



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Román J. Duque Corredor

IDEARIO JURÍDICO Y POLÍTICO SOCIAL

**Fundación Alberto Adriani
Bloque Constitucional de Venezuela**



Caracas, 2022

Academia de Ciencias Políticas y Sociales

*Junta Directiva
Período 2022-2023*

Presidente:	<i>Julio Rodríguez Berrizbeitia</i>
Primer Vicepresidente:	<i>Luciano Lupini Bianchi</i>
Segundo Vicepresidente:	<i>Rafael Badell Madrid</i>
Secretario:	<i>Cecilia Sosa Gómez</i>
Tesorero	<i>Gerardo Fernández Villegas</i>
Bibliotecario:	<i>Carlos Ayala Corao</i>

Individuos de Número

Luis Ugalde, S.J.	Guillermo Gorrín Falcón
José Guillermo Andueza (+)	James-Otis Rodner
Juan Carlos Pró-Rísquez	Ramón Escovar León
José Muci-Abraham	Román J. Duque Corredor
Enrique Urdaneta Fontiveros	Gabriel Ruan Santos
Alberto Arteaga Sánchez	José Antonio Muci Borjas
Jesús María Casal	César A. Carballo Mena
León Henrique Cottin (<i>e</i>)	Juan C. Carmona Borjas
Allan Randolph Brewer-Carías	Salvador Yannuzzi Rodríguez
Eugenio Hernández-Breton	Alfredo Morles Hernández (+)
Carlos Eduardo Acedo Sucre	Héctor Faúndez Ledesma
Luis Cova Arria	Carlos Leáñez Sievert
Humberto Romero-Muci	Luis Guillermo Govea U., h
Ramon Guillermo Aveledo	Oscar Hernández Álvarez
Hildegard Rondón de Sanso	Fortunato González Cruz
Henrique Iribarren Monteverde (+)	Luis Napoleón Goizueta H.
Josefina Calcaño de Temeltas	

ROMÁN J. DUQUE CORREDOR

IDEARIO JURÍDICO Y POLÍTICO SOCIAL

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

FUNDACIÓN ALBERTO ADRIANI
BLOQUE CONSTITUCIONAL DE VENEZUELA



Academia de Ciencias Políticas y Sociales



ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA

Caracas / 2022

D929

Duque Corredor, Román J.

Ideario jurídico y político social / Román J. Duque Corredor; presentación del autor. -- Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales; Fundación Alberto Adriani; Bloque Constitucional de Venezuela y Editorial Jurídica Venezolana, 2022.

1094 p.

ISBN: 979-8-88680-258-0

1. PENSAMIENTO JURÍDICO 2. PENSAMIENTO POLÍTICO SOCIAL
3. HUMANISMO DEL DERECHO I. Título II. Duque Corredor, Román J.

© Román J. Duque Corredor
Academia de Ciencias Políticas y Sociales
ISBN: 979-8-88680-258-0
Academia de Ciencias Políticas y Sociales
Avenida Universidad, Bolsa a San Francisco
Palacio de las Academias
Caracas 1010-Venezuela
Teléfonos: (058) (02) 483-2674/482-8634
Fax: (058) (02) 482-8845/481-6035
www.acienpoli@cantv.net
academiadecienciaspoliticas@gmail.com
Editado por: Editorial Jurídica Venezolana
Avda. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B.,
Local 4, Sabana Grande,
Apartado 17.598 - Caracas, 1015, Venezuela
Teléfonos: (058) (02) 762-25-53/762-38-42
Fax: (058) (02) 763-5239
<http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>
E-mail fejb@cantv.net
Impreso por: Lightning Source, an INGRAM Content company
para: Editorial Jurídica Venezolana International Inc.
Panamá, República de Panamá.
Email: ejvinternational@gmail.com
Diagramación, composición y montaje
por: Mirna Pinto, en letra Times New Roman, 11,
Interlineado: 11.5, Mancha 12.5 x 19

*A la memoria de mis Padres.
A mi esposa, a mis hijos a mis nietos, a mis alumnos y
a mis confraternos académicos*

*A mis compañeros del Bloque Constitucional
de Venezuela reminiscencia de una junta patriótica
por el rescate de la democracia*

*Y en especial reconocimiento al jurista de la
reinstucionalidad democrática de Venezuela,
Dr. Allan R. Brewer-Carías*

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	21
DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL	
COMENTARIOS Y REFLEXIONES SOBRE EL ESTATUTO DE TRANSICIÓN DE LA DICTADURA A LA DEMOCRACIA DE VENEZUELA	25
LA ESTABILIDAD Y LA CONTINUIDAD LEGISLATIVA CONSTITUCIONAL Y LAS CLÁUSULAS DE SALVAGUARDIA DE LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LA DEMOCRACIA Y LOS DERECHOS DE DESCONOCIMIENTO Y DE RESISTENCIA CIVIL	43
JURISPRUDENCIA COMPARADA Y RECONOCIMIENTO DE LA ASAMBLEA NACIONAL DE LA PRESIDENCIA Y DEL GOBIERNO INTERINO DE VENEZUELA	54
EL CONSTITUCIONALISMO AUTORITARIO	62
EL PROBLEMA DE LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE DERECHO Y EL PRECEDENTE JUDICIAL EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO	74
¿COMUNA O MUNICIPIO?	81
LOS RETOS DEL CONSTITUCIONALISMO VENEZOLANO	87
LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA; GARANTE DE LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y BASE DE LA DEMOCRACIA SOCIAL	90
LA SALA CONSTITUCIONAL CÓMPlice DEL CRIMEN JUDICIAL DE LESA CULTURA PATRIA	95
LA SALA CONSTITUCIONAL Y EL DEPOTISMO	98
LA ILEGITIMIDAD DE LA SENTENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL Nº 81 DE FECHA 16 DE ABRIL DE 2021 (DIOSDADO CABELLO VS. EL NACIONAL, C. A.), CONFORME EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y DE JUSTICIA	101

ROMÁN J. DUQUE CORREDOR

LAS GARANTÍAS JUDICIALES Y SU PROTECCIÓN EN EL CASO DE ESTADO DE EXCEPCIÓN DE ALARMA POR LA PANDEMIA DEL COVID-19	107
ESTADO DE EXCEPCIÓN DE ALARMA POR LA PANDEMIA DEL COVID-19 Y EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA	110
LA TELEMÁTICA JUDICIAL Y LA GARANTÍA DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA, DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y DEL DEBIDO PROCESO	117
RESPUESTAS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL A LOS DESAFÍOS DE HOY: INSTRUMENTO PARA LA DOGMÁTICA JURÍDICA DEMOCRÁTICA Y DERECHOS HUMANOS	133
CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR, APORTES PARA LA JUSTICIA TRANSI- CIONAL, MIGRACIONES, DERECHOS HUMANOS Y EL POSTCONFLICTO. EL CASO DE VENEZUELA DENTRO DEL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR	143
CONSECUENCIAS POLÍTICAS DE LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES	151
NECESIDAD DE LA REFORMA PROCESAL EN MATERIA DE AMPARO DE DERECHOS CONSTITUCIONALES	162
LA RESPONSABILIDAD PRESIDENCIAL EN ÉPOCA DE CRISIS ESTRUCTURAL	164
EL DERECHO DEL SOCIALISMO DEL SIGLO XXI Y EL ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO	168
OMBUDSMAN Y CONSTITUCIÓN	175
CONSTITUCIÓN DE 1811: ASPECTOS JURÍDICOS-POLÍTICOS	181
DOS MOMENTOS DE POLÍTICA CONSTITUCIONAL: UN SOLO OBJETIVO EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO	186
LA DEMOCRACIA COMO VALOR SUPERIOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO	190
LA “CONSTITUCIONALIZACIÓN” DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN ITALIANA Y LA INFLUENCIA DEL PENSAMIENTO DE PIERO CALAMANDREI	198
EL FEDERALISMO Y LA POLÍTICA LOCAL	203
DERECHO ADMINISTRATIVO	
ÉTICA Y DERECHO ADMINISTRATIVO	209
LOS PODERES DEL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. EL INTERDICTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	215

IDEARIO JURÍDICO Y POLÍTICO SOCIAL

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INTELECTUALES EN LAS REDES DIGITALES ADMINISTRATIVAS	225
ÁMBITO INTRODUCTORIO DEL DERECHO DISCIPLINARIO VENEZOLANO: NOCIÓN, NATURALEZA, PRINCIPIOS Y CONTENIDO LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y	230
EL PRINCIPIO DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN	234
COMENTARIOS PRELIMINARES SOBRE LAS REFORMAS PARA LA APERTURA Y FLEXIBILIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE HIDROCARBUROS Y DE RESCATE DE PDVSA	246
NOTAS SOBRE LOS CONTRATOS PETROLEROS DE COMERCIALIZACIÓN INTERNACIONAL	252

DERECHO AGRARIO

DERECHO AGRARIO HUMANISTA: OBJETO, FUENTES Y METODOLOGÍA	267
DESARROLLO AGRARIO Y DERECHOS HUMANOS (EL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN Y EL DERECHO DE ACCESO A LA TIERRA)	278
DESARROLLO RURAL, ORDENAMIENTO TERRITORIAL Y LAS FORMAS ASOCIATIVAS DE PRODUCCIÓN Y LABORALES AGRARIAS	283
LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROPIEDAD RURAL	289
EL CONVENIO DE UNIDROIT Y EL COMITÉ AMERICANO DE DERECHO AGRARIO (CADA): NUEVAS FRONTERAS PARA EL DERECHO COMPARADO EN EL CONTEXTO DEL FORO GLOBAL SOBRE SEGURIDAD ALIMENTARIA DE LA FAO Y EL FIDA	307
DE LOS JURISTAS DEL DERECHO AGRARIO LATINOAMERICANO. A S.S EL PAPA FRANCISCO	309
DE LA AGRARIEDAD A LA INTEGRALIDAD DEL DERECHO AGRARIO	311
LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO AGRARIO	313
EL APORTE DE LA LEY DE JURISDICCIÓN AGRARIA DE COSTA RICA AL DERECHO PROCESAL AGRARIO COMPARADO	331
SISTEMÁTICA PARA LA TEORÍA Y LA INTERPRETACIÓN Y EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS AGRARIOS	339
LA NUEVA TEORÍA SISTEMÁTICA DE LOS CONTRATOS AGRARIOS PARA EL DERECHO AGRARIO VENEZOLANO	343
LA EMPRESA AGRARIA EN LA NUEVA DOGMÁTICA JURÍDICA	361

ROMÁN J. DUQUE CORREDOR

LOS MODERNOS CONTRATOS DE APARCERÍA Y MEDIANERÍA	373
DOCTRINA Y DECÁLOGO DEL DESARROLLO RURAL SUSTENTABLE: PROPUESTA PARA UN PACTO SOCIAL AGRARIO	384
SEXAGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA LEY DE REFORMA AGRARIA VENEZOLANA	388
COMENTARIOS AL ENSAYO DE JOSÉ SANTOS DITTO SOBRE LA LEY ORGÁNICA DE TIERRAS RURALES Y TERRITORIOS ANCESTRALES ECUATORIANA DE 2016	390
DERECHO DEL AMBIENTE	
EL AMBIENTE COMO VALOR JURÍDICO	397
APORTE DEL HUMANISMO CRISTIANO AL HUMANISMO AMBIENTAL	405
EL DERECHO AGROAMBIENTAL Y SUS RETOS ANTE LA CRISIS HUMANITARIA	409
LA MAFIA Y LA COSA NOSTRA DEL ARCO MINERO DEL ORINOCO Y EL ECOCIDIO DEL SIGLO XXI	416
LA AMAZONIA: GOBERNANZA E INSTITUCIONALIDAD COMO COMUNIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL	423
EL TRATADO DE COOPERACIÓN AMAZÓNICO Y LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS AMAZÓNICOS Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE	430
EL ACUERDO DE ESCAZÚ COMO DOGMÁTICA DE LA JUSTICIA Y DEL PROCESO AMBIENTAL	439
LA TRASNACIONALIDAD DEL DERECHO AMAZÓNICO Y LA CREACIÓN DE LA DEFENSORÍA DE LA AMAZONIA Y DEL TRIBUNAL DE DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS AMAZÓNICOS	445
LA AMAZONIA: RETOS Y DESAFÍOS PARA EL DERECHO AGROAMBIENTAL	455
LA NECESIDAD DE NUEVAS CONVENCIONES INTERNACIONALES Y DE LEYES INTEGRALES PARA LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE EN LA PANAMAZONIA VENEZOLANA	462
EL PRINCIPIO PRECAUTORIO Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL ECOCIDIO DEL SUR DEL ORINOCO	476
LA JUSTICIA AMBIENTAL, EL SISTEMA PROCESAL AMBIENTAL Y EL PODER CAUTELAR AMBIENTAL	502

IDEARIO JURÍDICO Y POLÍTICO SOCIAL

DERECHO ENERGÉTICO

DERECHO ENERGÉTICO: BASES PARA SU ENSEÑANZA UNIVERSITARIA	519
DERECHO ENERGÉTICO Y JUSTICIA Y PAZ	525

DERECHO DEL TRABAJO

APUNTACIONES PARA UN RÉGIMEN ESPECIAL PARA EL TRABAJO RURAL	531
RÉGIMEN ESPECIAL PARA EL TRABAJO RURAL. UNA VISIÓN DE LA ACTIVIDAD AGRARIA COMO BASE PARA LA PARTICIPACIÓN DEL TRABAJADOR RURAL EN LA PRODUCCIÓN AGROPECUARIA	540

DERECHO PROCESAL Y DERECHO PROBATORIO

ARBITRIO Y DERECHO	551
¿LA CARGA DE LA PRUEBA? ¿UNA RELIQUIA HISTÓRICA? ¿O, SU INNOVACIÓN?	559
FALACIA COMUNICACIONAL NOTORIA Y MUNDIAL	566
DESPACHO VIRTUAL JUDICIAL CIVIL EN VENEZUELA	568
PROTOCOLO DE DOCUMENTACIÓN DE LOS ACTOS PROCESALES ELECTRÓNICOS	575
LAS PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ANTE LA DIGITALIZACIÓN DE LA JUSTICIA (LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL ACCESO A LA JUSTICIA, DEL DEBIDO PROCESO Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS)	581
LA REGLA DE LA DELIBERACIÓN COMO PRESUPUESTO DE LOS LAUDOS ARBITRALES?	585
LA REFORMA DE LA CASACIÓN POR LA VÍA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y NO POR LA VÍA LEGISLATIVA?	588
DISPOSICIONES FUNDAMENTALES DEL PROYECTO DE CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA?	636
NOCIONES ELEMENTALES SOBRE MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS	646
ESTADO DE EXCEPCIÓN DE ALARMA POR LA CALAMIDAD PÚBLICA DEL COVID-19 Y SUS EFECTOS EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES	662

ROMÁN J. DUQUE CORREDOR

SISTEMA DE JUSTICIA

LA INSTITUCIONALIDAD Y OBJETIVIDAD DE LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL Y LA REALIDAD DE UNA JUSTICIA ANTIDEMOCRÁTICA EN VENEZUELA	675
LA ILEGITIMIDAD DEL SISTEMA DE JUSTICIA	677
CARTA DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS ANTE LA JUSTICIA	682
LA COMISIÓN NACIONAL DEL SISTEMA DE JUSTICIA DE ÓRGÃO VEGETATIVO A ÓRGANO USURPADO	687
¿EL PATRÓN DE LA GRAN CORRUPCIÓN Y EL SISTEMA DE JUSTICIA?	689
CORRUPCIÓN Y JUSTICIA TRANSICIONAL	694
LA DEMOCRACIA, LOS DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA TRANSICIONAL	697
LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN. LA PAZ A TRAVÉS DE LA JUSTICIA PARA LOS PROCESOS DE CAMBIO EN VENEZUELA	698
NOTAS SOBRE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y JUSTICIA UNIVERSAL Y LA LEGITIMACIÓN CIUDADANA PARA INTERVENIR EN LOS CASOS DE GRAN CORRUPCIÓN POR LAVADO DE CAPITALS	708
LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR O LA RESPONSABILIDAD DEL COMANDANTE O RESPONSABILIDAD DE MANDO POR CRÍMENES DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI) Y LAS NEGOCIACIONES POLÍTICA	717
LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI) Y LA JUSTICIA TRANSICIONAL	721
EL ESTATUTO DE ROMA Y LA AMNISTÍA	723
LA JUSTICIA DE PAZ EN VENEZUELA: ¿EVOLUCIÓN O INVOLUCIÓN	725
DAÑO ANTROPOLÓGICO Y LA JUSTICIA	734
SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL	741
DERECHO PENAL	
PERSECUCIÓN PENAL EN PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA (VISIÓN CONSTITUCIONAL DEL TRATAMIENTO DADO POR EL MINISTERIO PÚBLICO AL PROBLEMA DE LOS DESARROLLOS INMOBILIARIOS)	747
EXTRADICIÓN Y EXTRADICIONES	755

IDEARIO JURÍDICO Y POLÍTICO SOCIAL

DERECHOS HUMANOS

CRISIS HUMANITARIA Y DETERIORO DE LOS DERECHOS HUMANOS UNIVERSITARIOS	765
UN OMBUDSMAN DEFENSOR DEL PUEBLO PARA VENEZUELA	768
EL DERECHO AL DESARROLLO HUMANO	777
COMENTARIOS SOBRE EL INFORME DE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA ASISTENCIA TÉCNICA EN LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA DE LA ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (A/HRC/48/19 DE 13 SEPTIEMBRE 2021)	783
DIÁSPORA VENEZOLANA Y EL DERECHO AL VOTO DESDE EL EXTERIOR	799
LA CIUDADANÍA PLENA Y DE LA FRATERNIDAD UNIVERSAL EN AMPARO CONSTITUCIONAL EN FAVOR DE LOS DERECHOS HUMANOS DE VENEZOLANOS EXPULSADOS DE CHILE	834
GÉNESIS, PROMOCIÓN Y CONSOLIDACIÓN DE UN OBSERVATORIO Y VEEDURÍA CIUDADANA DE DERECHOS HUMANOS EN LA UNIVERSIDAD DE LOS ANDES	839
RÉGIMEN Y DERECHO DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS VENEZUELA/BRASIL. EL DERECHO A LA PROPIEDAD COLECTIVA Y LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS	842

TEMAS POLÍTICOS SOCIALES

REFORMA INSTITUCIONAL NECESARIA. REFORMA POLÍTICA E INSTITUCIONAL. ORGANIZACIÓN DEL ESTADO Y DERECHOS DEL CIUDADANO	861
¿EL FIN DE LA DICTADURA VENEZOLANA? OPORTUNIDADES PARA EL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR DESDE LA AGENDA INTERNACIONAL	878
EL ENTRAMADO JURÍDICO DEL SOCIALISMO DEL SIGLO XXI DE LA AUTOCRACIA MILITAR DICTATORIAL VENEZOLANA Y SU SUSTITUCIÓN POR UNA INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA SIN IMPUNIDAD Y SIN VENGANZA	881
DESAFÍOS DE LA DEMOCRACIA EN VENEZUELA. EL DERECHO A RESISTIR LA VIOLACIÓN DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO	894
LA FALACIA DEL PODER ORIGINARIO DE LAS CONSTITUYENTES DERIVADAS	900
TRANSICIONES HACIA LA DEMOCRÁTICA	903

ROMÁN J. DUQUE CORREDOR

TEORÍA, PRAXIS Y ÉTICA DE LA MEDIACIÓN EN UN PROCESO DE TRANSICIÓN HACIA LA DEMOCRACIA INCLUSIVO, PARTICIPATIVO Y DEMOCRÁTICO	907
¿VOTO ÚTIL O POR EL MAL MENOR?	927
PRESENTACIÓN DEL BLOQUE CONSTITUCIONAL DE VENEZUELA (BCO. DE VZLA.) ANTE EL PRESIDENTE INTERINO Y LA COMISIÓN DE CONSULTA PRESIDENCIAL	932
TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA, LA PROLETARIZACIÓN DE LA ABOGACÍA Y LA PREVISIÓN SOCIAL DE LOS ABOGADOS	934
LA CONFERENCIA EPISCOPAL VENEZOLANA (CEV), ELECCIONES PARLAMENTARIAS Y MOVILIZACIÓN POPULAR	942
LA FALTA DE INTEGRIDAD ELECTORAL EN LAS ELECCIONES LEGISLATIVAS FIJADAS PARA DICIEMBRE DE 2020 COMO FACTOR DE SU ILEGITIMIDAD	948
LA NUEVA ARISTOCRACIA DEL SOCIO CAPITALISMO DEL SIGLO XXI	953
CREACIÓN DE LA CÁTEDRA “ALBERTO ADRIANI” EN EL DOCTORADO EN ECONOMÍA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA	956
ALBERTO ADRIANI EN LA ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS ECONÓMICAS	961
LA CATEDRA “ALBERTO ADRIANI” UNA FORMA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL PODER LOCAL	969
LA ABOGACÍA Y LA DEFENSA DEL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO	973
LA DOCTRINA CALVANI DE NEGOCIACIÓN PARA LA RECONCILIACIÓN Y LA PAZ	981
DEMOCRACIA INTERNACIONAL Y DEFENSORÍA DEL PUEBLO	985
PALABRAS BREVES PARA LOS GRANDES COMPROMISOS DE LOS ABOGADOS	991
LA UNIVERSIDAD PERENNE: LAS NUEVAS BATALLAS POR EL PARANINFO	995
LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA Y LA ABSTENCIÓN ELECTORAL	1007
EL MEMORÁNDUM DE ENTENDIMIENTO Y EL RECONOCIMIENTO DE LA PRESIDENCIA INTERINA PARA EL RESTABLECIMIENTO DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN VENEZUELA	1011
COMUNICACIÓN Y EXPRESIÓN ORAL PARA ABOGADOS	1017

IDEARIO JURÍDICO Y POLÍTICO SOCIAL

LA ABOGACÍA EN TIEMPOS DE CRISIS DE LA JUSTICIA Y EN EL ESTADO DE DERECHO	1019
LA JUDICIALIZACIÓN DE LA REPRESIÓN Y LA CRIMINALIZACIÓN DE LA POLÍTICA COMO CORRUPCIÓN JUDICIAL	1027
TRANSICIÓN POLÍTICA Y JUSTICIA TRANSICIONAL: EL CASO VENEZOLANO A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA CHILENA	1031
LOS REQUISITOS PARA PROGRESAR EN PAZ	1039
DOCTRINA DEMOCRISTIANA LATINOAMERICANA SOBRE DEMOCRACIA, TRANSICIÓN Y RECONCILIACIÓN (LEGADOS DE ARÍSTIDES CALVANI Y PATRICIO ALWYN)	1042
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA VIOLACIÓN DE LAS GARANTÍAS JUDICIALES EN EL ARBITRARIO E ILEGÍTIMO PROCESO PENAL EN CONTRA DEL JURISTA PROFESOR ALLAN R. BREWER CARÍAS	1047
LA DESVIRTUARÍAN DEL SISTEMA TRIBUTARIO, LA VIOLACIÓN DE DERECHOS CIUDADANOS Y LA INSEGURIDAD JURÍDICA DE LA LEY DE REFORMA DE LA LEY DE REGISTRO Y NOTARIADO	1059
LEY DE MORALIZACIÓN DE COLOMBIA O LEY ANTICORRUPCIÓN	1063
REFERÉNDUM REVOCATORIO: SALIDA JURÍDICA A CRISIS INSTITUCIONAL Y EFECTIVIDAD POLÍTICA	1069
REPUBLICA CIVIL NO MILITAR: LA DESMONARQUIZACIÓN DEL PODER MILITAR	1075
FUERO MILITAR EN UN SISTEMA DE JUSTICIA DEMOCRÁTICA	1081
LA ABOGACÍA Y LA DEFENSA DEL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO	1088

PRESENTACIÓN

La generosa motivación del académico Allan R. Brewer Carías, el jurista integral del derecho administrativo venezolano y latinoamericano moderno y maestro de maestros de derecho comparado en esta rama jurídica, que me hizo, con motivo de mis ochenta (80) años, que mis trabajos de mí ya larga vida ameritan un libro que me propuso editar por la Editorial Jurídica Venezolana, con el auspicio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, del Bloque Constitucional de Venezuela y de la Fundación Alberto Adriani, son la razón de ser de este volumen, que recoge diversos artículos, ensayos, notas y comentarios que durante los últimos veinte (20) años he escrito sobre diversos temas de diferentes ramas del Derecho y políticos sociales, como académico, miembro del mencionado Bloque Constitucional y presidente de la Fundación Alberto Adriani. En conjunto estos trabajos son la expresión de mi pensamiento jurídico y político social, dentro de las corrientes axiológicas y sociales del humanismo del Derecho. Porque considero la naturaleza humana como fuente y razón del estudio e interpretación del fenómeno jurídico y de su normativa. Es decir, como vía cognoscitiva de la esencia del Derecho que son la justicia, la equidad, la libertad, la solidaridad y la dignidad de la persona. Puesto que asumo la axiología de estos valores en el estudio de la lógica interna de la ciencia jurídica en su análisis, interpretación y argumentación. El libro que incentivó la generosidad del académico Dr. Allan R. Brewer Carías, propia de los altos espíritus, más que la narración o relato de mi vida como abogado y profesor, que es lo propio de una autobiografía, viene a ser la representación de mis ideas, es decir, una ideografía, que modernamente es una forma de comunicación personal y humana, a través de las palabras, como una fase simbólica de una manera de pensar. Puesto que mis palabras convertidas en oraciones, como signos alfabéticos, representan mis sensaciones, pensamientos, reflexiones acerca de los fenómenos jurídicos, políticos y sociales. Estos signos grafican mi pensamiento, como suerte de signos simbólicos o imagen de mis propias sensaciones, pensamientos, actitudes y reflexiones. Y como es mi persona quien agrupa esos signos gráficos simbólicos, en verdad el libro con cuya edición se me ha honrado, viene a ser una autoideografía. De allí su título “*Ideario Jurídico y Político Social*”. Con su publicación aspiro sobre todo que mis hijos y nietos, así como mis alumnos, lo valoren como mi testamento espiritual.

ROMÁN J. DUQUE CORREDOR

Y de sus lectores espero comprensión sobre su razón de ser y tolerancia si mis opiniones, ideas o reflexiones no coinciden con las suyas propias, que si tienen algún valor es por el editor emérito y por el auspicio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y de las acreditadas entidades que lo apoyan. En el entendido que mi ideario no los compromete.

Caracas, 5 de mayo de 2022

**DERECHO CONSTITUCIONAL Y
DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

COMENTARIOS Y REFLEXIONES SOBRE EL ESTATUTO DE TRANSICIÓN DE LA DICTADURA A LA DEMOCRACIA DE VENEZUELA

Caracas, 13 de abril de 2019

I. LAS FORMAS DE PROTECCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS GARANTÍAS DE SU VIGENCIA. LA CLÁUSULA DE APERTURA PARA EL RESTABLECIMIENTO DE LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DEROGADA DE HECHO COMO MECANISMO DEL CONSTITUCIONALISMO TRANSICIONAL PARA RESOLVER LA INEXISTENCIA DE LA INSTITUCIONALIDAD DEL ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO

El Bloque Constitucional de Venezuela ha sostenido que en la Constitución venezolana, en el Título VIII, “*De la protección de la Constitución*”, y concretamente, en su Capítulo I, “*De la garantía de la Constitución*”, se contempla en su artículo 333, en concordancia con su artículo 350, el deber y el derecho de restablecer la efectiva vigencia de la Constitución que fuere derogada por cualquier medio distinto al previsto en ella; y, que además, es uno de los tipos de garantías de protección de la Constitución para los casos en que fuere derogada de hecho y para desconocer la usurpación de autoridad. En efecto, el artículo 333, antes citado, contempla un medio de proteger y garantizar la supremacía de la Constitución, como lo es el restablecimiento del orden constitucional, el cual consiste en un régimen transitorio de sujeción de los órganos del Poder Público a los principios y disposiciones de la Constitución, contenido en sus artículos 2º y 3º, y de garantizar su supremacía, a que se contrae el artículo 7º. Este medio, como una medida excepcional, vendría a ser “*un Adendum provisional de la Constitución*” para resolver transitoriamente una crisis constitucional por la pérdida de la institucionalidad y para restablecer su normalidad, como una suerte de poder constituyente delegado de emergencia transitorio. Cuyo objeto es resolver transitoriamente una crisis constitucional por la pérdida de la institucionalidad y para restablecer su normalidad y la supremacía de la Constitución. La crisis constitucional viene dada por una situación anormal o anómala que impide el normal funcionamiento de las instituciones del Estado democrático de Derecho. Ese régimen excepcional transitorio es un modo de desconocer la autoridad usurpada, o régimen

de facto, que contraría los valores, principios y garantías democráticos, que se reconoce en el artículo 350, de la misma Constitución. En criterio del Bloque Constitucional de Venezuela, de los artículos 333 y 350, constitucionales, se desprende, como clausula implícita, la facultad o el derecho de desconocer la usurpación del poder por un gobierno de hecho, ante la inexistencia o la falta de institucionalidad del Estado de derecho, que permite ejercer un control constitucional popular para restablecer la vigencia de la Constitución, derogada de hecho; y que faculta a los poderes legítimos, en este caso, la Asamblea Nacional, como representante de la soberanía popular, de quien emanan los poderes del Estado, de acuerdo con el artículo 5º, de la misma Constitución; para que adopte medidas extraordinarias con esa finalidad de reinstitucionalización del Estado constitucional de derecho. En efecto, esta facultad o derecho de restablecimiento de la Constitución, habilita a la Asamblea Nacional por su investidura legítima de la representación popular, de acuerdo con el artículo 201, constitucional, para dictar medidas extraordinarias con la finalidad de reconstruir la institucionalidad del Estado de derecho. En ejercicio de la referida facultad, la Asamblea Nacional, conforme su legitimidad que la habilita, dictó, en fecha 5 de febrero de 2019, un estatuto transitorio para encausar jurídicamente el hecho político de la transición democrática de la cesación la usurpación, el establecimiento de un gobierno de transición y la realización de elecciones libres y competitivas. Ante la inexistencia o la falta de institucionalidad democrática, por la derogatoria de hecho de la Constitución, se habilitaron por la Asamblea Nacional medidas extraordinarias para reconstruir esa institucionalidad, con base al artículo 333, ya citado.

A nuestro juicio, el Estatuto, en comento, es el medio de excepción de protección de la Constitución para restablecer la normalidad institucional dentro del sistema constitucional del Estado de derecho en Venezuela. En efecto, se trata de una emergencia, entendiéndola como crisis extrema que afecta la existencia y supervivencia del mismo Estado de derecho, a la comunidad y a la integridad del orden constitucional. En estas condiciones, se reconoce al poder político legítimo para recuperar ese orden la potestad de adoptar decisiones sin los condicionamientos legales normales, que se traduce en el principio “*necitas non haber legem*”. Tal potestad responde a la necesidad de salvaguardar la legitimidad del sistema de gobierno democrático en los casos de emergencia por la falta de la institucionalidad constitucional, es decir, de “*un gobierno de elección popular, de las leyes*” y de “*respeto a los derechos individuales básicos*”. Y responde también al requerimiento de decisiones eficaces para resolver la emergencia y de eliminar la conducta de un gobierno cuando éste recurre a medios no democráticos para su elección o para adoptar decisiones; de modo de resolver tal anormalidad y de eliminar la concentración del poder en el gobierno para restituir la vigencia del principio de la separación de los poderes y la división de sus funciones¹. En estas situaciones, según, Juan Linz, “*un excesivo legalismo hace la emergencia insoluble y*

¹ Ver, mi libro “Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público”, LEGIS Temas Constitucionales, 1ª Edición, Bogotá-Carcas, 2008. pp. 147-148.

*puede conducir a una quiebra democrática*². La doctrina del constitucionalismo moderno, que reconoce a los poderes legítimos democráticos estas potestades extraordinarias, para restablecer la institucionalidad, en los casos de su alteración o rompimiento, de crear y reglar un derecho de excepción para esos casos de emergencia, son calificados de “*gobiernos democráticos de emergencia en los Estados de derecho*”, cuyos límites son los valores y principios irrenunciables constitucionales y los fines superiores del Estado, que en el caso de Venezuela, se contemplan en los artículos 2º y 3º, de su Constitución. Esta doctrina se basa en los casos de emergencia en el principio de la defensa del Estado (“*salus populi suprema lex est*”), es decir, de su supervivencia como estado democrático de derecho y de garantía de la libertad y de los derechos humanos, que justifica “*un derecho constitucional de excepción de la institucionalidad democrática*”³, donde no solo caben los estados de excepción en casos de alarma, de emergencia económica y de conmoción interior, a que se contrae el artículo 338, de la Constitución, sino también, la cláusula de apertura para el restablecimiento de la vigencia de la Constitución derogada de hecho como mecanismo del constitucionalismo transicional para resolver la inexistencia de la institucionalidad del Estado de derecho democrático, que, sin lugar a dudas, se contempla en el artículo 333, de la misma Constitución; que integrado con el texto de su artículo 350, es un medio para garantizar el derecho vivir en democracia. Derecho este, que procede contra los llamados “*desgobiernos*”, que según Alejandro Nieto, son los que estratégicamente se basan en el deterioro de la institucionalidad democrática, cuando convierten la Constitución en papel mojado, por su incumplimiento sistemático; cuando aprueban decisiones o promulgan leyes que dificultan gobernar racional y democráticamente y cuando bloquean todo lo que funcione o pueda funcionar dentro del Estado de derecho⁴. Finalmente, el incumplimiento estratégico, reiterado y sistemático de la Constitución, por parte del poder ejecutivo, secundado por un poder judicial subordinado, un poder ciudadano inexistente y un poder electoral comprometido y por una asamblea constituyente ilegítima; así como la violación grave y masiva de los derechos humanos, la total falta de independencia de los poderes mencionados; y el desconocimiento de principios básicos como el de la supremacía de la Constitución y de la soberanía popular, configuran lo que la jurisprudencia comparada denomina “*estado de cosas inconstitucionales*”⁵, soportados por los poderes citados, que justifica la aplicación del derecho excepcional de restablecimiento de la vigencia de la Constitución derogada fácticamente por el gobierno de usurpación, como mecanismo del constitucionalismo transicional para resolver la inexistencia de la institucionalidad del Estado de derecho democrático. Este estado de cosas inconstitucionales constituye una crisis de tal gravedad que

² Linz, Juan, “The breakdown of democratic regimes: crisis, breakdown and reequilibration”, John Hopkins University Press, Baltimore, 1978, p.150.

³ Ver, mi libro *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público*, ya citado, p. 148.

⁴ Nieto, Alejandro, “La nueva organización del desgobierno”, Editorial, Ariel, Barcelona, España, 1996, p. 9-10 y 15 Citado. en mi libro mencionado, p. 298.

⁵ Sentencias SU-559 de 1997 y T-025 del 2004, de la Corte Constitucional de Colombia.

atenta contra la existencia misma del Estado de derecho, al suplantársele por un modelo de estado mediante una constitución paralela. Es decir, que existe una emergencia causada por Crisis constitucional, que significa una derogación de hecho de la Constitución, que determina la aplicación del medio de garantía de su protección, contemplado en su artículo 333. Crisis esta que se manifiesta:

1. Por el nombramiento de un Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) y de un Consejo Nacional Electoral (CNE) ilegítimos
2. Por la elección ilegítima de una Asamblea Nacional Constituyente no convocada, ni votada universalmente, sino sectorialmente.
3. Por la celebración Elecciones presidenciales nulas por su fijación antes del plazo constitucional por un órgano incompetente, como lo es la ANC; y sin garantías electorales mínimas y la inhabilitación de los principales líderes y partidos opositores.
4. La inexistencia de un presidente electo para el período 2019-2025
5. La Eliminación de la autonomía de la Asamblea Nacional y la suplantación de sus funciones por el TSJ, la ANC y el poder ejecutivo.
6. La violación masiva de derechos humanos, una corrupción grave y la existencia de una emergencia humanitaria compleja y un alto riesgo de falta de salud y alimentación.
7. La usurpación de las funciones de gobierno por un presidente ilegítimo
8. La usurpación de las funciones del Ministerio Público y de la Defensoría del Pueblo y de la Contraloría General de la República por un Fiscal, un Defensor y un Contralor, designados ilegítimamente por la ANC y no por la AN.
9. El error e intimidación a que está sometido el Poder Judicial (“Efecto Affiuni”⁶)
10. La violación de los derechos políticos por la estrategia de estado de persecución de la disidencia.
11. La violación masiva de los derechos sociales y económicos de la población por actos de corrupción y la total ausencia de una gestión eficiente de los servicios públicos básicos.

El Poder Ejecutivo es el factor causante de la crisis institucional por su control absoluto del Tribunal Supremo de Justicia, del Poder Electoral, de la Defensoría

⁶ Se conoce como “Efecto Affiuni la intimidación judicial cuyo ejemplo paradigmático es el enjuiciamiento y encarcelamiento de la Jueza María Affiuni por haber dictado medidas cautelares a favor de un procesado considerado enemigo del gobierno”.

del Pueblo, del Banco Central de Venezuela, de la Contraloría General de la República, de la sedicente Asamblea Nacional Constituyente y de las Fuerzas Armadas, a la que ha convertido en un agente político y un comisario político.

1. *Indicadores de la crisis institucional*

El mejor indicador de esta falta absoluta de la institucionalidad del Estado constitucional es la colocación de Venezuela en el puesto 126, es decir, el último, en el Índice Mundial sobre el Estado de Derecho, de 2019. Fundamentalmente, como lo ha señalado el Bloque Constitucional de Venezuela, por el paralelismo constitucional o dualismo estatal, por la existencia, de un régimen de hecho inconstitucional y de un régimen constitucional derogado ilegítimamente. Esta anomalía, apareja una falta de control absoluto de la corrupción en la gestión pública, por lo que, según el Índice de Percepción de la Corrupción del 2017 de 180 países, a Venezuela se le ubica en el puesto 169 en el nivel grave de corrupción; y dentro de la escala de 0 a 100, en la que 0 es el más alto nivel de corrupción y 100 el más limpio, Venezuela alcanza el índice de 18, junto con Siria, Sudan, Guinea Ecuatorial, Guinea Bissau, Corea del Norte, Libia y Yemen. Por ello, se le coloca entre los países de mayor grado de corrupción. Lo cual, además, determina en *Venezuela un alto grado de impunidad en materia de delitos de corrupción. Y respecto, del sistema de justicia*, el Latino barómetro, en su Informe 2018, señala que Venezuela se encuentra entre los 15 países de la región donde menos del tercio de la población confía en el Poder Judicial y que solo 18% confían en este poder. En este contexto, Transparencia Venezuela, en su Informe de 2017, incluye como un caso grave de corrupción, por acentuar la falta de justicia, “*el establecimiento de un Gobierno constituyente, a través de un poder legislativo paralelo que dio el zarpazo final a la autonomía e independencia de los poderes públicos, rasgos fundamentales del Estado de Derecho*”. El citado Informe 2018, de Transparencia Internacional, señala que Venezuela se encuentra entre los 15 países de la región donde menos del tercio de la población confía en el Poder Judicial y que solo 18% confían en este poder”. Ello en razón de que, en Venezuela, existe un sistema judicial radicalmente político e ideológico, totalmente dominado por el Gobierno, para inculpar y condenar a quienes califica de “*desestabilizadores del Estado*” y para amordazar y acorralar a los grupos políticos más activos, limitar la libertad de expresión, perseguir a periodistas y defensores de derechos humanos y a restringir los derechos políticos y electorales. Según el acreditado Foro Penal, en Venezuela, para el 31 de enero de 2019, hay 966 presos políticos, 1003 personas detenidas arbitrariamente, de las cuales 741, a esta fecha, se encuentran aún detenidas, pendientes de su presentación ante tribunales o a la espera de presentar fiadores o de ser privados de libertad, y 7.300 personas sujetas a procesos penales bajo medidas cautelares. A estos datos se agrega por el mencionado Foro Penal, sobre la represión entre el 22 y el 23 de febrero, del mismo año, como consecuencia del intento de ingresar ayuda humanitaria a Venezuela, de 107 personas arrestadas arbitrariamente detenidas, 7 personas asesinadas y 58 personas heridas de bala

El nivel de impunidad en Venezuela es alarmante según el último informe de la Comisión Internacional de Juristas, que llega a 95% en casos de delitos sin justicia y a 98% en casos de violaciones a derechos humanos.

2. *Indicadores de la crisis social y de la emergencia humanitaria compleja*

A lo anterior se une, el deterioro social, principalmente por el despilfarro de los recursos públicos y la corrupción, que determina la violación de los derechos económicos sociales, hasta el punto, por ejemplo, que el Centro de Investigaciones Económicas de la Universidad Católica Andrés Bello, ha señalado que la capacidad de compra de las familias venezolanas ha experimentado “*la mayor contracción en toda la historia socioeconómica del país y esto explica por qué hemos batido todos los récords de pobreza de ingreso. Hoy 73% de los hogares y 76% de los venezolanos están en pobreza de ingresos*”. Y, que la inflación acumulada se calcula en 2.999%, que superaría a la proyección del Fondo Monetario Internacional que es de 2.349%. Y, finalmente, de acuerdo con el Índice de Desarrollo Humano (IDHH) de la ONU, Venezuela continúa su descenso y acumula uno de los mayores retrocesos del mundo durante el presente gobierno. Lo que confirma el Informe Preliminar del Grupo de Trabajo sobre migrantes y refugiados venezolanos, del 8 de marzo de este año de 2019, de que cada día hay 5.000 nuevos refugiados y que, de seguir así, el 2019 terminará con más de 5 millones de desplazados, que equipararía a los venezolanos con los desplazados con los conflictos bélicos de Siria o Afganistán. Estos datos son suficientes para entender porque según el Índice de los estados frágiles o fallidos del Fondo para la Paz de 2018, Venezuela cayó al nivel del caos, para ubicarse en el tercer país en el mundo más empeorado y en el segundo estado más frágil o fallido del hemisferio occidental, detrás de Haití. Ello debido, de acuerdo con el Índice citado, a la mala gestión del gobierno y “al control autoritario que ejerce Maduro sobre el poder” (<http://fundforpeace.org/fsi/2018/04/19/fragile-states-index-2018-issues-of-fragility-touch-the-worlds-richest-and-most-developed-countries-in-2018/>). Además, siendo Venezuela un país rico en recursos naturales, sin embargo, conforme la Alerta semanal de Atrocidad del Centro Global para la Responsabilidad de Proteger, actualizado al 15 de este mes de marzo, es un país afectado por masivas violaciones de derechos humanos y ataques sistemáticos a la población civil”, que colocan a la población en riesgo de posibles crímenes de lesa humanidad (<http://www.globalr2p.org/regions/Venezuela>)⁷. Igualmente, la FAO, en su Informe de Alerta

⁷ “**NECESSARY ACTION.** The government must immediately end systematic human rights violations and abuses, demobilize auxiliary militias –including “colectivos”- and ensure the security forces refrain from the disproportionate and deadly use of force against protesters. UN member states should impose targeted sanctions on all government officials responsible for systematic violations and abuses of human rights in Venezuela, including the torture of political detainees. The UN, with the support of Latin American states and the OAS, should help negotiate an end to the crisis. Humanitarian relief efforts should be strictly guided by the principles of independence and impartiality, and aid deliveries should be coordinated with UN agencies”- (http://www.globalr2p.org/media/files/r2p_monitor_march_2019_final.pdf)

Temprana sobre Seguridad Alimentaria, de junio de 2018, coloca a Venezuela dentro de los países de alto riesgo alimentario de nivel crítico, por encima de países de la región africana, como Nigeria, Sudan, Camerún Cuerno de África y el Niño⁸.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL ESTATUTO DE TRANSICIÓN

Puede definirse este Estatuto, conforme el razonamiento anterior, dentro de los mecanismos de protección de la Constitución y de garantías de su vigencia, como marco normativo transitorio de carácter constitucional de restablecimiento de la vigencia del orden constitucional derogado absolutamente de hecho. Así como mecanismo de carácter extraordinario por la ausencia del Estado de Derecho y por ser diferente al marco normativo previsto dentro de la normalidad institucional de protección de dicho orden mediante el control de la constitucionalidad de los actos inconstitucionales y diferente de la aplicación del estado de excepción como medio de defensa de la institucionalidad amenazada. Así se define en el artículo 4º, del Estatuto en comento. Y desde el punto de vista, de las fuentes del derecho constitucional, el Estatuto de Transición es un acto parlamentario normativo de ejecución directa de la Constitución, conforme el artículo 333 para restablecer su vigencia ante su derogación de hecho y para encauzar la transición democrática. Es decir, acto normativo del proceso de reinstitucionalización del Estado de Derecho y de democratización del sistema político para salir de la dictadura. Es decir, regulador de un proceso de transacción democrática. Por ello, es un acto normativo superior a las leyes formales, que regula la liberación de la dictadura, es decir, el cese de la usurpación, la formación de un gobierno provisional y la realización de elecciones libres y competitivas, con las garantías electorales.

