativos (Artículo 3), reenvío (Artículo 4), Derechos Adquiridos (Artículo 5) y Orden Público (Artículo 6), se añadieron normas sobre la cuestión incidental (Artículo 6), adaptación (Artículo 7), institución desconocida o análoga (Artículo 9) y normas de aplicación inmediata o necesaria del foro (Artículo 10).

En la Exposición de Motivos de la Ley de Derecho Internacional Privado se indica que la Ley de Derecho Internacional Privado “ha preferido formular simples normas generales de orientación a través de la adaptación (Artículo 7), que alertan al intérprete acerca del sentido general de los problemas. A esto se debe la ausencia de la regulación expresa de la calificación, probablemente, la más difícil y problemática cuestión de todo el Derecho Internacional Privado” se repiten en los señalamientos contenidos en la Exposición de Motivos del Proyecto original. El Artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado no tuvo comentario alguno que destacara la función de la referencia a los “objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto”. En cuanto al Artículo 5, la Exposición de Motivos de la Ley de Derecho Internacional Privado se limitó a señalar que consagra “el respeto a las situaciones jurídicas creadas en el extranjero, siempre y cuando no contradigan los objetivos de las normas venezolanas de conflicto”⁵¹.

Los comentaristas venezolanos, a raíz de la publicación del Proyecto revisado, señalaban en cuanto al Artículo 2 que el mismo fijaba “por una parte, la remisión global al Derecho extranjero, el cual debe ser aplicado de acuerdo a los principios que rigen en el país respectivo, es decir, identificándose con el Juez extranjero y tomando en cuenta todas las fuentes del Derecho Internacional Privado y, por la otra, la consagración de que en la aplicación del Derecho extranjero se realicen los objetivos de la norma de conflicto

47 / Werner Goldschmidt, El Proyecto Venezolano de Derecho Internacional Privado, en F. Parra-Aranguren, (N. 22), Volumen I, p. 115, 119.

48 / ibidem.

49 / Fritz Schwind, Disposiciones Generales del Proyecto Venezolano y Recientes Tendencias del Derecho Internacional Privado, en F. Parra-Aranguren, (N. 22), Volumen I, p. 125, 130.

50 / El texto puede verse en F. Parra-Aranguren, (N. 22), Volumen I, p. 83, 86.

51 / Exposición de Motivos de la Ley de Derecho Internacional Privado, en F. Parra-Aranguren, (N. 22), Volumen I, p. 207, 210-211.

venezolana que siempre tiene por norte la solución equitativa del caso. Con esto se crea la base para la adaptación del Derecho extranjero a los fines de las normas venezolanas de conflicto⁵².

La referencia a los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, contenida en el Artículo 5 del Proyecto revisado, no fue objeto de comentario especial.

Por su parte, el profesor Víctor Hugo Guerra planteaba, siguiendo las ideas de la profesora Maekelt, que la expresión “objetivos de las normas venezolanas de conflicto” debe entenderse como referida “al logro de la Justicia y la equidad de cada caso”. A continuación cuestionaba “¿qué sucede si no se cumplen con tales objetivos?, ¿se procederá acaso a rechazar la aplicación de ese Derecho extranjero? Indudablemente, no se trata en estos casos de las clásicas excepciones a la aplicación del Derecho extranjero, como lo son la cláusula de reserva y el fraude a la ley, sin embargo, la respuesta que a esta pregunta brinden las autoridades venezolanas una vez aprobado el Proyecto, deberá estar orientada por el necesario balance entre las nociones de la Justicia formal y la Justicia material en el Derecho Internacional Privado⁵³.

Una vez entrada en vigencia la Ley de Derecho Internacional Privado, la doctrina venezolana ha producido limitados comentarios en cuanto a los “objetivos de las normas venezolanas de conflicto”. Así, se ha señalado que esos objetivos “se refieren a la búsqueda de la Justicia del caso concreto⁵⁴ o “la Justicia material y la equidad en el caso concreto” y junto a ellos hablan de objetivos específicos⁵⁵. Otros autores no discuten las implicaciones de la fórmula escogida por el legislador venezolano, aún cuando asocian la fórmula con el problema de las calificaciones⁵⁶.