Y, que en postconflicto prevé la legitimación de los poderes electoral, del poder ciudadano y del Tribunal Supremo de Justicia, así como el establecimiento de la justicia transicional. En criterio del Bloque Constitucional de Venezuela, de los artículos 333 y 350, constitucionales, se desprende, como clausula implícita, la facultad o el derecho de desconocer la usurpación del poder por un gobierno de hecho, ante la inexistencia o la falta de institucionalidad del Estado de derecho, que permite ejercer un control constitucional popular para restablecer la vigencia de la Constitución, derogada de hecho; y que faculta a los poderes legítimos, en este caso, la Asamblea Nacional, como representante de la soberanía popular, de quien emanan los poderes del Estado, de acuerdo con el artículo 5º, de la misma Constitución; para adoptar medidas extraordinarias con esa finalidad de reinstitucionalización del Estado constitucional de derecho. En efecto, esta facultad o derecho de restablecimiento de la Constitución, habilita a la Asamblea Nacional por su investidura legítima de la representación popular, para dictar medidas extraordinarias con la finalidad de reconstruir la institucionalidad del Estado de derecho.

⁸ <http://www.fao.org/3/CA0353EN/ca0353en.pdf> (p. 21-22).

En ejercicio de la referida facultad, la Asamblea Nacional, conforme su legitimidad que la habilita, dictó, en fecha 5 de febrero de 2019, un estatuto transitorio para encausar jurídicamente el hecho político de la transición democrática de la cesación la usurpación, el establecimiento de un gobierno de transición y la realización de elecciones libres y competitivas.

Como acto normativo constitucional, el estatuto en comento permite a la Asamblea Nacional modificar los lapsos y requisitos legales de los procedimientos de renovación de los poderes públicos para designar o ratificar sus titulares y preparar las elecciones libres, tal como se reconoce en el artículo 20, estatutario transicional. Ese régimen excepcional transitorio es un modo de desconocer la autoridad usurpada que contraría los valores, principios y garantías democráticos, conforme el artículo 350, de la Constitución. Por tanto, al inicio del período presidencial 2019-2025, el 10 de enero, no había un presidente electo, por lo que por derecho el presidente de la Asamblea Nacional se encarga interinamente de la Presidencia de la República, hasta tanto cese la usurpación y el Presidente del gobierno provisorio, que se designe posteriormente, convoque a elecciones libres y transparentes, por derivación del principio contenido en el artículo 233 de la Constitución, de que el Presidente de la Asamblea Nacional asume la presidencia cuando no hay un presidente que pueda asumirla y haya que realizar elecciones para cubrir la vacante.

III. DISTINCIÓN Y DIFERENCIA CON EL RESTO DE LOS MEDIOS DE PROTECCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS FORMAS DE SUS GARANTÍAS DE RESTABLECIMIENTO DE LA EFECTIVA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL MEDIO DE PROTEGER EL ORDEN INTERNO MEDIANTE ESTADOS DE EXCEPCIÓN

En situaciones de normalidad institucional, la Constitución prevé como medios y formas de su protección y garantías, por un lado, la aplicación del control de la constitucionalidad (artículos 334, 335 y 336), que supone la existencia de un tribunal supremo legítimo y de un poder judicial independiente y no subordinado. Y, por otro lado, los de estados de excepción, para los casos de amenaza a la institucionalidad por conmoción interior o exterior; o emergencias o de crisis económicas, sociales, políticas, naturales o ecológicas. Estos estados corresponde aplicarlos al Poder Ejecutivo, si son insuficientes las facultades que posee, bajo el control del Tribunal Supremo de Justicia y de la Asamblea Nacional, mediante decretos de excepción, temporales, que tienen naturaleza de ley, y que permiten al Ejecutivo adoptar medidas extraordinarias para proteger la estabilidad de las instituciones que se vean afectadas gravemente (Arts. 337 a 339). En los casos de estados de excepción, la institucionalidad existe, pero está amenazada o en peligro. Mientras que en los casos de institucionalidad inexistente, por la derogación de la Constitución, por los otros poderes del Estado, por actos no previstos en ella, con fundamento en la facultad y derecho contemplados en los artículos 333 y 350, constitucionales, la Asamblea Nacional, por su legitimidad democrática, tiene la habilitación general para tomar medidas extraordinarias, para el restablecimiento

de la institucionalidad democrática, mediante actos normativos de naturaleza constitucional, para restablecer la vigencia de la Constitución, como el estatuto de transición que aprobó en fecha 5 de febrero de 2019.

IV. EL DEBER DEL ESTADO VENEZOLANO DE GARANTIZAR EL DERECHO A LA DEMOCRACIA

Por otro lado, el estatuto de transición democrática aprobado por la Asamblea Nacional de Venezuela el 5 de febrero de 2019, es una materialización del derecho a la democracia y de la obligación de los estados de promoverla y defenderla; por cuanto, la democracia es garantía indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos. Y, además el estatuto en cuestión es coherente con la obligación de los estados de normalizar la institucionalidad democrática en casos de ruptura del orden democrático o la alteración grave del orden constitucional, para evitar la aplicación de los mecanismos de preservación de la institucionalidad democrática, en el caso de la región latinoamericana, por parte de la Organización de Estados Americanos. Todo ello según los elementos y principios de la Carta Democrática Interamericana, del 11 de septiembre del 2001. Carta esta que por su preámbulo puede considerarse como *Constitutionale Ius Comune* en América Latina, de donde puede extraerse el principio de que la democracia y su régimen constitucional, es la base del Estado de derecho y del desarrollo social, económico y político de los pueblos latinoamericanos, como se define en los artículos 1º y 2º, de dicha Carta; y que su ejercicio efectivo es parte del derecho interamericano, en atención la declaración contenida en el artículo 3, literal “d”, de la Carta de la OEA. Por esto, el restablecimiento de la gobernabilidad democrática es un derecho irrenunciable de los pueblos y una obligación de los poderes legítimos de los estados. Y cuyo restablecimiento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 17, de la citada Carta, corresponde principalmente a los poderes del Estado, puesto que la asistencia internacional para el sostenimiento y preservación de la institucionalidad democrática, rota o alterada, en los casos de los países latinoamericanos, es subsidiaria. Por lo expuesto, el estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobado por la Asamblea Nacional, es conforme con los principios del *Constitutionale ius Comune* latinoamericano.

V. LA ASAMBLEA NACIONAL Y SU PRESIDENTE COMO PODER HABILITADO PARA DICTAR LAS MEDIDAS EXTRAORDINARIAS Y TEMPORALES DE RESTABLECIMIENTO DE LA INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA

Es iniciativa de la AN porque le corresponde como poder legítimo, por ser el único órgano con legitimidad de origen y en ejecución de sus Acuerdos anteriores de fechas 13-11-2018 y 15-01-2019. Declara la existencia de la crisis constitucional por la usurpación del Poder Ejecutivo por un gobierno de facto dictatorial, la AN puede establecer el marco normativo de la transición de la dictadura hacia la

democracia para superar la crisis constitucional. Por tanto, mientras cesa la usurpación, contempla un gobierno de base parlamentaria, de la AN y de su Presidente. Y, además, en base a la facultad que se deriva del artículo 333, constitucional, adopta decisiones para la defensa de los derechos del pueblo y del Estado venezolanos ante la comunidad internacional. Entre otras, medidas para reinsertar el Estado venezolano en concierto de las Naciones libres, conforme la Carta de la OEA, la Carta Democrática Interamericana, la Carta de la ONU y en el sistema interamericano y el sistema universal. Asimismo, dicta las leyes que promuevan la transición política para crear incentivos para que los funcionarios civiles y militares actúan bajo la Constitución y no obedezcan órdenes de quien usurpa la Presidencia de la República; para desarrollar el sistema de justicia transicional; para decretar las amnistías para quienes están privados de libertad por razones políticas y otorgar garantías de reinserción democrática a las personas que coadyuven la restablecimiento del orden constitucional; y para el efectivo cumplimiento del artículo 328 y a la integración constitucional de la FAN en el proceso de transición democrática.

Un aspecto importante, de este Adendum Constitucional, para restablecer la vigencia de la Constitución, derogada por actos no previstos en ella, es la facultad de la AN de conformar un gobierno provisional de unidad nacional y elecciones libres, una vez cesada la usurpación de la presidencia de la República y demás personeros del régimen de facto, la AN garantizará la continuación de la aplicación del artículo 233, que se aplicó, transitoriamente, en virtud de que la Presidencia de la República está siendo usurpada, que si bien no es una situación de falta absoluta, sin embargo, la Asamblea Nacional puede adoptar dentro de las medidas necesarias para restablecer el orden constitucional con fundamento en los artículos 333 y 350 de la Constitución. Para ello, el Presidente de la AN, durante 30 días continuará como presidente encargado, para lo cual cesa en la presidencia de dicha Asamblea. El Presidente encargado conducirá el proceso de formación de un gobierno de unidad nacional. El Presidente encargado adoptará las medidas necesarias para la realización de elecciones presidenciales libres y competitivas. En caso de imposibilidad para convocar y realizar elecciones dentro de los 30 días, la AN podrá ratificar al Presidente encargado como Presidente provisional a los fines de conformar un Gobierno de unidad nacional que dará inicio a la segunda etapa de la transición democrática. La AN, previa consulta con la sociedad civil y con las organizaciones con fines políticos, aprobará mediante acuerdo parlamentario las reglas de gobernabilidad y las directrices del programa mínimo, que, dentro de los principios de la economía social de mercado, ejecutará el Gobierno provisional. El mandato del Gobierno provisional culminará con la juramentación del nuevo Presidente electo en las elecciones libres y competitivas convocadas y organizadas por el Poder Electoral bajo todas las garantías, para dar lugar a la culminación del período presidencial 2019-2025. Las elecciones deberán realizarse en el menor tiempo posible, tan pronto como las condiciones técnicas lo permitan dentro de un plazo máximo de 12 meses. El Gobierno provisional tramitará la cooperación financiera internacional de organismos multilaterales para la transición económica y la reversión de la emergencia humanitaria.

La conformación de un Gobierno de unidad Nacional fue una de las preguntas aprobadas por el pueblo en el referéndum del 16 de julio de 2017. Electo el presidente en las elecciones efectuadas al efecto, y una vez que tome posesión, cesa la transición.

VI. DISTINCIÓN ENTRE EL MEDIO DE GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE RESTABLECIMIENTO DE LA EFECTIVA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN Y EL MEDIO DE PROTEGER EL ORDEN INTERNO MEDIANTE ESTADOS DE EXCEPCIÓN⁹

1. En los casos de emergencia, o de crisis económicas, sociales, políticas, naturales o ecológicas, si son insuficientes las facultades que posee, corresponde al Poder Ejecutivo, bajo el control del TSJ y de la AN, mediante decretos de excepción, que tienen naturaleza de ley, adoptar medidas extraordinarias para proteger la estabilidad de las instituciones que se vean afectadas gravemente (Arts. 337 a 339).

2. En los casos de inexistencia de la institucionalidad democrática por la derogación de la Constitución, por los otros poderes del Estado, por actos no previstos en ella, corresponde a la AN la habilitación general para tomar medidas extraordinarias, mediante actos normativos de naturaleza constitucional, para restablecer la vigencia de la Constitución (Arts. 233, 333 y 350)

3. En el primer caso la institucionalidad existe, pero está amenazada o en peligro.

4. En el segundo caso, la institucionalidad es inexistente, por eso se atribuye a un poder constituyente de emergencia transitorio para el restablecimiento de la institucionalidad.

VII. PRESIDENCIA INTERINA DE PLENO DERECHO DEL DIPUTADO JUAN GUAIDO POR APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 233 DE LA CONSTITUCIÓN Y LA INAPLICACIÓN DEL LAPSO PARA CONVOCAR ELECCIONES PRESIDENCIALES PREVISTAS EN DICHO ARTÍCULO, POR LA INEXISTENCIA PROPIAMENTE DEL SUPUESTO DE HECHO DE UNA FALTA ABSOLUTA DE UN PRESIDENTE ELECTO QUE EXIGE DICHO ARTÍCULO

Es necesario enfatizar que el 10 de enero de 2019 finalizó el período presidencial iniciado en 2013, y, que, por tanto, se iniciaba un nuevo período por seis años, según los artículos 230 y 231 de la Constitución. Ahora bien, en dicha fecha,

⁹ Criterio tomado del estudio “Unas notas sobre el proyecto de “Ley del estatuto que rige la Transición a la Democracia y el Restablecimiento de la Vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, del académico, Dr. Henrique Iribarren Monteverde, a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, el día 5 de febrero de 2019.

el presidente electo para el período 2019-2025 debería asumir la presidencia mediante juramento, prestado ante la Asamblea Nacional. Ahora bien, Nicolás Maduro no era un presidente electo por el ilegítimo origen de su elección, porque las elecciones bajo las cuales se le eligió violaron todas las garantías electorales constitucionales y los estándares internacionales sobre tales garantías, por lo que estas elecciones no se pueden considerarse legítimas, por aplicación de los artículos 25 y 138 de la Constitución; y, por cuanto la elección del 20 de mayo de 2018 carece de efecto jurídico alguno. En efecto, además de lo anteriormente expuesto, dicha elección fue convocada por ente ilegítimo como lo es la Asamblea Nacional Constituyente, que fue convocada por Nicolás Maduro y no por el pueblo venezolano como titular del poder constituyente, y en violación de los plazos constitucionales y legales, puesto que las referidas elecciones debieron realizarse en diciembre de 2018. En consecuencia, no podía considerarse a Nicolás Maduro como un presidente electo que pudiera legitimamente asumir la presidencia, mediante juramento prestado ante la Asamblea Nacional el 10 de enero de 2019, fecha, que, según la Constitución, se iniciaba un nuevo período constitucional. Ante la inexistencia de un presidente electo para el día del inicio del período presidencial, que es un supuesto no previsto en la Constitución, como falta absoluta, en su artículo 233; sin embargo, por las reglas de la integración del derecho, ante lagunas legales que no pueden suplirse por la aplicación analógica de normas que regulen supuestos de hecho parecidos, como lo es el caso, mediante las reglas de la integración del derecho para recomponer su unidad, es posible extraer del segundo párrafo del artículo 233 de la Constitución, el principio según el cual, si para el 10 de enero de 2019 no hay un presidente electo, entonces, el Presidente de la Asamblea Nacional deberá ser juramentado como Presidente encargado hasta tanto se realice una nueva elección presidencial. Es así, entonces, que *“Así, en torno al 10E hay cuatro hechos que difieren del artículo 233. Primero, ese artículo está previsto para aplicarse en situaciones en cuales la Constitución rige perfectamente en el marco del principio de separación de poderes. Pero ese no es el caso de Venezuela, tal y como ya expliqué. Segundo, ese artículo está previsto para aplicarse luego de la elección de un presidente que ha sido reconocida como tal. Tampoco es el caso de Venezuela, pues no se ha celebrado ninguna elección presidencial válida y reconocida. Tercero, esa norma está prevista para cuando no hay quien pueda ejercer la Presidencia de la República (pues el presidente electo no está). Sin embargo, actualmente la Presidencia de la República es ejercida por Nicolás Maduro (un ejercicio que viola la Constitución, pero ejercicio, en fin). Cuarto y último: esa norma está prevista para condiciones que permitan celebrar elecciones de manera inmediata. No creo necesario explicar por qué no es posible realizar elecciones presidenciales en Venezuela el 10 de febrero de 2019, o sea, dentro de treinta días. Es por todo lo anterior que corresponde a la Asamblea Nacional decidir cómo interpretar el artículo 233 para ajustar esa norma a la situación actual, lo cual pasa por una condición previa: que pueda restaurarse el orden constitucional, tal y como lo prevé el artículo 333. Solo restableciendo el orden constitucional es que la interpretación del artículo 233 podrá ser efectiva en la*

práctica –y no solo en el papel–.¹⁰ Por tanto, ante ese vacío constitucional, en virtud de que el citado artículo 233, no contempla esa situación de la inexistencia de un presidente electo al inicio del período presidencial, que afecta la institucionalidad democrática, la Asamblea Nacional, como órgano legítimo de representación popular, para restablecer la vigencia de la Constitución ante ese vacío, en base a su artículo 333, integró el principio de la suplencia de las faltas absolutas por el presidente de la Asamblea Nacional, previsto en el referido artículo 233, con los artículos 5º, que establece que la soberanía reside intransferiblemente en el pueblo; y, 7º, que consagra la Constitución como norma suprema y fundamento del orden jurídico; en concordancia el artículo 201, que establece que los diputados son representantes el pueblo y de los Estados, en su conjunto. Fue, así, entonces, como en el Estatuto de Transición, en comento, igualmente con fundamento en el artículo 187, numeral 1, de la misma Constitución, que faculta a la mencionada Asamblea regular el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional, estableció en el artículo 14, del Estatuto, en comento, que el Presidente de dicha Asamblea, es “*el legítimo Presidente encargado de la República Bolivariana de Venezuela*”. Y, ante la imposibilidad de aplicar el segundo párrafo del artículo 233, respecto de la convocatoria a nueva elección presidencial, dentro de los treinta días consecutivos siguientes después que el Presidente de la Asamblea asumió la Presidencia itineraria, por no tratarse propiamente del supuesto de falta absoluta que prevé dicho párrafo; dicha Asamblea para integrar el orden constitucional inexistente, reguló la continuación de la aplicación del citado artículo 233, estableciendo, en el artículo 25, del Estatuto de Transición, que una vez cesada la usurpación de la Presidencia de la República por Nicolás Maduro y demás personeros del régimen de facto existente, el Presidente de la Asamblea Nacional, continuará como Presidente encargado por treinta días continuos para que conforme un Gobierno provisional de unidad nacional y para que adopte las medidas necesarias para la realización de elecciones presidenciales libres y competitivas. Igualmente, estableció en el artículo 26, del Estatuto, en comento, que de haber cesado la usurpación, conformado el Gobierno provisional y adoptadas las medidas que garanticen democráticamente la elección presidencial: pero de haber imposibilidad técnica para convocar elecciones, dentro del plazo de treinta días señalados, la Asamblea Nacional podrá ratificar como Presidente provisional de la República al Presidente encargado, para que conforme el gobierno de unidad nacional y para que se convoque a elecciones presidenciales, en el menor tiempo posible, tan pronto como las condiciones técnicas los permitan dentro de y en plazo máximo de doce meses.

Juan Guaido, el 23 de enero, juró asumir “*formalmente las competencias del Ejecutivo Nacional como el presidente encargado de Venezuela para lograr el cese de la usurpación, un gobierno de transición y tener elecciones libres*”, en una concentración o asamblea de ciudadanos o cabildo abierto, previamente convocada y ante la Junta Directiva de la Asamblea Nacional. Unos

¹⁰ Hernández, José Ignacio, “Y qué dice el artículo 233 de la Constitución” (<https://prodavinci.com/y-que-dice-el-articulo-233-de-la-constitucion/>).

consideran que se autoproclamó, pero de acuerdo a la Constitución, no es posible hablar de autoproclamación en este caso. Porque autoproclamación es cuando una persona asume determinado cargo por su sola voluntad y sin un acto o motivo previo que lo invista de cargo alguno. Ahora bien, autoproclamación existe cuando una persona asume el poder por sus propias manos y no en virtud de un título jurídico legítimo. Guaido no asumió el título de presidente encargado por voluntad propia, sino que obró en virtud de título legítimo derivado de la Constitución. En efecto, al inicio del período presidencial 2019-2025, el 10 de enero, no había un presidente electo, por lo que por derecho el presidente de la Asamblea Nacional se encarga de la Presidencia de la República hasta que se convoque a elecciones libres y transparentes, por derivación del principio contenido en el artículo 233 de la Constitución, de que el Presidente de la Asamblea Nacional asume la presidencia cuando no hay un presidente que pueda asumirla. No había un presidente electo porque la Asamblea Nacional declaró que el proceso electoral del 20 de mayo no es una elección válida, y que Nicolás Maduro estaba usurpando el cargo de presidente de la República desde el 10 de enero, día en el cual finalizó el período presidencial 2013-2019, e inició el nuevo período presidencial 2019-2025. Por tanto, no existía un presidente electo. Ante esta situación, el artículo 233 de la Constitución otorga a Guaido, como presidente de la Asamblea Nacional, facultad para encargarse de la Presidencia de la República. Como la Presidencia de la República está siendo usurpada, que no es una situación como de falta absoluta prevista en el citado artículo 233, la Asamblea Nacional puede adoptar las medidas necesarias para restablecer el orden constitucional ante la usurpación de la presidencia de la República, para hacer cesar la usurpación, con fundamento en los artículos 333 y 350 de la Constitución. Por tanto, Guaido no se autoproclamó como presidente, sino que por su declaración del 23 de enero ratificó el cumplimiento del deber que le impone el artículo 233 de la Constitución, a saber, encargarse de la Presidencia de la República, dado que no había en Venezuela un presidente electo, y para garantizar el restablecimiento de la vigencia de la Constitución mediante el ejercicio efectivo de la Presidencia, conforme el artículo 333, de la Constitución. Por otro lado, ¿por qué Guaido prestó juramento en medio de una manifestación? Al respecto puede sostenerse ello se debía a que su investidura como presidente encargado se aplica de pleno Derecho, por lo que no era necesario cumplir ninguna formalidad. En concreto, constitucionalmente, Guaido es titular interino de la Presidencia de la República desde del día 11 de enero, cuando terminó el período 2013-2019. Pero, como el cargo de presidente está usurpado, la usurpación le impide la plena posesión del cargo, por lo que desde el propio 10 de enero, la Asamblea Nacional asumió el compromiso de dictar todas las medidas necesarias para hacer cesar la usurpación, tal y como fue decidido en los Acuerdos del 15 y del 22 de enero. En ese orden de ideas, la Asamblea Nacional dispuso asumir progresivamente algunas de las competencias de la Presidencia, en el manejo de las relaciones internacionales, especialmente luego de que diversos Estados reconocieran a Guaido como presidente encargado de Venezuela. Debe entonces concluirse que el 23 de enero, Guaido ratificó su decisión de dar

cumplimiento al mandato que le otorga el artículo 233 de la Constitución, ante un cabildo abierto, figura reconocida en el artículo 70 constitucional como mecanismo del derecho de participación ciudadana en los asuntos públicos a que se contrae el artículo 62, de la misma Constitución, como parte del gobierno de la República, que según el artículo 6º, se define como participativo. El cabildo abierto, ante la ausencia institucional del poder ejecutivo, es un medio en que la participación ciudadana se puede llevar a efecto, en los casos de restablecimiento de la vigencia de la Constitución, en concordancia con el artículo 333, que es una fuente de derecho constitucional para normar esos casos de vacíos institucionales por derogatoria de la Constitución por cualquier otro medio distinto al previsto en ella. El cabildo abierto fue convocado abierta y universalmente para una reunión libre de los ciudadanos, por un órgano legítimo como lo es la Asamblea Nacional, para una fecha determinada para decidir el proceso de transición democrática con una agenda prevista de cese de la usurpación, gobierno de transición y elecciones libres¹¹.

VII. ESTADO DE ALARMA Y ESTATUTO DE TRANSICIÓN

El diputado Juan Guaido, reconocido como presidente encargado por la Asamblea Nacional, decretó, con aprobación de esta Asamblea, el estado de alarma por 30 días en el territorio nacional al calificar como calamidad pública la interrupción del servicio eléctrico desde el 7 de marzo. Como fundamentos de este decreto señaló su condición de presidente encargado que se le reconoce en el artículo 14 del Estatuto que rige la transición a la democracia del 5 de febrero, en razón de la ausencia de un presidente legítimo para el período 2019-2025, al igual que los artículos 337 y 338, de la Constitución. Decreto este que la referida Asamblea aprobó con base en el citado artículo 14, que somete los actos del presidente encargado al control parlamentario, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 333, constitucional, por el cual dicha Asamblea asumió las funciones requeridas para el restablecimiento de la vigencia de la Constitución, en concordancia con su artículo 5º, en su condición de órgano legítimo investido de la representación de la soberanía popular. En virtud del señalado decreto, el presidente encargado dictó varias medidas, entre otras, de ordenar a la FANB que brinde protección a las instalaciones de CORPOLEC, de prohibir a los cuerpos de seguridad impedir las movilizaciones populares, de instruir al servicio exterior de coordinar la cooperación técnica internacional y de suspender el suministro de crudo y combustibles a Cuba, para garantizar su ahorro.

¹¹ Sobre la legitimidad del Estatuto y de la aplicación de los artículos 333 y 233, puede verse los pronunciamientos de la Academia de Ciencias políticas y sociales de fechas 4 y 29 de enero y 15 de febrero, del 2019: (<http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/Pronunciamento%20sobre%20Estatuto%20de%20Transición.%20def.pdf>). (http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/30012019095241_Acuerdo%20de%20Aciempol%20Art.%20333.pdf). Y, (<http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/Pronunciamento%20sobre%20Estatuto%20de%20Transición.%20def.pdf>)

El Bloque Constitucional de Venezuela y la Academia de Ciencias Políticas han sostenido la legitimidad de la aplicación del artículo 333, mencionado, por la Asamblea Nacional a los fines de la restitución de su vigencia efectiva, como medio de protección de la Constitución y de su garantía, a que se contrae su Título VIII, en su Capítulo I, que otorga a dicha Asamblea la potestad de dictar un régimen transitorio de gobierno, con control parlamentario y de regular la actuación de las diferentes ramas del poder público, hasta tanto cese la usurpación del poder ejecutivo y se restituya la Constitución, que hubiere sido derogada por cualquier medio distinto al previsto en ella. Al igual que reconocen la condición del diputado Juan Guaido como presidente interino, a los mismos fines, en razón de la ausencia de un presidente electo y juramentado legítimamente. Por tanto, el mencionado decreto de declaratoria de alarma resulta legítimo, así como válidas las medidas acordadas. Decreto este, que no obstante estatuir un estado de excepción, no restringió ninguna garantía constitucional. Y, que, por otro lado, confirma la necesidad de la ayuda humanitaria, que fue autorizada por la Asamblea Nacional, en su Acuerdo del 19 de febrero de este año y de la cooperación internacional a estos fines.

VIII. EL ESTATUTO DE TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA DE VENEZUELA Y EL *IUS CONSTITUTIONALE COMUNE* EN AMÉRICA LATINA

El Estatuto de transición democrática aprobado por la Asamblea Nacional de Venezuela el 5 de febrero de 2019, es una materialización del derecho a la democracia y de la obligación de los estados de promoverla y defenderla; por cuanto, la democracia es garantía indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos. Y, además el estatuto en cuestión es coherente con la obligación de los estados de normalizar la institucionalidad democrática en casos de ruptura del orden democrático o la alteración grave del orden constitucional, para evitar la aplicación de los mecanismos de preservación de la institucionalidad democrática, en el caso de la región latinoamericana, por parte de la Organización de Estados Americanos. Todo ello según los elementos y principios de la Carta Democrática Interamericana, del 11 de septiembre del 2001. Carta esta que por su preámbulo puede considerarse como *Ius Constitutionale Comune* en América Latina¹², de donde puede extraerse el principio de que la demo-

¹² El *Ius Constitutionale Comune* en América Latina es un proyecto de investigación del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, de Heidelberg, Alemania, que dirige su director, profesor Armin Von Bogdandy y coordina, la profesora venezolana, Mariela Morales Antoniazzi. “Este proyecto político, jurídico y cultural, bajo una mirada transformadora del derecho público, se basa en la tríada integrada por sus objetivos, conceptos clave y desafíos. Entre los objetivos centrales se examina la promoción y observancia de los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho, el desarrollo de la estatalidad abierta

cracia y su régimen constitucional, es la base del Estado de derecho y del desarrollo social, económico y político de los pueblos latinoamericanos, como se define en los artículos 1º y 2º, de dicha Carta; y que su ejercicio efectivo es parte del derecho interamericano, en atención la declaración contenida en el artículo 3, literal “d”, de la Carta de la OEA. Por esto, el restablecimiento de la gobernabilidad democrática es un derecho irrenunciable de los pueblos y una obligación de los poderes legítimos de los estados. Y cuyo restablecimiento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 17, de la citada Carta, corresponde principalmente a los poderes del Estado, puesto que la asistencia internacional para el sostenimiento y preservación de la institucionalidad democrática, rota o alterada, en los casos de los países latinoamericanos, es subsidiaria. Por lo expuesto, el estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobado por la Asamblea Nacional, es conforme con los principios del *constitutionale ius commune* latinoamericano.

IX. EL ESTATUTO DE TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA DE VENEZUELA COMO APORTE PARA EL CONTENIDO DEL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL, DE MIGRACIONES, DERECHOS HUMANOS Y EL POSTCONFLICTO

El Estatuto, en comento, es un aporte para los temas comprendidos en el constitucionalismo transformador, que, precisamente apunta a la transformación de la realidad política y social latinoamericana, por medio del fortalecimiento concertado de la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos. Régimen éste que no solo contempla el mecanismo de transformación, sino también la regulación del postconflicto, en concreto respecto de la justicia transicional y de los derechos humanos. En efecto, el referido Estatuto, contempla decisiones para la defensa de los derechos del pueblo y del Estado venezolanos ante la comunidad internacional; así como medidas para reinsertar el Estado venezolano en concierto de las Naciones libres, conforme la Carta de la OEA, la Carta Democrática Interamericana, la Carta de la ONU y en el sistema interamericano y el sistema universal. E igualmente, leyes que promuevan la transición política para crear incentivos para que los funcionarios civiles y militares actúen bajo la Constitución y no obedezcan órdenes de quien usurpa la Presidencia de la República; al igual que para desarrollar el sistema de justicia transicional; para decretar las amnistías para quienes están privados de libertad por razones políticas y para otorgar garantías de reinserción democrática a las personas que coadyuven al restablecimiento del

y la conformación de instituciones internacionales eficaces y legítimas. La sistematización de los conceptos clave gira en la órbita del diálogo, la inclusión y el pluralismo normativo. Los rasgos esenciales incluyen una concepción integral del derecho público, la argumentación fundamentada en principios y la mayor relevancia que se asigna al derecho comparado (<http://www.mpil.de/de/pub/forschung/nach-rechtsgebieten/oeffentliches-recht/ius-constitutionale-commune.cfm>).

orden constitucional; y para el efectivo cumplimiento del artículo 328, constitucional; y a la integración constitucional de la fuerza armada en el proceso de transición democrática. Finalmente, el estatuto, en comentario, prevé medidas y leyes para atender la emergencia humanitaria de Venezuela, que ha sido reconocida por organismos internacionales. Es decir, que también el estatuto que nos ocupa atiende la regulación del postconflicto, en concreto respecto del desarrollo integral de la población venezolana, la justicia transicional, de las migraciones y de los derechos humanos. Y, por cuanto, sigue la orientación de servirse del constitucionalismo para la transformación de la realidad política y social latinoamericana, por medio del fortalecimiento concertado de la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos. Aparte de lo anterior, por la jerarquía constitucional, de acuerdo con el artículo 23, de la Constitución venezolana, de los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, por su prevalencia en el orden interno y por su aplicación inmediata y directa no solo por los tribunales sino además por los demás órganos del Poder Público, que son fuente del *Ius Constitutionale Commune en América Latina*; permiten considerar al estatuto que rige la transición democrática en Venezuela conforme con sus principios y reglas del constitucionalismo regional de los derechos con garantías supranacionales. Y del contenido sistemático derivado del uso interno del dialogo jurisprudencial, en la región latinoamericana, de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre los derechos fundamentales, la defensa de la democracia y la Constitución, en aplicación del control de dichos tratados o convenciones, o “control de la convencionalidad”, que obliga a los estados no solo a tener en cuenta los tratados, sino también la interpretación que de los mismos han hecho las instancias judiciales supranacionales.

LA ESTABILIDAD Y LA CONTINUIDAD LEGISLATIVA CONSTITUCIONAL Y LAS CLAUSULAS DE SALVAGUAR- DIA DE LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LA DEMOCRACIA Y LOS DERECHOS DE DESCONOCI- MIENTO Y DE RESISTENCIA CIVIL¹

Caracas, 10 de octubre de 2021

I

En Título VIII, “De la protección de la Constitución”, y concretamente, en su Capítulo I, “De la garantía de la Constitución”, se contempla en su artículo 333, en concordancia con el artículo 350, el deber y el derecho de restablecer por una autoridad o por los ciudadanos, la efectiva vigencia de la Constitución que fuere derogada por cualquier medio distinto al previsto en ella. Se trata, por un lado, de un mecanismo de una garantía de restablecimiento de la estabilidad de la Constitución para los casos en que fuere derogada de hecho y, por tanto, para desconocer la usurpación de autoridad y de prever un régimen transitorio hasta que se restablezca la institucionalidad constitucional quebrantada. Y, por otro lado, constituye un derecho constitucional propio del Estado democrático de Derecho, como lo es el de la participación ciudadana en la gestión de los asuntos públicos. En efecto, el artículo 333, antes citado, contempla este medio de proteger y garantizar la supremacía de la Constitución, como un derecho y un deber ciudadano y además como una potestad de una autoridad para el restablecimiento del orden constitucional, el cual consiste en un régimen provisorio de sujeción de los órganos del Poder Público a los principios y disposiciones de la Constitución y de garantizar su supremacía, a que se contrae el artículo 7°. Deber y potestad cuya fuente de compromiso es el artículo 131, que establece que toda persona, es decir, autoridad o no, “tiene el deber de cumplir y acatar esta Constitución, las leyes y los demás

¹ Artículo de adaptación de mi trabajo “La estabilidad y la continuidad constitucional y las cláusulas de salvaguardia de la defensa de la Constitución y de la democracia y los derechos de desconocimiento y de resistencia civil”, publicado en el Libro *La transición Constitucional y su Continuidad en Venezuela*. (Iniciativa Democrática de España y Las Américas (IDEA), Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Panamá, 2021, p. 82-96

actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público”. La vigencia, por tanto, de ese régimen transitorio depende del cumplimiento de la condición del restablecimiento de la constitucionalidad quebrantada. En efecto, considero que del texto citado se deduce que el lograr el restablecimiento de la constitucionalidad es la oración principal, sujeta a la condición subordinada o conjunción condicional de si se reestablece o no la vigencia de la Constitución quebrantada. Es, decir, que esta condición debe cumplirse para que suceda lo expresado en la oración principal. En mi concepto, la integración de los artículos 333, junto con los artículos 2º., 3º., 7º., en concordación con el mencionado artículo 131, permite la interpretación constitucional del cumplimiento del carácter condicional subordinado del proceso del restablecimiento de la vigencia de la Constitución para que se complete o se considere terminada la garantía establecida mediante el régimen transitorio de la restitución del orden democrático quebrantado por la ruptura constitucional.

II

Otra vertiente de este tipo de garantía de la institucionalidad democrática, como lo señalé, es la de que, en estos casos de quebrantamiento de esta institucionalidad, tal garantía otorga una potestad de restablecimiento del orden constitucional a quien ostenté una autoridad, es decir, como, por ejemplo, un órgano de representación popular. Este medio, como una medida excepcional, vendría a ser un Adendum provisional de la Constitución para resolver transitoriamente una crisis constitucional por la pérdida de la institucionalidad y para restablecer su normalidad, como una suerte de poder constituyente delegado de emergencia transitorio. Cuyo objeto es resolver transitoriamente una crisis constitucional por la pérdida de la institucionalidad y para restablecer su normalidad y la supremacía de la Constitución. La crisis constitucional viene dada por una situación anormal o anómala que impide el normal funcionamiento de las instituciones del Estado democrático de Derecho. Ese régimen excepcional transitorio es un modo de desconocer la autoridad usurpada que contraría los valores, principios y garantías democráticos, que se reconocen inderogables en el artículo 350, de la misma Constitución. A su vez, del artículo 333, en comentó, en concordancia con los artículos 2º., 3º., 6º, 7º, 62 y 350, constitucionales, se desprende, como clausula implícita, la facultad o el derecho de desconocer por los ciudadanos, investidos o no de autoridad, la usurpación del poder por un gobierno de hecho, ante la inexistencia o la falta de institucionalidad del Estado de derecho, que permite ejercer un control constitucional popular para restablecer la vigencia de la Constitución, derogada de hecho; y que faculta a los poderes legítimos, en este caso, por ejemplo, la Asamblea Nacional electa en el 2015, y su Comisión Delegada, como representante de la soberanía popular, de quien emanan los poderes del Estado, de acuerdo con el artículo 5º, de la misma Constitución; para adoptar medidas extraordinarias con esa finalidad de reinstitucionalización del Estado constitucional de derecho. En efecto, esta facultad o derecho de restablecimiento de la Constitución, habilita a la citada Asamblea Nacional y su Comisión Delegada, como autoridades, por su investidura legítima de la representación popular, para dictar medidas extraordinarias con la finalidad de reconstruir la institucionalidad del Estado de derecho.

En ejercicio de la referida facultad, la Asamblea Nacional, conforme su legitimidad que la habilita, dictó, en fecha 5 de febrero de 2019, un Estatuto para encausar jurídicamente el hecho político de la transición democrática de la cesación de la usurpación, el establecimiento de un gobierno de transición y la realización de elecciones libres y competitivas. Y en razón de que para el fin del 2020 no se ha restaurado la institucionalidad constitucional democrática, quebrantada por la ilegítima elección presidencial del 20 de mayo de 2018 y por la ilegítima elección parlamentaria del 6 de diciembre del 2020; con fundamento en la misma cláusula de protección constitucional y de la potestad derivada del artículo 333, antes citado, por el 26 de diciembre de ese mismo año, reformó el mencionado Estatuto prorrogando su continuidad legislativa para lograr los fines establecidos en el mismo Estatuto, bajo las siguientes opciones condicionales y disyuntivas: la realización de elecciones presidenciales y parlamentarias libres, justas y verificables en el año 2021; o la ocurrencia de un hecho político sobrevenido y excepcional en 2021: o hasta por un período parlamentario anual adicional a partir del 5 de enero de 2021. Su texto, como puede observarse sujeta la prórroga de la continuidad legislativa, a que se cumplan algunas de esas condiciones futuras, e incluso, en forma disyuntivas u opcionales. Aun mas, el periodo parlamentario a partir del 5 de enero de 2021, antecedido del artículo indeterminado “un”, que gramaticalmente no significa determinación concreta alguna; y no del artículo determinado “el”, que, por el contrario, significa un hecho concreto, permite considerar que la significación de la fecha indicada no es la de un inicio de termino preclusivos, sino de la duración del periodo parlamentario adicionales mientras dure la vigencia del Estatuto.

III

El constitucionalismo ha venido desarrollando el estudio de la permanencia constitucional bajo el criterio de los principios de estabilidad y continuidad jurídica de la Constitución, a través de cláusulas de salvaguardia de su vigencia para los casos de no ser aplicada por golpes de estado, o de usurpación por gobiernos de hechos, o por falseamiento o fraude constitucional aplicados por poderes ilegítimos. En estos casos existe un vacío de los poderes legítimos. Estas hipótesis, en mi criterio, caben dentro del concepto del derecho comparado de la ruptura o de alteración del estado constitucional que afecte gravemente el orden del estado democrático de Derecho, a que se contraen los artículos 2º, 5º, 6º. y 7º., de la Constitución venezolana, de los cuales depende la perduración de ese orden. E, igualmente este concepto de ruptura constitucional desde el punto de vista del derecho constitucional interamericano, se comprenden en los supuestos de los artículos 2º., 3º., 4º. y 7º., de la Carta Democrática Interamericana del 11 de setiembre de 2001, en concordancia con su artículo 19. Estas cláusulas, que el derecho constitucional denomina medios de protección de la Constitución, en nuestro caso lo son los artículos 333 y 350, constitucionales; y, por ende, es posible comprenderlas como parte de las decisiones dirigidas a la preservación de la institucionalidad democrática y su fortalecimiento, contempladas en los artículos 18 y 21, de la referida Carta. En efecto, tanto unos como otros textos comprenden los supuestos

que impiden su vigencia para lo cual la propia Constitución y el derecho interamericano contempla mecanismos extraordinarios transitorios que hagan posible la restitución de su vigencia, como lo es el desarrollo normativo de los artículos 33 y 350.

IV

En concreto, esos mecanismos de salvaguardia de la defensa y protección constitucional se instituyen para los casos de interrupciones de la Constitución a través del tiempo cuando son reemplazadas por prácticas ilegales, totalmente arbitrarias y de crisis constitucionales y de graves anomalías políticas, y que son aplicables frente al quiebre institucional del Estado. Y que también se consagran como el derecho de todos los ciudadanos de resistencia contra quienes ejecuten los actos enunciados como causa de esas interrupciones de la estabilidad y continuidad constitucional. Es así, como, tanto en el derecho constitucional moderno como en el derecho internacional constitucional, se abre un capítulo a los temas de la continuidad y discontinuidad constitucional y de la estabilidad y permanencia del orden constitucional. En Venezuela, esos mecanismos se prevén en el Título VIII denominado “De la Protección de la Constitución”, y, concretamente, en su Capítulo I como “De la Garantía de la Constitución”, mediante los controles constitucionales difuso y concentrado, en los casos en que durante su vigencia se realicen actos contrarios a su integridad, (arts. 334-336), así como de los controles políticos y jurídicos de los estados de excepción en los supuestos de acontecimientos sobrevenidos y extraordinarios que amenacen la estabilidad constitucional. Y, también a través del deber y derecho de los ciudadanos investidos o no de autoridad, del restablecimiento de la vigencia de la Constitución que hubiere perdido su vigencia por actos de fuerza o actos distintos a los contemplados en ella, a que se contrae el artículo 333, de nuestra Constitución, ya comentado. Cuyo texto constituye la cláusula de salvaguardia que habilita a los poderes legítimos y a los ciudadanos a implementar regímenes transitorios mientras se restituye su vigencia, para asegurar la estabilidad constitucional, interrumpida por tales actos de fuerza o ilegítimos. Mecanismo este que la doctrina contemporánea dentro del marco del Estado democrático de derecho considera manifestación del derecho de resistencia a la opresión en protección del orden constitucional democrático. Derecho este que en nuestra Constitución se recoge, sin duda, de la integración de sus artículos 333 y 350, respectivamente, en concordancia con los artículos 25 y 138. Y cuya vigencia es hasta que se logre el restablecimiento del orden constitucional quebrantado por actos no provistos en la Constitución.

V

Dentro de la categoría de mecanismos que hacen posible la restitución de la vigencia de la Constitución, como lo he dije anteriormente, se halla el Estatuto de la Transición hacia la Democracia aprobado por la Asamblea Nacional el 5 de febrero de 2019, reformado el 26 de diciembre de 2020, con fundamento en los artículos 7º y a 333, antes citados, para cuya aplicación se fijó un régimen constitucional transitorio hasta tanto se cumplieran los objetivos de liberación del régimen autocrático que oprime y usurpó el poder en 2018 en Venezuela; hasta tanto

se logre su sustitución por la conformación de un Gobierno provisional de unidad nacional y la celebración de elecciones libres. Periodo este, en consecuencia, durante el cual se aplican de manera preferente las disposiciones del referido Estatuto y las demás decisiones adoptadas por la Asamblea Nacional y su Comisión Delegada dentro del marco de los artículos 333 y 233, constitucionales, en concordancia con los artículos 5º, 13, 14, 38 y 44, del mencionado Estatuto. Por tanto, mientras no se hubiere completado tal régimen de sustitución del poder usurpado el Estatuto sigue en vigencia mediante la continuidad legislativa de la Asamblea Nacional de origen legítimo, con las adaptaciones del caso, hasta tanto se restituya la plena eficacia de la Constitución. Razón por la cual, para tal Estatuto, como régimen constitucional transitorio de la vigencia de la Constitución, rigen también los principios de estabilidad y de continuidad constitucional antes comentados, para garantizar su vigencia en el tiempo, después de la perturbación que ha sufrido el orden democrático con la designación inconstitucional de un Tribunal Supremo en el 2015, con la usurpación del poder ejecutivo en el 2018 por una elección presidencial ilegítima y del poder constituyente por una asamblea convocada y electa ilegítimamente en el 2017 y con la designación espuria del poder electoral y la realización de elecciones parlamentarias contrarias al principio de la integridad electoral del 6 de diciembre del pasado año 2020. Ello por cuanto no ha cesado los supuestos que alteraron la vigencia de la institucionalidad del orden democrático de la cual depende su estabilidad y continuidad, por no haberse cumplido ninguna de las condiciones de terminación de esa falta de institucionalidad. En razón de que, por esa usurpación, sus valores, principios e instituciones perdieron su vigencia y han sido sustituidos por sentencias o decretos o leyes dictadas o promulgados al margen de disposiciones constitucionales. Y, por cuanto, además, no existe aún un Poder Judicial que cumpla con el mandato que le impone el artículo 334, de la Constitución, de garantizar su integridad. No cabe, pues, duda, que en Venezuela la estabilidad y la continuidad constitucional ha sido interrumpida, con graves alteraciones del ejercicio legítimo del poder, de crímenes de lesa humanidad y de daños irreparables para su población, por lo que persiste la justificación de la aplicación de los mecanismos transitorios que hagan posible su restitución mediante la institucionalidad democrática a través de elecciones presidenciales legítimas, así como de la relegitimación del resto de los poderes designados por una Asamblea Nacional legítima.

VI

En Venezuela se produjo la ruptura del orden constitucional por la interrupción de la continuidad normativa por cuya gravedad puede ser sustituida por otra de un orden distinto al que está permitido en esa misma normativa. Por ejemplo, cuando los cargos de los poderes públicos son ocupados o son sustituidos al margen o en contra de esa normativa existente, por ejemplo, con la elección de Nicolás Maduro en el 2018 y con la elección de la Asamblea Nacional en diciembre de 2020, porque ello produjo la pérdida de la estabilidad de la vigencia de la Constitución, que, sin embargo, permanece como Texto Fundamental mientras dure esa alteración. Por ello, por esa pérdida de su vigencia la inestabilidad es transitoria, puesto que no se produce su destrucción definitiva, sino tan solo la suspensión

temporaria de la plena vigencia de la Constitución, mientras es restituida su plena vigencia. Es así, entonces, en Venezuela se distinguen dos etapas, dentro de esa interrupción: la primera, con los actos que alteran el orden constitucional, por ejemplo, la elección presidencial del 2018 y la elección parlamentaria del diciembre de 2020; que ambas son una usurpación de los poderes ejecutivo y legislativo. De modo que mientras no finalicen los gobiernos de facto ilegítimos, resurgen las garantías de la protección de la estabilidad y la continuidad de la vigencia de la Constitución, interrumpida por aquellos atentados, hasta tanto pueda ser reinstituida la institucionalidad democrática de ambos poderes.

VII

Por otra parte, el mecanismo de restitución de la estabilidad y continuidad constitucional, contemplado en el artículo 333, de la Constitución, se integra con su artículo 350, que, según la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia del 22/01/2003, debe vincularse con el principio de la soberanía popular que el constituyente ha incorporado al artículo 5º del Texto Fundamental. Por lo que, según el mismo Tribunal Supremo, los artículos 333 y 350, citados son la concreción normativa del principio de la soberanía popular, que es una de las bases esenciales de la concepción democrática de esa soberanía. Por tanto, siendo como lo es el derecho contemplado en el artículo 333 en concordancia con el artículo 350, un medio constitucional de la manifestación del derecho de desconocimiento de regímenes usurpadores, no es posible calificar por ejemplo el Estatuto que Rige la Transición a la Democracia para Restablecer la Vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, promulgado el 5 de febrero de 2019, y su Reforma promulgada el 26 de diciembre de 2020, conformidad con lo previsto en los artículos 213, 233 y 333; como un acto ilegítimo o delictual, ya que resulta lícito invocar ejercicio del derecho a la desobediencia si existe un Gobierno o un poder que usurpa la voluntad popular, en contra de las condiciones de legitimidad de origen que exige el artículo 6º, constitucional; y que actúa al margen de la Constitución. Derecho este cuya licitud es confirmada en los artículos 7, 25, 29 y 138, constitucionales. No finalizado el régimen de facto existente en Venezuela desde 2016, para garantizar su continuidad la Asamblea Nacional, como poder legítimo, habilitado conforme los artículos 7, 139, 333 y 350, citados, podía reformar el Estatuto aprobado el 5 de febrero de 2019, adaptándolo a la situación surgida después de la elección ilegítima del 6 de diciembre de 2020, cuya realización se hizo en contra de lo contemplado en la Constitución referente a la garantía del principio de integridad electoral y a los estándares que definen esta garantía de elecciones libres y de la representación indígena. Y cuya convocatoria subvirtió la naturaleza de cuerpo representativo de entidad federal de la Asamblea Nacional, en una representación parcialmente estatal, en contra de los artículos 186 y 201, constitucionales. Además, que por decisión del fraudulento Consejo Nacional Electoral (CNE), designado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ, se arrebató el derecho al voto universal y directo a los pueblos indígenas al cambiar el sistema electoral para escoger a los representantes de los pueblos originarios ante el Parlamento. En efecto, según el reglamento aprobado por el CNE ilegítimo, los representantes

indígenas a la Asamblea Nacional no fueron elegidos por el voto directo, universal y secreto de los indígenas, sino a través de asambleas comunitarias y a mano alzada. Hecho este por sí solo que deslegitima la composición de la Asamblea Nacional electa el diciembre de 2020, al estar integrada por un grupo de diputados que no ostentan la representación legítima de sus electores, al no ser elegidos por su voto directo y secreto.

VIII

En ese mismo orden de ideas, dentro del derecho transitorio para el restablecimiento de la Constitución, en lo relativo al ejercicio de la continuidad legislativa por parte de la legítima Asamblea Nacional, para el ejercicio de esa habilitación de garantizar el restablecimiento de la vigencia de la Constitución, cabe la regulación de su función legislativa mientras no hubieren cesado los actos contrarios a la Constitución de usurpación del poder ejecutivo por un presidente ilegítimo y de un poder legislativo por una Asamblea Nacional elegida fraudulentamente; así como cabe también definir la forma de la permanencia y del ejercicio del gobierno interino que le corresponde encargar, como parte de esa continuidad, a través de sus órganos propios como la Comisión Delegada, y, de otras Comisiones, para el caso de que sus funciones de control parlamentario no puedan realizarse de manera integral, o se vean impedidas por razones de fuerza mayor o por un estado de necesidad excepcional, como el que se vive actualmente en Venezuela por la inexistencia de la institucionalidad democrática. Asimismo, cabe dentro de esa habilitación la previsión por la Asamblea Nacional, de un órgano para el cogobierno interino, como lo puede ser un consejo político, como se prevé en los artículos 18 y 19, del Estatuto, en comento, en el cual además de parlamentarios ha de estar integrado con participación ciudadana. Previsión esta que cabe dentro del marco jurídico de restablecimiento del orden constitucional, contemplados en los artículos 333, 350 y 233, constitucionales. En este orden de ideas, con relación a los votos salvados de algunos diputados respecto de la instrumentación de la forma práctica del ejercicio continuado de los poderes del régimen ejecutivo y legislativos propios de un ejercicio democrático parlamentario, como el de la no continuidad legislativa por la Comisión Delegada y de lo innecesario de un Consejo Político, no deslegitiman la reforma del Estatuto de Transición como aplicación de medios de protección de la Constitución, contemplados en su Título VIII, Capítulo I, artículos 333 y 350, como cláusula de salvaguardia del orden democrático constitucional, dado el estado excepcional que supone la ruptura constitucional democrática, que faculta, conforme los artículos citados, a autoridades o personas, a reestablecer la vigencia de la Constitución mediante el establecimiento de un régimen transitorio que justifique sus mecanismos para obtener los fines supremos del orden constitucional. Por ejemplo, que ante el estado de persecución y de intimidación, que impide a la Asamblea Nacional continuar con su continuidad legislativa, puede justificarse, por ese hecho excepcional, de acuerdo con los artículos 132, 333 y 350, de la Constitución, que, mediante la interpretación progresiva, de los artículos 187, numerales 1 y 24; y los artículos 195 y 196; ejerza sus competencias a través de un órgano interno, como la Comisión Delegada, para garantizar que durante ese receso indefinido por una causa de fuerza mayor no se suspenda su continuidad legislativa por causa mayor de la ruptura constitucional.

IX

En otras palabras, que en la interpretación del referido Estatuto, por la Asamblea Nacional, aprobada el 26 de diciembre de 2020, como aplicación de la cláusula de salvaguardia de la vigencia de la Constitución a través del Estatuto mencionado, ha de considerarse su condición de acto normativo transitorio, como se le define en su artículo 1º, cuya transitoriedad, a través de la continuidad de la Asamblea Nacional legítima, depende del cumplimiento de alguna de sus opciones disyuntivas y condicionales, en concordancia con los fines a que se contrae su artículo 2º. De modo que de no cumplirse ninguno de esos fines la Asamblea Nacional puede interpretar y considerar prorrogada su continuidad legislativa. Tal como interpretó, que ante la ilegítima elección el 6 de diciembre de 2020 de una Asamblea Nacional en forma contraria a la Constitución y convocada por un poder electoral usurpador, el Estatuto, en comento, ameritaba una reforma para garantizar su continuidad hasta reestablecer la vigencia de la Constitución interrumpida por poderes de facto y manipulada por actos derogatorios y sentencias fraudulentas contrarios a sus normas e instituciones. Ello en ejercicio del derecho y su potestad excepcional de restitución de la estabilidad y continuidad constitucional contemplado en el artículo 333, de la Constitución, y, del derecho de desconocer cívicamente un régimen y una autoridad que contraría los valores, principios y garantías democráticos y menoscaba los derechos humanos, a que se contrae el ya citado artículo 350, en concordancia con los artículos 7º, 25, 233, 131 y 138, de la misma Constitución. Sobre el ejercicio del derecho antes citado, vale la pena recordar que la falta de ley reglamentaria de derechos fundamentales, conforme el artículo 22, constitucional, no menoscaba el ejercicio de los mismos y que, asimismo, tal derecho tiene el soporte de la Carta Democrática Interamericana del 11 de setiembre de 2001 y de la Cláusula de Defensa de la Democracia del Acuerdo de la Cumbre Presidencial Iberoamérica de Salvaguardia de la Democracia de del 22 de abril de 2001 y del derecho internacional democrático. Todo ello conforme los artículos 22 y 23 constitucionales. Por lo que la reforma del indicado Estatuto y su aplicación no podrían ser considerado de delito alguno. En concreto y a manera de resumen conclusivo, me permito decir, que la reforma por la Asamblea Nacional legítima, mediante acuerdo parlamentario bajo forma de ley del 26 de diciembre de 2020, del Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobado por la Asamblea Nacional legítima el 5 de febrero de 2019, con fundamento en los artículos 7, 333 y 350, constitucionales; responden a los principios de estabilidad y continuidad constitucional propios del derecho constitucional transformador y asimismo que constituyen un desarrollo de las cláusulas de defensa de la Constitución y de salvaguardia de la democracia, a que se contraen la Carta Democrática Interamericana del 11 de setiembre de 2001, la Declaración de la Cumbre de Quebec del 22 de abril de 2001 y la Defensa Colectiva de la Democracia, acordada en junio de 1991 en la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), celebrada en Santiago de Chile. Tal reforma resulta necesaria, conforme el artículo 333, en concordancia con los artículos 233 y 350, ya citados, para asegurar la continuidad constitucional de la legítima representación popular electa el 6 de diciembre de 2015, por la ruptura o

alteración del orden constitucional en razón del fraude electoral consumado el 6 de diciembre de 2020, a través del cual el régimen de Nicolás Maduro Moros pretende secuestrar el Parlamento venezolano. Por lo tanto, de acuerdo con esa misma doctrina, como afirma, tal Estatuto cabe dentro de los mecanismos contemplados en la Constitución, como ejercicio del derecho de la restitución de su vigencia dicho Estatuto y de las cláusulas de defensa del orden constitucional democrático y de salvaguardia de la democracia, antes referidas. Y como manifestación del derecho de resistencia que se justifica por el estado de necesidad debido a los actos de ruptura del orden democrático constitucional y a la inexistencia de institucionalidad que haga posible la restitución de su estabilidad y vigencia.

X

El 21 de noviembre de 2021 están fijadas las elecciones regionales, referidas a los poderes locales y estatales, convocadas por el CNE, designado ilegítimamente por el TSJ y bajo condiciones que no garantizan plenamente la integridad electoral de tales elecciones. Algunos partidos que integran la legítima Asamblea Nacional han dicho que unos de sus diputados serán candidatos y que también sus militantes. La participación en tal proceso no representa la reinstitucionalización del orden constitucional ni respecto de la Asamblea Nacional electa el 6 de diciembre de 2020, ni de la elección presidencial de 2018, puesto, que, en ambos casos, su ilegitimidad es de origen. En otras palabras, que la ruptura constitucional por la usurpación de los poderes legislativos y ejecutivos, decretada por el Estatuto hacia la Transición el 6 de febrero de 2019 y ratificada en su Reforma del 26 de diciembre de 2020, no cesará con la elección de alcaldes y concejales, puesto que con su elección no se relegitiman esos poderes. Ahora bien, según el Estatuto vigente su objetivo es permitir a la Asamblea Nacional iniciar y continuar el proceso de restablecimiento del orden democrático, conforme su marco normativo, mediante el pleno restablecimiento del orden constitucional. Y mientras se logra ese objetivo, la Asamblea Nacional legítima, bajo esas facultades excepcionales, derivadas de los artículos 333 y 350; en virtud que el evento político celebrado el 6 de diciembre de 2020 no fue una legítima elección parlamentaria, acordó, según el artículo 12, del Estatuto, en comento, su continuidad constitucional como Poder Legislativo Nacional, a través de la Comisión Delegada hasta que se realizarán elecciones presidenciales y parlamentarias libres, justas y verificables en el año 2021, u ocurriera un hecho político sobrevenido y excepcional en 2021; o hasta por un período parlamentario anual adicional a partir del 5 de enero de 2021. Tales eventos, como explique no son términos, sino hechos o eventos futuros o inciertos, es decir, jurídicamente hechos condicionales, de modo que, de no ocurrir ninguno de esos eventos, no se extingue ni caduca la continuidad constitucional acordada en la reforma del Estatuto del 26 de diciembre de 2020, en razón de que no ha cesado su causa eficiente, como lo es la fuerza mayor del vacío de poder por la inexistencia de un poder legislativo y de un poder ejecutivo legítimos. En otras palabras, que la Asamblea Nacional, electa en diciembre de 2015, cuya continuidad constitucional como Poder Legislativo Nacional es ejercida a través de la Comisión Delegada, bien puede en base a los artículos 7, 233, 333 y 350, mediante

un acuerdo parlamentario, interpretar el artículo 12, del citado Estatuto, precisando el carácter disyuntivo y no de términos preclusivos de los eventos condicionales a que se contrae dicho artículo 12, en razón que el término de su continuidad legislativa son el cumplimiento de los fines y objetivos, establecidos en los artículos 2º y 5º. Además, que las elecciones regionales no se contemplaron como una condición para que terminara la continuidad legislativa de la Asamblea Nacional electa en diciembre de 2015. Considero que el acuerdo interpretativo puede ser dictado por la Comisión Delegada, en la que la Asamblea Nacional delegó parte de su competencia, según los artículos 12, 13 y 14, *ibídem*. En concreto, en mi criterio, el acuerdo en cuestión se comprende en la competencia que se le atribuye a la Comisión Delegada de “Dar continuidad a las funciones del Poder Legislativo nacional”, como textualmente se establece en el numeral 1, del artículo 14, del ya referido Estatuto.

XI

En el orden expuesto, considero que la continuidad de la función legislativa de la Asamblea Nacional legitima prosigue hasta tanto se supere la ruptura constitucional y mientras esa continuidad este vigente, quien ejerza la presidencia de dicha Asamblea seguirá siendo el legítimo Presidente encargado de la República Bolivariana de Venezuela, conforme el artículo 233, constitucional, en concordancia con el artículo 15, del Estatuto, en comento. Todo lo anterior, además, es coherente con lo dispuesto en el artículo 38, del mismo Estatuto, que establece que la Asamblea Nacional adoptará todas las decisiones, Acuerdos y Leyes necesarios para la implementación del Estatuto, a los fines de permitir el restablecimiento efectivo de la Constitución y el cese de la usurpación de la Presidencia de la República. Y, agrega, que hasta tanto se cumplan estos objetivos, se aplicarán de manera preferente las disposiciones del Estatuto y las demás decisiones adoptadas en el marco de los artículos 233 y 333 de la Constitución. E, igualmente es coherente con la competencia residual establecida en el artículo 44, del Estatuto, en comento, que establece que: “A los fines de asegurar la transición democrática, todo lo no previsto en el presente Estatuto será resuelto por la Asamblea Nacional en aplicación del artículo 333 de la Constitución”. Y asimismo, es coherente con el artículo 29 del Estatuto, en comento, que establece como principio que los poderes públicos legitimados de conformidad con el Estatuto ejercerán sus funciones hasta que se realicen elecciones presidenciales y parlamentarias libres justas y verificables, y que ejercerán sus funciones hasta que una nueva Asamblea Nacional pueda designar sus titulares, los cuales ejercerán períodos constitucionales completos en los términos establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

XII

Por otra parte, particularmente para fortalecer la continuidad legislativa de la Asamblea Nacional, así como el interinato de la presidencia; pienso conveniente y de trascendencia, como manifestación de esa continuidad, la designación del Consejo Político, a que se contrae el artículo 18, del Estatuto vigente, como órgano de coordinación, seguimiento y evaluación de la acción de la Presidencia

IDEARIO JURÍDICO Y POLÍTICO SOCIAL

encargada de la República Bolivariana de Venezuela, puesto que precisamente tiene por función orientar la procura de elecciones libres, justas y verificables, al pleno restablecimiento del orden constitucional y de la separación de poderes, y al rescate del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia en la República Bolivariana de Venezuela. Consejo Político, que además de lo expuesto, es un ente que ha de ser un factor importante para el proceso de negociación para la reinstitucionalización democrática que se lleva a cabo en México.

JURISPRUDENCIA COMPARADA Y RECONOCIMIENTO DE LA ASAMBLEA NACIONAL, DE LA PRESIDENCIA Y DEL GOBIERNO INTERINO DE VENEZUELA

Caracas, 13 de septiembre de 2021

I. LA PRESIDENCIA INTERINA Y EL PROCURADOR ESPECIAL Y SU LEGITIMIDAD PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS E INTERESES DE LA REPUBLICA EN EL EXTRANJERO

El Estatuto que Rige La Transición a La Democracia para Restablecer La Vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobado el 6 de febrero de 2019, por la Asamblea Nacional electa en diciembre de 2015 y que fuera reformado por dicha Asamblea el 26 de diciembre de 2020, en razón que en su artículo 11 se declara que el evento político celebrado el 6 de diciembre de 2020 no es una legítima elección parlamentaria, acordó, según su artículo 12, que la continuidad constitucional del Poder Legislativo Nacional será ejercida por dicha Asamblea Nacional, la cual funcionará a través de la Comisión Delegada, hasta que se realicen elecciones presidenciales y parlamentarias libres, justas y verificables en el año 2021, ocurra un hecho político sobrevenido y excepcional en 2021, o hasta por un período parlamentario anual adicional a partir del 5 de enero de 2021.

Dicho Estatuto, desde su aprobación el 6 de febrero de 2019, dispuso que el Presidente de la referida Asamblea, designado, con fundamento en el artículo 233 de la Constitución, como Presidente encargado de la República Bolivariana de Venezuela, entre sus funciones, le corresponde designar Juntas Administradoras ad-hoc para asumir la dirección y administración de empresas del Estado, incluyendo aquellas constituidas en el extranjero. E igualmente designar un procurador especial para la defensa y representación de los derechos e intereses de la República, de las empresas del Estado y de los demás entes descentralizados de la Administración Pública en el exterior, especialmente para asegurar la protección, control y recuperación de activos del Estado en el extranjero, así como ejecutar cualquier actuación que sea necesaria para salvaguardar los derechos e intereses del Estado. Ello según el artículo 20, literales “a” y “b”, del Estatuto mencionado. Y, de acuerdo con su artículo 39, el Presidente encargado de la República, bajo el

control autorizatorio de la Asamblea Nacional y en el marco de la aplicación del artículo 333 de la Constitución, designará la Junta de Administración ad-hoc de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA) de conformidad con el artículo 15, literal a, de dicho Estatuto, para que ejerza los derechos que corresponden a PDVSA como accionista de PDV Holding, Inc. Asimismo, el Estatuto, en comento, respecto de la disposición y administración de los activos del Estado, en su artículo 41, estableció que, estos activos que hayan sido recuperados a través de los mecanismos establecidos en el Estatuto, no podrán ser dispuestos o ejecutados por los órganos del Poder Público ni por las juntas administradoras Ad-hoc de otros entes del Estado designadas de conformidad con el mismo Estatuto, hasta tanto se celebren elecciones presidenciales y parlamentarias libres, justas y verificables. Y, que se entiende por disposición o ejecución de activos del Estado recuperados todos aquellos actos que supongan transferir la propiedad y/o posesión de esos activos a terceros, o que los coloquen como garantías a favor de terceros. Pero, se excluyó de esta prohibición los actos propios del giro comercial ordinario de las empresas del Estado venezolano en el extranjero.

En virtud de las disposiciones anteriores, en el referido Estatuto, su artículo 40, estableció que la Asamblea Nacional comunicará a la mayor brevedad el contenido del Estatuto a la Nación venezolana, así como a la comunidad internacional, incluidos los Gobiernos extranjeros, el Secretario General de la Organización de Naciones Unidas (ONU), el Secretario General de la OEA, la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de la ONU, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Unión Europea, la Unión Africana, la Organización de Países Exportadores de Petróleo, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Interamericano de Desarrollo y la Corporación Andina de Fomento-Banco de Desarrollo de América Latina, entre otros.

II. LOS ACTOS UNILATERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS DE RECONOCIMIENTO DE GOBIERNOS Y EL SOPORTE DEL ESTATUTO QUE RIGE LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA PARA RESTABLECER LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Es así, como diversos gobiernos extranjeros y organizaciones internacionales reconocieron al Presidente de la Asamblea Nacional, electa en diciembre del 2015, Juan Guaido, como Presidente encargado o interino de la República Bolivariana de Venezuela, fundamentalmente por cuanto en el Estatuto mencionado, concretamente en su artículo 6, se estableció que el evento político celebrado el 20 de mayo de 2018, por el cual se reeligió a Nicolás Maduro, como Presidente, no fue una legítima elección presidencial, y que, consecuencia, no existe Presidente electo legitimado para asumir la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela para el período 2019-2025. Estos actos de reconocimiento por los gobiernos extranjeros pueden comprenderse en la definición de actos unilaterales de los estados, que la doctrina internacional considera operativamente como una de-

claración que manifiesta la voluntad o el consentimiento mediante el cual un Estado pretende crear obligaciones o producir otros efectos jurídicos en virtud del derecho internacional. Actos unilaterales estos dentro de los cuales caben ciertos comportamientos que representan el reconocimiento o el desconocimiento de un Estado o de determinados entes o entidades, como lo son el reconocimiento o desconocimiento de gobiernos¹.

Ahora bien, la legitimidad del diputado Juan Guaido, como encargado de la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, y de su gobierno como gobierno interino, y la legitimidad de la designación del Procurador Especial por parte del mismo diputado como Presidente interino, han sido cuestionadas por el gobierno de Nicolás Maduro, en tribunales extranjeros, en los casos de demandas en contra de la República y empresas del estado, como PDVSA, BARIVEN, S. A. O, en el caso en el cual el gobierno de Nicolás Maduro ha intentado representar a la República Bolivariana de Venezuela y Banco Central de Venezuela respecto del oro depositado en bancos del exterior. Estos casos han generado una jurisprudencia en tribunales extranjeros que le ha dado relevancia al marco jurídico que representa el Estatuto que Rige La Transición a La Democracia para Restablecer La Vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobado el 6 de febrero de 2019, por la Asamblea Nacional, electa en diciembre de 2015. Y asimismo sobre los actos de reconocimiento del diputado Juan Guaido como Presidente interino, que ciertamente interesa para el derecho internacional y para el derecho comparado. Por ello resulta constructivo reseñar y comentar esa jurisprudencia derivada fundamentalmente de los tribunales de los Estados Unidos de América, que me permitirá formular².

III. LA JURISPRUDENCIA COMPARADA SOBRE LA LEGITIMIDAD DE LA ASAMBLEA NACIONAL Y SOBRE LA LEGITIMIDAD JUDICIAL DEL DIPUTADO JUAN GUAIDO COMO PRESIDENTE INTERINO Y DEL PROCURADOR ESPECIAL

El Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Florida, el 8 de marzo de 2019, en el *Caso PDVSA Trust Litigation Agreement* sobre la validez de un acuerdo de fideicomiso supuestamente celebrado por PDVSA, reconoció como Presidente encargado de Venezuela, al diputado Juan Guaido, en virtud de su reconocimiento por el gobierno de Estados Unidos, y sus consecuencias. En ese orden de ideas, en la sentencia el referido Tribunal, asentó, que, “(...)”, el 23 de enero de 2019,

¹ ACTOS UNILATERALES DE LOS ESTADOS, DOCUMENTO A/CN.4/542*, 55.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional, en 2003, Grupo de Trabajo sobre los actos unilaterales de los Estados, Séptimo informe sobre los actos unilaterales de los Estados, Víctor Rodríguez Cedeño, Relator Especial (“Recomendación 1 y Nos. 181 y 182). (https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_542.pdf)

² Debo destacar la colaboración en este análisis del Dr. José Ignacio Hernández, quien se desempeñó como Procurador Especial designado por el Presidente Interino, Juan Guaido, en los casos reseñados.

Estados Unidos reconoció a Juan Guaido como Presidente Interino de Venezuela y reafirmó su reconocimiento de la Asamblea Nacional como la única rama legítima de gobierno de Venezuela”, E, igualmente, que, el reconocimiento por parte de los Estados Unidos de la Asamblea Nacional, a diferencia del régimen de Maduro, "tiene efecto retroactivo y valida todas las acciones y conductas del gobierno así reconocidas desde el comienzo de su existencia", y en su apoyo cita los precedentes: “Estados Unidos c. Rosa, 315 Estados Unidos 203, 223, 62 S.Ct. 552, 86 L.Ed. 796 (1942), Oetjen v. Central Leather Co., 246 U.S. 297, 302, 38 S.Ct. 309, 62 L.Ed. 726 (1918)”³.

La Corte del Distrito Sur de Nueva York el 22 de marzo de 2019, en el *Caso Casa Express Corp. c. República Bolivariana de Venezuela (1:18-cv-11940)*, el gobierno de Nicolás Maduro presentó una petición contra la cual los demandantes presentaron una moción de desestimación, porque argumentaron que el régimen de Maduro no puede representar a Venezuela ante los tribunales. Y la petición le fue otorgada a los demandantes por la Corte del Distrito Sur de Nueva York.

La Corte de Apelaciones para el Circuito del Distrito Columbia, de Washington D.C. en *el Caso Rusoro Mining Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela*, en sentencia del 1º de mayo de 2019, en una solicitud de ejecución de un laudo arbitral el Procurador de Nicolás Maduro, Reinaldo Muñoz, presentó una solicitud en nombre de Venezuela, y la Corte denegó la solicitud considerando que el gobierno de Nicolás Maduro no era el gobierno reconocido, en base a la siguiente argumentación: “La solicitud incluye una solicitud de la administración de Nicolás Maduro para impedir que Juan Guaido y sus representantes argumenten esta apelación en nombre de Venezuela. El 23 de enero de 2019, la Subdivisión Ejecutiva de los Estados Unidos reconoció a Guaido como Presidente Interino de Venezuela. Lo que el gobierno debe ser considerado aquí como representante de un Estado extranjero es una cuestión política más que judicial y debe ser determinado por el departamento político del gobierno” (Guaranty Trust Co. c. Estados Unidos, 304 U.S. 126, 137 (1938)). La “acción del poder ejecutivo en el reconocimiento de un gobierno extranjero (...) es concluyente para todos los tribunales nacionales, que están obligados a aceptar esa determinación. (Id. a 138’)”. Además, “los derechos de un Estado soberano están conferidos al Estado y no a cualquier gobierno en particular que pueda pretender representarlo, y (...) la demanda en su nombre puede ser mantenida en nuestros tribunales sólo por ese gobierno que ha sido reconocido por el departamento político de nuestro gobierno como el gobierno autorizado del Estado extranjero.” (Id. a las 137; ver también Pfizer, Inc. v. Gobierno de la India, 434 Estados Unidos 308, 319-20) (“Se ha establecido durante mucho tiempo que sólo los gobiernos reconocidos por los Estados Unidos (...) tienen derecho a acceder a nuestros tribunales...”)⁴.

³ https://www.susmangodfrey.com/wp-content/uploads/2020/03/MKEL_PDVSA.pdf

⁴ https://jusmundi.com/fr/document/decision/en-rusoro-mining-ltd-v-bolivarian-republic-of-venezuela-order-of-the-united-states-court-of-appeals-for-the-district-of-columbia-circuit-wednesday-1st-may-2019#decision_5316

La citada Corte, el 21 de mayo de 2019, igualmente en el *Caso OI Grupo Europeo B.V. c. República Bolivariana de Venezuela* con respecto a la ejecución de un laudo arbitral estableció, que : “(...) debido a que Estados Unidos ha reconocido a Juan Guaido como Presidente Interino de Venezuela, la Corte reconocerá a los abogados del gobierno de Guaido como los representantes apropiados de Venezuela, y la Corte considerará el informe de oposición presentado por el gobierno de Guaido en respuesta a la solicitud del demandante para la sentencia sumaria”.

La Corte del Distrito Sur de Nueva York, el 6 de mayo de 2019, admitió como legítima la representación del Presidente Interino en un caso contra PDVSA, con el fin de otorgar la suspensión de la causa por 120 días solicitada en nombre de PDVSA con base a la situación política de Venezuela, presentada por la Oficina del Procurador Especial. Aunque la Corte no hizo ningún análisis sobre el reconocimiento del Presidente encargado, mediante la decisión que otorgó la suspensión solicitada por abogados designados por el Gobierno Interino reconoció su autoridad (*Caso Red Tree Investments, LLC c. Petróleos De Venezuela, S.A. (1:19-cv-02519)*).

La Corte de Cancillería de Delaware, en sentencia del 2 de agosto de 2019, desestimó la demanda formulada por los antiguos administradores del grupo Citgo, designados por el régimen de Maduro, en el *Caso Rodolfo Enrique Jiménez, et al. c. Luisa Palacios, et al. caso número 2019-0440-KSJM*. Para ello, ratificó el reconocimiento del Presidente encargado, argumentado que: “el 23 de enero de 2019, el Poder Ejecutivo emitió una declaración reconociendo oficialmente al Presidente de la Asamblea Nacional Venezolana, Juan Guaido, como Presidente Interino de Venezuela”. Y, en la sentencia la mencionada Corte describió a la Asamblea Nacional como “la única rama legítima del gobierno debidamente elegida por el pueblo venezolano[.]” En el sentido que la palabra “sólo” significa, “solo en una categoría”, o excluyendo a otros”⁵. Una peculiaridad de este caso es que la Corte de Cancillería de Delaware se pronuncia a base de equidad y no de derecho.

La sentencia que puede considerarse como un precedente de más importancia, es la que dictó la Corte del Distrito Sur Texas, en fecha 20 de mayo de 2020, en el *Caso Impact Fluid Solutions LP v. Bariven SA et al, número de caso 4:2019cv00652*. En efecto, en este juicio, el Gobierno de los Estados Unidos presentó, el 31 de enero de 2020, una moción por la que ratificó su política de reconocimiento del Presidente encargado y la Corte, en la mencionada sentencia, confirmó que el único Gobierno que podía ser reconocido como tal, era el del Presidente encargado, argumentando, que: “(...) *Estados Unidos ha reconocido al Presidente interino Guaido como el líder legítimo de Venezuela (...) Al hacerlo, el Presidente también reconoció la ilegitimidad del régimen de Maduro (...) está*

⁵ <https://cases.justia.com/delaware/court-of-chancery/2019-c-a-no-2019-0490-ksjm-0.pdf?ts=1565638257>

fuera de las facultades jurisdiccionales de este Tribunal cuestionar el reconocimiento del Poder Ejecutivo al Gobierno de Guaido. La Corte Suprema ha declarado que el Poder Ejecutivo tiene el poder exclusivo de reconocer a las naciones y gobiernos extranjeros (Zivotofsky, 576 U.S. 1). A la luz de Zivotofsky por los actos del Presidente y del Departamento de Estado que reconocen oficialmente al Gobierno de Guaido, la Corte no tiene por qué seguir indagando más en la legitimidad del Presidente Interino Guaido”⁶.

La Alta Corte de Justicia, División Comercial del Reino Unido, en los *Casos Nos: CL-2019-000303 y CL-2020-000304, Deutsche Bank AG London Sucursal y Receptores Nombrados por el Tribunal de Justicia en el 2019 v. el Banco Central de Venezuela, y el Gobernador y Compañía del Banco de Inglaterra, la junta ad hoc del Banco Central*. El 2 de julio de 2020, ratificó que el reconocimiento del Presidente encargado por el Gobierno del Reino Unido, impedía al régimen de Nicolás Maduro representar a Venezuela, en especial, al Banco Central de Venezuela, puesto, que, afirmó que, “no puede haber dos Presidentes de Venezuela y por lo tanto estaba necesariamente implícito en la declaración que el Gobierno de Su Majestad ya no reconoció al Sr. Maduro como Presidente de Venezuela”. Esta decisión fue revisada por el Tribunal de Apelación (División Civil), en una sentencia de 5 de octubre de 2020 y este Tribunal requirió adicionales explicaciones al Gobierno del Reino Unido sobre el reconocimiento del Presidente encargado.

En este el caso del proceso sobre el oro depositado por el Banco Central de Venezuela en Inglaterra, el gobierno del Reino Unido sostuvo ante este Tribunal que reconoce como Presidente a Juan Guaido desde el 4 de febrero de 2019 y que por lo tanto Guaido y ningún otro funcionario es reconocido por dicho gobierno para actuar en nombre de Venezuela en calidad de Jefe de Estado. El abogado del Ministerio de Exteriores, James Eadie, en este litigio, declaró ante el mencionado Tribunal británico, el 19 de julio de 2021, que su gobierno reconoce “clara e inequívocamente” al dirigente opositor Juan Guaido como Presidente “legítimo” de Venezuela. Y, subrayó que el Ejecutivo británico reconoce “solo” a Guaido desde febrero de 2019 y, en consecuencia, “él es el único individuo al que se reconoce la autoridad para actuar en nombre de Venezuela como jefe del Estado”, lo que conllevaría, según esto, que puede tener acceso a los activos venezolanos depositados en Inglaterra. E igualmente argumentó, el prenombrado abogado James Eadie, que por los documentos tramitados ante la máxima instancia judicial británica “está claro que solo un presidente y únicamente uno es reconocido” y sostiene que “no es ambigua” una declaración en ese sentido emitida por el Ministerio de Asuntos Exteriores en febrero de 2019. Asimismo, afirmó el mencionado asesor jurídico, que el Ministro de Exteriores Dominic Raab, en nombre del Gobierno de su Majestad (Isabel II), confirma ante el referido Tribunal que el Reino Unido reconoció a Guaido como presidente interino de Venezuela el 4 de febrero

⁶ Hernández, José Ignacio, “Breves notas sobre la sentencia de la Corte del Distrito Sur de Nueva York en el Caso de los bonos PDVSA 2020” (<https://www.fundacionvenezuelaong.com/blog/p20805-bonos-2020-analisis-de-la-sentencia-en-n-y-jose-ignacio-hernandez.html>)

de 2019 y lo sigue reconociendo en esa capacidad, según sus palabras “desde esa fecha, el Reino Unido dejó de reconocer a Maduro como el jefe de Estado de Venezuela, tanto de facto como de iure”. En el proceso actual el Tribunal Supremo debe determinar a quién reconoce el Ejecutivo británico como gobernante a todos los efectos de Venezuela. Se trata de un paso previo para que el Tribunal Superior pueda autorizar el acceso a las reservas de oro custodiadas por el Banco de Inglaterra, valoradas en 1.600 millones de euros (unos 1.900 millones de dólares), así como a 120 millones de dólares resultado de una permuta de oro ejecutada por Deutsche Bank⁷. En sentencia de fecha 20 de diciembre de 2021 la Suprema Corte del Reino Unido se pronunció sobre la apelación acerca de cuál de los dos partes contendientes, la directiva del Banco Central de Venezuela designada por el gobierno que ejerce Nicolás Maduro (“Respondent/Cross-Appellant”) y la directiva hoc del Banco Central de Venezuela nombrada por Juan Guaido como presidente interino (“Appellant/Cross Respondent”), tiene derecho a representar y dar instrucciones a bancos ingleses respecto de las reservas de oro de alrededor de US\$1.95 billion. En dicha sentencia la Suprema Corte declaró parcialmente con lugar la apelación del presidente interino Juan Guaido y rechazó la apelación de Nicolás Maduro, en razón de la doctrina del “principio de una sola voz” (“One Voice Principle”) según el cual el Tribunal debe aceptar las declaraciones del poder ejecutivo de Su Majestad que reconocen a Guaido como presidente interino y que no reconoce a Nicolás Maduro como presidente para ningún propósito. Y, además, decidió que de acuerdo al derecho inglés las cortes reconocen y no cuestionan las decisiones de un estado extranjero con respecto a actos de gobierno que ocurren dentro del territorio de ese estado; por lo que, en consecuencia, no cuestiona la validez o legalidad de los decretos Nos. 8 y 10 de 5 de febrero y de 18 de julio de 2019 de Juan Guaido de nombramiento del Procurador General Especial y el nombramiento de la Junta Administrativa AdHoc del Banco Central de Venezuela, como actos de gobierno. Sin embargo, dispuso remitir el caso a la Corte Comercial para que decida si las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia del 25 de julio de 2019 por las que declaró inconstitucionales tales actos y sin ningún efecto, las cuales Nicolás Maduro solicitó su aplicación; deben ser reconocidas o darles efectos en Inglaterra, debido a que la Corte consideró que tales decisiones del Tribunal Supremo de Justicia deberían o no ser reconocidas en la jurisdicción inglesa, porque debido a que la Corte consideró que le son aplicables a las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, las reglas de la no jurisdicción inglesa para pronunciarse, en base a su legislación interna sobre la legalidad o la validez de una ley o de acto ejecutivo de un estado extranjero, realizado dentro del territorio de ese estado; y de la no jurisdicción para pronunciarse sobre los efectos de legislación de otros estados en relación con cualquier acto que ha de aplicarse en ese estado⁸.

⁷ [Minutos.es/noticia/4769259/0/reino-unido-reconoce-inequívocamente-a-juan-guaido-como-presidente-legítimo-de-venezuela/? autoref=true](https://minutos.es/noticia/4769259/0/reino-unido-reconoce-inequívocamente-a-juan-guaido-como-presidente-legítimo-de-venezuela/?autoref=true)

⁸ www.supremecourt.uk/cases/uksc-2020-0195.html

Desde otro orden de ideas, como es la protección de las embajadas cuyo embajador ha sido designado por el diputado Juan Guaido, como Presidente interino, el caso de la condena por el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos de invasores de la Embajada de Venezuela en Washington D C, es un supuesto también de la legitimidad de los embajadores designados por el Presidente interino. En efecto, este Tribunal en sentencia del 3 de junio de 2020 condenó a cuatro (4) de los invasores a pagar una multa de \$750 y a estar en libertad condicional por 6 meses con un riesgo de prisión. En este caso los testimonios escritos del embajador de Venezuela en Estados Unidos, Carlos Vecchio fueron clave en la condena⁹.

IV. REFLEXIÓN FINAL

Los casos expuestos y las sentencias de los tribunales de Estados Unidos y del Reino Unido representan una doctrina sobre los actos unilaterales de los gobiernos de reconocimiento de gobiernos, y, que, son admitidos como fundamento válido para la legitimidad en procesos judiciales del Presidente interino Juan Guaido, del Procurador especial designado por este y de los abogados designados por el Procurador, así como de la designación por el Presidente interino de las Juntas Administradoras ad-hoc de empresas del Estado, incluyendo aquellas constituidas en el extranjero, para representar válidamente al gobierno interino en la defensa y representación de los derechos e intereses de la República, de las empresas del Estado y de los demás entes descentralizados de la Administración Pública en el exterior. Especialmente para asegurar la protección, control y recuperación de activos del Estado en el extranjero, así como para ejecutar cualquier actuación que sea necesaria para salvaguardar los derechos e intereses del Estado. Actos unilaterales, de reconocimiento de la Asamblea Nacional electa en diciembre de 2015 como poder legislativo legítimo, del diputado Juan Guaido como Presidente interino, que sin duda se fundaron en el Estatuto que Rige La Transición a La Democracia para Restablecer La Vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobado el 6 de febrero de 2019, y reformado el 26 de diciembre de 2020, por la Asamblea Nacional electa en diciembre de 2015. Esta doctrina judicial es de interés para el derecho internacional y para el derecho constitucional comparado.