Un examen más reciente del Artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado precisa que el hecho de que se tomen en cuenta los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto no obliga a aplicar el Derecho extranjero según su contenido sino según los objetivos de las normas antes referidas. De esta manera, no se trata de revivir la tendencia a la aplicación de la *lex fori*. Se trata de una reafirmación de la libertad para obtener una adecuada solución del caso concreto⁵⁷. Se ha señalado que la Ley de Derecho Internacional Privado persigue la Justicia material, por tanto, los objetivos de las normas venezolanas de conflicto consisten en obtener dicha Justicia material⁵⁸. Asimismo, en materia de calificaciones, los comentarios más recientes se limitan a indicar que la Ley de Derecho Internacional Privado no la regula y que, por tanto, la decisión queda en manos del Juez⁵⁹. No obstante los anteriores comentarios, somos de la opinión que las disposiciones en examen tienen un mayor alcance. Realmente, tanto la disposición del Artículo 2 como del Artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado despliegan su función en materia de aplicación del Derecho extranjero.

En este sentido, la norma general es la del Artículo 2. La referencia a los “objetivos de las normas venezolanas de conflicto” contenida en el Artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado tiene relevancia para el caso de que se trate del respeto a las situaciones jurídicas válidamente creadas según un Derecho extranjero. En todo caso, la similitud terminológica obliga a buscar elementos comunes.

Ante todo, los objetivos referidos en el Artículo 2 y en el Artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado deben ser idénticos. Con esto, sin embargo, no queremos decir que se trate de objetivos generales tales como lo ha formulado la doctrina venezolana que hemos citado con anterioridad (Maekelt; Guerra). Tampoco somos de la opinión que esos objetivos se corresponden con los objetivos de la Ley de Derecho Internacional Privado. En este último sentido se podría pensar que los referidos objetivos de las normas venezolanas de conflicto, en la opinión de los que sostienen que tales son los objetivos generales, coinciden con los denominados en la Exposición de Motivos como “objetivos primordiales de esta ley”. La enumeración contenida en la Exposición de Motivos lista dichos objetivos primordiales así:

52 / Tatiana de Maekelt, Antecedentes y Metodología del Proyecto. Parte General del Derecho Internacional Privado, en Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado (1996). Comentarios, 1998 p.15, 30; de la misma autora, Aplicación del Derecho Extranjero, Artículo 2, Ley de Derecho Internacional Privado Comentada (N. 22), p. 195 et seq.

53 / Víctor Hugo Guerra Hernández, La Aplicación del Derecho Extranjero, La Eficacia de las Sentencias Extranjeras y la Cooperación Judicial Internacional, en Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado (1996). Comentarios, p.109, 120.
54 / Tatiana de Maekelt, Ley de Derecho Internacional Privado. Comentarios Generales, en F. Parra-Aranguren, (N. 22), Volumen II, p. 89, 100; también Guerra Hernández, La noción de Justicia concebida por la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, en El Derecho Privado y Procesal en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique, Tomo II, p. 498, 504 y ss.; Claudia Madrid, (N. 25), p. 61, 82 (“cada norma puede tener un objetivo, pero en general, la Ley busca la solución equitativa de cada caso concreto”).

55 / Tatiana de Maekelt, Aplicación del Derecho Extranjero, Artículo 2, Ley de Derecho Internacional Privado Comentada, Tomo I, 2005, p. 195, 205.

56 / Claudia Madrid, (N. 25), p. 84-86; José Muci-Abraham, Bosquejo de la Ley de Derecho Internacional Privado; en F. Parra-Aranguren, (N. 22), Volumen II, p. 133, 147.

57 / Tatiana de Maekelt, Das neue venezolanische Gesetz über Internationales Privatrecht, *RabelsZ* 64 (2000), p. 299, 314.

58 / Tatiana de Maekelt, (N. 56), p. 306-307.

59 / Tatiana de Maekelt, (N. 57), p. 315-316.

a) Resolver los antiguos problemas del sistema venezolano de Derecho Internacional Privado, caracterizado por sus contradicciones entre los Artículos contenidos en el Título Preliminar del Código Civil (8, 9, 10, 11 y 26), por su carácter estatutario, por la dispersión de sus disposiciones en los Códigos y en Leyes especiales y por el inadecuado factor de conexión personal;

b) Ajustar la legislación venezolana de Derecho Internacional Privado a la realidad social del país;

c) Adaptar las soluciones internas a los avances consagrados en la codificación convencional, especialmente las convenciones de La Haya y las convenciones interamericanas sobre Derecho Internacional Privado;

d) Adaptar las soluciones venezolanas al desarrollo universal de la materia y a las legislaciones más recientes que se han convertido en instrumentos válidos para el armónico desarrollo de las relaciones jurídicas entre los particulares⁶⁰.

Tal listado, sin embargo, se refiere a los objetivos de la Ley de Derecho Internacional Privado, no a los de las normas venezolanas de conflicto. Esto bastaría para descartar la identificación entre objetivos de la Ley y los objetivos de las normas venezolanas de conflicto. Más adelante volveremos sobre el asunto.

Resulta importante destacar que tanto por lo que respecta al Artículo 2 como por lo que respecta al Artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado, lo relevante son los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, no el contenido material del Derecho venezolano. Se trata en suma, de objetivos internacional privatistas.

De esta manera, la solución de los Artículos 2 y 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado se diferencia de la solución del Artículo 7 de la Ley de Derecho Internacional Privado en materia de adaptación. Esta última disposición prescribe que para el caso de que diversos Derechos puedan regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicados armónicamente procurando "realizar las finalidades perseguidas por cada uno de dichos Derechos".

V. El reenvío y los objetivos de las normas venezolanas de conflicto

Si bien podría afirmarse que el Artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado consagra una norma orientadora en materia de calificaciones en

el sentido de proponer la calificación funcional o teleológica, su función va mucho más allá. Hay que añadir que el Artículo 2, al contrario del Artículo 5, no tiene por finalidad servir de instrumento para rechazar la aplicación del Derecho declarado aplicable por la norma conflictual, sino para posibilitar su mejor aplicación. De esta forma, mientras el Artículo 5 sirve para rechazar el reconocimiento de situaciones perfeccionadas según un Derecho extranjero, *inter alia*, en caso de que contradiga los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, el Artículo 2 impone un deber de armonizar el resultado de la aplicación del Derecho extranjero con la finalidad perseguida por las normas venezolanas de conflicto.

Como señalamos antes, la revisión del Proyecto original incorporó normas en materia de adaptación, institución desconocida y análoga, entre otras cosas. De esta manera, se descargó la función del Artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado. Ese artículo en su concepción original servía para regular de manera abstracta y general todos los casos de aplicación de Derecho extranjero. Así, servía para hacerle frente a los casos de adaptación y de instituciones desconocidas. Hoy en día esas funciones las cumplen normas independientes.

Como regla general, la remisión hecha por las normas de conflicto venezolanas a un ordenamiento extranjero es global o máxima. Es decir, en la solución de los casos de Derecho Internacional Privado, el Derecho extranjero reclamado como competente por las normas de conflicto venezolanas comprende la totalidad de las normas de ese Derecho extranjero, incluyendo sus normas conflictuales extranjeras, las cuales funcionarán antes de que actúen las normas materiales de ese Derecho extranjero⁶¹.

Serán, en consecuencia, las normas conflictuales extranjeras las que, en la regularidad de los casos, señalarán el Derecho, nacional o extranjero, aplicable al caso. Sin embargo, la aplicación del Derecho señalado por la norma de conflicto extranjera quedará sometida a los objetivos de las normas venezolanas de conflicto. Así, se acepta el reenvío de primer grado (aparte primero del Artículo 4 de la Ley de Derecho Internacional Privado) y, en un caso especial, el reenvío ulterior (de segundo grado) (encabezamiento). De esta forma, se admite el reenvío "cuando propende a unificar la solución nacional con la solución del Derecho extranjero, o cuando, como ocurre frecuente-

60 / Exposición de Motivos, en F. Parra-Aranguren, (N. 22), Volumen I, p. 209-210.

61 / Salvo el caso de las normas de aplicación inmediata o necesaria y de las normas materiales de Derecho Internacional Privado.

mente en el reenvío simple, ambas son inevitablemente divergentes”⁶². El último aparte del Artículo 4 de la Ley de Derecho Internacional Privado excluye el reenvío y, en consecuencia, consagra una remisión mínima para los casos no previstos en el encabezamiento o en el primer aparte del mismo Artículo. En este caso, se aplica el Derecho material del Estado que reclame la norma venezolana de conflicto”⁶³.