⁹ <https://us.embajadavenezuela.org/noticias/corte-de-estados-unidos-condena-a-4-de-los-invasores-de-la-embajada-de-venezuela-en-washington-dc/>

EL CONSTITUCIONALISMO AUTORITARIO¹

La destrucción del Estado social y democrático de Derecho con constituciones democráticas. El canibalismo constitucional

I

Confieso que la realidad del país, con una Asamblea Nacional Constituyente que elegida el 30 de julio de 2017 y que se instauró cinco días después, sin una previa convocatoria popular y que por ello derogó la Constitución vigente sin que hubiere aprobado algún texto constitucional que lo permitiera y que legisló en materia penal, al promulgar la llamada “Ley del Odio”, y que incluso se sustituyó en la representación legislativa legítima del pueblo; me llevó a revisar en el derecho constitucional comparado lo político en el constitucionalismo, o el constitucionalismo político. Que si bien, los entendidos y doctrinarios en este derecho distinguen como “*constitucionalismo autoritario*” “constitucionalismo abusivo”, por conformar un modo sofisticado de ejercer el poder por élites gobernantes de mentalidad autocrática en Estados de desarrollo democrático precario o deficitario, con fundamento en constituciones democráticas; a mi juicio, a diferencia de ellos, que lo consideran una forma de ejercer el poder; en mi parecer, quizás más realista, considero que también es manifestación de “un canibalismo constitucional”. O, en palabras más descriptivas, que cometen quienes se califican de constituyentitas o de jueces constitucionales y terminan devorando el Estado social y democrático de Derecho que dicen practicar o garantizar. Por tanto, haré algunos comentarios previos sobre “el constitucionalismo autoritario”, para terminar precisando como un ostensible ejemplo de la antropofagia del sistema constitucional por parte de la Asamblea Nacional Constituyente convocada por Nicolás Maduro y elegida sectorialmente en un proceso electoral en el que según el Consejo Nacional Electoral participaron supuestamente ocho (8) millones de electores², pero que según la firma Smartmatic, que manejó su sistema automatizado de votos y que se encargó de su cómputo, la diferencia entre la cantidad anunciada y la que

¹ El presente trabajo es el texto ampliado de la Conferencia dictada en la Universidad Monte Ávila el 26 de octubre de 2017.

² CNE: más de 8 millones de venezolanos votaron por la ANC | HISPANTV

arrojó el sistema fue la menos de un millón de electores³. Es decir, conforme tan contundente dictamen es posible señalar que existió un fraude electoral, que de acuerdo con el artículo 215, ordinal 2, de la Ley Orgánica de Procesos Electorales la elección de la referida Asamblea Constituyente es nula.

II

Encontré en el “*Derecho constitucional crítico y comparado*”, de Mark Tushnet, de Harvard Law School, del movimiento norteamericano “*Estudios legales críticos*” (Critical Legal Studies), más allá de lo que llama “*concepción elitista y formalista del derecho constitucional, y en particular de la justicia constitucional*”, que su visión de “*la relación de este derecho y la política, el papel de los tribunales constitucionales en un sistema constitucional y la utilización de estos tribunales para lograr cambios políticos y sociales*”, lo llevo a hablar de “*constitucionalismo popular y populismo constitucional*”, “*constitucionalismo y democracia*”, “*constitucionalismo grueso y constitucionalismo débil*” y “*constitucionalismo autoritario y autoritarismo constitucional*”.

Estuve tentado a tratar de todos estos temas, pero, me decidí por el último, por pensar que era el más cercano a nuestra realidad, y por adentrarme en su estudio, porque encontré toda una teoría sobre un tema al cual no le había dado mayor atención. Pero cuanto se vincula con la Técnica de Interpretación Constitucional, sobre cuyo estudio me he dedicado últimamente, escogí el constitucionalismo autoritario, como tema para este trabajo.

III

En verdad que el constitucionalismo autoritario tratado analíticamente representa una categoría dentro del constitucionalismo. Pero, que requiere precisión conceptual, para entenderlo como una nueva forma de ejercer el poder de manera autoritaria, y, por lo tanto, de la necesidad de una teoría crítica que lo combata. Primeramente, es un modelo normativo intermedio entre el constitucionalismo clásico liberal y el autoritarismo, porque mantiene vínculos con la Teoría general del constitucionalismo. Además, analíticamente con el constitucionalismo autoritario no se pretende calificar un sistema de gobierno en particular, sino una forma sofisticada de ejercer el poder por gobernantes autoritarios en Estados de democracia de baja intensidad. En el índice de Desarrollo Democrático de América Latina (IDD-Lat)⁴, los países con rango mayor o igual a 0.16, son considerados democráticos y los países con rango menor 0.16, son calificados de autoritarios. En este Índice, en el Informe de 2010, Venezuela, se ubicó dentro de los 12 países

³ http://www.el-nacional.com/noticias/politica/smartmatic-denuncia-manipulacion-eleccion-constituyente_196658

⁴ El índice de desarrollo democrático es una elaboración conjunta de la Fundación Konrad Adenauer y Polliat que analiza y mide el comportamiento democrático de los países latinoamericanos (¿Qué es el idd-l? dd-lat.org/2016/que_es_idd/n/index.html#:~:text=El%20Índice%20de%20Desarrollo%20Democrático,y%20eliminar%20y%20evitar%20estos).

que empeoraban u dimensión de derechos humanos y libertades ciudadanas⁵. Y en el Informe para 2016, dentro de los países de la región Venezuela, ocupa el puesto 16º, y concretamente en cuanto a la Dimensión Democrática y en relación con el desarrollo democrático ocupaba el último lugar en América Latina⁶. En este contexto, Constitucionalismo autoritario es una forma de ejercer el poder basada en una Constitución de corte democrático, que en lugar de limitar el poder del Estado y de permitir que poder a las personas sin poder, es utilizada práctica e ideológicamente con fines autoritarios. O lo también otros autores denominan “constitucionalismo abusivo”, en razón de que “envuelve el uso de mecanismos de reforma constitucional (-enmienda constitucional y derogación de la Constitución-) para minar la democracia. Y que en cuanto a sus métodos, utiliza de herramientas constitucionales para crear regímenes autoritarios o semiautoritarios lo que se hace cada vez más prevalente cuando no existen controles de la legitimidad de esas herramientas⁷.

Este constitucionalismo autoritario o abusivo, en mi criterio comprende también el abuso de la jurisdicción constitucional por parte de los tribunales constitucionales, que, siendo los últimos intérpretes de la Constitución, en lugar de velar por su supremacía de la Constitución o de impedir que mayorías o poderes autoritarios utilicen mecanismos constitucionales para instaurar tiranías o autocracias. En estos casos, de patología constitucional, en palabras del autor brasileño Gustavo Binebojm, los tribunales constitucionales dejan de ser el último intérprete de la Constitución para constituirse en intérpretes tiránicos de la Constitución, “transformándose en una instancia autoritaria y deslegitimada del poder”⁸. No cabe duda, que un ejemplo de jurisdicción constitucional autoritaria o abusiva lo son las sentencias de la Sala Constitucional, entre otras, la Sentencia N° 0068 de la Sala Constitucional de fecha 5 de junio de 2020, por la que por manipulación del mecanismo procesal de la omisión inconstitucional lo transformó en nulidad por inconstitucionalidad de artículos la Ley Electoral y en un instrumento para usurpar las funciones de la Asamblea Nacional de reserva legal en materia electoral. Y la Sentencia N° 00070 de fecha 12 de junio de 2020, por la que designó, en lugar de dicha Asamblea, los rectores principales y suplentes del Consejo Nacional Electoral (CNE), luego de declarar la supuesta omisión inconstitucional de la Asam-

⁵ dd-lat.org/2016/downloads/idd-lat-2010.pdf

⁶ dd-lat.org/2016/informes/153/dimensin-democracia-de-las-instituciones.html

⁷ David Landau, citado por Flavio Martins en su trabajo “Constitucionalismo abusivo: realidade, perspectivas e propostas para uma possível limitação” (Católica Law Review). (Disponible en: <https://revistas.ucp.pt/index.php/catolicallawreview/article/download/9105/8970>)

⁸ Citado en mi libro *Curso de Derecho Procesal Constitucional técnica de interpretación constitucional (Sistemática para su estudio)*, Fundación Alberto Adriani y Proyectos y Asesorías Comunicacionales (PACCA), Colección Jurídica José Román Duque Sánchez, Caracas, junio 2020, p. 130.

blea Nacional por presunto desacato en la designación de los integrantes del máximo ente comicial. Sentencias estas, que, sin duda, reforzaron el control del gobierno de Nicolás Maduro sobre el poder electoral.

IV

De estos conceptos surge que es un absurdo o un contrasentido, el constitucionalismo autoritario o abusivo, porque, por contraste, constitucionalismo es limitar el poder y empoderar a los sin poder. Esta categoría de constitucionalismo se basa, por un lado, en la tensión entre el ejercicio del poder dentro de límites no definidos, la irresponsabilidad de los gobernantes y jueces la forma como éstos violan la Constitución escondidos bajo la Constitución⁹. Y, por el otro lado, el constitucionalismo autoritario es totalmente contrario a la idea del constitucionalismo democrático de Derecho. La tensión, pues, entre el autoritarismo y la existencia de una Constitución democrática y la teoría del constitucionalismo, resulta una perplejidad.

Sin embargo, la doctrina considera que el constitucionalismo autoritario no es una categoría absurda. Por el contrario, sirve para entender y denunciar las inconsistencias entre los derechos, la separación de poderes y los valores democráticos que contiene la Constitución y las debilidades de las funciones de las instituciones democráticas previstas en la Constitución y el discurso interpretativo judicial, que en conjunto construyen un constitucionalismo autoritario. Por ello, con el estudio del constitucionalismo autoritario no se trata de esconder o justificar esas inconsistencias o contradicciones, sino, por el contrario, de entenderlo, desenmascararlo y criticar esta forma de ejercicio del poder. Es decir, el estudio del constitucionalismo autoritario es una herramienta de crítica de prácticas autoritarias encubiertas por una interpretación constitucionalista.

V

En efecto, existen Constituciones de regímenes autoritarios y de regímenes democráticos que no difieren. Difieren en que las Constituciones de regímenes autoritarios contienen pocos derechos y garantías, o menos específicos, y no hay una independencia judicial. Es el *autoritarismo grueso*. Y las Constituciones de nuevos regímenes autoritarios que utilizan los mecanismos e instituciones existentes en regímenes democráticos para encubrir y disimular las prácticas autoritarias (*autoritarismo simulado*). Dentro de esta categoría del constitucionalismo autoritario se distingue el de los llamados “*padres fundadores*”, por ejemplo, las tesis de Carl Schmitt, que planteaba que, para evitar la amenaza a la paz, había que garantizar un Estado homogéneo, y que por un lado promovía la superación de la democracia parlamentaria y, paralelamente, elogiaba la dictadura, es decir, “*la dictadura soberana y la dictadura comisaria*”. A esta tesis se acercan las corrientes de grupos políticos que ganan el poder democráticamente para aprobar

⁹ Roberto Niembro Ortega, Mark Tushnet: Why The Constitución Matters (Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional), Año 2011, Número 15, <https://Dialnet.unirioja.es/servlet/autor? código=2986744>

Constituciones o leyes que dificultan el pluralismo. O, la forma de gobernar autoritariamente dentro de regímenes democráticos por el discurso interpretativo de la Constitución. En concreto, el constitucionalismo autoritario es la categoría del constitucionalismo que permite entender y criticar la forma en que se ejerce el poder con base en una Constitución democrática en sistemas no estrictamente autoritarios, pero que no pueden considerarse democráticos.

Al respecto debe recordarse que por constitucionalismo se entiende como una ideología (liberalismo), una teoría (principios, instituciones y controles), una narrativa (historia de las constituciones), institucionalidad (orden constitucional) e integralidad (ideología, teoría, orden e instituciones) o Neoliberalismo (Comanducci, Guastini, Pouzzolo), que se enfoca en la protección de los derechos fundamentales y en la interpretación de la ley conforme la Constitución. Hay que distinguir, entonces, entre el autoritarismo constitucional y el constitucionalismo autoritario

VI

Debe comenzarse precisando que el constitucionalismo autoritario:

1. Pone énfasis en la manera de gobernar o ejercer el poder por mentalidades autoritarias, en Estados de baja intensidad democrática, en donde la Constitución no limita el poder del Estado, o es utilizada práctica e ideológicamente de manera autoritaria.
2. Pone énfasis en la Constitución y en su interpretación para gobernar autoritariamente, por encima del pluralismo y de sistemas electorales justos, la centralización del poder en la Presidencia, detrimento del Congreso.
3. Sus características comunes son: Existencia de una Constitución con contenido democrático, pero con características como: A) Defensa de un orden determinado. B) Prevalencia del sentido colectivo social o de partido. C) Prevalencia de la imposición en lugar del consenso o del disenso. D) Falta de independencia judicial o subordinación judicial. E) Protección limitada o relativa o excluyente de los derechos humanos. F) Tendencia a un orden jurídico de defensa de la seguridad o contra el enemigo.

Entonces, ¿si estas son las características, es posible hablar de un constitucionalismo autoritario, cuando es contrario a lo que se entiende actualmente por constitucionalismo? La verdad es porque exista Constitución con contenido autoritario o porque exista una ideología interpretativa autoritaria, se puede hablar de constitucionalismo autoritario. Precisamente, esta es la tesis de Mark Tushnet. No se podría hablar de constitucionalismo si existe una Constitución con contenido autoritario, porque no sería constitucionalismo como se le ha entendido. En este caso, se debería hablar de “*autoritarismo constitucional*”. En este, se practica la Constitución sin parámetros que permitan medir si el ejercicio del poder se ajusta al constitucionalismo. En el constitucionalismo autoritario, existe una Constitución con un contenido democrático al cual debería ajustar las prácticas autoritarias del poder. Es decir, la Constitución con contenido democrático es utilizada para legitimar y sostener sistemas y prácticas autoritarias.

O, la forma de ejercer el poder de forma autoritaria, apoyado en una Constitución democrática, pero que no se cumple, por lo que es un constitucionalismo débil.

Por otra parte, en verdad el constitucionalismo autoritario no aparece vinculado a una ideología autoritaria, porque los gobernantes se definen demócratas, pero utilizan la Constitución y sus interpretaciones judiciales con fines autoritarios, y sus prácticas de gobierno, entonces, desde este punto de vista se podría afirmar que el constitucionalismo autoritario se debe a una ideología autoritaria. Donde más se hace énfasis en el constitucionalismo autoritario es en su discurso interpretativo. O, más propiamente en ver la Constitución como un discurso del poder y no solo como un instrumento del poder. Recuérdese que la Constitución es un pacto o consenso escrito, sobre el cual los gobernantes pueden establecer un discurso interpretativo o hablado. Es decir, echan mano del Estado de Derecho, del respeto de los derechos humanos, de la democracia, de la separación de poderes, por ejemplo, lo que da la idea de constitucionalismo, pero por sus prácticas los gobernantes no tienen en cuenta la Constitución como limitación del poder. El discurso constitucionalista y la interpretación constitucional se utiliza para estabilizar o generar una creencia de legitimidad del autoritarismo, sobre todo cuando se tiene la opinión de que la Constitución no se respeta y que la proclamación del contenido democrático constitucional es superflua.

Incluso, el constitucionalismo autoritario impulsa reformas constitucionales o constituyentes con expectativas de reconocer u otorgar más derechos, por ejemplo, en las últimas décadas en Latinoamérica, pero sin modificar la estructura vertical y central del poder, o, sin procedimientos democráticos, o sin participación popular: y si se han llevado a cabo mediante estos procedimientos, en las leyes o en la práctica no se respetan. Estas reformas o modificaciones, o el reconocimiento de derechos humanos, la separación de poderes y algunas formas de participación popular, crean la apariencia de que se vive en un Estado constitucional; pero el poder no está limitado y tampoco controlado jurisdiccionalmente. O, las mismas instituciones constitucionales obstruyen cambios sustanciales manipulando reglas electorales o captando grupos populares. O, consagran valores contra la corrupción y la irresponsabilidad política, o las desigualdades, que en la práctica las instituciones simulan defender pero que generan impunidad y exclusiones o discriminaciones y que hacen inefectivos los controles constitucionales. O apelar a elecciones periódicas sin igualdad y con ventajismo, aunque la Constitución establezca reglas de imparcialidad y transparencia electorales. O, justificar reformas constitucionales alegando que la causa de los males es la Constitución y en la práctica se subvierte a través de leyes o de prácticas autoritarias o de decisiones de tribunales subordinados al poder. Por todas las características expuestas, Roberto Niembro Ortega, considera que el constitucionalismo autoritario es una fachada de ideologías autoritarias, que se refleja en cómo se ejerce el poder bajo el manto constitucional y de un discurso interpretativo constitucional, inclusive judicial. Si se mide con los parámetros expuestos la institucionalidad constitucional existe en Venezuela, se concluye que constituye un claro ejemplo de constitucionalismo autoritario y abusivo.

VII

La doctrina comparada concluye que más que la conceptualización del constitucionalismo autoritario, se debe señalar una línea crítica para denunciar las prácticas autoritarias explícitas de violación de derechos humanos y antidemocráticas y sus prácticas subliminales, que son más perniciosas, como el discurso interpretativo judicial. Piero Calamandrei frente al rasgo común del derecho soviético, nazista y mussoliniano, hablaba del “rechazo del sistema normativo de los totalitarismos”. Y Mark Tushnet ante el constitucionalismo autoritario, plantea la teoría crítica del constitucionalismo autoritario para desenmascarar su constitucionalismo. La crítica debe enfocarse, entonces, en distinguir entre el contenido del constitucionalismo y las funciones que cumple el discurso constitucionalista en el constitucionalismo autoritario. Es decir, como opera el constitucionalismo autoritario. Según el historiador británico Edward Palmer Thompson, tal crítica en “*exponer la farsa que se esconde detrás del discurso constitucionalista*” a través de:

1. Incorporar derechos sin cambiar la distribución y concentración del poder
2. Interpretar la separación de poderes como colaboracionismo con el poder.
3. Prever mecanismos de participación o electorales que en la práctica o a través de las leyes son obstruidos o controlados.
4. Señalar las condiciones que impiden el Estado constitucional, como vaciar de contenido las reformas o instituciones democráticas para controlar el poder.
5. Señalar los intereses particulares que son presentados como de interés general a través de reformas e interpretaciones constitucionales.
6. Denunciar el uso del discurso interpretativo legal y judicial para tratar de legitimar el autoritarismo.
7. Señalar cómo las instituciones que teóricamente sirven para limitar el poder no cumplen ese cometido.

Por mi parte, concluyo que el constitucionalismo autoritario les sirve la mesa a las ideologías autoritarias, y, en el caso de Venezuela, a los antropófagos constitucionales. Los meseros en este caso ha sido los magistrados de la Sala Constitucional, que en base a sus torticeras interpretaciones de una Constitución democrática, contribuyeron al desmantelamiento del constitucionalismo del Estado social y democrático de Derecho y permitieron lo que me he permitido denominar “canibalismo constitucional”, o, “constitucionalismo antropográfico” por parte de una Asamblea Nacional Constituyente fruto de una usurpación del poder constituyente originario y de un fraude electoral. Trataré, ahora de explicar, con el funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente convocada por Nicolás Maduro de lo que vendría a ser “canibalismo constitucional” o “antropofagia consti-

tucional”. Es decir, como las interpretaciones pro dictatoriales o de constitucionalismo autoritario de la Sala Constitucional han permitido que la Asamblea Nacional Constituyente madurista termine devorando el constitucionalismo democrático de la Constitución de 1999.

VIII

Baste señalar, como muestra patente del constitucionalismo autoritario, la sentencia de la Sala Constitucional N° 378, de fecha 31 de mayo de 2017, según la cual aunque el pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario, conforme los artículos 347 y 348 del Texto Constitucional, sin embargo, un poder constituido, como lo es el Presidente de la República en Consejo de Ministros, puede convocarla directamente, sin que constitucionalmente se requiera un referéndum consultivo previo para la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, porque, según la indicada Sala, éste actúa en ejercicio de la soberanía popular y que la única excepción de iniciativa popular de convocatoria es la del 15% de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral. Asimismo, otra muestra de tal constitucionalismo autoritario, lo es la sentencia N° 455 de 12 de junio de 2017 por la que declaró la constitucionalidad del Decreto Presidencial N° 2.878, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.156 del 23 de mayo de 2017, que fija las bases comiciales para la elección de la Asamblea Nacional Constituyente, simplemente por cuanto consideró que las “Bases Comiciales” establecidas en dicho decreto respetan el concepto de la democracia participativa y el sufragio universal, directo y secreto, no obstante que la escogencia de los constituyentes se dispuso hacer en el ámbito territorial y sectorial, y no mediante el registro nacional de electores¹⁰. Estas sentencias de la Sala Constitucional, para no citar otras más anteriores, son evidencias del constitucionalismo autoritario, que ha servido en Venezuela, para que el Ejecutivo Nacional, ejerza su poder arbitraria e ilimitadamente, como, por ejemplo, la sentencia N° 156, del 29 de marzo del 2017, por la que se despojó a la Asamblea Nacional de sus funciones, o la sentencia N° 454, del 12 de junio de este mismo año, que consideró inadmisibles las demandas de nulidad de la designación de los llamados magistrados exprés, supuestamente por la existencia de cosa juzgada, y, las famosas sentencias 155 y 156, de 28 y 29 de marzo, respectivamente ambas de este año de 2017, por las que se cercenaron facultades constitucionales de la Asamblea Nacional, que, incluso fueron asumidas directamente por la nombrada

¹⁰ La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia legítimo, en sentencia de fecha 25 de octubre de 2017, declaró Nulos los Decretos del Ejecutivo Nacional N° 2.830 y 2.831 del 1 de mayo de 2017, mediante los cuales se convoca a un proceso nacional constituyente y crea una comisión presidencial dirigida a elaborar una propuesta de las bases comiciales; así como también son Nulas las Resoluciones del Consejo Nacional Electoral N° 170607-118 y N° 170607-119 del 7 de junio de 2017, que procedió a sentar las bases comiciales y organiza el proceso que termina en la elección de los constituyentistas, y en consecuencia la ineficacia de la Asamblea Nacional Constituyente y de todos los actos dictados por ella, por haber ocurrido un fraude constitucional.

Sala y que además eliminó las inmunidades parlamentarias; y, que dicha Sala reformó, a petición del Ejecutivo Nacional, mediante Autos de fechas 1º de abril de 2017, pero si desdecirse de los relativo a la perdida de la inmunidad parlamentaria por supuesto desacato a las sentencias de la mentada Sala¹¹.

Pues bien, la Asamblea Nacional Constituyente convocada ilegítimamente por Nicolás Maduro, procedió como un poder dictatorial, en base al Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, asumiendo la casi totalidad de las funciones de los poderes públicos, fundamentalmente de la Asamblea Nacional, dictando “leyes constitucionales” (*sic*), entre otros actos que exceden los límites de un poder constituyente democrático, al igual que sustituyendo a los consejos legislativos estatales al imponer a los gobernadores electos un juramento ante dicha Asamblea, que ciertamente no representa al electorado que eligió a dichos gobernadores. Asimismo, más allá de su función de elaborar una nueva Constitución, esta Asamblea, atribuyéndose un carácter originario y una función supraconstitucional, aunque no fue convocada por el pueblo, dictó actos como los de la creación de una Comisión de la Verdad; estableció la subordinación de los Poderes Públicos; nombró altos funcionarios del Estado, como el Fiscal General de la República; usurpó la función legislativa de la Asamblea Nacional al dictar una “Ley Constitucional que crea la Comisión para la Verdad, la Justicia, la Paz y la Tranquilidad Pública”, y usurpó la función electoral del CNE, al “reprogramar” las elecciones a Gobernadores. Y, Nicolás Maduro, acudió a esta Asamblea para presentar ocho proyectos de Ley en materia económica, como si esta tuviera función legislativa para sancionarlas.

Consideró que esta forma de ejercer un supuesto poder constituyente originario y supraconstitucional, por parte de quienes se dicen constituyentes, terminó por devorar el sistema democrático previsto en nuestra Constitución vigente, de 1999, y, por supuesto, la forma jurídica política del Estado social y democrático de Derecho y de Justicia diseñando para nuestra República. Para ello, me referiré a cómo la susodicha Asamblea Nacional Constituyente madurista destruyó las bases del poder constituyente y del constitucionalismo democráticos.

Vale la pena recordar, que poder constituyente es el poder que tiene la atribución de establecer la norma fundamental del ordenamiento jurídico dando origen a un Estado y a su sistema político y, posteriormente, de decidir sobre su derogación. Este poder es ejercido para constituir o fundar un nuevo Estado y así derogar la Constitución vigente. Por eso se le denomina poder constituyente primario. Su titular es el pueblo, entendido como “todos los ciudadanos y ciudadanas” (Sala Constitucional, Sentencia del 22-01-2003), que ejerce a través de asambleas constituyentes, elegidas en su representación, mediante elecciones libres, universales, directas y secretas (arts. 5, 39, 40, 62, 347 y 350, constitucionales). De manera, que el poder constituyente primario es el poder que tiene el pueblo para transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una

¹¹ El abogado José Vicente Haro enumero once (11) sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, que son ostensiblemente muestras de constitucionalismo autoritario (<http://noticierodigital.com/forum/viewtopic.php?t=26423>).

nueva Constitución (Art. 347, constitucional). Por tanto, es la voluntad originaria, soberana, suprema y directa que tiene el pueblo para constituir un Estado dándole una personalidad al mismo y su organización jurídica y política, conforme los valores superiores que la sociedad ha consensuado. Por otra parte, para el ejercicio de este poder se requiere un procedimiento diferente al de las leyes o al de cualquier acto de otro poder, porque su titular es el pueblo o nación y no un órgano del poder público. De manera que si es un poder originario y único no puede encontrar fundamento fuera de la voluntad del pueblo. En consecuencia, su definición como poder primario le viene dada por su legitimidad, por lo que mientras se trate en verdad de este poder no posee más límites formales o materiales que los establecidas por el propio poder primario al regular su formación y funcionamiento en la Constitución que se pretende sustituir.

Ahora bien, como se dijo, su titular es el pueblo, entendido como “todos los ciudadanos y ciudadanas” que ejerce a través de asambleas constituyentes, pero convocadas y elegidas libremente. Por ello El poder constituyente primario es el poder de la sociedad para establecer su organización política-jurídica y de revisar la misma cuando así lo decida soberanamente, porque su modificación significa una revisión de los principios que la sociedad acogió consensuadamente. Por eso, su convocatoria solo corresponde al pueblo mismo y no a los poderes constituidos (Art. 347, constitucional). Ese poder es de la sociedad comprende el de reformar las bases constitucionales de esa organización política, cuando así lo decida soberanamente, porque su modificación significa una revisión de los principios que esa sociedad acogió consensuadamente. Quede claro, por otro lado, que el poder constituyente primario no es el soberano, sino que su titular es el soberano, es decir, el pueblo (Arts. 5° y 347, de la Constitución). Soberano no es la asamblea constituyente constituida, sino el pueblo quien tiene la capacidad de constituir la. Por tanto, si bien la asamblea constituyente no tiene limitaciones para su funcionamiento, el soberano si puede establecerle límites a su poder primario de reformar o derogar la Constitución mediante principios, garantías y derechos inderogables, así como procedimientos para su convocatoria y funcionamiento. Por ejemplo, el soberano ejerce la titularidad de ese poder originario al convocar la constituyente y al establecerle límites en las Bases Comiciales del respeto a la soberanía popular, a los principios y valores republicanos, el cumplimiento de tratados internacionales, la progresividad de los derechos humanos y de las garantías democráticas, como lo fue la Base Octava de la convocatoria de la asamblea constituyente de 1999. Y, asimismo, el soberano los estableció en la Constitución vigente los en su artículo 350 para las futuras asambleas constituyentes primarias.

Desde otro orden de ideas, el poder constituyente originario es el que aparece primigeniamente y le da origen al ordenamiento político, que crea la primera Constitución de un Estado o el que lo transforma o refunde. Y una vez cumplida su labor desaparece; pero como la consolidación de un Estado requiere continuidad, el poder constituyente primario prevé un órgano para que se encargue de la reforma de la Constitución, conforme al procedimiento que establezca al efecto. A este órgano se le denomina poder constituyente derivado, pero del cual sigue siendo titular el pueblo. Por sus características, la asamblea constituyente de 1998,

jurisprudencialmente se le dio carácter originario y no derivado, porque la Constitución de 1961, no previa tal asamblea, por lo que la asamblea constituyente que se contempló después en la Constitución de 1999, en los artículos 347 y 348, en concordancia con sus artículos 333 y 350, es un poder constituyente derivado y no originario. A pesar de su carácter originario, sin embargo, la Base Octava Comicial del proceso constituyente de 1998, estableció límites materiales a ese poder originario, como ya dije de respeto a soberanía popular, a los principios y valores republicanos, al cumplimiento de tratados internacionales, a la progresividad de los derechos humanos y garantías democráticas. Por su parte, la Sala Constitucional, en sus sentencias del 22-01-2003 y 07-08-2006 señaló que el artículo 350 estableció límites generales a las asambleas constituyentes posteriores a la de 1999. La característica, pues, del poder constituyente derivado es la de un poder que coexiste con los otros poderes, y cuya creación se atribuyó al pueblo como soberano y no a estos poderes, y, además, y al que se le establecieron límites formales y materiales para su formación y funcionamiento, como se desprende de los artículos 347 a 350 de la Constitución. Además, el poder constituyente originario de 1999 estableció procedimientos de reforma constitucional sin la característica de una asamblea constituyente, como los de enmienda y reforma, pero sujetos a la aprobación del pueblo. Estos son los poderes constituyentes delegados, porque surgen de la iniciativa de un grupo de electores o de los otros poderes, pero el pueblo conserva la titularidad del poder constituyente al sujetar las enmiendas o reformas a su aprobación mediante referendos y al reservarse el derecho de convocar la Asamblea Nacional Constituyente para derogar y promulgar una nueva Constitución.

Los poderes constituidos son expresión de la voluntad del Poder Constituyente primario para la organización política de la sociedad. Por ello, se les denomina esos poderes constituidos, por lo que están limitados y regulados por la voluntad del poder constituyente, respecto de las reformas o enmiendas constitucionales y de la convocatoria de procesos constituyentes. Por ello, solo un poder constituyente primario puede decidir la reestructuración del Estado, y, por ende, la de los poderes constituidos. Por ejemplo, el poder constituyente de 1999 creó el poder ciudadano y el poder electoral. El poder constituyente primario es ilimitado en cuanto es la expresión de una potestad suprema del poder público que es la soberanía popular. Por el contrario, el poder constituyente derivado es una creación del poder constituyente primario, después de fundado el Estado y su estructuración es establecida en la norma fundamental, por lo que, por su propia naturaleza de derivado, es limitado, aún en el caso de reforma total de la Constitución. Como poder constituyente derivado solo tiene capacidad para la reforma constitucional, pero no para derogar la Constitución, porque ello incumbe al poder constituyente originario, no al derivado. Por eso, cuando el poder constituido viola el principio de limitación del poder de revisión o de reforma, para elaborar una nueva Constitución, realiza un “fraude a la Constitución”. Estos fraudes fueron prácticas utilizadas por los gobiernos fascistas en Italia y nazista en Alemania, que transformaron estados constitucionales en regímenes radicalmente distintos, bajo apariencia de reformas constitucionales dictadas por supuestos poderes constituyentes originarios. Lo importante, es que después de promulgada una Constitución, el

poder constituyente que esta prevé se trata de un órgano creado por la Constitución, por lo que no puede ejercer un poder ilimitado, porque ello corresponde al pueblo soberano y este puede imponerle límites formales y materiales. Por ser un órgano de revisión o reforma constitucional, establecido por la propia Constitución, su validez la fija su legitimidad de origen. Y por ser un órgano derivado, su poder de revisión y de reforma constitucional, están impuestas por el régimen político establecido en la Constitución. Por otra parte, en el derecho constitucional moderno, propiamente democrático, el orden jurídico universal impone el respeto a la progresividad de los derechos humanos, en virtud de su progresividad e inalienabilidad. En el orden de ideas expuesto, el poder constituyente originario de 1999 estableció límites materiales a las asambleas constituyentes futuras en el artículo 350 constitucional.

CONCLUSIÓN

Lo explicado pretende demostrar como en materia del derecho constitucional, el constitucionalismo autoritario y el fraude a la Constitución, fundamentalmente y las interpretaciones judiciales favorables a mentalidades o ideologías autoritarias, se convierten en un canibalismo o antropofagia constitucional, porque el sistema de constituciones democráticas termina siendo comido o devorado por la propia jurisdicción constitucional o por asambleas constituyentes ilegítimas. En consecuencia, conforme el constitucionalismo autoritario o abusivo una Constitución elaborada por una asamblea constituyente ilegítima rige por la fuerza y no jurídicamente y constituye un Estado de Derecho aparente o falso, por lo que por su ilegitimidad carece de juridicidad y, por lo tanto, no obliga. Y, en ese orden de ideas, los artículos 25 y 138 constitucionales consagran la resistencia pasiva frente a los actos violatorios de los derechos y garantías constitucionales. Por su parte, el artículo 350 constitucional reconoce el derecho natural a la resistencia pasiva y activa contra cualquier régimen, legislación o autoridad que contrarie los valores, principios y garantías democráticas y menoscabe los derechos humanos. Y el artículo 333 constitucional permite que en un cambio político mediante un decreto o un acuerdo legislativo o político se declaren vigente la Constitución de 1999 en lugar de la aprobada por la asamblea constitucional ilegítima.

Me preguntaran, ¿y ahora qué hacemos? Por mi parte, al igual que Piero Calamandrei, en su conferencia en Florencia, del 27 de enero de 1940, en pleno fascismo, cuando terminaba su conferencia sobre la Justicia, y se le interrogaba que debía hacerse ante la ilegalidad reinante y la arbitrariedad, decía: “para retomar el camino hacia la justicia, hace falta reconstruir antes el instrumento de la legalidad y de la libertad”. ¿Somos los precursores del porvenir, o los conservadores de un pasado en disolución? Y ¿qué hacer?, TENER FE EN EL DERECHO

EL PROBLEMA DE LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE DERECHO Y EL PRECEDENTE JUDICIAL EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Caracas, 14 de octubre de 2011

I. PLANTEAMIENTO INICIAL

En la Primera Convención de Presidentes de los Colegios de Abogados, celebrada en Caracas, del 12 al 14 de octubre de 1962, en sus deliberaciones, a propósito de entrada en vigencia de la Constitución de 1961; para promover la carrera judicial y la regulación de la actividad profesional de los abogados, se proclamó, ante los poderes públicos, recién electos o designados, que la libre interpretación del Derecho es fundamental para la autonomía del Poder Judicial y para el libre ejercicio de la abogacía en un Estado democrático de Derecho. ¿Cuál es la eficacia de la libre interpretación jurídica en los supuestos de que se considere la jurisprudencia como fuente de Derecho, y específicamente cuando se trata del precedente judicial obligatorio? Y, ¿cómo han de ser las reglas de garantía de esa libre interpretación en un Estado democrático de Derecho en los casos de que la jurisprudencia y el precedente judicial se consideren fuentes del Derecho?

II. ACTUALIDAD

Hoy, a 49 años de aquel pronunciamiento de los Presidentes de los Colegios de Abogados, las interrogantes anteriores son aún de mayor actualidad, después que la Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 18 de junio de 2003 (Ex. 03.0183), en un caso de revisión de sentencia por desacato a la doctrina de dicha Sala, sentenció que sus decisiones tienen “*la fuerza obligatoria de un precedente judicial de iure*”; y que por tanto forman parte de las fuentes del Derecho. Ello en virtud que la Constitución de 1999 le confiere la atribución de máxime intérprete de las normas y principios constitucionales con fuerza obligatoria. Por tanto, según este criterio, la fuerza obligatoria de sus decisiones se extiende hasta el alcance que debe dárseles a las normas legales y no solo sobre el estricto control de la constitucionalidad. En ese orden de ideas la misma Sala estableció que los jueces incurren en conducta indebida en el ejercicio

de la función jurisdiccional, si se niegan a aceptar el precedente de la Sala Constitucional en el momento de decidir acerca de un caso similar; y que, en este supuesto, la inobservancia del precedente debe ser sancionada jurídicamente. En esta Sentencia la susodicha Sala estableció que ni aún por objeción de conciencia pueden los jueces apartarse de sus precedentes obligatorios; y que de desacatarlos incurrir en la sanción prevista en los artículos 174 y 179 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹.

Aún más, en la reciente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, además de repetirse, en su artículo 4º, la disposición del artículo 335 de la Constitución, que las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales para la otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República, agrega en el artículo 25, en su numeral 10, que el desconocimiento de algún precedente dictado por dicha Sala, por sentencias definitivamente firmes, es motivo para su revisión por parte de dicha Sala; que en ejercicio de estas competencia podrá anular tales sentencias y reenviarlas a la Sala o tribunal respectivo o conocer la causa, siempre que dicho motivo sea de mero derecho y no suponga una nueva actividad probatoria, según lo precisa el artículo 35, de la referida Ley.

¿Cómo se compagina esta doctrina con el planteamiento de la necesaria libertad de interpretación judicial para garantizar la autonomía del Poder Judicial en un Estado democrático de Derecho? Primeramente, examinaré el problema desde el ámbito de la autonomía del Poder Judicial; y posteriormente, desde la perspectiva del contexto del Estado constitucional democrático y de Derecho.

III. LA NATURAL AUTONOMÍA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL PARA LA INTERPRETACIÓN DE LAS DISPOSICIONES JURÍDICAS

1. Esa autonomía descansa en el principio de la no existencia de interpretaciones únicas de las disposiciones legales y constitucionales como presupuesto de la interpretación del Derecho y la no sujeción de los criterios judiciales a interpretaciones abstractas de disposiciones jurídicas.

2. En efecto, toda disposición jurídica es una proposición que permite darle varios sentidos y la interpretación precisamente permite extraer la norma aplicable a cada caso. Por ello la regla no puede ser la de la interpretación única.

3. Por esta razón la función jurisdiccional es una actividad práctica para resolver problemas concretos.

¹ Ver, Laguna Navas, Rubén, “La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia; Su Rol, como Máxima y última Intérprete de la Constitución”, Serie Trabajo de Grado N° 7, UCV, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2005, pp. 249.

4. En consecuencia, la autonomía de la interpretación jurídica es fundamental para la vigencia y eficacia de la función jurisdiccional y la interpretación del Derecho está referida a problemas concretos y generalmente no idénticos.

5. Otro presupuesto, es el de que el Juez de Instancia es el natural intérprete de la ley.

6. Por tanto, el principio es la regla de la sujeción a lo alegado y probado en el proceso; y la excepción, es la sujeción a interpretaciones abstractas, únicas y definitivas.

7. De manera que, si el Derecho es la ciencia de las diferentes argumentaciones, el establecimiento de los límites expresos a las competencias de los tribunales revisores para establecer interpretaciones definitivas es consustancial a la función interpretativa judicial.

8. E, igualmente, el establecimiento de reglas legales para valorar la existencia y la obligatoriedad de los precedentes judiciales como fuentes del Derecho, es connatural a la autonomía interpretativa de la función judicial.

9. La concepción del Derecho como ciencia de la argumentación, por definición, impide, por principio general, que la función jurisdiccional legal y constitucional se desarrolle en base al establecimiento definitivo del sentido interpretativo de los preceptos legales y constitucionales.

10. La jurisdicción constitucional concentrada, por tanto, para garantía de la autonomía del poder judicial, ha de permitir la posibilidad que los jueces, que también forman parte de la justicia constitucional, pueden sustituir interpretaciones que han dado los tribunales constitucionales, dentro del concepto de Constitución normativa, abierta y eficaz; y dentro del concepto de progresividad de los preceptos relativos a los derechos humanos; en razón de las realidades fácticas que conozcan, que demandan soluciones prácticas para cada caso.

11. En consecuencia, la obligatoriedad de las sentencias judiciales es de interpretación estricta y rigurosa y no puede impedir el progreso del Derecho en la solución de los problemas prácticos a través de la libre interpretación jurídica.

12. Por eso, vale la pena insistir en la natural condición de ciencia argumentativa del Derecho en el Estado democrático de Derecho.

IV. ESTADO DE DERECHO E INTERPRETACIÓN JURÍDICA

1. Presupuesto: La interpretación jurídica surge ante un problema práctico; en cuyo caso el Derecho aparece como un sistema de proposiciones abstractas y donde los intérpretes son una pluralidad que plantean diferentes opciones interpretativas.

2. Otro presupuesto es la existencia de Opciones interpretativas: A partir de las proposiciones legales (textos), de las diferentes argumentaciones posibles, se extraen los principios y reglas (normas) más razonables para la solución del problema concreto. Es el paso de la disposición a la norma aplicable al caso.

3. Igualmente, Admisibilidad en el Derecho de la diversidad interpretativa. En efecto, lo natural en la ciencia jurídica son las interpretaciones de una misma proposición jurídica en más de un sentido posible, entre dos o más tribunales, de diferentes instancias; o, inclusive, por los mismos tribunales a través de cambios de criterios interpretativos.

4. Debilitamiento institucional del poder judicial y del poder legislativo: El poder judicial y el legislativo se debilitan, o enmudecen, cuando los tribunales constitucionales asumen, más allá de los límites naturales de la libre interpretación jurisdiccional, la interpretación abstracta *ex officio* de disposiciones constitucionales, para llenar vacíos constitucionales y legales; contradicciones entre normas jurídicas y constitucionales; aplicabilidad de normas constitucionales transitorias; ambigüedades de disposiciones constitucionales; y contradicciones entre disposiciones constitucionales y las disposiciones que rigieron las facultades del constituyente; o para modificar disposiciones legales.

V. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DEFINITIVA Y ÚNICA Y EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

1. *Principios generales de la jurisdicción constitucional concentrada compatibles con el concepto de Estado democrático de Derecho*:

A) Necesidad de un órgano máximo y último intérprete de la Constitución, para defender su supremacía y la integridad de sus valores y principios, ante los otros poderes e inclusive ante el poder judicial.

B) Pero, debe ser una instancia rogada o dispositiva, que no puede actuar de oficio.

C) Como órgano del poder judicial, debe actuar conforme a los límites de su propia competencia y sus procedimientos, según el artículo 253 de la Constitución, y como poder constituido, debe actuar conforme el respeto del principio de la división de las ramas del Poder Público, especialmente de la reserva legal y de la reserva del poder constituyente, de acuerdo con los artículos 7° y 136, 137 y 138, del mismo Texto Constitucional.

D) Como órgano judicial, debe actuar conforme a los principios de independencia, imparcialidad, transparencia, por mandato de los artículos 26, 254 y 256 de la Constitución; y como parte del Estado conforme el principio del pluralismo jurídico y político.

E) Como poder público, debe evitar el riesgo de su ilegitimidad, es decir, evitar actuar conforme a una “jurisprudencia de valores”, construida en base a una doctrina unilateral de valores profesados por los propios integrantes de los tribunales constitucionales. En otras palabras, no debe llevar a cabo ningún activismo o proselitismo.

F) Su función interpretativa debe estar referida a casos concretos y no abstractos; porque sus decisiones interpretativas deben ser el resultado de un contradictorio dentro de un debido proceso y no decisiones unilaterales.

G) Ha de tenerse presente, primeramente, que es a todos los jueces a quienes les corresponde resolver en primer lugar los problemas interpretativos constitucionales, o aplicar el control difuso de inconstitucionalidad; puesto que todos ellos también aplican e interpretan la Constitución; y que en última instancia, la solución de tales problemas les corresponde a los tribunales constitucionales, a través de los procesos ordinarios o extraordinarios; pero no “per saltum”, y por anticipado, y en abstracto.

H) Otro principio de la jurisdicción constitucional del Estado de Derecho, es la no exclusión del control concentrado de los actos del poder constituido o de actos del constituyente derivados contrarios a la Constitución en vigor; o a las bases que rigen sus funciones; o a sus límites temporales, formales y materiales de la función de modificación o reforma de la Constitución.

VI. LA FUNCIÓN INTERPRETATIVA DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES SEGÚN EL CONCEPTO DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

1. Se trata del ejercicio posterior a la función interpretativa de otros tribunales: Los tribunales constitucionales, no son los primeros intérpretes de la Constitución, y tampoco los últimos.

2. Se trata del ejercicio de la función interpretativa de los tribunales constitucionales a través de los procedimientos contradictorios establecidos, y no “*per saltum*”: Es decir, revisión de sentencias; consulta del control difuso; amparos contra sentencias o resolución de conflictos de competencias constitucionales entre los poderes públicos, y el control concentrado de la constitucionalidad.

3. Se trata del no ejercicio de una interpretación abstracta de las disposiciones constitucionales, sin contención y sobre casos virtuales. La actuación de oficio no puede ser la regla, ni el avocamiento el sustitutivo de las acciones de inconstitucionalidad o de las acciones ordinarias.

4. El carácter vinculante de las interpretaciones de los tribunales constitucionales, existe hasta que hechos nuevos justifiquen nuevas interpretaciones por parte de los jueces.

5. Se ha de establecer un sistema de compilación completo y organizado de las decisiones que constituyan precedentes judiciales obligatorios, porque pasan a ser “principios generales de Derecho” (Supreme Court Reports en los Estados Unidos; o las SÚmulas del Tribunal Supremo Federal de Brasil, etc.).

6. La consagración de reglas para determinar la valoración de los precedentes como fuentes del Derecho obligatorias². Es decir, la consagración de principios para estimar el valor intrínseco del precedente como obligatorio.

7. Por ejemplo, en el derecho angloamericano se contemplan ciertas reglas, como las siguientes:

a. La conexión que existe entre el precedente considerado como norma y el punto jurídico por resolverse.

b. La distinción entre los pormenores de los fallos (“*ober dictum*”) y el principio general contemplado en las sentencias como manifestación del Derecho en general.

c. La “*ratio decidendi*” del precedente judicial y la similitud con el caso a resolverse.

d. La compatibilidad del precedente judicial con los valores superiores (“éticos”) del ordenamiento jurídico, de modo que en verdad no se apliquen en los casos palpables de contradicción con esos principios.

e. El tipo de proceso donde se originó el precedente.

f. La relación existente entre el tribunal que estableció el precedente y el tribunal ante el que fue invocado.

g. La precisión de las materias exclusivas donde el precedente es obligatorio) Por ejemplo, si se trata de interpretaciones constitucionales o de interpretaciones de disposiciones de derecho común.

h. La consagración del principio de que quien invoca el precedente debe demostrar aplicabilidad al caso concreto; y de quien lo niega debe demostrar la disparidad entre los dos casos.

Aparte de los anteriores criterios que a mi juicio son ilustrativos de la precisión necesaria que debe hacerse para calificar de precedentes obligatorios a los fallos judiciales, creo, que es válido recordar que el concepto de la doctrina judicial reiterada y pacífica que genere principios generales de solución para casos semejantes, que define a la jurisprudencia como fuente de Derecho, también sirve de criterio para caracterizar a los precedentes. De modo que una sola sentencia o varias sobre casos que no guarden una identidad sustancial. O, que contenga votos salvados no puede constituir un precedente obligatorio. Por ejemplo, en su Sentencia N° 484 del 12-04-2011 (Caso “Hospital Clínica Caracas”), la Sala Constitucional consideró como precedente su Sentencia N°

² Ver, Rabasa, Oscar, “El Derecho Angloamericano” Fondo de Cultura Económica, México, 1944, pp. 567 a 580.

383 del 26-02-2003, que se refería a una acción de amparo ejercida contra una sentencia de un tribunal superior que realizó un análisis incompleto de las pruebas, para anular la Sentencia N° 457 del 26-10-2010 de la Sala de Casación Civil, cuando esta Sala tiene prohibido entrar al analizar el materia probatorio.

VII. CONCLUSIÓN

a. La debida regulación del precedente judicial y el ejercicio estricto de la función interpretativa vinculante dentro de los límites procedimentales y competenciales por parte de los tribunales constitucionales y de los límites de la reserva legal y de la reserva constituyente; garantizan la libertad de la función jurisdiccional interpretativa de los jueces y el debido proceso y el principio del juez natural.

b. La función central de la justicia constitucional, en el constitucionalismo de los valores, como el nuestro, debe ser, el mantenimiento efectivo del pluralismo político, que nuestra Constitución ha definido certeramente, como uno de los valores superiores, al lado y correlativo de la libertad y de la justicia, en su artículo 2^o3.

c. La jurisdicción constitucional concentrada no puede impedir por parte de los jueces interpretaciones más favorables que las de los precedentes⁴.

A manera de resumen, quisiera concluir con la cita de las palabras, del Dr. Manuel García Pelayo, de su Discurso en el acto de instalación del Tribunal Constitucional español, sobre la responsabilidad de este Tribunal:

“(…), dado que todos los demás órganos constitucionales están sujetos al control del Tribunal en cuanto a la constitucionalidad de sus actos, y dado que no hay apelación alguna frente a sus decisiones, el Tribunal, es en un orden, el defensor supremo de la Constitución. Es oportuno advertir, que sus posibilidades no son ilimitadas: no puede actuar por su propia iniciativa, sino por impulso exterior. Puede defender la Constitución frente a los órganos del Estado, pero no frente a poderes extra estatales. Solo entiende de cuestiones planteadas y resolubles en términos jurídicos. Y todo ello por supuesto dentro de las competencias que le han sido conferidas”⁵.

³ Tomado de García Enterría, Eduardo y Menéndez, Aurelio, “El Derecho, la Ley y el Juez, Dos Estudios”, Cuadernos Civitas, 1ª. Edición, Madrid, 1997, p. 61.

⁴ Ver en mi Libro *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público*, LEGIS (Caracas- Bogotá 2008), el Capítulo XLI “La interpretación vinculante de la jurisdicción constitucional y los poderes correctivos de los jueces”, pp. 525-535.

⁵ García Pelayo, Manuel, “Discurso en el acto de inauguración del Tribunal Constitucional”, Obras Completas, III, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 3.224).

¿COMUNA O MUNICIPIO?¹

La forma de una oración con la conjunción disyuntiva “o”, entre ambos términos de, ¿Comuna o Municipio?, parece que implica una relación de alternancia mutua entre ambos y hace suponer que son afines o vinculados. Es decir, que se puede pensar que es posible elegir entre la Comuna o el Municipio. La respuesta, desde el punto de vista constitucional y político, es la de una oración con el adverbio NUNCA, que niega la alternancia entre ambos términos, porque no existe una relación o un orden jerárquico e intercambiable entre la Comuna y el Municipio. En razón que tal elección, es inconstitucional, no solo porque representa una derogación de la Constitución por un medio distinto a los previstos en ella, sino también antidemocrática, porque la Comuna implica un régimen que contraía el valor republicano tradicional democrático del respeto de la soberanía popular como fuente del poder público y como mandato de la organización de la República en un estado federal descentralizado de estados y municipios. Y, en razón, como se ha dicho, porque la Comuna no profundiza la democracia, dada su estructura vertical jerárquica dentro del poder central y su carácter no representativo y electivo, que impide la participación de todos los ciudadanos al eliminar el sufragio universal, directo y secreto para su configuración y organización. Y porque limita el derecho humano del libre desenvolvimiento de la personalidad al hacerlo depender de la pertenencia a una organización. Por lo que, conforme los artículos 2º y 6º, de la vigente Constitución, en concordancia con su artículo 350, se tratan de formas de gobierno ilegítimas y contraría a los derechos humanos.

En efecto, el pueblo de Venezuela en ejercicio de su poder originario, mediante el voto libre y en referendo, decretó, en la Constitución de 1999, como fin supremo de la refundación la República establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, bajo los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia, el imperio de la ley, la no subordinación a ideología alguna y de la garantía universal e indivisible de los derechos fundamentales, uno de los cuales es el del sufragio universal directo representativo y el de la participación ciudadana.

¹ Seminario Encuentros por el Cambio Político en el estado democrático de derecho. Cuarto Encuentro: La Dimensión Política. Bloque Constitucional de Venezuela.

En ejercicio, pues, de ese mismo poder originario el pueblo venezolano configuró la República en un Estado federal descentralizado con poderes representativos y electivos. Y escogió como modelo estado social, pero sin vinculación alguna con una ideología

Asimismo, el pueblo venezolano decretó que el territorio nacional se divide en los Estados, el Distrito Capital, las dependencias federales y los territorios federales y que el territorio de Venezuela se organice en municipios como unidad política primaria de la organización nacional.

Igualmente, como titular del poder constituyente originario, el pueblo de Venezuela distribuyó territorialmente el poder público del Estado entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional, y, que este Poder se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral; y los poderes estatales y municipales en ejecutivo y legislativo.

En ejercicio del mismo poder originario, el pueblo de Venezuela contempla la descentralización como instrumento para atribuir a los Municipios o a los Estados determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover el federalismo como política nacional para profundizar la democracia, acercando el poder a la población, mediante la atribución a los Municipios o a los Estados de determinadas materias de la competencia nacional y la transferencia de competencias de los Estados a los Municipios.

Por otro lado, la división política del territorio en República en instancias territoriales del poder público distintas a las establecidas en la Constitución solo compete al pueblo venezolano como titular del poder constituyente originario.

Y, en este orden de ideas, el pueblo venezolano estableció también que la Constitución no perderá su vigencia si fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella, como lo sería la creación de ciudades comunales por una ley; y que además el pueblo de Venezuela desconocerá, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos. Uno de esos principios es el de municipalización del estado federal en ciudades abiertas y plurales y no en ciudades comunales y el del sufragio directo representativo.

En virtud de los anteriores mandatos del poder constituyente, la creación de una instancia territorial y política, como un poder comunal, mediante el sistema de agregación de los ciudadanos en ciudades comunales, a través asambleas populares, para la construcción del socialismo y de creación de poderes ejecutivo, legislativo electoral, ciudadano y judicial, en dicho poder comunal, como se contempla en el proyecto de Ley sobre Ciudades Comunales; es un atentado contra la voluntad popular de vivir en una sociedad democrática, bajo los valores de un estado democrático y social de Derecho y de Justicia y en una forma republicana representativa de un estado federal descentralizado y en un Municipio como unidad territorial de la República y no en Comunas o Ciudades Comunales.

Asimismo, la segregación territorial para crear unas ciudades comunales del citado proyecto contradice el mandato popular que estableció que la división político-territorial constitucionalmente debe garantizar la integridad territorial, la autonomía municipal y la descentralización político-administrativa. En razón que solo el poder constituyente originario es quien define las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, así como la división de su territorio y las competencias de las entidades territoriales y no los poderes delegados.

En el mismo orden de ideas del desconocimiento de la voluntad y del mandato democrático del poder constituyente originario, el proyecto de la Ley sobre Ciudades Comunales desconoce también que por ese mandato compete a los Municipios determinar sus formas de agregación en mancomunidades o acordar entre sí o con los demás entes públicos territoriales la creación de modalidades asociativas intergubernamentales para fines de interés público relativos a materias de su competencia. Y asimismo que los municipios son los que deciden en organizarse como distritos metropolitanos. Por lo que la segregación del Municipio, mediante la agregación de los ciudadanos en Comunas en un ámbito territorial determinado, que podrá coincidir o no con los límites político-territoriales establecidos dentro del ámbito de la República Bolivariana de Venezuela, como se contempla en el citado proyecto de Ley sobre Ciudades Comunales, es un brutal atentado contra el principio de autonomía y de integridad municipal y contra el derecho de ciudadano de vivir individualmente en su ámbito propio parroquial y municipal y de no ser obligado a agregarse a una organización colectiva.

Por otra parte, la creación de una nueva instancia territorial por la agregación de los ciudadanos en Ciudades Comunales, mediante la integración de los consejos comunales, cuyo propósito es la construcción del socialismo, es parte de la estrategia del llamado Plan de la Patria de constituir a Venezuela en un estado socialista conforme el modelo de estados que han hecho de esta ideología su forma política fundamentalista de gobierno. Tal propósito es una reproducción de la regresiva asamblea popular para la elección de los gobiernos locales y del gobierno central y de la asamblea general con representantes de esos gobiernos, que recuerda la forma política del antiguo régimen comunista soviético, que obligaba a los ciudadanos a vivir en los soviets locales, o agregaciones de organizaciones populares. Forma esta de una geopolítica territorial para el ejercicio del poder por medio de asambleas o consejos del poder popular reconocidos por el Poder Central y por los órganos delegados que se deriven de ellas, propios de regímenes de partido únicos y de imposición de una ideología. Dentro del marco del socialismo del siglo XXI, que plantea la construcción del «Estado Comunal» y que tuvo entre sus antecedentes ideológicos la propuesta del guerrillero venezolano Kleber Ramírez Rojas, que llamó «Estado comunero» como “una nueva geometría del poder”, para demoler Estado capitalista y como un proyecto ideológico de un sistema económico comunal, que según Hugo Chávez, se debe desarrollar a través de distintas formas de organización socio productiva como *empresas de propiedad so-*

cial (EPS), unidades familiares, grupos de intercambio solidario y demás formas asociativas para el trabajo. Y que sus partidarios, resumen en un lema: “Sólo el pueblo salva al pueblo, Comuna o Nada”².

Ese modelo de Estado comunero, que el Proyecto de Ley Orgánica del Parlamento Comunal Nacional, aprobado en primera discusión el 13 de abril de 2021, dice que, “supera el modelo de democracia representativa y da paso como resultado de la construcción colectiva”, se configura por parlamentarios elegidos por votación de las distintas instancias del sistema nacional de agregación comunal, es decir, por los comités de los parlamentos comunales de la comuna, de la ciudad comunal y de los movimientos sociales. En otras palabras, que es la adaptación de la estructura jerárquica de los soviets por el socialismo del Siglo XXI, es decir, de soviets locales o comunas, soviets principales o ciudades comunales y soviet supremo o parlamento comunal nacional. El Bloque Constitucional de Venezuela, en Pronunciamiento del 29 de enero de 2021, declaro, que la pretensión de instaurar un Parlamento Comunal, y fundar y articular 200 ciudades comunales”, supone otra tentativa fraudulenta de crear una nueva geometría del poder, para transformar la organización político territorial del Estado venezolano en un el Estado Comunal; el cual, es manifiestamente incompatible con el Estado Federal descentralizado, y el principio del pluralismo político que consagra la Constitución³.

Esta estrategia, del “estado comunero” es contraria a la tesis del “estado ciudadano”, según la cual el protagonista de la sociedad es el ciudadano, que incluye la familia y a las asociaciones intermedias, como miembros de la sociedad y no como miembros del poder del Estado. Y además el concepto de ciudadanía activa supone principalmente la participación de los miembros en una comunidad, entendiéndola como sociedad civil, en el poder del Estado, que implica la participación activa del ciudadano en el destino de sus comunidades como sociedad política.

Es decir, la participación ciudadana como el equilibrio dialéctico entre la sociedad y la autoridad, que implica la consagración de derechos particulares de participación ciudadana, que, son, a su vez, medios de ejercicio de la soberanía del pueblo, mejor dicho, de su ciudadanía. Esta ciudadanía significa cotidianidad y no ajenidad, entre la comunidad civil y la comunidad política. Por lo que las formas políticas impuestas verticalmente bajo una ideología o una religión, propias de estados fundamentalistas, conspira contra el fin supremo de la no subordinación de la sociedad que tuvo presente el pueblo venezolano al aprobar la Constitución vigente.

Finalmente, en la creación de ciudades comunales como tránsito hacia la sociedad socialista por la agregación de los ciudadanos, mediante asambleas populares, en comunas urbanas, rurales e indígenas, los derechos individuales pierden relevancia, porque lo relevante es la pertenencia grupal y en la identidad

² Néstor Hugo Angulo, “Exigencia de Kleber y Chávez con el golpe de timón”, APO-RREA, domingo 19/04/2015.

³ <https://digaloahidigital.com/noticias/ante-la-intenci%C3%B3n-de-establecer-un-parlamento-comunal>

común. Ese compartimiento comunal constituye una violación de derecho fundamental del libre desenvolvimiento de la personalidad. En razón que lo importante es el grupo por encima de cada individuo y su pertenencia al grupo⁴.

En conclusión, ¿cuál es a mi juicio, la dimensión política de las ciudades comunales como parte del poder comunal, que el pueblo rechazó al rechazar la reforma constitucional en el referéndum de 2007? En mi concepto, es un golpe de estado contra el estado democrático y social de derecho:

a. En primer lugar, porque es un ejemplo patente del socialismo del siglo XXI, como modelo para instaurar el Estado socialista autoritario, utilizando la Constitución que no consagra un Estado de una ideología, sino por el contrario, el Estado social de Derecho, que no obstante su inspiración social no contempla un poder público fundado en asambleas populares, bajo un esquema de centralismo autocrático, basado en un mismo grupo o partido que, restringe la libertad de acción de los que no están dispuestos a formar parte de esos grupos. Se trata de una forma de dominio de la sociedad. De un protectorado político y gregarismo político ideológico y electoral. para mantener el poder en virtud de la pérdida del apoyo popular y electoral, como lo evidencian las más recientes encuestas y las primarias del PSUV.

b. En segundo lugar, que va en contra del Estado Democrático, puesto que el Estado Comunal que se inspira en comunas o agrupaciones de comunas, propias de las estructuras de poder de los Estados socialistas históricos se entrelazan con el esquema económico del socialismo leninista-estalinista, y maoísta, para imponer lo colectivo sobre lo individual.

c. En tercer lugar, que además, por la naturaleza comunal centralizada y jerarquizada y excluyente, la geopolítica territorial de las Ciudades Comunales, atenta contra el principio de la libre representación y participación ciudadana que solo existe cuando se trata de sociedades libres y plurales, porque se condiciona su ejercicio a la construcción de una sociedad y de una economía socialista, al contrario del objetivo supremo de la Constitución, proclamado en su Preámbulo, como lo es el establecimiento de una sociedad democrática pluralista, no subordinada a ningún pensamiento ideológico.

d. En cuarto lugar, la eliminación o sustitución de los niveles del poder público descentralizado, como lo son los Municipios y las Parroquias, por estructuras sociales centralizadas y excluyentes, subordinadas al poder central, como lo son las Ciudades Comunales, atentan contra los valores y principios del Estado federal descentralizado que para el Estado democrático social de Derecho y de Justicia propugna la Constitución para configurar la sociedad democrática que el constituyente previó como forma jurídica-política de la República.

⁴ Sobre “comportamiento comunal: como modo de relaciones sociales o de organización del ámbito social, ver, Alan Fiske, “Structures of Social Life”, citado por Raúl González Fabre, S. J., en [Poder económico y vida democrática”, en la obra colectiva *Crisis de la Democracia*, Cristina de la Cruz Ayuso y Javier Martínez Contreras, Editorial San Esteban 2010, Salamanca, España, p. 17-19.

ROMÁN J. DUQUE CORREDOR

e. Y, en quinto y último lugar, por todo lo expuesto, en razón del derecho inalienable del pueblo venezolano de vivir libremente en un estado ciudadano democrático y no en un estado comunal socialista, no cabe elección o alternativa alguna ni constitucional o legal, para sustituir el Municipio por la Comuna o por Ciudades Comunales, sino su desconocimiento con fundamento en los artículos 333 y 350, de la vigente Constitución. Para ello la fortaleza de un movimiento vecinal organizado puede ser un mecanismo.

LOS RETOS DEL CONSTITUCIONALISMO VENEZOLANO¹

Un conversatorio sobre Retos del Constitucionalismo Venezolano, a 20 años de la Constitución es de gran significación. Primero, por lo que implican las definiciones de RETO, como objetivodifícil de concretar, dedesafío y de estímulo. Y, segundo, porque constitucionalismo representa un movimiento político que propugna la supremacía de la Constitución cuando es desconocida su vigencia y que se ha definido como un conjunto de ideas, actitudes y pautas de comportamiento, que proclaman el principio que la autoridad del poder del estado deriva y está limitada por la ley suprema. Es decir, según mi criterio, *la constitucioncracia*, o gobierno de la Constitución y de la Constitución. Bajo estas premisas creo, que el constitucionalismo en la actualidad en Venezuela tiene un reto. Su objetivo es el de restablecer el orden constitucional democrático. El desafío construir los fundamentos de ese restablecimiento y el estímulo el factor emocional que provoca la acción de conseguir el objetivo, que en nuestro caso es la libertad y los valores superiores del orden democrático. El reto, concretamente, es consolidar la doctrina de la transición democrática mediante el restablecimiento de la vigencia de la Constitución.

En el derecho comparado, en los supuestos de transición democrática, el proceso pasa por una nueva constitución, o por su reforma. En nuestro caso, por el contrario, pasa por el restablecimiento de la vigencia de la Constitución, ante su derogación de hecho. Por tanto, construir la doctrina que fundamente ese objetivo es el reto. Es decir, se trata de desarrollar el instrumento de ese restablecimiento. Instrumento este que, sin duda, se contiene en el enunciado del artículo 333, de dicho texto, en su Título VIII, de Protección de la Constitución, y, específicamente dentro, de las garantías que se contemplan en el Capítulo I de este Título. En concreto, la construcción de la doctrina del restablecimiento del orden constitucional consiste, en primer lugar, en el desarrollo de la garantía de ese restablecimiento; y, en segundo lugar, en la configuración del supuesto que justifique la aplicación de esa garantía.

¹ Intervención en representación del Bloque Constitucional de Venezuela en el Conversatorio "*Retos del Constitucionalismo Venezolano. A propósito de los 20 Años de la Constitución*"" , Universidad Monte Ávila, Centro de Estudios de Postgrado, Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional de Venezuela, Centro de Estudios del Pensamiento de Juan Germán Roscio, Caracas, 23 de enero de 2020.

El deber y el derecho de restablecer la efectiva vigencia de la Constitución que fuere derogada por cualquier medio distinta, que se contempla en su artículo 333 de la Constitución venezolana, en concordancia con su artículo 350, que consagra el derecho de desconocimiento del régimen contrario a los valores y garantías democráticos y que menoscabe los derechos humanos; y, por tanto, es una de las garantías de protección de la Constitución, que se encuentran bajo el Título VIII, que precisamente se denomina “De la protección de la Constitución, y dentro del Capítulo I de dicho Título, que se refiere a los medios de Garantía de vigencia de la Constitución. Este medio, como una medida excepcional, vendría a ser “*un orden provisional de la Constitución*” para resolver transitoriamente una crisis constitucional por la pérdida de la institucionalidad y para restablecer su normalidad, como una suerte de poder constituyente delegado de emergencia transitorio. Cuyo objeto es resolver transitoriamente dicha crisis restableciendo la supremacía de la Constitución. Ahora bien, el supuesto de la aplicación de la garantía del restablecimiento de la vigencia de la Constitución es su derogación de hecho, por la pérdida de la institucionalidad democrática, que es de la esencia del Estado de Derecho, que se proclama en el artículo 2º, constitucional. Es decir, la crisis o conflicto constitucional en razón de una situación anormal o anómala que impide el normal funcionamiento de las instituciones del Estado democrático de Derecho y por la ilegitimidad de origen y de ejercicio, en el caso de Venezuela, por la usurpación del poder ejecutivo, del poder constituyente originario y del máximo representante del poder judicial. Ese régimen excepcional transitorio es un modo de desconocer la autoridad usurpada, o régimen de facto, que contraría los valores, principios y garantías democráticos, que se reconoce en el artículo 350, de la misma Constitución. En mi criterio, pues, de los artículos 333 y 350, constitucionales, se desprende, como clausula implícita, la facultad o el derecho de desconocer la usurpación del poder por un gobierno de hecho, ante la inexistencia o la falta de institucionalidad del Estado de derecho, que permite ejercer un control constitucional popular para restablecer la vigencia de la Constitución, derogada de hecho; y que faculta a los poderes legítimos, en este caso, la Asamblea Nacional, como representante de la soberanía popular, de quien emanan los poderes del Estado, para que adopte medidas extraordinarias con esa finalidad de la reinstitucionalización del Estado constitucional de derecho; de acuerdo con el artículo 5º, de la misma Constitución, en concordancia con sus artículos 62, 201 y 167, numeral 1. En ejercicio de la referida facultad, la Asamblea Nacional, conforme su legitimidad que la habilita, dictó, en fecha 5 de febrero de 2019, un estatuto transitorio para encausar jurídicamente el hecho político de la transición democrática de la cesación la usurpación, el establecimiento de un gobierno de transición y la realización de elecciones libres y competitivas. Ante la inexistencia o la falta de institucionalidad democrática, por la derogatoria de hecho de la Constitución, se habilitaron por la Asamblea Nacional medidas extraordinarias para reconstruir esa institucionalidad, con base al artículo 333, ya citado, en garantía de protección de la Constitución, como lo es el Estatuto de La Transición a la Democracia para Restablecer la vigencia de la Constitución.

La construcción de la doctrina del restablecimiento de la vigencia de la Constitución, por la crisis institucional señalada, configurada por la usurpación del poder ejecutivo y del poder constituyente, y por la ilegitimidad del Tribunal Supremo de Justicia; requiere distinguir entre el medio de proteger el orden interno mediante estados de excepción y el medio de garantía constitucional de restablecimiento de la efectiva vigencia de la Constitución que ha sido derogada de hecho. En el primer supuesto, la institucionalidad existe, pero está amenazada o en peligro en situaciones de emergencia, o de crisis económicas, sociales, políticas, naturales o ecológicas; en cuyo caso, la protección de la Constitución, si son insuficientes las facultades que posee, corresponde al Poder Ejecutivo, mediante decretos de excepción, que tienen naturaleza de ley y hasta de modificación transitoria del régimen de las garantías constitucionales, bajo el control del Tribunal Supremo de Justicia y de la Asamblea Nacional, para adoptar medidas extraordinarias de protección de la estabilidad de las instituciones que se vean afectadas gravemente (Arts. 337 a 339, constitucionales). Por el contrario, en los supuestos de inexistencia de la institucionalidad democrática por la derogación de la Constitución, por poderes ilegítimos del Estado, por actos no previstos en ella; corresponde a la AN, como representación de la soberanía popular, que es titular del poder constituyente, la habilitación general para tomar medidas extraordinarias, mediante actos normativos transitorios de naturaleza constitucional, para restablecer la vigencia de la Constitución (Arts. 5º, 62, 201, 187.9, 233, 333 y 350). En el primer caso, de los estados de excepción, la institucionalidad existe, pero está amenazada o en peligro. En el segundo caso, la institucionalidad es inexistente, y por eso se atribuye a un poder constituyente delegado de emergencia transitorio, como lo es la legítima Asamblea Nacional, la potestad para el restablecimiento de la institucionalidad.

Concluyo señalando, que el reto del constitucionalismo venezolano en la actualidad, a los 20 años de la promulgación de la Constitución, principalmente es consolidar la doctrina de la transición democrática mediante el restablecimiento de la vigencia de la Constitución, ante su derogación de hecho.

LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA; GARANTE DE LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y BASE DE LA DEMOCRACIA SOCIAL

Caracas, 3 de septiembre de 2019

I. INTRODUCCIÓN A LA EXPOSICIÓN Y DEFENSA DEL CREDO DEMOCRÁTICO UNIVERSITARIO

La reciente sentencia de la Sala Constitucional, N° 324 del 27 de agosto de 2019, que desconoció la autonomía universitaria, no solo es un atentado contra la Constitución, sino contra la esencia misma de la sociedad democrática, que según el Preámbulo es el fin supremo que se tuvo presente para aprobar un nuevo texto constitucional; puesto que es un crimen contra la educación, que, dentro de los fines esenciales del Estado, es un proceso fundamental para alcanzar dichos fines, como se proclama en el artículo 3º, de dicho Texto; y que se fundamenta en el respeto a todas las corrientes del pensamiento, como se define constitucionalmente la educación en el artículo 102, de la misma Constitución. La referida Sentencia, además de violar la garantía institucional de la autonomía universitaria, consagrada en el artículo 109, constitucional, al imponer un sistema electoral violatorio de la naturaleza de las universidades de comunidad espiritual de profesores, al sustituirlo por un sistema de clases sociales; y al suspender y remover sus autoridades; sirve al propósito del presente régimen de violar el recinto universitario mediante la designación de autoridades interinas, para asumir su control e implantar una educación superior contraria a la libertad de cátedra, al pluralismo propio de la democracia y al pensamiento universal abierto a todas las corrientes. Es, por este atentado, que considero un deber exponer el credo universitario que, desde el advenimiento de nuestra democracia, en 1959, ha sido uno de sus valores fundamentales; para patentizar a la opinión nacional e internacional el crimen de lesa cultura que representa la mencionada sentencia.

II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA AUTONOMÍA UNI- VERSITARIA Y DE LAS LIBERTADES UNIVERSITARIAS

Para reforzar la libertad de enseñanza correspondiente al derecho de educación, la Constitución elevó a norma constitucional la autonomía universita-

ria, en su artículo 109, que implica el derecho de las universidades de autorregularse y de autodeterminarse administrativamente, y sobre todo de definir sus propios planes de estudio y de investigación, que si bien puede regularse por el legislador y supervisarse por el Ejecutivo Nacional para garantizar la calidad de la instrucción, no pueden anular su núcleo esencial. En este orden de ideas, aclara la Exposición de Motivos de la vigente Constitución, que la autonomía universitaria es inherente a la naturaleza de la universidad, para que la comunidad universitaria no pueda ser intervenida en su función de búsqueda de la verdad a través de la investigación científica, humanística y tecnológica para beneficio de la Nación. Igualmente, dicha Exposición de Motivos desglosa la autonomía universitaria en las libertades universitarias de planificación, de organización y de elaboración y de actualización de sus programas de investigación, docencia y extensión y de la inviolabilidad del recinto universitario. Con la consagración constitucional de la autonomía universitaria, se fue consecuente con el pensamiento civilista del Libertador, frente a la tendencia intervencionista en las universidades, contenido en los Estatutos Republicanos de la Universidad de Caracas, del 15 de julio de 1827, de contemplar para la institución universitaria su autonomía y un “*robusto patrimonio económico*”, y su propio gobierno, para “su buen funcionamiento académico y administrativo”¹. Pensamiento al cual el Licenciado Luis Sanojo le dio basamento jurídico, al elaborar, en 1868, el Proyecto de Ley sobre la Organización de las Universidades, que contempla la potestad gubernativa de las universidades para su claustro, y que lo convierte en el precursor de la autonomía universitaria en Venezuela².

Además, que la autonomía universitaria entendida en su verdadero sentido de garantía del ejercicio libre de pensamiento, de enseñanza y de cátedra, y no de prerrogativas económicas o sociales, como lo fue la universidad medieval, es la mejor protección de la libertad y la democracia, como se ha demostrado históricamente, frente a los gobiernos autócratas que pretenden poner al servicio de una ideología o de un partido, o de un Presidente, la institución universitaria, con el argumento de que su autonomía ampara intereses egoístas y privilegiados. Por ello, los Estados totalitarios y los gobiernos autoritarios, personalistas o tumultuarios, desconfían de la autonomía universitaria. Por tanto, en el presente Siglo globalizado, y en los momentos actuales en Venezuela, el trinomio Universidad, Autonomía y Democracia, sigue siendo no sólo inseparables sino indispensable para que las universidades puedan cumplir su misión de institución generadora, depositaria y difusora de los altos valores culturales, espirituales y sociales de la Nación, y base de nuestra democracia social; lo

¹ “Estatutos Republicanos de la Universidad Central de Venezuela 1827, Coediciones del Rectorado, p. 6, Caracas, 1987. Cfr, Carmona Rodríguez, Miriam, “Autonomía Universitaria, en el pensamiento del Licenciado Luis Sanojo: Siglo XIX”, Universidad Central de Venezuela, ediciones de la Biblioteca, EBUC, Colección Temas, pp. 35,36, Caracas, 2002.

² Carmona Rodríguez, Miriam, “Autonomía Universitaria, en el pensamiento del Licenciado Luis Sanojo: Siglo XIX”, antes citado, p 41.

cual exige, como doble condición necesaria para su propia existencia: la libertad de pensamiento y su extracción democrática, en palabras del fallecido y extraordinario científico del derecho público, Antonio Moles Caubet³.

En efecto, la autonomía universitaria es el mejor medio de protección de las libertades educacionales en la educación universitaria, puesto que consiste en su capacidad de autorregulación y de autodeterminación administrativa y de funcionamiento de la respectiva persona jurídica que presta el servicio público de la educación universitaria. Dicha autonomía, en consecuencia, descansa en los siguientes elementos fundamentales: 1) La potestad para orientar sus planes de estudio y de investigación de su sistema de educación. 2) La capacidad para darse libremente su propia organización académica y de concretar su libertad de enseñanza y económica. 3) La reserva legal, en el sentido que sólo por ley puede limitarse la libertad de las universidades, sin que se afecten sus elementos esenciales y únicamente para permitir la supervisión de la calidad de la instrucción y la observancia de las grandes directrices de la política educativa. 4) La inviolabilidad del recinto universitario como medio de protección de la autonomía universitaria. 5) El derecho de los profesores y estudiantes, principalmente, como miembros de la comunidad universitaria, de participar en los órganos de gobierno de las universidades y en sus decisiones. Y, 6) La existencia de un sistema verdaderamente democrático y de respeto pleno a las libertades públicas y a los derechos humanos que garantice efectivamente la autonomía universitaria⁴.

La Profesora Graciela Soriano de Gracia Pelayo define como esencia de la autonomía universitaria los siguientes ámbitos: 1) *Autonomía teleológica*, como libertad para establecer sus propios fines. 2) *Autonomía académica*, para la libertad de cátedra. 3) *Autonomía normativa*, como libertad para establecer sus reglas de funcionamiento. 4) *Autonomía gubernamental*, como libertad para darse sus propios órganos de gobierno. 5) *Autonomía económica y financiera*, como libertad para obtener y gestionar sus fondos adecuados al logro de sus fines. Y; 6) *Autonomía territorial*, como libertad para disponer y decidir sobre su propio espacio⁵. Estas autonomías constituyen el contenido de la autonomía universitaria como derecho educativo y cultural, como fundamento de las libertades esenciales del derecho de educación en materia de investigación científica, humanística y tecnológica. Ya que, por definición, la Universidad significa un espacio abierto a todas las corrientes del pensamiento universal y su discusión rigurosamente científica, como se expresa en el artículo 4° de la Ley de Universidades. Para el Profesor Benito Sansó Rotondo, Profesor que fue de la Universidad Central de Venezuela y Director de su Oficina Central de Asesoría Jurídica, las normas de rango sublegal de la educación

³ “El concepto de autonomía universitaria”, en Estudios de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1997, p. 271.

⁴ Moles Caubet, Antonio, Obra citada.

⁵ “Sobre la Autonomía Universitaria”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, 2005.

universitaria, forman parte de la “potestad autonómica de los órganos académicos”; porque es creada por la Universidad misma para atender a “sus propias peculiaridades y a las variantes de su acelerado proceso, en el cual está envuelto el interés de Venezuela”⁶. Al respecto vale la pena recordar las palabras del Profesor argentino Dr. Enrique Díaz de Guijarro sobre la defensa de la libertad de cátedra, fundamento de la autonomía universitaria: “*Cualquier acto que sea lesivo para la libertad de cátedra quiebra y anula la función magistral y reduce la Universidad a una mera instancia administrativa, privándola de su sentido humanista y formativo*”⁷.

Esa autonomía se afecta también cuando las universidades por compromisos políticos aceptan desformalizar sus currículos de estudios para facilitar la obtención de grados universitarios en perjuicio de la científicidad de las carreras, según la tesis, que se señaló con anterioridad, que distingue entre la universalización de la educación como compromiso ético y la calidad de la educación como un compromiso técnico, porque, se dice, si la educación no es para todos no es buena⁸. De lo que se trata en concreto, en mi criterio, es que la educación que llegue a todos sea buena o de calidad. Este debe ser el compromiso ético y técnico que implica el derecho de educación.

III. CONCLUSIÓN

La sentencia N° 324, del 27 de agosto de 2019, o el crimen judicial de lesa cultura, nos retrotrae a épocas de la universidad en tiempos de dictadura, que habían sido superadas en Venezuela, a partir de 1959; en las que las universidades eran su principal enemigo. Sentencia esta que es parte del accionar de la dictadura en la cultura, de considerar las universidades como un campo de guerra en donde hay que combatir las ideas, como define este accionar la magister Delfina Doval, de la Universidad Nacional de Entre Ríos, en el marco de la Exposición “40 años del Golpe (1976-2016)”, en la República de Argentina. Y que llama “*la ley de la peste*”, tal como es descrito en la obra de Camus, en el sentido de la persecución para sacar de las universidades las ideas que pudieran ser contagiosas para la sociedad, bajo la ideología del vaciamiento y el disciplinamiento en las instituciones educativas para organizar la sociedad de abajo hacia arriba. En ese orden de ideas del accionar de las dictaduras en

⁶ Sanso Rotondo, Benito, “Prologo a “Compilación Legislativa”, Universidad Central de Venezuela, Oficina Central de Asesoría Jurídica, Tomo I, Vol. I, (Leyes, Reglamentos y Resoluciones de la Universidad Central de Venezuela) Caracas, 1979, p. 14-15.

⁷ Saravía, José Manuel, Presentación a la Obra “Abogados y Jueces” de Enrique Díaz de Guijarro, Abeledo-Perrot, Monografías Jurídicas, Buenos Aires Argentina, 1959, p. 11 y 12.

⁸ Tesis expuesta por Cristovam Buarque, Senador y Ex-Ministro de Educación de Brasil, en la Conferencia dictada en el Congreso Internacional de Educación, organizado por la Fundación Santillana, en el Aula Magna de la Universidad Central de Venezuela, el día 22 de septiembre de 2005 (“El Nacional”, del 22 de septiembre de 2005, p. B20).

la cultura, la Dra. Carolina Kauffmann, de la misma Universidad, considera que el sistema consiste en vincular la política educativa con la política de la dictadura, y uno de los mecanismos de esa vinculación es destituir las autoridades universitarias y sustituirlas por colaboradores en las universidades⁹. La razón de este accionar de las dictaduras no es otro que acabar con la universidad en razón de que es un campo propicio para la movilización y la protesta por las libertades; por lo que dentro de sus víctimas mayormente se encuentran estudiantes, profesores y personal administrativo. Pero, la historia demuestra, que ese accionar no acaba con el espíritu democrático y pluralista universitario, porque las ideas no se matan. Por lo que las Facultades de Ciencias Jurídicas y de Derecho, tienen la responsabilidad en el claustro universitario, de denunciar la sentencia N° 324, de fecha 27 de agosto de 2019, como un crimen contra el derecho a una educación libre y universal.

⁹ “Miradas sobre la universidad en tiempos de dictadura” (<https://www.fc.edu.uner.edu.ar/?p=15988>).

LA SALA CONSTITUCIONAL CÓMPLICE DEL CRIMEN JUDICIAL DE LESA CULTURA PATRIA

5 de septiembre de 2019

La Sala Constitucional, mediante su Sentencia N° 324, del 27 de agosto de 2019, al modificar el sistema académico electoral de elección de autoridades universitarias, atentó una vez más contra una de las instituciones más preclaras del sistema democrático del Estado de Derecho, como lo es la autonomía universitaria, que por ser fundamento del derecho a la educación libre, al derecho a la cultura, al derecho de la libertad de pensamiento y de expresión, a la libertad de cátedra y al derecho de libre desenvolvimiento de la personalidad puede considerarse u “*crimen judicial de lesa cultura patria*”. Y dicha sentencia constituye una involución a épocas de la universidad en tiempos de dictadura, en las que las universidades eran su principal enemigo.

Parte del accionar de una dictadura en la cultura es considerar las universidades como un campo de guerra, según estudio de la Universidad Nacional de Entre Ríos, con relación a la política universitaria”, en la República de Argentina, durante la dictadura militar de 1973 a 1983 (“40 años del Golpe (1976-2016)”. Que en este estudio la denominan “*la ley de la peste*”, porque se trata de la persecución para sacar de las universidades las ideas que pudieran ser contagiosas para la sociedad. La razón de este accionar es acabar con la universidad por ser un campo propicio para la movilización y la protesta por las libertades. Este accionar consiste en destruir la institucionalidad democrática, principalmente de su autonomía, y, concretamente, su sistema de gobierno, para sustituir sus autoridades por colaboradores del gobierno. La estrategia de estos gobiernos dictatoriales se basa en una política contra la educación y la cultura, puesto que son elementos esenciales de la libertad de pensamiento, de expresión y de información. Estrategia esta, según Miguel de Unamuno, de eliminación del universalismo científico y de la conversión del claustro universitario en “*oficinas políticas de Estado, donde la cátedra no es más que un expediente oficial*”, o “*en el símbolo de la enseñanza oficial*”. Ello en base a una gobernabilidad de las universidades, que convierte el hambre del saber de la ciencia en un hambre del poder político. De muerte a la libre inteligencia, como afirmaba el mismo Unamuno. Por ello, yo he calificado la sentencia N° 324 de la Sala Constitucional del 27 de agosto de 2019 de “*crimen de lesa cultura*”. Y las Academias Nacionales, en Pronunciamiento del 29 de agosto de 2019, de “*fraude constitucional a la garantía de la autonomía*”.