No obstante la admisión del reenvío en los casos indicados, surge la cuestión de saber si efectivamente la remisión hecha por la norma venezolana de conflicto, a tenor del Artículo 4 de la Ley de Derecho Internacional Privado, es siempre una remisión máxima o global. El Artículo 4 de la Ley de Derecho Internacional Privado está formulado en términos absolutos. No contempla excepciones expresas como lo hace, por ejemplo, el Artículo 13 de la Ley italiana N° 218 de Reforma del Sistema Italiano de Derecho Internacional Privado de 1995⁶⁴.

Para dar respuesta a esta interrogante parecería razonable y técnicamente apropiado acudir al dispositivo contenido en el Artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado. De tal forma, el Derecho extranjero reclamado por la norma venezolana de conflicto se aplicará de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo, de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas

de conflicto. Así tendríamos que aun cuando el Artículo 4 de la Ley de Derecho Internacional Privado no contempla excepciones expresas al principio de remisión global o máxima a un Derecho extranjero hecho por la norma venezolana de conflicto, una lectura concordada del Artículo 4 y del Artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado conduce a negar el principio de la remisión global o máxima y aceptar como excepción la remisión mínima en aquellos casos en que la remisión global, es decir, la posibilidad de intervención de normas de conflicto extranjero en la determinación del Derecho aplicable, impidiese la realización de los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto. De esta forma, la solución venezolana se aproximaría a la solución contenida en el Artículo 4(1) de la Ley de Introducción al Código Civil alemán. Tal disposición consagra, como principio, la remisión máxima o global y, por ello, la aplicación de las normas de conflicto de la *lex causae* “en tanto que ellas no sean contrarias al sentido de la regla de conflicto alemana”.

Se trata del reconocimiento de una situación de “materialización” de las normas de conflicto. La norma de conflicto, en supuestos particulares, persigue objetivos específicos de Derecho material, un resultado determinado desde el punto de vista del Derecho material. De tal manera, el reenvío sería inadmisibles, o mejor dicho, la remisión hecha por la norma de conflicto del Foro sería mínima, si el reenvío o la aplicación de las normas conflictuales extranjeras conducen a resultados incompatibles con el objetivo de Derecho material (sustantivo) perseguido por la norma de conflicto del Foro⁶⁵.

La referencia contenida en el Artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado no puede entenderse como hecha al objetivo perseguido por el conjunto de las normas venezolanas de Derecho Internacional Privado⁶⁶. Lo que exige la norma consagrada en el Artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado es que para cada caso particular, para cada norma venezolana de conflicto, se determine cuál es el objetivo perseguido. Así, se procede a determinar los objetivos para el supuesto específico regulado en la particular norma de conflicto venezolana de que se trate.

62 / Exposición de Motivos, en F. Parra-Aranguren, (N. 22), Volumen I, p. 211.

63 / La Ley italiana N° 218 de Reforma del Sistema Italiano de Derecho Internacional Privado de 1995 consagra el reenvío en su Artículo 13. Los dos primeros casos regulados en el Artículo 4 venezolano coincide con la solución italiana al último caso del Artículo 4 no ésta regulado en la Ley italiana. Una solución que no está prevista en la Ley italiana se encuentra en la Ley relativa a los Principios Generales del Código Civil de la República de Estonia, aprobada en el Riigikogu el 28 de junio de 1994, proclamada por el Presidente de la República mediante Resolución N° 383 del 13 de junio 1994, publicada en la Riigi Teataja, Parte I 1994, N° 53, Artículo 889, cuyo parágrafo 126 dispone: “§ 126 Renvoi: (1) If this law or any other Estonian law prescribes application of the law of a foreign country and the law of that country prescribes application of Estonian law, the Estonian law shall apply. (2) If this law or any other Estonian law prescribes application of the law of a foreign country and the law of that country prescribes application of the law of a third country, the Estonian law shall apply”. El texto en inglés puede verse en IPRax 1996, p.439 y ss., 440.