Esta Sentencia N° 324 del 27 de agosto de 2019, la he calificado de crimen de lesa cultura, por tratarse de un crimen contra la educación, que, dentro de los fines esenciales del Estado, es un proceso fundamental para alcanzar dichos fines, como se proclama en el artículo 3°, de dicho Texto; y que se fundamenta en el respeto a todas las corrientes del pensamiento, como se define constitucionalmente la educación en el artículo 102, de la misma Constitución, que, sin duda, es un elemento esencial del derecho del libre desenvolvimiento de la personalidad, a que se contrae su artículo 20; y de atentado contra la legitimidad democrática del Estado de derecho en Venezuela, porque: Además de violar la garantía institucional de la autonomía universitaria, impone un sistema electoral violatorio de la naturaleza de las universidades de comunidad espiritual de profesores; suspende y prevé la remoción de sus autoridades; viola su autogobierno al contemplar la designación de autoridades interinas para asumir su control e implantar una educación superior contraria a la libertad de cátedra, al pluralismo propio de la democracia y al pensamiento universal abierto a todas las corrientes. Porque al exceder los límites del ejercicio de función jurisdiccional y al abusar de esta función, la Sala Constitucional deja de ser el último intérprete de la Constitución para constituirse en intérprete tiránico de la Constitución, “*transformándose en una instancia autoritaria y deslegitimada del poder*”.

En este contexto, de ilegitimidad democrática, se inscribe la Sentencia N° 324, en comento, como parte de la estrategia del Estado de violación masiva de los derechos fundamentales, en concreto del derecho de educación universitaria libre y autónoma. Derecho este que la Asamblea Nacional, en su Acuerdo del 18 de septiembre de 2018, incluye dentro de la Emergencia Humanitaria en la Educación. Dicha sentencia, supuestamente para garantizar la democracia en las universidades, interviene en su régimen de autogobierno, contempla el cese de las funciones de las autoridades universitarias como vacante absoluta en un plazo de seis meses y subvierte su sistema electoral de gobierno académico para convertirlo en un sistema de gobierno de la muchedumbre u oclocrático; bajo la amenaza de su intervención. Desde este punto de vista de la ilegitimidad democrática y de atentado al Estado de Derecho, la sentencia en comento es un evidente abuso del ejercicio de su función jurisdiccional por la Sala Constitucional, por las notas que ponen de relieve su carácter anti democrático y de abuso de poder. En efecto:

1. La sentencia es jurídicamente subrepticia porque fue publicada en el 1^{er} período vacacional de los tribunales, durante el cual las causas están paralizadas.

2. Es contradictoria, pues, entre otras cosas, en relación con una misma decisión que pronunció, dice actuar a instancia de parte y, a la vez, de oficio.

3. La Sala Constitucional sentenció en contra de lo solicitado, porque suspende cautelarmente los artículos 32, 32 y 65 de la Ley de Universidades, sobre el sistema electoral universitario vigente, cuando lo que se había pedido era la suspensión de efectos de una norma de la Ley Orgánica de Educación, el numeral 3 del artículo 34.

4. La Sala se atribuye potestades legislativas, e incluso constituyentes, porque ni la Constitución, ni ninguna ley, le atribuye competencia para reglamentar el sistema electoral universitario, ni para establecer un sistema electoral diferente

5. Desconoce las características de las medidas cautelares, bien porque las ignora o porque deliberadamente no las quiso observar; y porque las convierte en decisiones del fondo.

6. Por el larguísimo tiempo transcurrido en dicho proceso de 10 años sería una eventual denegación de justicia.

7. La Sala Constitucional es parte de la política de la ley de la peste del actual régimen dictatorial contra la autonomía universitaria y cómplice del crimen antidemocrático de lesa cultura de esa política.

CONCLUSIÓN

Mediante su Sentencia N° 324, del 27 de agosto de 2019, la Sala Constitucional atenta una vez más contra una de las instituciones más preclaras del sistema democrático del Estado de Derecho, como lo es la autonomía universitaria, que es un fundamento del derecho a la educación libre, al derecho a la cultura, al derecho de la libertad de pensamiento y de expresión, a la libertad de cátedra y al derecho de libre desenvolvimiento de la personalidad. Por ello, considero esta Sentencia de “*crimen judicial de lesa cultura patria*”. Además, esta sentencia nos retrotrae a épocas de la universidad en tiempos de dictadura, que habían sido superadas en Venezuela, a partir de 1959, en las que las universidades eran su principal enemigo. Porque pretende someter la libertad de cátedra al control político e ideológico del gobierno madurista militarista socialista, pero, la historia demuestra, que ese accionar no acaba con el espíritu democrático y pluralista universitario, porque las ideas no se matan. Porque al decir de Don Miguel de Unamuno: Que si bien los actos de la dictadura contra las universidades se “*profanan su sagrado recinto*”, cuando se les amenaza con suprimir esa libertad, en definitiva “*no convencen*”, a pesar de su fuerza, porque no persuaden.

LA SALA CONSTITUCIONAL Y EL DESPOTISMO

Caracas, 10 de octubre de 2006

Hace días atrás celebramos el 19 de abril de 1810. Uno de los protagonistas de la revolución civil que significó esta fecha, Juan Germán Roscio, escribió, desde el exilio su Ensayo “El triunfo de la libertad sobre el despotismo”. ¿Cómo describía Juan Germán Roscio el despotismo? Un Gobierno que irrespeta la soberanía popular. Un Gobierno que usa la fuerza para gobernar. Un Gobierno que violenta la separación de poderes. Un Gobierno que impone su pensamiento. Un Gobierno al cual sirven los tribunales. Un Gobierno donde el Poder Judicial es su amanuense. Un Gobierno donde los militares son privilegiados. Un Gobierno para el que no existen las libertades públicas. Un Gobierno que encarcela la disidencia. Un Gobierno donde los tribunales supremos convalidan su arbitrariedad. Un Gobierno que utiliza las leyes para ejercer un poder autoritario. Un Gobierno que utiliza la Constitución a su antojo. La anterior descripción es un verdadero test del despotismo.

El Gobierno que se subsuma en el test del despotismo viola todas las reglas de la democracia a las que se refiere nuestra Constitución, la Carta Democrática Interamericana y lo estándares del orden internacional que consagran el derecho a vivir en democracia en un Estado de derecho. Si aplicamos ese test al Gobierno de Venezuela se concluye que llena todas y cada una de las anteriores notas o características del despotismo. Con base al anterior test el presente Gobierno puede definirse como un despotismo judicial militar. Porque todas las notas anteriores le son aplicables. Aparte de lo anterior, lexicográficamente, para entender un régimen despótico, cuya definición es la de una autoridad absoluta no limitada por las leyes ni por un control constitucional, hay que recordar las siguientes definiciones: DICTADURA: Régimen político en el que una sola persona gobierna con poder total, sin someterse a ningún tipo de limitaciones y con la facultad de promulgar y modificar leyes a su voluntad. TIRANÍA: Forma de gobierno en la que el gobernante tiene un poder total o absoluto, no limitado por unas leyes, especialmente cuando abusa de él y contra los derechos humanos para cortar las libertades. PLUTOCRACIA: Régimen político en el que hay preponderancia de los ricos en el gobierno. DEMAGOGIA: Práctica política consistente en ganarse con halagos el favor popular. CLEPTOCRACIA: Sistema de gobierno en el que

prima el interés por el enriquecimiento propio a costa de los bienes públicos. AUTÓCRATA: Persona que ejerce la autoridad suprema en un Estado porque ejerce el poder ejecutivo, el legislativo, el judicial y el electoral. ESCLAVISMO JUDICIAL: Sometimiento de los jueces a los intereses de los poderes públicos y de los poderosos que esclaviza la Justicia.

Aparte de lo anterior, en la búsqueda del perfil del Gobierno chavista, no hay que olvidar la definición de SOCIALISMO DEL SIGLO XXI, como el mimetismo adoptado por el chavismo con la finalidad de camuflar el castro comunismo para pasar desapercibido como sistema político democrático. Los principales soportes de este régimen despótico, tiránico, plutócrata, demagogo, autócrata y esclavista judicial, son dos instituciones que actúan al margen de la Constitución. La Fuerza Armada Nacional y el Tribunal Supremo de Justicia. Primeramente, ¿quién podría afirmar objetivamente, como lo exige el artículo 328 de la Constitución, que la Fuerza Armada Nacional es una institución profesional sin militancia política? ¿Es posible calificarla, según ese mismo artículo, como institución al servicio de la Nación y no de persona o parcialidad política alguna? En segundo lugar, ¿puede afirmarse que hoy el Tribunal Supremo de Justicia es garantía de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales? Y como órgano jurisdiccional, ¿es posible afirmar en Venezuela, que el Tribunal Supremo de Justicia cumple con su obligación de asegurar la integridad de la Constitución, como se lo demandan los artículos 335 y 334, de la misma Constitución?

Al respecto, vale la pena referirse al papel de los tribunales constitucionales en el sistema democrático en un Estado de Derecho. Conforme el concepto de legalidad democrática y la función que debe cumplir la Jurisdicción Constitucional es necesario recalcar la misión que debe cumplir un verdadero tribunal constitucional, a los efectos de concluir sobre la participación o no de la Sala Constitucional venezolana como un soporte del despotismo. Un tribunal constitucional es el árbitro del juego democrático cuyo papel fundamental es asegurar el respeto a la soberanía popular y los derechos fundamentales y que su función primordial en ese caso de conflicto de poderes intervenir a favor y no en contra de la democracia. Cuando el tribunal constitucional interviene contra la democracia pierde legitimidad. En este caso el tribunal constitucional deja de ser el único intérprete de la Constitución, transformándose en una instancia autoritaria y deslegitimada del poder y que como tal debe ser denunciado. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, va contra la democracia, por ejemplo, al desconocer la voluntad popular manifestada el 6 de diciembre de 2015 del cambio político. Para ello utiliza su función jurisdiccional para cercar a la Asamblea Nacional y establecerle un cordón autoritario a favor del gobierno, desconociendo la representación popular que encarna. En sus sentencias la referida Sala Constitucional elimina las funciones legislativas de la Asamblea Nacional, sus potestades de control sobre los poderes públicos y sustituyéndola en estas funciones.

La Sala Constitucional, además, se ha convertido en el super poder del presente régimen despótico, desvirtuando su función jurisdiccional para concentrar sumisamente todo el poder en manos del Gobierno. La Sala Constitucional es parte y responsable del despotismo militar que existe en el país, puesto que se ha

prestado para eliminar el principio de la división de poderes y para convalidar la arbitrariedad. Finalmente, en razón de lo expuesto, es posible definir descriptivamente el presente Gobierno, de la siguiente manera:

Régimen político y forma de gobierno propio del socialismo del Siglo XXI, mediante una dictadura y tiranía de un Presidente autócrata que ejerce todos los poderes con una autoridad absoluta, suprema e ilimitada y no ilustrada, que usurpa y abusa del Poder y violenta los derechos humanos con el soporte militar, de multitud de milicianos o colectivos paramilitares; con el aval de la Sala Constitucional y con el esclavismo judicial y con vinculación preponderante con una nueva clase rica cívico-militar y con el asesoramiento cubano castrista, financiado con recursos petroleros sin control para ganarse con halagos y descuentos el favor popular ante la escases, el racionamiento y la inseguridad; al cual apoyan gobiernos totalitarios como el de Rusia y China.

Y de este régimen despótico el celador es la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y sus bedeles son quienes ejercen ilegítimamente la función jurisdiccional constitucional como magistrados. Hoy, más que nunca, la aplicación de la tesis de Juan Germán Roscio, del “Triunfo de la libertad sobre el despotismo”, tiene plena vigencia.

**LA ILEGITIMIDAD DE LA SENTENCIA DE LA
SALA DE CASACIÓN CIVIL N° 81 DE FECHA 16 DE ABRIL
DE 2021 (DIOSDADO CABELLO VS. EL NACIONAL, C. A.),
CONFORME EL ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y DE JUSTICIA**

Caracas, 18 de abril de 2021

**I. LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA FUNCIÓN JURIS-
DICCIONAL**

Conforme el postulado del Estado democrático de derecho y de justicia, la legitimidad del ejercicio de la función jurisdiccional está condicionada a la competencia de los tribunales y al cumplimiento del debido procedimiento establecido por la ley, según el artículo 257, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, en concordancia con el principio de legalidad a que se contrae su artículo 137, que determina, que, “*La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen*”. Además, para ejercer legítimamente la jurisdicción, el Poder Judicial, ha de respetar los principios de justicia e igualdad, de supremacía de la Constitución y de sujeción a la ley, a que se contraen los artículos 2°, 7°, 136 y 137, *ibidem*. Y, por otro lado, para que el proceso que han de seguir los tribunales sea en verdad un instrumento de la justicia, según el artículo 26, de la misma Constitución, los jueces deben garantizar los principios de una justicia imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos. Y, por último, además de la no sujeción a la ley, la legitimidad la pierde el Poder Judicial cuando en el ejercicio de la función jurisdiccional viola las garantías del debido proceso del derecho de defensa, del derecho de toda persona a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, con las garantías establecidas en la Constitución y del derecho a no ser juzgado por los mismos hechos: conforme lo establece el artículo 49, constitucional, numerales 1, 4 y 7, respectivamente.

Y por supuesto, cuando viola el principio de igualdad ante la ley, contemplado en el artículo 21, *ibidem*, si no respeta sus precedentes judiciales en casos del mismo tenor.

Por lo expuesto, independientemente del origen o no legítimo de la Sala de Casación Civil, en el Estado democrático de Derecho, esta Sala pierde legitimidad cuando no respeta las garantías constitucionales de los ciudadanos de ser juzgados por los jueces naturales, del derecho de la tutela judicial efectiva o de no ser juzgados por los mismos hechos: y de igualdad ante ley. Todos estas garantías y derechos son principios de tal envergadura, que su desconocimiento, total o parcial, no solo significa inconstitucionalidad e ilegalidad por violación de la Constitución y de la ley, sino pérdida de la legitimidad por el abuso del ejercicio de la función jurisdiccional.

II. LA PÉRDIDA DE LA LEGITIMIDAD DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL POR LA SENTENCIA N° 81 DE DEL 16 DE ABRIL DE 2021

En el caso de la demanda contra El Nacional, C. A., citada en el título de este artículo, la Sala de Casación Civil (SCC) actuó ilegítimamente reajustar la condena dictada en el respectivo proceso, por cuanto carecía de competencia para avocarse por cuanto se trataba de una causa donde ya existía sentencia definitivamente firme respecto de tal condena, y, por ende, cosa juzgada formal y material, que impide a cualquier juez revisar lo decidido. Y, además, la referida Sala no siguió el debido procedimiento establecido en la ley, porque admitió un avocamiento que legalmente es inadmisibles y continuó con su trámite, en contra de la prohibición contenida el artículo 25, numeral 16, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que prohíbe su admisión en juicios donde existe sentencia firme definitiva.

Por otro lado, además que haber decidido sin tener competencia por tratarse de un avocamiento prohibido por la ley, acordó que la indexación de la condena definitivamente firme se ajustara con base valor del petro, para la conversión monetaria del dólar, en lugar del valor del bolívar, que es la moneda de curso legal en Venezuela, con lo cual violó el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil que dispone que *“La sentencia definitivamente firme es ley de las partes en los límites de la controversia decidida y es vinculante en todo proceso futuro”*. Es decir, desconoció la cosa juzgada, en contra del derecho de tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 26, constitucional.

Por otro lado, la ilegitimidad de las sentencias por el incumplimiento de las condiciones de su legitimidad, son un caso de abuso de poder y, por ende, de corrupción del poder judicial. Y, por tanto, el Estado queda obligado al restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por esa omisión injustificada.

Y, en consecuencia, El Nacional, C. A., tendría derecho de exigir la responsabilidad personal de los magistrados o de la magistrada, e, igualmente, el Estado tendría el derecho de actuar contra éstos o éstas; según lo establece textualmente el numeral 8, del artículo 49, constitucional, ya citado.

III. PERDIDA DE LA LEGITIMIDAD DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL POR DESCONOCER LA DOCTRINA VINCULANTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL RESPETO A LOS PRINCIPIOS DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA, LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA IGUALDAD

Aún más, en el caso del avocamiento del juicio de Diosdado Cabello vs. El Nacional, C. A., la mencionada Sala decidió en contra de su propia jurisprudencia que establece que la base del cálculo de indexación debe hacerse en bolívares y que debe ser practicada tomando en cuenta los Índices Nacionales de Precios al Consumidor (I.N.P.C.), publicados por el Banco Central de Venezuela; o que en ausencia de estos Índices, ha de calcularse sobre la base del promedio de la tasa pasiva anual de los seis (6) primeros bancos comerciales del país, Y que además, para el cálculo de la indexación se debe ordenar siempre una experticia complementaria del fallo.¹ Es decir, que la Sala de Casación Civil mencionada, en su Sentencia N° 81 del 16 de abril de 2021, trató desigualmente a El Nacional, a diferencia de todos los otros casos anteriores en que ha aplicado el bolívar para la conversión monetaria del dólar, por lo que violó el principio de igualdad ante la ley y de imparcialidad. En efecto, además de todo lo anterior, la jurisprudencia hasta la sentencia definitivamente firme contra el Nacional era que la indexación en daño moral no procede porque el condenado solo sabrá el valor de ese daño cuando se dicte el fallo. Por tanto, la nueva doctrina que considera el daño moral como deuda dineraria sujeta a indexación, no cabe aplicarla porque es posterior a la demanda por el cual se condenó el daño. Al aplicar a un caso anterior, un cambio de criterio en asuntos del mismo tenor, la Sala de Casación Civil desconoció la doctrina vinculante de la Sala Constitucional que asentó que en garantía de la confianza legítima, la seguridad jurídica y la igualdad, tales cambios de criterios solo rigen para el futuro, pero no para los casos anteriores.² El desconocimiento de la doctrina vinculante de la Sala Constitucional, antes mencionada constituye una violación del artículo 335, de la Constitución, que dispone que “*Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República*”. E, igualmente, del artículo 4º, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, que ratifica tal obligatoriedad. Tal desconocimiento, en virtud de lo dispuesto en los numerales 10 y 11, del artículo 25, *eiusdem*, permitiría a la Sala Constitucional revisar la Sentencia de la Sala de Casación Civil, en comento, por cuanto desconoció un precedente dictado por la referida Sala Constitucional.

¹ Ver sentencias de la citada Sala: No. RC-865, de fecha 7 de diciembre de 2016, expediente No. 2015-438 y No. RC-538, de fecha 7 de agosto de 2017, expediente No. 2017-190 y No. RC-517 de fecha 8 de noviembre de 2018) Exp. AA20-C-2017-000619).

² Ver sentencias No. 1588 del 11 de noviembre de 2013 y No. 956 del 1º de junio de 2001, y sentencia de fecha 8 de junio de 2013 (Exp. -09-1236).

Asimismo, la Sala de Casación Civil no respetó anteriores precedentes, en materia de avocamiento, de las diversas Salas del indicado Tribunal Supremo, que establecen el criterio de que ese medio especial, excepcional y exclusivo, solo tiene aplicación durante los juicios en trámite, pero no en los supuestos en los que exista una sentencia definitivamente firme. Por tanto, al desconocer tales precedentes, dicha Sala violó, en cuanto al respeto a la tutela judicial efectiva, las garantías constitucionales del debido proceso y del derecho a la defensa y los principios de la igualdad ante la ley y de la seguridad jurídica. Derechos y principios estos fundamentales en un Estado democrático y de Derecho y de Justicia. En efecto, en la Sentencia, en comento, se reconoce que, en el juicio mencionado contra El Nacional, C. A., la sentencia de instancia había quedado definitivamente firme, al haber desistido la demandada del recurso ordinario de apelación intentado en su contra; siendo este desistimiento homologado por sentencia firme de la alzada, tal como fue reseñado en la misma Sentencia de marras. Es decir, la Sala de Casación Civil carecía de jurisdicción para modificar el dispositivo de la sentencia de instancia, por lo que esa falta de jurisdicción es un caso grave de incompetencia absoluta, que determina, sin duda, la pérdida de legitimidad de la referida Sala. Aparte de lo anterior, en el peor de los casos que por un nuevo criterio fuera admisible el avocamiento, lo cual es un supuesto negado, ya que el artículo 25, Numeral 16, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia solo admite el avocamiento siempre que no haya recaído sentencia definitivamente firme; necesariamente habría de aplicársele la doctrina vigente para ese momento que considera inadmisibles el avocamiento en los casos de juicios donde la sentencia adquieren el valor de cosa juzgada.

El anterior desacato, de su propia doctrina y del Tribunal Supremo de Justicia, puesto que la sentencia de instancia había quedado firme desde el 14 de noviembre de 2018, quebranta el principio de confianza legítima y de la expectativa plausible respecto del mantenimiento y estabilidad de los criterios jurisprudenciales y violenta el principio de la igualdad procesal y de la seguridad jurídica, pilares del de Estado democrático de Derecho. En efecto, si supuestamente en el juicio o proceso contra El Nacional existían vicios procesales que se alcen contra el debido proceso y la tutela judicial efectiva, si ya se había dictado sentencia definitivamente firme con valor de la autoridad de cosa juzgada material, nada justificaba recibir a trámite una solicitud de avocamiento, porque tal supuesto resulta ser un motivo de su no admisibilidad según la Ley que rige el Tribunal Supremo de Justicia.

No cabe duda alguna que la Sala de Casación Civil violó el debido proceso al subvertir normas procesales que regulan los modos de actuación que caracterizan el instituto del avocamiento, definido desde hace mucho tiempo, como una excepción al principio del juez natural, cuando alguna de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, de oficio o a petición de parte, tenga noticias de graves quebrantamientos al orden público procesal y en ese supuesto asuma sin la interposición de recurso alguno, el conocimiento de la causa a fin de establecer en un primer grado de conocimiento, si en verdad existen al menos indicios vehementes de una lesión a los derechos fundamentales de las partes interesadas en el conflicto donde se originaron dichas transgresiones. Por tal

excepcionalidad, la Ley que rige el Tribunal Supremo de Justicia impide a cualquiera de sus Salas avocarse en los juicios donde existan sentencias definitivamente firmes.

Tampoco existe duda que la Sala de Casación Civil violentó gravemente el principio del juez natural, al desconocer no solo criterios vinculantes que desarrollan la figura del avocamiento, sino que además atentó contra la seguridad jurídica al quebrantar la cosa juzgada material de una sentencia ya firme que ya había condenó al Diario El Nacional a pagar una indemnización por daño moral. En este orden de ideas, como lo reconoce el mismo Tribunal Supremo de Justicia, la autoridad de la cosa juzgada cubre lo deducido y lo deducible que sea consecuencia de una sentencia firme, por lo que procedió ilegítimamente la Sala de Casación Civil, en atención a lo dispuesto respecto del ejercicio legítimo de la función jurisdiccional por el artículo 257, constitucional, al abrir nuevas fases de decisión sobre un asunto ya resuelto con fuerza de cosa juzgada. La intangibilidad de la sentencia definitivamente firme es un principio que encierra la noción más elemental de la cosa juzgada material, salvo que ésta sea calificada de dolosa, en cuyo caso, por excepción, cabe cuestionarla, pero por otro tipo o modo de impugnación mas no, a través de un avocamiento.

IV. ASPECTOS RESALTANTES DE LA ILEGALIDAD E ILEGITIMIDAD DE LA SENTENCIA N° 81 DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL DEL 16 DE ABRIL DE 2021

Si bien, los anteriores quebrantamientos constitucionales y legales redundan en vicios gravísimos y de alta entidad respecto de la ilegitimidad del ejercicio de la función jurisdiccional por parte de la Sala de Casación Civil al avocarse en un juicio donde existía sentencia definitivamente firme para mediante un inadmisibles avocamiento modificar tal sentencia, también lo son, otros aspectos de la pérdida de legitimidad por el fallo comentado de la Sala de Casación Civil, que me permito reseñar a continuación:

a. La doctrina dominante para la época de la publicación del fallo, objeto y sujeto de avocamiento, regulaba de una manera especial el tema del ajuste monetario o de indexación judicial. Hoy, la tesis es que el juez, en materia civil, la puede aplicar de oficio sin que sea importante su alegato oportuno, sea con el escrito de la demanda o de la reconvencción³. Pero, aun considerando esta nueva doctrina, ésta no tiene recepción en el caso Cabello vs. El Nacional, porque se trataba de una condena firme de daño moral. Y el Tribunal Supremo de Justicia, por intermedio de la Sala Constitucional ha conformado como norma que el daño moral requiere un tratamiento diferente al daño pecuniario o material y, que, por principio, no puede el juez indexar discrecionalmente su condena⁴. Entre otras razones, porque antes de la sentencia de condena no se sabe cuál es el valor de esa condena, ya que es la sentencia la que a la postre fija ese valor.

³ Cf. SCC N° 517 de 08-11-2018).

⁴ Sentencia N° 637 de 12-12-2018.

b. Por otro lado, por la naturaleza moral de la condena el juez está en la imposibilidad técnica de ajustarla. Solo a lo sumo, si la parte condenada no cumpliera voluntariamente con el dispositivo del fallo. En este caso, en garantía del debido proceso, el tribunal de la ejecución debe abrir una articulación probatoria para establecer si había o no el derecho a la indexación y acordar una experticia complementaria del fallo antes de la ejecución forzada. Porque de lo contrario, el juez resolvería sin conocimiento de causa y desconocería el derecho de defensa del condenado. En este punto, la doctrina de la Sala de Casación Social es clara y precisa en materia laboral, ya que solo castiga al patrono que impide la ejecución, en razón de que así lo prevé el artículo 185 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en el sentido de que la indexación cubriría el lapso que va del decreto de ejecución del fallo hasta el día del pago, pero nunca desde la admisión de la demanda, justamente porque la parte desconoce el valor último de la condena.

c. Desde otro orden de ideas, la Sala de Casación Civil, en Sentencia N° 632 del 15-10-2014, estableció la imposibilidad de la indexación del daño moral, por lo que, si el nuevo criterio de la Sala de Casación Civil, posterior a la demanda, es que la indexación si procede en el daño moral, como deuda dineraria, a diferencia de la jurisprudencia anterior, tal criterio no es aplicable en el Caso *Cabello vs. El Nacional*, porque tal criterio es posterior a la sentencia definitivamente firme que fijó el monto a pagar, conforme los precedentes jurisprudenciales vinculantes de respeto de los principios de la confianza legítima y de la expectativa plausible.

d. Además, la doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, establecida en su Sentencia N° 576 del 20 de marzo del 2006, declara que la indexación en los procesos de daños y perjuicios, a pesar de la discrecionalidad que puedan tener los jueces para fijar la indemnización, sobre todo respecto de los daños que no representen un interés social, comenzada la ejecución no pueden ir variando esta cantidad por motivo de nuevas indexaciones, puesto que se trata de una cantidad ya fijada mediante sentencia definitivamente firme. De modo que abierta la fase ejecutiva esta no se encuentra abierta indefinidamente para que dentro de ella se vayan articulando nuevos cobros. Asimismo, según la doctrina citada un ajuste en la prestación del deudor una vez abierta esta fase de ejecución es un abuso de derecho que no puede alentarse. Y, además, que los jueces han de señalar una base efectiva y cierta, comprobable, o mediante experticia complementaria del fallo, para el ajuste o resarcimiento de la condena, sobre todo cuando no se trata de asuntos contractuales o extra contractuales. Hubo, pues, una ruptura al equilibrio procesal fuente inagotable de indefensión, que la Sala de Casación Civil no conjuró, sino que estimuló. Pero, con todo, esa actual doctrina resulta quebrantada porque mantiene la misma visión en cuanto a la procedencia del ajuste en materia de daño moral.

e) La Sala de Casación Civil en Sentencia N° 13 del 04-03-2021, admitió que en los procesos civiles en el estado de ejecución de sentencias, si el efectivo pago de lo adeudado y condenado a pagar al deudor moroso no se materializa en el lapso establecido en el artículo 524 del Código de Procedimiento Civil, al tener que decretarse la ejecución forzosa y todos los trámites que ello

implica, para proteger el derecho de quien ha obtenido una resolución favorable; el juez está facultado para ordenar la realización de nuevas experticias complementarias para el cálculo de la indexación que se cause producto del tiempo transcurrido desde el decreto de ejecución forzosa hasta el pago definitivo. Y que, para ello, puede ordenar nueva indexación sobre el monto condenado durante el procedimiento de ejecución forzosa, excluyendo de dicho cálculo, los lapsos sobre los cuales la causa se hubiese paralizado, pero tomando como base los índices inflacionarios correspondientes fijados por el Banco Central de Venezuela, para lo cual debe realizar una experticia complementaria del fallo. Pues bien, en el Caso *Cabello vs. El Nacional*, en la sentencia N° 81, dictada al mes siguiente, el 16 de abril de 2021, además de ser ilegítimo el avocamiento, aun el supuesto de que fuera aplicable el anterior criterio, ni siquiera aplicó tales previsiones para la certeza del ajuste por indexación.

V. CONCLUSIÓN

Puede concluirse, que la Sala de Casación Civil, con la Sentencia N° 81 de 16-04-2021, dictó un fallo inconstitucional por las razones señaladas, al incurrir en un ejercicio ilegítimo de la función jurisdiccional, pues nunca tuvo jurisdicción para avocarse en un juicio donde existía sentencia definitivamente firme y al manipular con absoluta arbitrariedad el tema del avocamiento y de la indexación; y al asumir las funciones de juez natural y al desconocer el valor de cosa juzgada de las sentencias firmes. Y, además, desató, para decidir el avocamiento en el caso de la condena contra El Nacional, precedentes jurisprudenciales vinculantes que declaran inadmisibles el avocamiento en los juicios donde existe sentencias definitivamente firmes, lo que implica la violación del principio de igualdad ante la ley y de la igualdad procesal. Y, violó la prohibición legal expresa de admitir avocamientos en casos de sentencias definitivamente firmes

Por otro lado, la ilegitimidad de las sentencias por el incumplimiento de las condiciones de su legitimidad, son un caso de abuso de poder y, por ende, de corrupción del Poder Judicial. Y, por tanto, el Estado queda obligado al restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por esa omisión injustificada. Y, en consecuencia, El Nacional, C. A, tendría derecho de exigir la responsabilidad personal de los magistrados; e, igualmente, el Estado el derecho de actuar contra éstos, según lo establece el numeral 8, del artículo 49, constitucional, ya citado.

LAS GARANTÍAS JUDICIALES Y SU PROTECCIÓN EN EL CASO DE ESTADO DE EXCEPCIÓN DE ALARMA POR LA PANDEMIA DEL COVID-19

Caracas, 30 de mayo de 2020

Si bien el estado de excepción de alarma ocasionada por el COVID-19, permite limitaciones a la libertad de circulación de las personas y de su presencia en los lugares públicos y la suspensión de las actividades públicas y privadas, sin embargo, la garantía del debido proceso no puede suspenderse de un modo que no pueda ejercerse como derecho fundamental. Por lo que el Poder Judicial no puede interrumpir su función jurisdiccional. Los decretos de estado de excepción exhortan al TSJ para que adopte previsiones que regulen sus efectos en el funcionamiento del Poder Judicial y sobre los procesos judiciales. El TSJ, en razón de esta exhortación solo ha dispuesto la suspensión de los plazos procesales, la no habilitación de los días de despacho, salvo para los procesos penales y de amparo y turnos guardia para estos procesos; y que la Comisión Judicial y la Inspectoría General de Tribunales para las labores de coordinación, inspección y vigilancia deberán priorizar el uso de medios electrónicos y páginas web oficiales, pero no para los procesos en curso o que pueden presentarse. El TSJ puede disponer también, con fundamento en los decretos de excepción, que tienen jerarquía legal, y en los artículos 26, 29, 49, 110, 334, 337 y 339, constitucionales; no solo previsiones puramente organizativas, sino incluso reglas procesales, mediante la aplicación analógica, entre otras leyes, de la Ley de Infogobierno, para la utilización de medios electrónicos y de páginas web oficiales para el trámite de los procesos judiciales de todo recurso, no solamente de amparos o de causas penales, que se requiera por la urgencia de protección y de tutela judicial efectiva de un derecho o interés legítimo afectado por un daño irreparable o por un peligro o amenaza inminente. Baste señalar que la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, por ejemplo, para la restitución inmediata de servicios públicos por su falta de prestación o su deficiencia de servicios públicos prevé el procedimiento breve de urgencia en el cual las audiencias orales y públicas han de realizarse por medios audiovisuales y hacerse constar en grabaciones.

Estos medios han sido aplicados por el TSJ, en casos ordinarios, como solicitudes de extradición y de menores en el exterior y para las audiencias de su Sala Penal, en donde autorizo la realización de audiencias virtuales; y la Sala Plena

creó el expediente judicial electrónico en materia de delitos de violencia contra la mujer y del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente. Igualmente creó el Modelo denominado “Juris 2000” como sistema informático para la automatización de expedientes, distribución de causas, libro diario de actuaciones, elaboración de documentos, publicación de sentencias, elaboración, distribución y consignación de boletas, control de ubicación de expedientes y suministro de información al público. Por otra parte, la Ley del Infogobierno establece los lineamientos de la información de la gestión pública para garantizar el ejercicio de los derechos de las personas a través de las tecnologías de información, y expresamente consagra el derecho de las personas de dirigir cualquier tipo de petición a los órganos del Poder Público, haciendo uso de las tecnologías de información existentes. Además, contempla el Subsistema de Informática Forense para realizar cómputos procesales y presentar datos que sean válidos dentro de un proceso legal. Y, dicha Ley contempla, además, el principio de interoperabilidad por el que los diferentes órganos públicos, como lo es el TSJ, o los tribunales, pueden solicitar de otros entes del Estado o de sus empresas que faciliten los medios necesarios para permitir la realización de los actos procesales telemáticos. Pues bien, en mi criterio el TSJ, con fundamento en los exhortos de los decretos de estados de excepción, y con base a estas leyes, y en los artículos 26, 29, 334, 337 y 339, constitucionales, y en los tratados internacionales que contemplan estas garantías judiciales del debido proceso, en su protección, ha podido disponer la creación en los tribunales de Salas Virtuales para la celebración procesos telemáticos durante el estado de excepción de alarma, a través de plataformas de meeting o de reunión online, con conexión a internet, cámara web y micrófonos para videos conferencias y para presentar de modo telemático demandas, escritos o documentos, incorporados al expediente judicial electrónico. Así como establecer un sistema telefónico de atención al público o a través del correo electrónico habilitado a tal efecto. Para lo cual, el TSJ, conforme el principio de interoperabilidad de la Ley de Infogobierno, puede solicitar de otros entes del Estado o de sus empresas que faciliten los medios necesarios para permitir la realización de los actos procesales telemáticos. E, incluso la Ley del Sistema de Justicia establece que para el ejercicio del derecho del debido proceso la Comisión Nacional que crea, de la cual forma parte el TSJ, debe procurar que los entes que componen dicho Sistema mantengan portales electrónicos e instrumentos de comunicación que aseguren a toda persona el ejercicio del debido proceso, principalmente a quienes se encuentren situación de vulnerabilidad

La conclusión, de lo expuesto, es que que la Administración de Justicia debe estar preparada, para los casos de los estados de excepción para garantizar el derecho del debido proceso que no puede ser restringido. Por ejemplo, prever la aplicación de las nuevas tecnologías a las actuaciones procesales mediante presencia telemática, siempre para lo cual debe disponer para los tribunales los medios técnicos necesarios para ello, para evitar en la medida de lo posible, excesivas concentraciones en las sedes judiciales. Y para ello, podría solicitar de otros entes del Estado que faciliten a los tribunales los medios necesarios para permitir la realización de los actos procesales telemáticos.

**ESTADO DE EXCEPCIÓN DE ALARMA POR LA
PANDEMIA DEL COVID-19 Y
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA**

15 de mayo de 2020

I

La calamidad pública del Covid-19, considerada como pandemia por la Organización Mundial de la Salud, determinó la declaratoria del estado de excepción en Venezuela, por el gobierno de Nicolás Maduro, prorrogado hasta el presente, bajo la categorización de un caso de alarma, según los decretos Nos. 4.160 y 4.161, de fecha 13 de marzo; N° 4.186 del 12 de abril; N° 4.194, del 4 de mayo y N° 4.198 del 12 de mayo; todos de este mismo año de 2020. Tal declaratoria implica restricciones al ejercicio de los derechos y garantías consagrados en la Constitución, salvo las indicadas en el artículo 337, de la misma Constitución y en el artículo 7°, de la Ley Orgánica de Estados de Excepción; y sin que ello signifique la no aplicación de las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como lo advierte el artículo 339, de la misma Constitución. Una de esas garantías es la del debido proceso, contemplada en el artículo 49, constitucional, que es parte del macro derecho de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 26, de la misma Constitución. Estas declaratorias del estado excepción de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, entre otras medidas, han significado limitaciones a la libertad de circulación de las personas y para su presencia y permanencia en los lugares públicos, así como la suspensión de las actividades públicas y privadas. Mediante decreto N° 4159 del 13 de marzo del presente año, tras la confirmación de los primeros casos, el gobierno de Nicolás Maduro, decretó un Estado de Alarma que le habilita a tomar medidas extraordinarias para gestionar la situación sanitaria, por lo que había suspendido todas las actividades laborales, comerciales y escolares con excepción de las actividades de servicio social y de necesidad apremiante (distribución de alimentos, servicios sanitarios de salud, de seguridad y de transporte) a partir del día 15 de marzo de 2020, a los fines de fortalecer las medidas de prevención y evitar la propagación del coronavirus COVID-19 en el país. Sin embargo, como se señaló anteriormente los estados de excepción no implican la restricción de garantías fundamentales, como las

del debido proceso; por lo que su suspensión no está autorizada por el artículo 337 de la Constitución, ni por el artículo 7º, de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción. Y, además, porque según el artículo 339, antes mencionado, las declaratorias de los estados de excepción no interrumpen el funcionamiento de los poderes públicos, entre ellos, de los órganos del Poder Judicial. Asimismo, debe destacarse que, en los decretos que declaran el estado de excepción de alarma por la Pandemia del Covid-19 se exhorta expresamente al Tribunal Supremo de Justicia para que adopte provisiones no solo sobre el funcionamiento de los órganos que integran el Poder Judicial, sino también provisiones normativas pertinentes que regulen los efectos de la aplicación de las medidas de restricción de tránsito o suspensión de actividades sobre los procesos llevados a cabo por el Poder Judicial o sobre el funcionamiento de los órganos que lo integran¹. Fue así, como el referido Tribunal, en razón de la declaratoria del estado de excepción, mediante Resolución N° 001-2020, de fecha 20 de marzo de este año, de su Sala Plena, dispuso, en el ámbito de la Administración de Justicia, la suspensión de los términos y plazos procesales, la inhabilitación de los días de despacho, con las solas excepciones de los procesos penales y de amparo constitucional, para lo cual indicó que los tribunales debían permanecer en guardia, así como la Sala Constitucional y la Sala Electoral, pero no las Salas Civil, Social y Político Administrativa. Igualmente, en Resolución N° 002-2020, de fecha 13 de abril de este año, el Tribunal Supremo de Justicia, aprobó en Sala Plena la prórroga por 30 días del plazo establecido en la Resolución N° 001-2020, que dispone que ningún tribunal despachará desde el lunes 13 de abril hasta el miércoles 13 de mayo de 2020. Y, en Resolución N° 003-2020 de fecha 13 de mayo de 2020 la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, prorrogó por 30 días continuos el plazo establecido en la Resolución 002-2020, dictada por la misma Sala en fecha 13 de abril de 2020.

II

Según estas provisiones, ningún tribunal despachará desde el miércoles 13 de mayo de 2020 hasta el viernes 12 de junio de 2020, ambas fechas inclusive, por lo que las causas permanecerán suspendidas y no correrán los lapsos procesales. La suspensión del periodo anteriormente mencionado no será efectiva para los casos en materia de amparo constitucional, por lo que los jueces estarán en obligación de tramitar y sentenciar dichos procesos, siendo aplicable esta disposición a las Salas Constitucional y Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, que deberán permanecer de guardia durante la duración del estado de contingencia. Se mantendrá la continuidad del servicio público de administración de justicia en materia penal solo para asuntos urgentes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 156 del Código Orgánico Procesal Penal. Los magistrados de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), deberán mantener el quorum legal necesario durante el periodo de contingencia establecido en la Resolución, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Las máximas autoridades de los Juzgados Nacionales en lo Contencioso Administrativo, en los Circuitos Judiciales Pena-

¹ Disposición Final Quinta del Decreto No 4.161, de fecha 13 de marzo de 2020.

les, Laborales, así como en los Circuitos Judiciales con competencia en materia de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y en Tribunales con competencia en materia de Delitos de Violencia contra la Mujer, deberán adoptar las medidas conducentes a garantizar el oportuno acceso a la Justicia en dichas circunscripciones. La Comisión Judicial y la Inspectoría General de Tribunales, deberán atender con celeridad todo reclamo que se formule en relación con lo dispuesto en la Resolución 003-2020, por lo que deberán establecer un sistema de guardias a fines de ejecutar sus respectivas labores de coordinación, inspección y vigilancia, priorizando el uso de medios electrónicos y páginas web oficiales. Y, por último, se establece el uso obligatorio de guantes y tapabocas en todas las sedes judiciales del país, por lo cual todos los jueces y funcionarios del Poder Judicial deberán tomar las medidas sanitarias correspondientes en la ejecución de sus actividades. Y, por su parte, en las diferentes Circunscripciones Judiciales solo se han indicado los horarios de guardia de los tribunales y un número telefónico para tales fines y se les ha instruido para que mediante avisos informen que: No hay Despacho”, pero no se indican cuáles son los medios electrónicos y páginas web oficiales que se han priorizado. Por ejemplo, la Resolución No. 05/2020 de la Rectoría de la Circunscripción del Estado Lara.

Puede observarse que las anteriores previsiones, en verdad, no otorgan prioridad al acceso a la Justicia, salvo en casos penales o de amparo constitucional; y, que tampoco indican medio alguno tecnológico para asegurar este derecho, en los casos que se requiera la protección jurisdiccional de derechos o intereses legítimos, afectados por peligros o amenazas inminentes de daños irreparables. Por ejemplo, en estas circunstancias de estado de excepción de alarma por calamidad pública, como lo es la pandemia del Covid-19, la prestación de servicios públicos es esencial para la protección del derecho a la salud, para lo cual el ejercicio del derecho de acceso a la Justicia es primordial para requerir estos servicios. De allí, por ejemplo, la importancia del procedimiento breve a que se refiere la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para los casos precisamente de omisión, de demora o de deficiente prestación de estos servicios públicos, en cuyo procedimiento, en razón de la urgencia, se establece, en artículo 73, que para la audiencia oral se deben utilizar medios audiovisuales, cuyas grabaciones formaran parte del expediente. Y sobre esta exigencia nada se dispone por el Tribunal Supremo de Justicia.

III

En este orden de ideas, la prioridad de la garantía del debido proceso en los estados de excepción, es decir, del acceso a la justicia; ha sido reconocida por el Derecho internacional de derechos humanos, como se desprende de la Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre las garantías judiciales en estados de emergencia². En esta Opinión la Corte mencionada, dictaminó que, estas garantías deben considerarse indispensables y que por tanto, no son susceptibles

² https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf

de suspensión en estos estados de emergencia, no solo en materia de amparo, sino respecto de cualquier otro recurso ante jueces competentes, puesto que su finalidad es garantizar el respeto a los derechos y libertades, cuya suspensión no está autorizada; en razón de integrar el marco y los principios del debido proceso, conforme el artículo 8º, de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo correlativo es el artículo 49, de la Constitución venezolana.