64 / El reenvío no se admite en los siguientes casos: (a) en los casos en los cuales las disposiciones de la presente Ley declaran aplicable la Ley extranjera con fundamento en la selección efectuada en tal sentido por las partes interesadas; (b) respecto a las disposiciones concernientes a la forma de los actos; (c) en relación a las disposiciones del Capítulo XI del presente Título (Donaciones); (d) en los casos de los Artículos 33 (Filiación), 34 (Legitimación) y 35 (Reconocimiento de Hijo Natural), no se tiene cuenta del reenvío sino cuando conduce a la aplicación de una Ley que permite el establecimiento de la filiación; (e) en todos los casos en los cuales la presente Ley declara aplicable una convención internacional, (Artículos 42, protección de menores; 45, obligaciones familiares alimentarias; 57, obligaciones convencionales; 59, títulos de crédito), se sigue siempre, en materia de reenvío la solución adoptada por la convención. El texto de la Ley italiana (Legge 31 Maggio 1995, N° 218) puede verse en IPRax 1996, p. 356 y ss. (italiano y alemán). En general, ver G. Parra-Aranguren, El reenvío en la Ley italiana de Derecho Internacional Privado de 1995, en Curso General de Derecho Internacional Privado. Problemas Selectos y otros Estudios. 3ª Edición, 1998, p. 397 y ss.; Fausto Pocar, Das neue italienische Internationale Privatrecht, IPRax 1997, p. 145 y ss., 150-151; Francesco Mosconi, Artículo 13, en Rivista di diritto internazionale privato e processuale 1995, p. 956 y ss.

65 / La disposición equivalente en el Derecho alemán a la solución venezolana en materia de reenvío, producto de la interacción de los Artículos 4 y 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado, es, como se señaló, el Artículo 4 (1) de la Ley de Introducción al Código Civil. Tal disposición ha generado polémica en ese país y muy interesantes estudios, de entre los cuales cito el trabajo de Konrad Schmidt, Die Sinnklausel der Rückverweisung und Weiterverweisung im Internationalen Privatrecht nach Artikel 4 Absatz 1, Satz 1 EGBGB, 1998.

66 / Así, sin embargo, parece ser el criterio de los profesores Madrid, Maekelt y Guerra Hernández, antes citados.

Esta es la única conclusión conforme con los antecedentes y orígenes de las ideas recogidas en la Ley.

De tal manera, tendríamos que la regla contenida en el Artículo 37 de la Ley de Derecho Internacional Privado, que remite alternativamente a los ordenamientos jurídicos allí señalados, tiende a favorecer la validez formal del acto en cuestión. En todos esos casos la remisión a esos ordenamientos jurídicos persigue un resultado material específico: la validez formal del acto. Tal resultado podría no lograrse de permitirse la intervención del Derecho conflictual extranjero. La respuesta en cuestión a la validez la darían inmediatamente las normas materiales de esos ordenamientos. Sin embargo, si las normas conflictuales de esos ordenamientos conducen a la aplicación de un ordenamiento jurídico en los casos permitidos por el Artículo 4 de la Ley de Derecho Internacional Privado, cuyos Derechos materiales declaren válido el acto en cuestión en cuanto a la forma, entonces debería admitirse el reenvío en esos casos, pues se alcanza el objetivo perseguido por la norma venezolana de conflicto⁶⁷.

VI. Método para la concretización de los objetivos de las normas venezolanas de conflicto

Realizado el análisis anterior queda por acometer la tarea de la concretización de los objetivos de las normas venezolanas de conflicto. ¿Cómo hacer para determinar cuáles son los objetivos de cada una de las normas venezolanas de conflicto? Nuevamente la tarea no resulta sencilla, pero de alguna manera hay que sortear el inconveniente.

Para esta tarea parece útil tomar como punto de partida el objeto conexionado, el supuesto de hecho de la norma venezolana de conflicto. El objeto conexionado está representado por una categoría jurídica general y abstracta. La precisión de la materia regulada por la norma venezolana de conflicto será indispensable a los fines de continuar en esta tarea de identificación de los objetivos perseguidos. Una vez conocida la materia regulada procedemos a distinguir el factor de conexión utilizado para individualizar el Derecho aplicable al supuesto de hecho conexionado

67 / A mero título de ejemplo, igual razonamiento sería aplicable en el caso de los Artículos 17, 18, 29, 30, 32 y 34 de la Ley de Derecho Internacional Privado, cuyo objetivo en cada caso concreto es la regulación del supuesto por el Derecho material del ordenamiento reclamado por la norma de conflicto del Foro. Así, en el caso de los Artículos 17 y 18 mantener la validez del acto y reducir los supuestos de nulidad por incapacidad; en el supuesto del Artículo 29, el Derecho inmediatamente escogido por los contratantes; en el caso del Artículo 30, el Derecho con el cual el contrato presenta los vínculos más estrechos; en el caso del Artículo 32, el Derecho escogido por la víctima y en el caso del Artículo 34, la unidad del régimen sucesoral.

o materia regulada. El factor de conexión servirá para evidenciar el elemento relevante tomado en cuenta por el legislador nacional para determinar el sistema jurídico aplicable al caso en estudio. El elemento relevante o factor de conexión generalmente pone de manifiesto un interés particular a ser protegido. La interacción entre el factor de conexión y el supuesto conexionado servirá para establecer los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto. Un ejemplo podrá ayudar a clarificar el asunto. El Artículo 24 de la Ley venezolana somete las cuestiones de establecimiento de la filiación y de las relaciones paterno filiales al Derecho del domicilio del hijo. Para esa materia, el legislador venezolano ha considerado que el actor verdadero, el sujeto cuyo interés exige la mayor protección es el hijo. Es por lo tanto que se consagra su domicilio como factor de conexión. La mayor protección del hijo en la materia conexcionada exige la facilitación del establecimiento de la filiación y un régimen paterno filial más favorable al hijo. Esos serían los objetivos de la norma de conflicto del Artículo 24. Este ejercicio se repite para cada una de las normas venezolanas de conflicto, algunas de las cuales ya fueron objeto de señalamientos anteriormente. La tarea no es fácil, sin embargo. De eso no hay duda. Esto es tal vez lo único que podemos sacar en claro.

VII. Conclusiones

No existen respuestas fáciles a la pregunta de si se puede resolver el problema de calificaciones mediante una disposición legislativa. En un gran número de países aún se llevan a cabo fuertes debates. Un importante grupo de países ha decidido regular el problema. La mayoría de éstos sigue la teoría *lex civilis fori*. Sin embargo, esta postura no es satisfactoria. Entre las soluciones domésticas se ha alabado la respuesta portuguesa. Es definitivamente una propuesta original que refleja un punto de vista agresivo sobre este tema. No obstante lo anterior, su formulación no es tan clara como se desearía. El enfoque venezolano contenido en el Artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado, originalmente redactado entre 1958-1963, es una norma más sencilla y, probablemente, más conveniente para lograr el concepto de "internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit" ("Justicia Internacional Privatista").

Como dice el Profesor Jayme, la idea de que el problema de las calificaciones se debe resolver no sólo en relación con el asunto material que es objeto de las calificaciones, sino primero y principalmente mediante el "Sinn und Zweck der Kollisionsnorm"

(“sentido y propósito de la norma de conflicto”) se ha demostrado como particularmente útil⁶⁸. Esta es la respuesta venezolana al problema de calificaciones, lo cual debe verse como el resultado de una amplia y detallada revisión de ideas principales en el medio ambiente del Derecho Comparado.

La noción de “objetivos de las normas venezolanas de conflicto” es novedosa en el Derecho Internacional Privado venezolano. Se trata de una noción que interviene principalmente en el campo de la aplicación del Derecho extranjero, aunque también podría impactar en materia de eficacia de sentencias extranjeras⁶⁹. Como hemos señalado en este trabajo, dicha noción además de orientar las soluciones en materia de calificaciones tiene incidencia en la materia del respeto a los Derechos adquiridos y, muy especialmente, al examinar el problema del reenvío. Este ha sido un intento más tratando de explicar su significado y seguramente no será el último.

68 / *Jayne*, (N. 3), p. 214.

69 / Ver *Eugenio Hernández-Breton*, *Problemas Contemporáneos del Derecho Procesal Civil Internacional Venezolano*, 2004, p. 135.