IV

Ahora bien, bajo el contexto de la ejecución directa de la Constitución y de la Ley Orgánica que los rige, los decretos de declaratoria de estados de excepción se consideran de jerarquía legal³, por lo que según el exhorto contenido en estos decretos para que el Tribunal Supremo de Justicia adopte previsiones normativas pertinentes sobre sus efectos en la Administración de Justicia, estas previsiones no se tratan solo de medidas organizativas sino también de reglamentación de reglas y normas procesales, que garanticen el debido proceso y sus garantías judiciales, tanto para las causas en curso, como para el ejercicio de las acciones y recursos que se requieran durante la vigencia del estado de excepción que ya es de tres (3) meses. Al respecto, creo pertinente recordar que el Tribunal Supremo de Justicia, en resguardo de este derecho, aun sin una habilitación previa de estados de excepción, en casos ordinarios, se ha considerado con facultad para aplicar analógicamente medios informáticos o telemáticos para tramitar procedimientos o realizar audiencias audiovisuales donde se requiera la presencia de los sujetos procesales que no pueden estar presentes. Por ejemplo, en procesos de solicitud de extradición, según Sentencia N° 260 de la Sala de Casación Penal, del doce (12) de agosto de 2014; y en casos de menores, según sentencia N° 1 de 27 de enero de 2011, la Sala Constitucional dispuso realizar una videoconferencia desde el Consulado de Venezuela en la ciudad de Vigo, España, para que la parte interesada pudiera ser oída en un procedimiento seguido por dicha Sala. Aún más, en Resolución N° 20161, de fecha 12 de diciembre de 2016, la Sala de Casación Penal consagró la Participación Telemática de los Sujetos Procesales en sus Audiencias, y la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, en Resolución N° 2018-0014, de fecha 21 de noviembre de 2018, creó el expediente judicial electrónico solo en materia de delitos de violencia contra la mujer y los del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente. E, incluso, mediante Resolución de la Sala Plena N° 70 de fecha 27 de agosto de 2004, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.015 de fecha 3 de septiembre de ese mismo año, el mencionado Tribunal creó el Modelo de Organizacional de Tribunales o Sistema de Gestión, Decisión y Documentación, denominado “Juris 2000”, como uno de los productos del “Proyecto de infraestructura de apoyo al Poder Judicial”, calificado de sistema informático para la automatización de creación de expedientes, distribución de causas, libro diario de actuaciones, elaboración de documentos, publicación de sentencias, elaboración, distribución y con-

³ Ver, Rondón de Sanso, Hildegard, “Los estados de excepción en el Derecho venezolano”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 7, 2016, pp. 296-299.

signación de boletas, control de ubicación de expedientes y suministro de información al público. De los fundamentos jurídicos informáticos, en las que el Tribunal Supremo de Justicia se ha apoyado para establecer actos procesales telemáticos⁴; merece citarse la Ley del Infogobierno que para garantizar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes de las personas a través de las tecnologías de información. establece los lineamientos que rigen el uso de las tecnologías informáticas de la gestión pública para garantizar el ejercicio de los derechos de las personas a través de las tecnologías de información, entre otros, según su artículo 8, el derecho de dirigir cualquier tipo de petición haciendo uso de las tecnologías de información a los órganos del Poder Público. Y que, además, contempla, en su artículo 5º, numeral 9; y en su artículo 57; la Informática Forense para realizar cómputos procesales y para presentar datos que sean válidos dentro de un proceso legal.

V

Pues bien, en mi criterio el Tribunal Supremo de Justicia, con fundamento en los exhortos de los decretos de estados de excepción, y con base a estas leyes, informáticas y en los artículos 26, 29, 334, 337 y 339, constitucionales, y en los tratados internacionales que contemplan estas garantías judiciales del debido proceso; en su protección ha podido disponer, en base a su propio modelo informático, su portal de internet y de validez de los archivos y documentos electrónicos; la creación de Salas Virtuales para la celebración procesos telemáticos durante el estado de excepción de alarma, a través de plataformas de meeting o de reunión online, con conexión a internet, cámara web y micrófonos para videos conferencias y para presentar de modo telemático demandas, escritos o documentos, incorporados al expediente judicial electrónico. Así como establecer un sistema telefónico de atención al público o a través del correo electrónico habilitado a tal efecto. Para lo cual, el Tribunal Supremo de Justicia, conforme el principio de interoperabilidad de la Ley de Infogobierno, puede solicitar de otros entes del Estado o de

⁴ El artículo 110 de la Constitución, que reconoce como de interés público de la ciencia, la tecnología, el conocimiento, la innovación y sus aplicaciones y los servicios de información, por ser instrumentos fundamentales para el desarrollo económico, social y político del país, así como para la seguridad y soberanía nacional. El Decreto N° 825 de mayo 2000, referente al acceso y el uso de internet, como política prioritaria para el desarrollo cultural, económico, social y político de la Republica. el Decreto con fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas cuyo objeto es darle reconocimiento de validez, eficacia y valor jurídico a estos medios, así como a toda información inteligible en formato electrónico, que se consideran digitales, que se estiman necesarios para los trámites ante el Poder Público. El Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Ciencia, Tecnología e Innovación del 2004. El Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Ciencia, Tecnología e Innovación. La Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, reformada en el 2010. la Ley que Regula el Uso de la Telefonía Celular y Internet en el Interior de los Establecimientos Penitenciarios, que consagró el acceso telemático para las audiencias que convoque dicha la Sala, ya sea mediante telepresencia, videoconferencia u otro medio de comunicación telemático, audiovisual, bi o multidireccional e instantáneo.

sus empresas que faciliten los medios necesarios para permitir la realización de los actos procesales telemáticos. Es decir, para recibir comunicaciones, efectuar traslados de actos procesales y realizar audiencias orales. Por ejemplo, mediante mensajes de datos podrían darse por presentados escritos, e incluso demandas, para evitar que concluyan los lapsos de caducidad de las acciones, que por no ser lapsos procesales no están suspendidos por lo que corren fatalmente. En otras palabras, establecer el expediente electrónico para los casos que se requiera con urgencia la protección jurisdiccional de un derecho o interés legítimo reconocido por la Constitución o la Ley; que incluso se contempla en su modelo de audiencias virtuales en la Sala de Casación Penal y de expediente electrónico, que, por ejemplo, se prevé para los casos de flagrancia. Por otro lado, debe recordarse que la falta de una ley reglamentación de derechos fundamentales, como el debido proceso, no menoscaba su ejercicio, según el artículo 29, de la Constitución. Para lo anterior, como ya expresé, el Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo con la Ley de Infogobierno, en las previsiones relativas a los efectos del estado de excepción en las diversas situaciones de la Administración de Justicia, podría solicitar de otros entes del Estado que faciliten a los tribunales los medios necesarios para permitir la realización de los actos procesales telemáticos de acuerdo con los modelos que ha creado.

VI

Ni en unas u otras medidas adoptadas por el Tribunal Supremo de Justicia se hace referencia a la utilización de sistemas tecnológicos informáticos o telemáticos. A lo cual se agrega la falta de funcionamiento del servicio público de Internet de los tribunales. No hay, pues, en Venezuela una plataforma tecnológica para la función jurisdiccional en estados de excepción, que garantice la no suspensión del debido proceso; ni aun para situaciones ordinarias. Y el Internet tampoco funciona como servicio público, como se dijo anteriormente. Tal anomalía, se reconoce en la *Propuesta de Procedimiento Especial Único de Audiencias Virtuales y/o a Distancia, aplicables en Situaciones Extraordinarias de Fuerza Mayor, Excepcionales y/o Calamitosas*, de la magistrada de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Bárbara Gabriela César Siero, de abril de este año, que es un valioso aporte sobre el tema de automatización de los procesos judiciales. En esta Propuesta, se reconoce que para el presente no se están desarrollando estos sistemas en los expedientes y en los diferentes procesos, porque “no existe una normativa jurídica única aplicable para todas las materias que regule este tipo de audiencias, disponiendo solo de algunos instrumentos de reciente data, tales como: La resolución mediante la cual se crea el Expediente Judicial Electrónico para los Tribunales con competencia en materia de Delitos de Violencia contra las mujeres y los del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, así como otras resoluciones por las cuales se crearon y pusieron en marcha la Agenda Única, Video Conferencias con los órganos de pruebas en el proceso penal, el Inventario Único de Causas en los Tribunales en materia de Delitos de Violencia de Género, entre otras experiencias”. Y se admite, que si bien, “En algunas jurisdicciones se han realizado audiencias de manera extraordinaria aplicando las denominadas tecnologías de la información y la

comunicación (TIC) pero que se han constituido en hechos aislados y sin un procedimiento específico único y uniforme a seguir; no hay cuerpo normativo que las regule, son aplicadas bajo la sana crítica de algunos/as jueces/zas, sin que esto se haya convertido hasta ahora en una política del Poder Judicial". Asimismo, en el referido trabajo, se reconoce que esta deficiencia judicial existe mucho antes que la presente pandemia, puesto que "el Poder Judicial ha visto limitado su funcionamiento", debido "a la crisis del sector eléctrico y el ahorro energético nacional, así como con problemas asociados a los sistemas informáticos. Por ello, y no solo por la pandemia, el Poder Judicial está obligado a garantizar su funcionamiento bajo cualquier situación y así brindar seguridad jurídica y evitar dilación de los distintos preceptos, garantizando siempre la celeridad y otros preceptos contenidos en la CRBV".

CONCLUSIÓN

De lo expuesto, puede concluirse que responsabilidad de la Administración de Justicia estar preparada, para los casos de los estados de excepción para garantizar el derecho del debido proceso que no puede ser restringido. Tales cambios deben incluir medidas que garanticen la incorporación de las nuevas tecnologías a las actuaciones procesales mediante presencia telemática, siempre para lo cual se debe disponer para los tribunales los medios técnicos necesarios para ello, para evitar en la medida de lo posible, excesivas concentraciones en las sedes judiciales. Asimismo, durante el estado de alarma, establecer en las sedes judiciales, incluso militares, y de las fiscalías y defensorías, la atención al público por vía telefónica o a través del correo electrónico habilitado a tal efecto, que deberá ser objeto de publicación en la página web correspondiente del Tribunal Supremo de Justicia o de las Circunscripciones Judiciales. Por supuesto, que por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, por la falta de garantía del debido proceso durante el estado de excepción de alarma por la calamidad pública del Covid-19, imputable al funcionamiento de la Administración de Justicia, tendrá que responder la República, conforme el artículo 140, de la Constitución, en concordancia con su artículo 30.

LA TELEMÁTICA JUDICIAL Y LA GARANTÍA DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA, DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y DEL DEBIDO PROCESO

Caracas, 21 de mayo de 2020

I. LA JUSTICIA COMO PRIORIDAD EN LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

La calamidad pública del Covid-19 determinó la declaratoria del estado de excepción en Venezuela, prorrogado hasta el presente, bajo la categorización de un caso de alarma, según los decretos N° 4.160 y 4.161, de fecha 13 de marzo; N° 4.186 del 12 de abril; N° 4.194, del 4 de mayo y N° 4.198 del 12 de mayo¹; todos de este mismo año. Tal declaratoria implica restricciones al ejercicio de los derechos y garantías consagrados en la Constitución, salvo las indicadas en el artículo 337, de la misma Constitución y en el artículo 7°, de la Ley Orgánica de Estados de Excepción; y sin que ello signifique la no aplicación de las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como lo advierte el artículo 339, de la misma Constitución. Una de esas garantías es la del debido proceso, contemplada en el artículo 49, constitucional, que es parte del macro de derecho de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 26, de la misma Constitución. Dentro de las medidas inmediatas de prevención, dichos decretos, disponen la suspensión de las actividades y cualquier acto en el territorio nacional que suponga la aglomeración de personas; por lo que, particularmente, se exhorta al Tribunal Supremo de Justicia para que adopte las previsiones normativas pertinentes que permitan regular las distintas situaciones resultantes de la aplicación de las medidas de restricción de tránsito o suspensión

¹ Mediante decreto N° 415913 de marzo del presente año, el gobierno de Nicolas Maduro había suspendido las actividades educativas presenciales, en todos los planteles educativos e instituciones de educación universitaria oficiales y de gestión privada del país, a partir del día 15 de marzo de 2020, a los fines de fortalecer las medidas de prevención y evitar la propagación del coronavirus COVID-19 en el país.

de actividades y sus efectos sobre los procesos llevados a cabo por el Poder Judicial o sobre el funcionamiento de los órganos que lo integran². Tal exhorto deviene, entre otras razones, porque las garantías señaladas no pueden ser afectadas por la suspensión de las actividades, como se señaló y en razón de que conforme el artículo 339, de la Constitución, la declaratoria de estados de excepción no interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público, por supuesto, del Poder Judicial. Ahora bien, el debido proceso, entre otros derechos procesales de jerarquía constitucional, para materializar la garantía de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva, según el artículo 49, numeral 3, de la Constitución, consiste en el derecho de toda persona a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Y, que quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a que se le designe un intérprete. Pues bien, este derecho, como incluso lo ha reconocido la Sala Plena, en Sentencia N° 074 de su Juzgado de Sustanciación, de fecha 16 de febrero de 2016, implica el derecho, en todo proceso, a *comunicarse verbalmente con la autoridad jurisdiccional*, y, por tanto, de celebrar una audiencia con su presencia en sede judicial. Lo cual ha sido reconocido por la Sala de Casación Penal, en la Sentencia N° 260 dictada el doce (12) de agosto de 2014, al negar la extradición, por ser imposible realizar la audiencia oral y pública de la persona en contra de quien se solicitó su extradición. Ahora bien, este derecho de audiencia, mediante la comunicación verbal con presencia ante el juez en sede judicial, es requerida no solo en materia penal, sino también, conforme el encabezamiento del artículo 49, ya citado, en cualquier otro proceso de la cual dependa su tramitación, como la audiencia de pruebas; e, incluso, la de alegatos finales y del pronunciamiento de la sentencia definitiva. En razón de que la verbalidad ha sido incorporada progresivamente, como formalidad, para materializar los principios de celeridad, brevedad, oralidad, publicidad, y antiformalismo, de la administración de justicia y de los procesos judiciales, por disposición de los artículos 26 y 257, constitucionales. Principios estos que han de servir a los jueces para interpretar las normas y reglas procesales en los casos de dificultad de ejercicio de dicho derecho, como en los supuestos de estados de excepción. Para la efectividad de esta formalidad, diversas leyes contemplan la posibilidad de utilizar las tecnologías de información en los procesos judiciales; lo cual incluso ha sido reconocido en procedimientos ante el propio Tribunal Supremo de Justicia³. Por

² Ver Disposición Final Quinta del Decreto N° 4.161, de fecha 13 de marzo de 2020.

³ Por ejemplo, el Código Orgánico Procesal Penal, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la Ley de Protección de Víctimas, Testigos y demás Sujetos Procesales; la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa; la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y el Financiamiento del Terrorismo; y la propia Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (arts. 85 y 120). Inclusive, la Sala Constitucional, en N° 1 de 27 de enero de 2011 dispuso realizar una videoconferencia desde el Consulado de Venezuela en la ciudad de Vigo, España, para que la parte interesada pudiera ser oído en un procedimiento seguido por dicha Sala.

lo que es al Tribunal Supremo de Justicia, como gobierno y administración de la justicia, a quien corresponde cumplir con esa efectividad, sobre todo para garantizar la no suspensión de la garantía del debido proceso, en ningún caso, y, por supuesto durante las declaratorias de estados de excepción. Obligado como está a garantizar su ejercicio, como órgano del Poder Público del Estado venezolano, en atención a lo dispuesto en el artículo 19, constitucional; y la no interrupción de su funcionamiento en los casos de estados de excepción. Es decir, en las leyes citadas y hasta en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, la telemática judicial es ya reconocida como una forma de realizar actos procesales de audiencias orales, sin la presencia personal, en las sedes tribunalicias, de los sujetos procesales, en los supuestos de límites o dificultades que impidan la presencia de las personas en los órganos jurisdiccionales.

Por otra parte, prohibición del artículo 338, constitucional, de la no restricción de la garantía del debido proceso en los estados de excepción y, de la obligación, consagrada en el artículo 339, *ibidem*, de cumplir en estos casos de las normas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, califican a la garantía del acceso a la justicia como prioritaria, al igual que la garantía de protección a la salud. Por lo que los decretos de declaratoria de dichos estados de excepción han de contemplar también disposiciones relativas al ejercicio de la garantía del debido proceso para impedir la interrupción del funcionamiento del Poder Judicial, entre otras, la de proveer a los tribunales de los instrumentos necesarios tecnológicos para permitir el acceso a la justicia; y entre otros derechos, la de la realización de las audiencias orales, mediante medios telemáticos. Así como se dispone el suministro de recursos sanitarios en estos casos para proteger la garantía del derecho a la salud. En este orden de ideas, la prioridad de la garantía del debido proceso en los estados de excepción, es decir, del acceso a la justicia; ha sido reconocida por el Derecho de derechos humanos, mediante la Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre las garantías judiciales en estados de emergencia⁴. En esta Opinión la Corte mencionada, dictaminó que, estas garantías deben considerarse indispensables no susceptibles de suspensión en estos estados de emergencia, no solo en materia de amparo, sino en cualquier otro recurso ante jueces competentes, puesto que su finalidad es garantizar el respeto a los derechos y libertades, cuya suspensión no está autorizada; en razón de integrar el marco y los principios del debido proceso, conforme el artículo 8º, de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo correlativo es el artículo 49, de la Constitución venezolana. En mi criterio, independientemente de la inconstitucionalidad de la denuncia por el gobierno de Hugo Chávez de esta Convención, tal denuncia no supone la derogatoria del artículo 339, de la Constitución, puesto que este artículo incorpora expresamente tal Convención en el derecho constitucional interno venezolano, el cual no ha sido objeto de enmienda o reforma alguna.

⁴ https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf

II. LA FALTA DE INNOVACIÓN TECNOLÓGICA Y LA NO PROTECCIÓN DE LAS GARANTÍAS JUDICIALES

Con ocasión de la declaratoria del estado de excepción, a que se refieren los decretos Nos. 4.160 y 4.161, de fecha 13 de marzo; y sus prorrogas, mediante decretos N° 4.186 del 12 de abril; N° 4.194, del 4 de mayo; y N° 4.198 del 12 de mayo todos de este año; se exhorto al Tribunal Supremo de Justicia para que adopte las previsiones normativas pertinentes que permitan regular las distintas situaciones resultantes de la aplicación de las medidas de restricción de tránsito o suspensión de actividades y sus efectos sobre los procesos llevados a cabo por el Poder Judicial o sobre el funcionamiento de los órganos que lo integran. Fue así como la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, desde el 20 de marzo de 2020, a través de la Resolución N° 001-2020, suspendió los lapsos en todos los procedimientos, a fin de salvaguardar el derecho de cada una de las partes. Y, que, tanto la Sala Constitucional como la Sala Electoral permanecen de guardia; así como que los tribunales con competencia en materia penal mantienen la continuidad del servicio a nivel nacional, solo para asuntos urgentes; además que los magistrados permanecen a la disposición para mantener el quorum necesario. Señaló igualmente que en materia de amparos constitucionales se consideran habilitados todos los días, entre otras medidas. Pero, en la referida Resolución, las medidas que se contemplan son solo la de la suspensión de los lapsos procesales, la de la habilitación de todos los días para el amparo constitucional y respecto de la guardia permanente de los tribunales penales y de las Salas Constitucional y Electoral, no así de las Salas Social, Civil y Política Administrativa. Pero en la Resolución N° 001-2020 no se indican principio o criterio algunos sobre la interpretación de las normas y reglas procesales para el ejercicio de las garantías judiciales en el estado de excepción, en razón de que estas garantías no están suspendidas y porque tampoco está interrumpida la función jurisdiccional. Ni se indican los medios que pueden estar alcance de los tribunales, o que el Poder Público debe aportarles para que tales garantías no queden en suspenso. Y ello a pesar que, en lo decretos en cuestión, sin la limitación a las acciones de amparo o la materia penal, se exhorta al Tribunal Supremo de Justicia para que adopte las previsiones normativas pertinentes que permitan regular las distintas situaciones resultantes de la aplicación de las medidas de restricción de tránsito o suspensión de actividades y sus efectos sobre los procesos llevados a cabo por el Poder Judicial o sobre el funcionamiento de los órganos que lo integran. Por la limitación indicada, por ejemplo, las Rectorías de las Circunscripciones Judiciales, según las instrucciones recibidas del presidente del Tribunal Supremo de Justicia, indican que los tribunales que deben permanecer de guardia han de estar a la disposición telefónica y que el resto de los tribunales deben “permanecer en sus hogares, como medida de contingencia (*sic*)”; pero que tanto unos como otros tribunales no deben despachar. O, instruyen a las Unidades de Recepción y Distribución de Documentos para que dispongan lo conducente a los fines de preservar el derecho de acceso a la justicia de los usuarios interesados para que puedan ejercer las acciones a que se refieren las respectivas Resoluciones, como son las de amparo.

Igualmente, estas Resoluciones establecen horarios de “guardias por disposición telefónica” y los números telefónicos para casos de urgencia, pero se ordena a los tribunales que coloquen avisos señalando que “No hay Despacho”⁵.

Lo anteriormente expuesto, es una evidencia de la falta del Poder Público de Venezuela de contar con capacidad de conectividad y de acceso a servicios de internet, que impiden el uso de tecnologías telemáticas. O una manifestación de la falta de inversión y mantenimiento de la red por la Cantv y el gobierno central. Ello dentro del déficit general de los servicios públicos en general, como el de energía eléctrica que es imprescindible para la utilización de medios tecnológicos informáticos y telemáticos. Así, por ejemplo, la mayoría de los tribunales no disponen de internet y en muchos casos de luz eléctrica. Y en la actualidad no funciona el Modelo de Organizacional de Tribunales o Sistema de Gestión, Decisión y Documentación, denominado “Juris 2000”⁶, como uno de los productos del “Proyecto de infraestructura de apoyo al Poder Judicial”, calificado de sistema informático para la automatización de creación de expedientes, distribución de causas, libro diario de actuaciones, elaboración de documentos, publicación de sentencias, elaboración, distribución y consignación de boletas, control de ubicación de expedientes y suministro de información al público. Y en todo caso, como lo ha señalado la Sala Constitucional, el Sistema Juris 2000 presenta limitaciones en la información de sus registros, ya que los mismos “*aportan un resumen de las actuaciones, pero no las transcriben y, en ese sentido, el acceso al expediente a través del sistema es limitado*”⁷. No hay, pues, en Venezuela plataforma tecnológica para la función jurisdiccional en estados de excepción, que garantice el debido proceso; ni aun para situaciones ordinarias. Y el Internet tampoco funciona como servicio público. Tal anormalidad, se reconoce en la *Propuesta de Procedimiento Especial Único de Audiencias Virtuales y/o a Distancia, aplicables en Situaciones Extraordinarias de Fuerza Mayor, Excepcionales y/o Calamitosas*, de la magistrada de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Bárbara Gabriela César Siero, de abril de este año, que es un valioso aporte sobre el tema de automatización de los procesos judiciales. En esta Propuesta, se reconoce que para el presente no se están desarrollando estos sistemas en los expedientes y en los diferentes procesos, porque “*no existe una normativa jurídica única aplicable para todas las materias que regule este tipo de audiencias, disponiendo solo de algunos instrumentos de reciente data, tales como: La resolución mediante la cual se crea el Expediente Judicial Electrónico para los Tribunales con competencia en materia de Delitos de Violencia*

⁵ Por ejemplo, la Resolución N° 05/2020 de la Rectoría de la Circunscripción del Estado Lara.

⁶ Creado por Resolución de la Sala Plena N° 70 de fecha 27 de agosto de 2004, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.015 de fecha 3 de septiembre de ese mismo año.

⁷ Sala Constitucional. Sentencia No. 04-3055 de fecha 21 de marzo de 2006. (Alida Teresa Pernalette Gásperi vs. Coordinadora del Circuito de Protección del Niño y del Adolescente del Estado Lara, abogada Erlinda Oropeza) Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>. (fecha de consulta: 15/05/2010).

contra las mujeres y los del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, así como otras resoluciones por las cuales se crearon y pusieron en marcha la Agenda Única, Video Conferencias con los órganos de pruebas en el proceso penal, el Inventario Único de Causas en los Tribunales en materia de Delitos de Violencia de Género, entre otras experiencias”. Y se admite, que si bien, “En algunas jurisdicciones se han realizado audiencias de manera extraordinaria aplicando las denominadas tecnologías de la información y la comunicación (TIC) pero que se han constituido en hechos aislados y sin un procedimiento específico único y uniforme a seguir; no hay cuerpo normativo que las regule, son aplicadas bajo la sana crítica de algunos/as jueces/zas, sin que esto se haya convertido hasta ahora en una política del Poder Judicial”. Asimismo, en el referido trabajo, se reconoce que esta deficiencia judicial existe mucho antes que la presente pandemia, puesto que “el Poder Judicial ha visto limitado su funcionamiento”, debido “a la crisis del sector eléctrico y el ahorro energético nacional, así como con problemas asociados a los sistemas informáticos. Por ello, y no solo por la pandemia, el Poder Judicial está obligado a garantizar su funcionamiento bajo cualquier situación y así brindar seguridad jurídica y evitar dilación de los distintos preceptos, garantizando siempre la celeridad y otros preceptos contenidos en la CRBV”.

III. FUNDAMENTO JURÍDICO PARA LA APLICACIÓN DE LA TELEMÁTICA PARA LA NO SUSPENSIÓN DE LAS GARANTÍAS JUDICIALES DEL DEBIDO PROCESO DURANTE EL ESTADO DE EXCEPCIÓN POR LA CALAMIDAD DEL PANDEMIA DEL COVID-19

La innovación tecnológica, según el artículo 110 de la Constitución es de interés público, como factores de impulso productivo nacional, por lo que se dicta el decreto N° 825 de mayo 2000, referente al acceso y el uso de internet, como política prioritaria para el desarrollo cultural, económico, social y político de la Republica, que declara el acceso y el uso de internet como política prioritaria para el desarrollo cultural, económico, social y político de la República. En el 2001 se promulga el Decreto con fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas cuyo objeto es darle reconocimiento de validez, eficacia y valor jurídico a estos medios, así como a toda información inteligible en formato electrónico, que se consideran digitales, que se consideran necesarios para los trámites ante el Poder Público. Igualmente, en el mismo año, se dicta el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Ciencia, Tecnología e Innovación. Y también en el 2004, se dicta decreto N° 3.390, que establece que la Administración Pública Nacional empleará prioritariamente software libre en sus sistemas, proyectos y servicios informáticos. Posteriormente, en el 2005 se promulga la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, reformada en el 2010. Estas leyes, sin duda, ya consagran la tecnología e innovación de la gestión pública, sobre cuyo fundamento se aprueba el Plan Nacional de Telecomunicaciones, Informática y Servicios Postales (2007-2013), que reconoce la comunicación como un derecho humano a través de las líneas generales de uso masivo de las técnicas informáticas en los servicios públicos como modelo comunicacional.

En este tema, tiene relevancia la aplicación de la Ley de Infogobierno, del 10 de octubre del 2013, que derogó el Capítulo I del Título III y el Título V del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos y Entes del Estado, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.945 de fecha 15 de junio de 2012. Y, derogo igualmente el Decreto N° 3.390 de fecha 23 de diciembre de 2004, mediante el cual se dispone que la Administración Pública, Nacional empleará prioritariamente Software Libre desarrollado con Estándares Abiertos en sus sistemas, proyectos y servicios informáticos, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.095 de fecha 28 de diciembre de 2004. La citada Ley de Infogobierno establece los principios, bases y lineamientos que rigen el uso de las tecnologías de información de todo el Poder Público para mejorar la gestión pública y los servicios que se prestan a las personas; impulsando la transparencia del sector público; la participación y el ejercicio pleno del derecho de soberanía; así como, promover el desarrollo de las tecnologías de información libres en el Estado; garantizar la independencia tecnológica; la apropiación social del conocimiento; así como la seguridad y defensa de la Nación. Ley está a la cual están sometidos todos los órganos del Poder Público. Uno de los fines principales de esta Ley es garantizar el ejercicio de los derechos de las personas, a través de las tecnologías de información. Por lo que sus principios de la efectividad, accesibilidad, usabilidad, transparencia, eficacia, eficiencia, de validez de los archivos y documentos electrónicos, de certificación y firma electrónica de la gestión pública, han de tenerse presente también en la utilización de la telemática judicial, así como sus definiciones respecto de su formalidad; entre otras, de actuación electrónica que sea capaz de producir efectos jurídicos, de acceso abierto como característica de los documentos públicos, de código fuente o texto escrito en un lenguaje de programación específico, de documento electrónico como documento digitalizado que contiene un dato, diseños o información acerca de un hecho o acto, capaz de causar efectos jurídicos, de informática forense o de computación forense que permita identificar, preservar, analizar y presentar datos que sean válidos dentro de un proceso legal, de seguridad de la información, que garanticen un estado de inviolabilidad de influencias o de actos hostiles específicos que puedan propiciar el acceso a la información no autorizada, o que afecten la operatividad de las funciones de un sistema de computación. Todo ello, bajo los principios de confidencialidad, integridad, privacidad y disponibilidad de la información. Y, de criptografía que hace uso de métodos y técnicas con el objeto principal de hacer ilegible, cifrar y proteger un mensaje o archivo por medio de un algoritmo, usando una o más claves. Del contenido de la Ley en comento, se desprende la tecnología como derecho de la ciudadanía, y que, por lo tanto, no puede estar sujeto a ningún carnet político, como el carnet de la patria, porque no es de utilización exclusivo de determinado partido o grupo ideológico. Y que para su pleno ejercicio no bastan portales web, o la utilización de computadoras o teléfonos, sino el servicio informático y el establecimiento de procedimientos y los recursos tecnológicos disponibles, en favor de todo ciudadano, en la administración de la Justicia y, particularmente en los estados de excepción en los que las garantías judiciales no pueden ser suspendidas.

Otro aspecto de la referida Ley de Infogobierno, es el de los derechos de las personas en esta materia de tecnología de información del Poder Público, que han de garantizarse también en las reglas procesales que regulen el uso de esta tecnología en el ámbito judicial. Estos derechos, principalmente son: dirigir peticiones de cualquier tipo haciendo uso de las tecnologías de información; acceder a la información pública a través de medios electrónicos, con igual grado de confiabilidad y seguridad que la proporcionada por los medios tradicionales; acceder electrónicamente a los expedientes que se tramiten en el estado en que éstos se encuentren, así como conocer y presentar los documentos electrónicos emanados de los órganos y entes del Poder Público haciendo uso de las tecnologías de información; y, utilizar y presentar ante el Poder Público y demás personas naturales y jurídicas, los documentos electrónicos emitidos por éste, en las mismas condiciones que los producidos por cualquier otro medio, de conformidad con la mencionada Ley y la normativa aplicable; al igual que obtener copias de los documentos electrónicos que formen parte de procedimientos en los cuales se tenga la condición de interesado o interesada. Para la ejecución de la Ley de Infogobierno, se crea el Consejo Nacional para el Uso de las Tecnologías de Información, como máximo órgano de consulta para la planificación y asesoramiento del Poder Público en los asuntos relacionados con las tecnologías de información, del cual forma parte el Tribunal Supremo de Justicia. Y, por otro lado, dentro del Sistema Nacional de Protección y Seguridad Informática, uno de los subsistemas que integran el Sistema Nacional de Protección y Seguridad Informática es *el Subsistema Nacional de Informática Forense*, definida por la misma Ley citada, en su artículo 5º, numeral 9, como “*computo forense, computación forense, análisis forense digital o examen forense digital es la aplicación de técnicas científicas y analíticas especializadas a infraestructura tecnológica que permiten identificar, preservar, analizar y presentar datos que sean válidos dentro de un proceso legal*”.

En la práctica, los procesos judiciales se desarrollan mayormente en forma manual o utilizando herramientas no informáticas. O, Si acaso se emplean páginas web noticiosas o sistemas con las limitaciones o teléfonos, por lo que los ciudadanos deben acudir a las sedes judiciales para revisar expedientes, presentar escritos, hacer cómputos procesales y para solicitar los servicios y buscar documentos o copias. Además, prácticamente no se utilizan las notificaciones a través de sistemas de comunicación telegráficos, facsimilares o electrónicos. Ni siquiera las Salas del Tribunal Supremo de Justicia emplean las herramientas tecnológicas disponibles para la sustanciación de las causas sometidas a su conocimiento, para la implementación de trámites transparentes y expeditos: no obstante que ello es uno de los principios de los procesos que se contemplan en la Ley que rige dicho Tribunal Supremo⁸. Aún más, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, en Resolución N° 2018-0014, de fecha 21 de noviembre de 2018, creó el expediente judicial electrónico solo en materia de delitos de violencia contra la mujer, de muy escasa o ninguna aplicación, como se reconoce en el Propuesta, antes mencionada, de la magistrada

⁸ Artículos 85 y 91.

Bárbara Gabriela César Siero. Y, por su parte, la Sala de Casación Penal, en Resolución N° 20161, de fecha 12 de diciembre de 2016, sobre Participación Telemática de los Sujetos Procesales en las Audiencias de la Sala de Casación Penal, con fundamento en los artículos 2 y 3 de la Ley de Infogobierno, en los artículos 1 y 11 de la Ley que Regula el Uso de la Telefonía Celular y la Internet en el Interior de los Establecimientos Penitenciarios, consagró el acceso telemático para las audiencias que convoque dicha la Sala, ya sea mediante tele presencia, videoconferencia u otro medio de comunicación telemático, audiovisual, bi o multidireccional e instantáneo, pero siempre que los equipos y servicios tecnológicos necesarios estuvieren disponibles para tal fin y no se perjudicare el desarrollo de la audiencia o del proceso. Sin embargo, tal acceso telemático no ha tenido mayor aplicación. El expediente electrónico y el acceso telemático para las audiencias, no solo de la Sala de Casación Penal, sino para las que se han de llevar a cabo en el resto de las Salas y de los tribunales, permitiría garantizar la no interrupción de la administración de justicia y el derecho al debido proceso, en situaciones como las de suspensión de actividades con ocasión de las declaratorias de estado de excepción, de modo que al dictarse tal suspensión el Poder Judicial esté en capacidad de evitar la restricción absoluta de este derecho por la no realización de días de despacho, tanto por las referidas Salas, como por los demás tribunales. Capacidad esta que se pone en duda por su no materialización de la telemática judicial⁹. En efecto, en Resolución N° 002-2020, el Tribunal Supremo de Justicia, aprobó en Sala Plena la prórroga por 30 días del plazo establecido en la Resolución N° 001-2020, de fecha 13 de marzo de 2020, que dispone que ningún tribunal despachará desde el lunes 13 de abril hasta el miércoles 13 de mayo de 2020.

En la Resolución N° 001-2020 se establece que durante ese periodo las causas permanecerán suspendidas y que no correrán los lapsos procesales, pero que ello no impide que se practiquen las actuaciones urgentes, para el aseguramiento de los derechos de algunas de las partes. Y ordenó a los órganos jurisdiccionales tomar las debidas previsiones para que no sea suspendido el servicio de administración de justicia, por lo que se dejan habilitados los tribunales de amparo y la jurisdicción penal en asuntos de urgencia, y faculta a distintos funcionarios de las jurisdicciones administrativa, penal, laboral, niños niñas y adolescentes, violencia contra la mujer para garantizar el acceso a la justicia en las diversas circunscripciones judiciales. Ahora bien, de acuerdo con los decretos de estados de excepción de calamidad pública, con ocasión de la declaratoria de la enfermedad epidémica coronavirus, que causa la COVID-19, como pandemia, el 12 de marzo por la Organización Mundial de la Salud (OMS), que afecta a todos los continentes; se han dictado, entre otras medidas, la restricción de la circulación interna y el racionamiento de la gasolina, y además, en gran parte del país no hay suministro continuo de energía eléctrica; lo que sin duda impiden a los ciudadanos acceder a las sedes de los tribunales para las actuaciones que se consideren urgentes, que en mi criterio

⁹ Sobre el cumplimiento de esta garantía, la Dra. María Auxiliadora Gutiérrez, escribió un enjundioso artículo titulado, ¿Frente al Coronavirus la Justicia Venezolana podrá acercarse al ciudadano? (Recibido en copia mediante mensaje de teléfono celular en el respectivo registro de remitente).

no son solo las acciones de amparo, sino toda acción que impida un daño irreparable o una amenaza grave. Puesto que una interpretación progresiva del encabezamiento del texto del artículo 27, constitucional, permite considerar como un género el derecho de toda persona a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, el amparo constitucional, el habeas corpus y el habeas data, son especies o subcategorías de tal derecho. Y, evidentemente las medidas de restricción de la circulación interna y de movilidad, no permiten la presencia de los sujetos procesales ante el juez en sede judicial, por lo que la última opción a la que puede acudir para garantizar el derecho del debido proceso es la telepresencia, tal como es el criterio según la sentencia N° 074 del Juzgado de Sustanciación de la Sala Plena, de fecha 16 de febrero de 2016. Ello por cuanto no es posible acceder a la justicia para ejercer el derecho a comunicarse verbalmente con la autoridad jurisdiccional.

IV. POTESTAD DE LOS JUECES PARA APLICAR ANALÓGICAMENTE MEDIOS TECNOLÓGICOS PARA GARANTIZAR LA NO SUSPENSIÓN DE LAS GARANTÍAS JUDICIALES

Según el artículo 334 de la Constitución, los jueces, y entre ellos los que integran el Tribunal Supremo de Justicia, deben garantizar la integridad de la Constitución, de la cual la primacía de los derechos humanos es de su esencia; y que para ello han de brindar una tutela judicial efectiva. Ahora bien, en mi criterio, en virtud de ese mandato, aun cuando no se contemple en los procesos los actos telemáticos, están autorizados para aplicarlos, como lo estuvo la Sala Plena, según la sentencia citada, al contemplar una actuación telemática no estando prevista tal audiencia en el proceso en un procedimiento de extradición que tramitaba. Y al igual que la Sala Constitucional, en Sentencias N° 1.571 de 22 de agosto de 2001 y N° 1 de fecha 27 de enero de 2011, estableció la utilización de videoconferencias a los fines de garantizar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos en los procedimientos judiciales, en especial, los seguidos ante la jurisdicción de protección de niños, niñas y adolescentes, sin que ello atente contra el principio de inmediación aunque en el procedimiento de menores una videoconferencia desde el exterior . no haberse previsto tal medio audiovisual En ambos casos, es de destacar que no se trataban, per se, de casos urgentes. Pero si del cumplimiento del mandato de garantizar el derecho del debido proceso para la efectividad del derecho de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva¹⁰. En

¹⁰ La Sala Plena, Resolución N° 2020-0028 de fecha 9 de diciembre de 2020 contemplo la regulación del uso de la videoconferencia y demás soportes tecnológicos y telemáticos en los procesos llevados en la jurisdicción de protección de niños, niñas y adolescentes, a los fines de realizar la escucha de los niños, niñas y adolescentes en todos los procedimientos judiciales, de jurisdicción voluntaria o contenciosa con el objeto de garantizar el derecho a ser oído, consagrados en los artículos 12 de la Convención de los Derechos del Niño, 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 80 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

otras palabras, que los jueces tanto ordinarios o especiales, penales o no, están facultados, al igual que las citadas Salas, para acordar durante el periodo que dure la suspensión de los días de despacho judicial, o en casos que lo requiera la urgencia, medios telemáticos para recibir comunicaciones, efectuar traslados de actos procesales y realizar audiencias orales, usando para ello las tecnologías de información y comunicación o tecnologías de información, según la terminología de la Ley de Infogobierno. Y con fundamento, además, en el artículo 22, constitucional, que establece que la falta de ley reglamentaria de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, no debe entenderse como negación de estos derechos y como menoscabo del ejercicio de los mismos. Y a tal efecto, a mi juicio, en uso de esa potestad constitucional, los jueces pueden basarse también en la analogía procesal, aplicando por su semejanza procedimental, las normas sobre la participación telemática de los sujetos procesales, a que se refieren la Sentencia de la Sala Constitucional, N° 1 de 27 de enero de 2011, que ordenó realizar una videoconferencia desde el Consulado de Venezuela en la ciudad de Vigo, España; y la Sentencia N° 074 del Juzgado de Sustanciación de la Sala Plena, de fecha 16 de febrero de 2016, por la cual admitió la realización de una video conferencia; teniendo como guía, los principios que conforme a la sentencia N° 074, citada anteriormente deben orientar la utilización de la telemática judicial. Es decir, garantizando *el principio de la inmediación*, que es característica de los procedimientos orales según la Constitución en su artículo 257, es decir, de acuerdo con la referida sentencia, debe garantizarse: “1. *La proximidad entre el juez y el sujeto u objeto de la evaluación para poder percibir el contenido y la forma de la declaración o el objeto que se examina*; 2. *La ausencia de intermediarios subjetivos y objetivos*; y, 3. *La bilateralidad o direccionalidad que le permite al juzgador comunicarse con el o los sujetos que intervienen en la audiencia interrogando, limitando, aclarando y conduciendo el debate o la declaración, según el caso*”. Y, que, para garantizar la proximidad de la inmediación, según la misma sentencia citada, “*el juez debe estar cerca del declarante, para observar y escuchar directamente qué, cómo y dónde ocurre tal declaración lo cual puede lograrse mediante la videoconferencia, si se interpreta el principio de la inmediación procesal de acuerdo con la tecnología que usamos o al menos está disponible, todos los días*”. Según la misma sentencia, “*con la videoconferencia se puede acercar en tiempo real a personas que no están en el mismo espacio geográfico, siendo posible que interactúen de manera audiovisual, lo que en concreto persigue la inmediación*”. Y, finalmente, la sentencia ya citada, advierte, que *la intercomunicación audiovisual debe permitir que el juez y las partes se observen y escuchen con la misma claridad y al mismo momento en que se manifiestan, como si verdaderamente se encontraran de frente*”. Por supuesto, que además del principio de inmediación, otro principio que debe orientar la aplicación de tales medios es el de la contradicción, para garantizar igualmente, el principio de igualdad procesal.

Igualmente pueden hacer uso de las videoconferencias a fin de oír a los padres, madres, representantes, responsables, guardadores, optantes a familia sustituta, a familia adoptiva y testigos.

Ante esta posibilidad, de que los jueces, para garantizar la integridad de la Constitución, y dentro de ella el derecho al debido proceso, ejerzan la potestad que les confiere el artículo 334, constitucional; sin embargo, la realidad es crítica, por la inexistencia de sistemas telemáticos en las sedes de los tribunales o en las oficinas de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, y hasta en el mismo Tribunal Supremo de Justicia, en el cual desde hace tiempo ni siquiera funciona su página web; como tampoco el Sistema Iuris 2000 en las circunscripciones judiciales. Ello debido a que no se ha implementado plataforma tecnológica alguna, no obstante que para después de la promulgación de la Ley del Infogobierno, en el año 2013, ha debido ser implementada por el Tribunal Supremo de Justicia. Aun no se tiene noticia del Plan Piloto para la implementación de audiencias virtuales y el expediente electrónico, aun cuando se prevé para los casos de flagrancia, en la presente situación de suspensión de los procesos debido al estado de excepción decretado con ocasión de la pandemia del Covid-19, en los cuales se dice que utilizaría la aplicación zoom cloud meetings. Por ello, resulta de interés de qué medios se han valido en la práctica, a pesar de la inexistencia de medios adecuados, algunos tribunales para aplicar en los procesos medios audiovisuales. Por ejemplo, entre otros: el Juzgado Primero de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, en las sentencias números 570 del diez (10) de mayo de 2006, número 763 del catorce (14) de junio de 2006, 93 del veintinueve (29) de junio de 2007, 392 del veintiséis (26) de mayo de 2009, 664 del diez (10) de agosto de 2009; el Juzgado Tercero de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia con ocasión de la sentencia N° 90 del diecisiete (17) de marzo de 2011; el Tribunal Superior Tercero del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, mediante fallo del cuatro (4) de octubre de 2011; y, el Juzgado Segundo del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia en la decisión N° 1.061 del veintiocho (28) de julio de 2012.