La revista *Derecho y Democracia* tiene como propósito realizar un aporte significativo y novedoso a la reflexión y discusión sobre los temas que sugiere el nombre escogido, especialmente abordar en forma sistemática y rigurosa los problemas que plantea el ordenamiento democrático en relación con el derecho así como, en forma más amplia aún, del derecho en relación con la política y, de este modo favorecer el surgimiento y desarrollo de un ámbito de investigación al respecto.

Los trabajos enviados deben por consiguiente corresponder al programa editorial anteriormente esbozado el cual se realizará preferentemente a través de un tema central monográfico; sin embargo aceptará también artículos no necesariamente vinculados al tema central.

Aunque la publicación está estrechamente relacionada con la Universidad Metropolitana la responsabilidad académica reposa en el Consejo Editor.

Se invita a los autores a enviar sus colaboraciones a Humberto Njaim, (correo e: hunjaim@unimet.edu.ve) o Angelina Jaffe (correo e: ajaffe@unimet.edu.ve), Universidad Metropolitana, Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos, en un (1) original y dos (2) copias de su manuscrito acompañado de un disquete con programas editores que funcionen en ambiente Windows 3.0 o superiores;

La revista será arbitrada conforme a las costumbres académicas.

A continuación se presentan los requisitos de forma que deben cumplir los artículos, requisitos que, fundamentalmente, siguen los usos adoptados en la Universidad Metropolitana.

Extensión máxima de 30 cuartillas, tamaño carta, a doble espacio (aproximadamente 7.500 palabras) y mínima de 20 páginas (aproximadamente 5.000 palabras). En papel tamaño carta, tamaño de letra doce (12), Tipo de letra Times New Roman.

Resumen no mayor de 250 palabras en español y en inglés. Incluir palabras clave en un número no mayor de cinco (5), en ambos idiomas

El nombre del autor debe estar separado del título en forma tal que se facilite su supresión a efectos de arbitraje.

Si el autor posee e-mail debe escribirlo a continuación de su nombre.

Las referencias bibliográficas y citas se colocarán al final, y serán numeradas según su aparición en el texto con números arábigos. Los números de las referencias también se pondrán entre paréntesis y a nivel de texto.

Para la elaboración de las referencias bibliográficas deberán seguirse las siguientes normas:

Para libros: Apellido (s) de autor (es) en Mayúscula, primer nombre (s) e inicial del segundo nombre (s), año entre paréntesis, título del libro en cursiva, lugar de la edición seguido de dos puntos, editorial, página del libro si la cita es textual. Ejemplo: CANTILLON, R. (1950). *Sobre la naturaleza del comercio en general*. México: FCE, pp. 25.

Para revista o publicaciones periódicas: Apellido (s) de autor (es), primer nombre(s) e inicial del segundo nombre (s), año entre paréntesis, título del artículo entre comillas, página del artículo si la cita es textual entre paréntesis, nombre de la publicación en cursiva, volumen, número entre paréntesis, páginas inicial y final del artículo. Ejemplo: RODRÍGUEZ PERRAZO, B. (2003). "Privilegiando el rol del educador en el contexto de la sociedad de la información" (97). *Revista Anales*, Vol 3 (2), pp. 95-115.

Las referencias electrónicas deben indicar la fecha de consulta.

Todos los nombres que no sean propios deben escribirse en minúscula, por ejemplo, no "Estado" sino "estado"; no "Derecho" sino "derecho", etc.

No se citarán libros u otros materiales que no se hayan utilizado en el trabajo.

El autor podrá acompañar el original con las ilustraciones indispensables, en blanco y negro, las cuales deberán estar numeradas y a continuación del texto en el cual se hace referencia (no se aceptan al final del artículo). La Revista podrá decidir no incluirlas, previa comunicación al autor, si éstas no llenan los requisitos técnicos para su reproducción.

El texto firmado por más de un autor es aceptado con la presunción de que todos los autores han revisado y aprobado el original enviado.

Derecho y Democracia se reserva hacer las correcciones de estilo que considere convenientes una vez que el trabajo haya sido aceptado y de no publicar aquellos originales que no se ajusten a las normas establecidas. El cumplimiento de las normas tampoco garantiza su publicación si el trabajo no es aprobado por el Consejo Editor.

El Consejo Editorial no se responsabiliza de las opiniones expresadas por los colaboradores.