Lo cierto, por otra parte, es que, ante la inexistencia de una plataforma tecnológica para los actos telemáticos judiciales, los sujetos procesales con recursos son los que podrían aportarlos. Ello es tan así, que, según información extraoficial, en la primera fase del mencionado Plan Piloto para la implementación de audiencias virtuales y expediente electrónico solo para los casos de flagrancia, en atención al estado de excepción decretado con ocasión de la pandemia del Covid-19, se ha dicho que se utilizaría la aplicación zoom cloud meetings, pero que como esta primera fase está en desarrollo, quienes tengan teléfono inteligente deberán descargar la aplicación indicada para que puedan participar; y que quienes no cuenten con teléfono o no puedan descargar la aplicación han de notificar al tribunal para que esté al tanto¹¹. Ello incluso se

¹¹ ¿Ver, Juris en línea del 2 de mayo de 2020? <https://jurisenlinea.blogspot.com/2020/05/poder-judicial-venezolano-implementa.html?m=1>, citado por la Dra. María Auxiliadora Gutiérrez, escribió un enjundioso artículo titulado, ¿Frente al Coronavirus la Justicia Venezolana podrá acercarse al ciudadano? (Recibido en copia mediante mensaje de teléfono celular en el respectivo registro de remitente).

prevé en la Resolución 2016-001 de la Sala de Casación Penal, de fecha 12 de diciembre de 2016, la cual establece que deberá ponerse a disposición de la autoridad encargada de presenciar la intervención telemática, si fuere el caso, o del propio interviniente desde el lugar de emisión, un teléfono o algún otro medio de comunicación oral o audiovisual con la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, para resolver cualquier eventualidad que pudiera surgir durante el desarrollo de la audiencia, en especial en caso de imposibilidad o idoneidad de la transmisión¹². Esta misma Resolución, aunque se refiere a casos penales, sin embargo, establece que “*los gastos necesarios para intervenir por medios telemáticos en la audiencia que convocare la Sala de Casación Penal serán pagados exclusivamente por el interviniente, cuando participe desde fuera de una sede oficial venezolana. En este supuesto quedan excluidos los gastos en que deba incurrir la Sala de Casación Penal para emitir, recibir y proyectar la imagen y el sonido del interviniente por medios telemáticos. Si la emisión de la declaración se produjere desde alguna sede oficial venezolana equipada para tal fin, los costos de transmisión serán a cargo del Estado*”. ¿Podría preguntarse, si porque el interviniente esté fuera de una sede oficial venezolana, el proceso penal deja de ser gratuito para una parte?

1. *El Protocolo costarricense para la realización de Audiencias Orales por Medios Tecnológicos en Materia Civil, en razón de emergencia nacional que se vive con motivo del COVID-19, como dato referencial para la aplicación de estos métodos bajo el marco jurídico de la aplicación de la telemática para la no suspensión de las garantías judiciales del debido proceso durante el estado de excepción por la calamidad del Pandemia del Covid-19*

La experiencia de otros países, en casos de estados de emergencia, pueden ser ilustrativos para los jueces venezolanos, y, por supuesto, de referencia para el Tribunal Supremo de Justicia de cómo administrar el Poder Judicial en situaciones de emergencia. Me referiré al caso de Costa Rica, de larga tradición judicial, y modelo de modernización de los procesos; además, de que es un ejemplo de la consecuencia con los principios constitucionales de justicia oportuna, breve y cumplida. Y por cuanto es el precedente más reciente de la actuación jurisdiccional bajo las restricciones impuestas por la pandemia del Covid-19. En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica aprobó, el 4 de mayo de este año, “*El Protocolo para la realización de Audiencias Orales por Medios Tecnológicos en Materia Civil, en razón de emergencia nacional que se vive con motivo del COVID-19*”, que se ha visto reflejada en el rendimiento de los tribunales civiles y en el servicio que brindan, al no poder realizar audiencias orales presenciales. Protocolo este que se aprobó para solucionar en parte esos inconvenientes por el rezago en el trabajo de la Jurisdicción por motivo de la crisis provocada por el COVID-19; así como para construir una herramienta que cotidianamente pueda ser utilizada, e ir de la mano con las facilidades que la utilización de las nuevas tecnologías lo permiten, por lo que en dicho Protocolo se propone la realización de audiencias

¹² Artículo 7. Medio alternativo de comunicación

orales por medios tecnológicos. Ello con el fin de regular el uso de las herramientas tecnológicas, en particular para la realización de videoconferencias a lo interno del país, a fin de dar continuidad al servicio público de los Tribunales de justicia, fomentar la realización de audiencias orales y otros actos procesales judiciales en materia civil y comercial por medios tecnológicos, garantizando la legitimidad y seguridad de los mismos. Y que se aplica para todo acto procesal que pueda materializarse por medios tecnológicos, incluso para la recepción de prueba, en tanto se garanticen los derechos constitucionales y procesales establecidos en la normativa costarricense; correspondiéndole a los jueces dimensionar, cuáles actos podrán ser virtuales, y cuáles, deberán ser presenciales, total o parcialmente.

Por otra parte, el referido Protocolo establece que, para la realización de estas audiencias, la persona usuaria deberá contar con una computadora, dispositivo móvil o tableta con conexión a Internet, micrófono y cámara digital. Y que, por el momento, la plataforma que se utilizará para la realización de audiencias orales por medios tecnológicos será el software denominado “Microsoft Teams”, que brinda la protección de la información extremo a extremo entre las personas participantes. Igualmente se dispone en el referido Protocolo que cada despacho judicial se le asignará una licencia desde la cual se agenden los señalamientos y realicen las audiencias, de forma paralela al registro en la agenda CRONOS según los lineamientos institucionales actuales. Sin embargo, en su motivación se dice que el Protocolo si bien se dicta para las actuaciones judiciales por la emergencia nacional de la pandemia del Covid-19, sin embargo, tiene el propósito de prever la posibilidad de crear una herramienta de uso cotidiano y no solo para casos de emergencia. Y además su propósito es también eliminar formalismos innecesarios, sistematizar la normativa en la materia, no paralizar la administración de justicia, materializar los tratados internacionales en materia de derechos humanos relativos al acceso a la justicia y proteger el derecho al trabajo de los abogados. Según estos fines el Protocolo, comento, establece todo un proceso general para las audiencias virtuales, mediante un procedimiento para asegurar en lo posible que la declaración cumpla con requisitos mínimos de seguridad procesal. Asimismo, se consagran, entre otros aspectos: el respaldo de las actuaciones: grabación en el SIGAO, minuta de lo acontecido, etiquetas, posibilidad de acceder a la bitácora de TEAMS en caso de ser necesario; la obligación de cumplir con los deberes de lealtad, probidad; el uso racional del sistema y el respeto establecidos en la normativa, la buena fe procesal, las reglas para poder aceptar público durante las audiencias y el procedimiento a seguir y la forma en que el público puede participar; y la obligatoriedad del señalamiento conforme lo prevé la normativa procesal y asesoría técnica.

2. *Facultad constitucional de los jueces para acordar durante el periodo que dure la suspensión de los días de despacho judicial la utilización de medios telemáticos*

La realidad ha evidenciado en Venezuela la falencia del Sistema de Justicia en los casos de estados de excepción de emergencia, en los cuales el derecho al debido proceso que no debe ser restringido. Sin embargo, esta garantía

constitucional, resulta afectada por la limitación de derechos como el de la movilidad y de circulación y de acceso a los entes públicos, y, particularmente por la suspensión de las actividades públicas y privadas, así como por la no prestación de servicios básicos, entre otros de combustibles y de energía eléctrica; todo lo cual determina la suspensión de las causas judiciales y la inhabilitación de los días de despacho judiciales. Esta falencia es debida fundamentalmente, porque no obstante haberse promulgado hace 21 años la Constitución que establece la invulnerabilidad del derecho al debido proceso durante los periodos de estados de excepción, no se ha previsto una normativa general, sino parcial, respecto de las actuaciones judiciales en tales situaciones de emergencia. A lo cual se une la inexistencia de una plataforma tecnológica para la tramitación de los procesos judiciales, como lo exigen las diversas leyes que, hubiera servido de capacidad instalada para las actuaciones judiciales en esas situaciones. Anomalía de la cual adolece, incluso, el Tribunal Supremo de Justicia, a pesar de lo que le impone la Ley que lo rige y sus propias resoluciones y jurisprudencias. A estas alturas, no existen expedientes electrónicos, ni se realizan actos procesales de audiencias orales mediante medios telemáticos, ni funciona el Sistema Iuris 2000. En estas circunstancias, la actual ausencia de un Estado Constitucional, por la falta de vigencia de la Constitución y del respeto al Estado de Derecho, se agrava por la paralización del Sistema de Justicia por la ineptitud de la administración de Justicia para adaptarse a los requerimientos del estado de emergencia de calamidad pública, mediante tecnologías apropiadas que permitan a la población el acceso a la Justicia y para que los diferentes componentes del Sistema de Justicia puedan interactuar en garantía de la tutela judicial efectiva y de protección de derechos fundamentales, como el de la libertad de las personas ante detenciones arbitrarias, la desaparición de personas, de la libertad de expresión y la libre información conculcadas y en los casos de abusos de las limitaciones a la libre movilidad, entre otras situaciones, Y, en general, para cuando se requiera el ejercicio del derecho de acceso a la justicia para obtener la tutela judicial efectiva de derechos e intereses legítimos, en casos de daños irreparables o de amenazas inminentes. Por lo que, en mi criterio, ante esas falencias técnicas, sostengo el criterio de que los jueces pueden acordar durante el periodo que dure la suspensión de los días de despacho judicial, la utilización de medios telemáticos para recibir comunicaciones, efectuar traslados de actos procesales y realizar audiencias orales, usando para ello las tecnologías de información y comunicación o tecnologías de información, según la terminología de la Ley de Infogobierno; con fundamento en los artículos 334, 338 y 339, de la Constitución, en concordancia con sus artículos 19, 22, 26 y 49. Evidentemente, que la ausencia en el Sistema de Justicia de medios operativos, dificulta la utilización de estas tecnologías, por lo que en sus decisiones los jueces han de contemplar el deber de cooperación de los sujetos procesales, de aportar estos medios, de serles posible, como se prevé en el referido Protocolo. Y, en base a la obligación, a que se refiere el artículo 5, de la Ley del Infogobierno, de *la interoperabilidad* que tienen las organizaciones del Estado de intercambiar, transferir y utilizar, de manera uniforme y eficiente datos, información y documentos por medios electrónicos, entre sus sistemas de información; los jueces podrían solicitar de otros entes del Estado o de sus empresas que faciliten los medios necesarios

para permitir la realización de los actos procesales telemáticos, que sean necesarios para las audiencias orales que se requieran en los diferentes procesos. Y, en reconocimiento del derecho de los sujetos procesales de dirigir de cualquier tipo de petición haciendo uso de las tecnologías de información a los órganos del Poder Público, a que se contrae el artículo 8, de la Ley citada, en concordancia con el artículo 51, constitucional. Incluso el Tribunal Supremo de Justicia, como miembro del Consejo Nacional para el Uso de las Tecnologías de Información puede plantear la interoperabilidad de estas tecnologías para que los diversos entes del Estado presten sus medios y su asistencia técnica para la realización de los actos telemáticos judiciales, mediante el acceso e intercambio de datos, información y documentos entre los órganos y entes del Poder Público y el Sistema de Justicia. Por supuesto, que los gremios de abogados y sus asociaciones, como componentes del Sistema de Justicia, como lo han hecho la Federación de Colegios de Abogados de Venezuela y algunos Colegios de Abogados de algunos Estados, pueden solicitar del Tribunal Supremo de Justicia, la flexibilización del acceso a la justicia y la implementación de mecanismos alternativos de acceso y de informática forense; para que cumpla con el exhorto que se le hace en los decretos de estado de excepción de que adopte las previsiones normativas pertinentes que permitan regular las distintas situaciones resultantes de la aplicación de las medidas de restricción de tránsito o suspensión de actividades y sus efectos sobre los procesos llevados a cabo por el Poder Judicial o sobre el funcionamiento de los órganos que lo integra E, igualmente, solicitar de los jueces de sus circunscripciones judiciales, que ejerzan su potestad de garantizar la integridad de la Constitución, conforme su artículo 334, y el respeto al derecho del debido proceso, disponiendo el empleo de tales medios, cuando se lo soliciten los interesados, aplicando analógicamente las normas que respecto de estos medios ha dictado la Sala Plena y la Sala de Casación Penal, u otras leyes que contemplen estos medios; con fundamento en los artículos 22 y 26, de la Constitución, y en aplicación de los principios de la Ley del Infogobierno, previendo la posibilidad del acceso a la tecnología informática mediante el intercambio de datos, información y documentos entre los órganos y entes del Poder Público y el Sistema de Justicia.

**RESPUESTAS DEL DERECHO PROCESAL
CONSTITUCIONAL A LOS DESAFÍOS DE HOY:
INSTRUMENTO PARA LA DOGMÁTICA JURÍDICA DEMOCRÁ-
TICA Y DERECHOS HUMANOS¹**

I. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO DESARROLLO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA CONSTITUCIONAL Y NO SOLO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

La constitucionalización de la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político, como valores superiores o dogmas del ordenamiento jurídico del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia para Venezuela. La incorporación a dicho orden del sistema universal de derechos humanos, por una parte. Y, por otra parte, la constitucionalización, igualmente, como principios del régimen socioeconómico de la justicia social, la democratización, la eficiencia, la libre competencia, la seguridad jurídica, la protección del ambiente, la productividad, la solidaridad y el desarrollo humano integral para la colectividad. Y también, la categorización del proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia, a que se contraen los artículos 2, 257 y 299, de la vigente Constitución; a mi juicio, más que un derecho positivo constitucional consagra una dogmática jurídica que *trasciende más allá de las peculiaridades de la especialidad de este derecho*. En efecto, estas constitucionalizaciones imponen un método integral científico de verificación y de interpretación del derecho en general, es decir, un saber o conocimiento de esa integración de valores éticos y políticos, fines sociales y económicos y de normas nacionales e internacionales para la aplicación de las leyes y la utilización del proceso como medio de su efectividad. Es decir, se trata de una interpretación del derecho vigente para determinar su sentido constitucional bajo una visión coherente a través de las reglas integración dentro de un orden jurídico unitario, conforme proposiciones que se formulan para interpretar, sistematizar o evaluar el derecho positivo mediante su integridad axiológica. Esta integración de valores consensuados nacional e internacionalmente, según el profesor *Andrés Bernasconi Ramírez*,

¹ Trabajo presentado en el VI Congreso de Derecho Procesal Constitucional, Respuestas del Derecho Procesal Constitucional a los desafíos de hoy, Caracas, 25 y 26 de febrero de 2021.

del Instituto de Estudios Políticos de Universidad Andrés Bello de Santiago de Chile², exceden lo propiamente especial de las ramas jurídicas y del objeto del derecho comparado, como, por ejemplo, cuando se emplean métodos interpretativos basados en principios derivados del orden universal de derechos humanos o de dialogo jurisprudencial. Pero, ello para su verificabilidad en una realidad nacional para cuyo ordenamiento jurídico se postula un sistema basado en esos valores y derechos fundamentales.

Vale la pena advertir, como lo señala Manuel Atienza, que cuando se emplea en la ciencia del derecho la noción de dogmática jurídica, se corre el riesgo de dársele el significado de saber sagrado de la teología, cuando, para él no es sino una técnica, es decir, un desarrollo de la interpretación del sistema jurídico para una realidad social a base de una jurisprudencia que permite construir ese saber o conocimiento científico del conjunto de valores, fines y principios, de manera unitaria. Es decir, un híbrido entre técnica y filosofía práctica, por lo que propone en su lugar la noción de “tecno-praxis”. De modo que la dogmática jurídica sería una combinación de la técnica jurídica y la filosofía moral y política, que consiste no solo en la deliberación o argumentación sobre los medios adecuados para alcanzar ciertos valores o fines, sino también sobre esos fines y sobre los valores en que se sustentan, y que en un estado constitucional ese es el verdadero camino que se le abre a la dogmática jurídica³.

Ahora bien, del mandato u obligación de todo juez de asegurar la integridad de esta Constitución que le impone el artículo 334, de la Constitución, en conjunción, con el carácter de instrumento fundamental para la realización de la justicia que atribuye al proceso el artículo 257, *ibidem*; y, en razón de la función del Tribunal Supremo de Justicia de garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; no cabe duda que la respuesta del derecho procesal constitucional hoy en Venezuela es la de desarrollar la dogmática jurídica o tecno-praxis derivada de la constitucionalización de los valores, fines y principios del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia para todo el ordenamiento jurídico. Respuesta está que cabe dentro de lo que Rómulo Morales Hervías, profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, considera como “la función social de la ciencia jurídica”, en este caso de la ciencia procesal constitucional; o la de comunicar a la sociedad los contenidos normativos sistematizados del derecho. Función que consiste, principalmente, en que sus sujetos normativos los observen y cumplan esos contenidos; y en que los órganos encargados de su aplicación reconozcan y cumplan las decisiones judiciales; y que resuelvan en la realidad problemas

² Bernasconi Ramírez, Andrés, *Rev. derecho* (Valdivia) v.20 n.1 Valdivia jul, 2007, disponible en: EL CARÁCTER CIENTÍFICO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA (conicyt.cl)

³ Atienza, Manuel, “La dogmática jurídica como tecno-praxis”, Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en: 10.pdf (unam. mx)

surgidos de las relaciones sociales, económicas y políticas⁴. Yo le agregaría también como función social, que su aplicación represente en la práctica el modelo de sociedad y de estado que la Constitución propugna mediante la interpretación jurídica que irradie en la práctica los valores de la sociedad democrática y del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia.

II. PRESUPUESTOS INSTITUCIONALES REQUERIDOS PARA LA ADECUADA FUNCIÓN SOCIAL DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Partiendo del anterior planteamiento que la respuesta del derecho procesal constitucional en Venezuela es la de desarrollar la dogmática jurídica o tecno-praxis derivada de la constitucionalización de valores, fines y principios del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia para todo el ordenamiento jurídico; a mi manera de ver, el desarrollo de dicho derecho, como “tecno-praxis”, conforme al sistema mixto de control constitucional concentrado y difuso; requiere de un desarrollo legal y jurisprudencial de presupuestos compatibles con el concepto de Estado democrático de Derecho⁵, que a mi juicio son los siguientes:

1) Necesidad de un órgano máximo y último interprete de la Constitución, integrado por verdaderos juristas, para defender su supremacía y la integridad de sus valores y principios, ante los otros poderes e inclusive ante el poder judicial.

2) Pero, que debe ser una instancia rogada o dispositiva, que no puede actuar de oficio.

3) Que debe actuar conforme a los límites de su propia competencia y sus procedimientos; y del respeto del principio de la división de las ramas del Poder Público, especialmente de la reserva legal y de la reserva del poder constituyente; y dentro de la legitimidad democrática.

4) Que debe actuar conforme a los principios de independencia, imparcialidad, transparencia y pluralismo jurídico y político.

5) Que debe evitar el riesgo de su ilegitimidad, de actuar conforme a una “jurisprudencia de valores”, es decir, en base a una doctrina unilateral de valores profesados por los propios integrantes de los tribunales constitucionales, o por su activismo político o ideológico.

⁴ Morales Hervias, Rómulo, “Dogmática jurídica y Sistema jurídico: aproximaciones a la sociología y antropología jurídica”, disponible en: (22) (PDF) Dogmática jurídica y Sistema jurídico: aproximaciones a la sociología y antropología jurídicas Juan Carlos Romero - Academia.edu

⁵ A estos principios me he referido en mi Obra *Proceso, Tutela Judicial y Estado Social de Derecho*, RETEIURIS, Fondo Editorial Dr. José Gabriel Sarmiento Núñez, Madrid-Caracas, 2019, p. 63-66.

6) Que su función interpretativa debe estar referida a casos concretos y no abstractos; porque sus decisiones interpretativas deben ser el resultado de un contradictorio y no de decisiones unilaterales.

7) Que, en los casos de poderes constituyentes no se excluya del control concentrado de constitucionalidad actos del poder constituido o actos del constituyente contrarios a la Constitución en vigor; o a las bases que rigen sus funciones.

8) Que, primeramente, corresponde a los jueces naturales resolver los problemas interpretativos constitucionales, o aplicar el control difuso de inconstitucionalidad; puesto que todos ellos aplican e interpretan la Constitución; y en última instancia, que tal resolución definitiva les corresponde a los tribunales constitucionales, a través de los procesos ordinarios o extraordinarios; pero no “*per saltum*”, y por anticipado, y en abstracto.

9) Que se garantice la legitimación colectiva en los casos de acciones populares constitucionales o de interpretación de la Constitución.

10) Que se regule la facultad del tribunal constitucional de declarar casos de urgencia y de mero derecho, para garantizar el debido proceso.

Por otro lado, el derecho procesal hoy, en Venezuela, requiere la existencia de un sistema para determinar la valoración de los precedentes como fuentes del Derecho, y evitar así el monopolio de la jurisdicción por la Sala Constitucional y para impedir el solapamiento de competencias entre la jurisdicción constitucional y el resto del orden jurisdiccional, sobre la base, entre otras, de las siguientes reglas:

1. Conexión entre el precedente considerado como norma y el punto jurídico por resolverse.

2. Distinción entre los pormenores (“*ober dictum*”) y el principio general declarado en el precedente como manifestación del Derecho en general (*ratio decidendi*)

3. La exigencia de la similitud de la *ratio decidendi* del precedente con el caso a resolverse.

4. La compatibilidad del precedente con los valores superiores (éticos) del ordenamiento jurídico, de modo que no resulten aplicables en los casos de palpables de contradicción con esos principios.

5. El tipo de proceso en que se ha de originar el precedente.

6. La relación existente entre el tribunal que estableció el precedente y ante el tribunal quien fue invocado.

7. Precisión de las materias exclusivas donde el precedente es obligatorio. Es decir, si son interpretaciones de disposiciones constitucionales, o si se trata de interpretaciones de disposiciones del derecho común.

8. Corresponde a quien invoca el precedente demostrar su aplicabilidad al caso sub iudice y a quien lo niega demostrar la disparidad entre los dos casos.

9. Admisión de la facultad de los jueces de no aplicar los precedentes judiciales, mediante la debida motivación que justifique un criterio más favorable.

10. La prohibición de las ponencias conjuntas para garantizar el derecho de salvar el voto en las decisiones judiciales y el de responsabilidad personal de los magistrados.

III. LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES COMO CONDICIÓN DE UNA RESPUESTA ADECUADA POR EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL HOY EN VENEZUELA⁶

Siguiendo la doctrina moderna, en el Estado Constitucional, o democrático de Derecho, la jurisdicción tiene tres cometidos: 1) Garantizar la supremacía de la Constitución (derecho a la supremacía constitucional). 2) Tutelar los derechos humanos violados o amenazados. Y 3) Condenar al Estado por su responsabilidad por la violación de esos derechos a su reparación integral. Estos fines se atribuye al derecho procesal constitucional puesto que es el instrumento mediante el cual se controla y garantiza el cumplimiento de las normas que limitan el poder del Estado y regulan el funcionamiento de la jurisdicción constitucional. En concreto, el derecho procesal constitucional es la ciencia que desarrolla y estudia los instrumentos jurídicos que materializan el control de la constitucionalidad frente a las violaciones de la Constitución y al abuso del Poder del Estado. Los límites del Poder del Estado vienen dados por: 1) los derechos fundamentales 2) la separación de los poderes del Estado. 3) el principio de la legalidad y de la legitimidad democrática. 4) el respeto a la soberanía popular y 5) la independencia del poder judicial. La jurisdicción constitucional, mediante el derecho procesal constitucional, es la garantía del cumplimiento de esos límites.

El tema de la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales surge a partir del planteamiento de la llamada “objeción democrática” a la actuación de estos tribunales por la elección cerrada de sus jueces, precisamente, dice la profesora de la Pontificia Universidad Católica de Chile y presidente del Tribunal Constitucional de Chile, por cuanto el control difuso como del control concentrado de la constitucionalidad, han tenido como justificación la

⁶ Este tema lo he tratado también en mi obra “Curso de Derecho Procesal Constitucional. Técnica de Interpretación Constitucional (Sistemática para su estudio)”, Colección Estudios Jurídicos José Román Duque Sánchez, Fundación Alberto Adriani, PAC Proyectos y Asesorías Comunicacionales, Caracas, junio de 2020, p. 124-131.

necesidad de defender la supremacía de la Constitución la soberanía popular⁷. Y, según expresó Dieter Grimm, en las actuaciones de los tribunales constitucionales existe un “riesgo democrático”, por lo que la legitimidad democrática debe ser también el límite del superpoder de los tribunales constitucionales⁸. Cuando esa legitimidad material y principista no es respetada por los tribunales constitucionales, tanto cuando se incumplen las condiciones que garantizan la idoneidad en la elección de sus jueces, como cuando estos tribunales desconocen los derechos de las minorías o restringen, mediante interpretaciones interesadas, el contenido esencial de los derechos fundamentales. Ello sucede, por ejemplo, cuando un tribunal constitucional asume competencia penal para privar de libertad a los ciudadanos supuestamente por desacato a decisiones judiciales; o cuando establece la previa autorización a los derechos de manifestar o de reuniones públicas; o cuando avala la pérdida de la representación popular parlamentaria por actos sancionatorios de las cámaras legislativas y no por previas decisiones judiciales; o cuando ratifica la privación de derechos políticos impuesta por actos administrativos y no por sentencias definitivamente firmes. O, cuando desconoce decisiones de organismos jurisdiccionales internacionales que amparan derechos fundamentales. O sustituyen los mecanismos electorales de la alternancia en los cargos o de las faltas absolutas de sus titulares, por supuestos mecanismos de continuidad administrativa. Y por supuesto cuando los tribunales constitucionales suplantán las facultades legislativas y de control parlamentario del poder legislativo, como, por ejemplo, la designación de los rectores del Consejo Nacional Electoral o de los miembros del Consejo Moral Republicano o aprueban contratos de interés público, que corresponden a la Asamblea Nacional. En estos casos, los tribunales constitucionales actúan fuera de los límites de la legitimidad democrática al coadyuvar la tiranía de los otros poderes o de las mayorías en perjuicio de los derechos fundamentales de las minorías o de los ciudadanos.

El derecho procesal constitucional debe velar porque los tribunales constitucionales cumplan su función de árbitros del juego democrático, y de que cumplan con su grave responsabilidad de hacer compatible la democracia con el constitucionalismo, puesto que les compete asegurar la vigencia de la Constitución como limitación del poder. Es decir, equilibrar “la tensión latente entre la voluntad mayoritaria y la voluntad superior expresada en la Constitución”⁹. Esa voluntad superior está expresada por el constituyente al consagrar la supremacía constitucional y los valores superiores del ordenamiento jurídico del Estado, entre ellos la primacía de los derechos fundamentales. La principal

⁷ Peña Torres, Marisol, “La legitimidad de la justicia constitucional en un sistema democrático”, Ponencia presentada en la X Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, realizada en la ciudad de Santo Domingo, República Dominicana, el 14 de marzo de 2014, disponible en: Conferencia de la Presidenta del Tribunal Constitucional de Chile.pdf (cijc.org)

⁸ Citado por Gustavo Binebojm, en: *A Nova Jurisdicao Constitucional Brasileira. Legitimidade democrática e Instrumentos de realizacao* (4ª Edição revista e atualizada. RENOVAR, Rio de janeiro 2014, p. 50.

⁹ Gustavo Binebojm, obra mencionada, p. 282.

consecuencia, es el de la inalienabilidad de estos derechos y la obligatoriedad del resto de los valores superiores. En efecto, esa supremacía y la inalienabilidad de los derechos fundamentales y su primacía son límites a la voluntad popular y a sus órganos representativos, para cuya protección se establece el control de la constitucionalidad de los actos legislativos y políticos de los poderes del Estado y las cláusulas pétreas constitucionales inmodificables, como límites al ejercicio abusivo de la representación voluntad popular y al ejercicio de la soberanía popular misma. Por esto, el autor brasileño, que he citado, considera la jurisdicción constitucional como “una instancia del poder contra mayoritario”, por cuanto su función es anular los actos dictados, mayoritariamente, por los poderes popularmente electos¹⁰, contrarios a esos valores y derechos fundamentales que son la base de la legitimidad democrática del ejercicio del poder. Por tanto, la garantía de los valores y principios superiores y la primacía de los derechos humanos, constitucionalmente consagrados, son los factores de la legitimidad del régimen democrático, por lo que los tribunales constitucionales cuando cumplen con ese deber de anular o extinguir actos contrarios a esos valores y derechos, intervienen en pro y no en contra de la democracia. De allí que la jurisdicción constitucional es a la vez el muro de protección de la legitimidad de la democracia y su fuente principal.

Pero, por otro lado, esa legitimidad democrática es así mismo la limitación del poder jurisdiccional de los tribunales constitucionales, en el sentido de que no pueden constituirse en otra instancia autoritaria del poder abusivo de la mayoría, ni en su cómplice o en su verdugo. Es así, que las decisiones de los tribunales constitucionales que sobrepasen ese límite, porque no respetan o desconocen el consenso social logrado en la consagración constitucional de los valores superiores y de la primacía de los derechos humanos, y, por ende, su inalienabilidad, y que no garanticen el respeto a los derechos de las minorías, o que asfixien la competencia de los otros jueces en estas materias; son fuentes del ejercicio antidemocrático del poder y no de la legitimidad democrática que es el equilibrio entre la democracia y el Estado de Derecho. En estos casos de patología constitucional, en palabras de Gustavo Binebojm, los tribunales constitucionales dejan de ser el último intérprete de la Constitución para constituirse en intérpretes tiránicos de la Constitución, “transformándose en una instancia autoritaria y deslegitimada del poder”¹¹.

En el contexto del Estado Democrático de Derecho, la estructura y funcionamiento de los tribunales constitucionales, de acuerdo con la profesora Marisol Peña, antes mencionada, la democracia como expresión de los derechos ciudadanos, es una condición esencial; así como la seguridad jurídica por el respeto a los límites de los poderes públicos. Sobre todo, porque las prescripciones constitucionales son, en la práctica, suficientemente abiertas o indeterminadas como para dar margen a una interpretación extensiva de la Constitución, lo que, según sus palabras, ello es “una tentación peligrosa para nuestras judicaturas. Peligrosa, porque

¹⁰ Obra mencionada, *ibidem*.

¹¹ Obra citada, p. 284.

nos impulsa a suplantar la labor del Constituyente derivado o, incluso, del legislador democrático”. El ejemplo más dramático de esta tentación lo representa la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, que se ha convertido en constituyente, legislador y juez natural en todas las materias. Por lo que, conforme la misma profesora Peña, “no podemos construir la legitimidad democrática de nuestros Tribunales y Salas Constitucionales sobre la base del déficit democrático del legislador o del resto de los poderes del Estado”. Es así, según su reflexión, para el legítimo rol de jueces constitucionales en la consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, el sistema de nombramiento de los jueces constitucionales debe ser de tal forma que asegure que quienes acceden a nuestras magistraturas lo hagan obedeciendo a un único deber: el de defender a cabalidad la supremacía constitucional a partir de la expresión que el pueblo soberano se ha dado en un momento determinado sin intentar substituir la labor del constituyente y del legislador. E, igualmente, que cumplan un rol no sólo de protectores de la Constitución, sino también de promotores de su vigencia integral mediante la irradiación de los valores constitucionales en las diversas ramas del Derecho. Es decir, a mi juicio, que dichos jueces más que especialistas en derecho constitucional han de ser verdaderos juristas, en el sentido de que, sepan combinar los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, porque, en palabras de la citada profesora Mariol Peña “el empleo de la técnica de la ponderación ante eventuales conflictos de derechos fundamentales, (...) elimina o, al menos, reduce la impresión de arbitrariedad en la decisión del juez”. En este orden de ideas, he llegado a la conclusión que la sustitución de la Corte Plena, como tribunal constitucional, como lo era antes en la Constitución de 1961, por una Sala Constitucional, en la Constitución de 1999, no ha resultado, por falta de legitimidad democrática, la mejor respuesta del derecho procesal constitucional para Venezuela. Y además, que existe, a mi juicio, una contradicción entre su artículo 334, que, por un lado, establece que corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la jurisdicción constitucional; y, por el otro lado, su artículo 335, que dispone que, el Tribunal Supremo de Justicia, que se compone por todas sus Salas, garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; que será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación; pero que, las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República. Tal contradicción ha dado lugar a un super poder de la Sala Constitucional, por el que sustituye al Tribunal Supremo como máximo y último intérprete de la Constitución, y, así como a un monopolio de todo el orden jurisdiccional.

En este orden de ideas, resulta ilustrativo el comentario del jurista mejicano Miguel Carbonell sobre las reflexiones de Gustavo Zagrebelsky derivadas de su desempeño como juez de la Corte Constitucional italiana, acerca del papel del juez y el lugar de las cortes constitucionales dentro de los sistemas democráticos,

expuestas en su monografía titulada “Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política”, publicada en Madrid, en el 2008¹². Según Carbonell, Zagrebelsky recalca que las decisiones de los jueces constitucionales son vitales sobre los derechos fundamentales y la configuración presente y futura de la democracia y señala la aparente paradoja de que la función de la Corte es política, pero no pertenece a la política; y que, si bien tiene mucho que ver con la democracia, pero no deriva de ella. En efecto, apunta Carbonell, que la Corte Constitucional “tiene por misión fundamental aplicar la Constitución, que es una norma que contiene todo aquello que no está sujeto a votación alguna. O, mejor dicho, la Constitución contiene todo sobre lo que ya no se vota, porque “ha sido votado de una vez por todas en su origen”. Agrega Carbonell, “La Constitución se sitúa (debe situarse) por encima de la batalla política cotidiana. No puede ser convertida en rehén de ningún partido político y de ningún programa de gobierno. La Constitución configura y supone un patrimonio cultural que debe ser compartido por todos”. Y concluye, al referirse a la reflexión de Zagrebelsky sobre la independencia de los jueces constitucionales frente a la opinión pública y frente, asimismo, diciendo, que, para este autor, “Los jueces constitucionales deben militar en el “partido de la Constitución”, el cual se ubica más allá de los partidos políticos”. Y, que “Su ánimo debe estar guiado solamente, todos los días y en todo momento, por la “voluntad de Constitución”, por un compromiso personal indeclinable de hacer valer en la realidad, frente a todo y frente a todos, lo que ordena la Constitución”¹³.

Finalmente, con relación al tema del presente VI Congreso de Derecho Procesal Constitucional sobre sus Respuestas hoy día, pienso, que lo he llamado función social de este derecho, se resume en las siguientes palabras de Gustavo Zagrebelsky, que reproduce Miguel Carbonell: “En nuestros días existe un compromiso importante de observar la “obligación de alimentar el deseo de Constitución y de saciarnos”; una obligación que “alcanza a todos”, pero que se refiere “en primer lugar a los jueces constitucionales”. Y, se pregunta Zagrebelsky: ¿cómo hacerlo?, y se responde, “a través de la jurisprudencia, una jurisprudencia que no se contemple a sí misma, que sepa hablar con claridad y en general, que no tema proclamar netamente los principios esenciales que la sostienen y argumentar su importancia en la vida civil, para convertirse así en fuerza viva de la historia y de la cultura constitucional”.

CONCLUSIÓN

La respuesta del derecho procesal constitucional, como lo he expuesto, es la de conducir la dogmática jurídica constitucional, entendida como técnica y práctica para hacer una realidad en Venezuela los valores superiores del ordenamiento jurídico del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia y los fines superiores de su régimen económico social, para lo cual requiere de presupuestos

¹² Zagrebelsky, Gustavo, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, rad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2008, 109 pp.

¹³ Cuestiones Constitucionales *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Número 21, Julio-diciembre 2009, disponible en: Carbonell (unam.mx)

que aseguren la condición de juristas, más que de simples constitucionalistas, principalmente, de los magistrados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, y la formación integral en dicha dogmática del resto de los jueces. Asimismo, también requiere de la existencia de reglas claras sobre el ejercicio de su función jurisdiccional, sobre todo en cuanto a la regulación del precedente judicial. Y como condición relativa a su esencia de instrumento de la Justicia el derecho procesal constitucional exige para cumplir con su función social que la jurisdicción constitucional esté en manos de jueces independientes, legítimamente elegidos, que respeten sus límites competenciales y que garanticen el ejercicio democrático del poder y de la legitimidad democrática, tanto del resto de los poderes públicos como de la suya propia. Por último, a mi juicio, siendo la dogmática jurídica constitucional la función social del derecho procesal constitucional, 22 años después de vigencia de la Constitución, debe ponderarse si la atribución a una Sala Constitucional de jurisdicción exclusiva en esta materia y no al Tribunal Supremo de Justicia, es o no una respuesta apropiada de dicho derecho para hoy día.

**CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR,
APORTES PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL,
MIGRACIONES, DERECHOS HUMANOS Y EL POSTCONFLICTO.
EL CASO DE VENEZUELA DENTRO DEL CONSTITUCIONA-
LISMO TRANSFORMADOR¹**

I. ENFOQUE DE LA EXPOSICIÓN DENTRO DEL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR

Dentro del propósito del encuentro a que nos ha invitado la Cátedra Europa 2019, de crear espacios de discusión sobre las aproximaciones teórico-metodológicas del constitucionalismo transformador, bajo el enfoque del *Ius Constitutionale Commune en América Latina* (ICCAL); y de revisar casos concretos de estudio para su acervo, considero que el régimen que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, derogada de facto; que fue aprobado por la Asamblea Nacional el 5 de febrero de 2019, es un aporte para los temas comprendidos en el constitucionalismo transformador, que, precisamente apunta a la transformación de la realidad política y social latinoamericana, por medio del fortalecimiento concertado de la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos. Régimen éste que no solo contempla el mecanismo de transformación, sino también la regulación del postconflicto, en concreto respecto de la justicia transicional y de los derechos humanos.

II. LA REALIDAD POLÍTICA Y SOCIAL A TRANSFORMAR EN VENEZUELA

Esta realidad viene dada por la ausencia total de la institucionalidad constitucional o por una crisis institucional que destruyó el Estado de derecho democrático. En efecto, esta crisis constitucional proviene de una situación anormal o anómala que impide el normal funcionamiento de las instituciones del Estado democrático de Derecho. Fundamentalmente, por el vacío institucional de la titularidad del Poder Ejecutivo por la usurpación de la presidencia, que representa la suspensión efectiva de la Constitución por un gobierno de facto. Y, por la convocatoria

¹ Cátedra Europa 2019-03-08. UniNorte. Constitucionalismo transformador y la Construcción del *Ius Commune en América Latina*. Barranquilla, Colombia 18-03-2019.

ilegítima de una Asamblea Nacional Constituyente (ANC) que usurpa la soberanía popular; por la realización de un proceso electoral ilegítimo convocado por esta Asamblea y por la eliminación de la autonomía legislativa y de control de la Asamblea Nacional (AN) por decisiones de un Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), integrado ilegítimamente, del cual solo un 31%,25 de los magistrados cumple con los requisitos exigidos para dichos cargos y el 50%, no los cumple. El mejor indicador de esta falta absoluta de la institucionalidad del Estado constitucional es la colocación de Venezuela en el puesto 126, es decir, el último, en el Índice Mundial sobre el Estado de Derecho, de 2019. Fundamentalmente, como lo ha señalado el Bloque Constitucional de Venezuela, por el paralelismo constitucional o dualismo estatal, por la existencia, de un régimen de hecho inconstitucional y de un régimen constitucional derogado ilegítimamente. Esta anormalidad, apareja una falta de control absoluto de la corrupción en la gestión pública, por lo que, según el Índice de Percepción de la Corrupción del 2017 de 180 países, a Venezuela se le ubica en el puesto 169 en el nivel grave de corrupción; y dentro de la escala de 0 a 100, en la que 0 es el más alto nivel de corrupción y 100 el más limpio, Venezuela alcanza el índice de 18, junto con Siria, Sudán, Guinea Ecuatorial, Guinea Bissau, Corea del Norte, Libia y Yemen. Por ello, se le coloca entre los países de mayor grado de corrupción. Lo cual, además, determina en *Venezuela un alto grado de impunidad en materia de delitos de corrupción. Y respecto, del sistema de justicia*, el Latino barómetro, en su Informe 2018, señala que Venezuela se encuentra entre los 15 países de la región donde menos del tercio de la población confía en el Poder Judicial y que solo 18% confían en este poder. En este contexto, Transparencia Venezuela, en su Informe de 2017, incluye como un caso grave de corrupción, por acentuar la falta de justicia, “*el establecimiento de un Gobierno constituyente, a través de un poder legislativo paralelo que dio el zarpazo final a la autonomía e independencia de los poderes públicos, rasgos fundamentales del Estado de Derecho*”.

Informe 2018, señala que Venezuela se encuentra entre los 15 países de la región donde menos del tercio de la población confía en el Poder Judicial y que solo 18% confían en este poder.” Ello en razón de que, en Venezuela, existe un sistema judicial radicalmente político e ideológico, totalmente dominado por el Gobierno, para inculpar y condenar a quienes califica de “desestabilizadores *del Estado*” y para amordazar y acorrallar a los grupos políticos más activos, limitar la libertad de expresión, perseguir a periodistas y defensores de derechos humanos y a restringir los derechos políticos y electorales. Según el acreditado Foro Penal, en Venezuela, para el 31 de enero de 2019, hay 966 presos políticos, 1003 personas detenidas arbitrariamente, de las cuales 741, a esta fecha, se encuentran aún detenidas, pendientes de su presentación ante tribunales o a la espera de presentar fiadores o de ser privados de libertad, y 7.300 personas sujetas a procesos penales bajo medidas cautelares. A estos datos se agrega por el mencionado Foro Penal, sobre la represión entre el 22 y el 23 de febrero, del mismo año, como consecuencia del intento de ingresar ayuda humanitaria a Venezuela, de 107 personas arrestadas arbitrariamente detenidas, 7 personas asesinadas y 58 personas heridas de bala. El nivel de impunidad en Venezuela es alarmante según el último informe de la Comisión Internacional de Juristas, que llega a 95% en casos de delitos sin justicia y a 98% en casos de violaciones a derechos humanos.

A lo anterior se une, el deterioro social, principalmente por el despilfarro de los recursos públicos y la corrupción, que determina la violación de los derechos económicos sociales, hasta el punto, por ejemplo, que el Centro de Investigaciones Económicas de la Universidad Católica Andrés Bello, ha señalado que la capacidad de compra de las familias venezolanas ha experimentado “*la mayor contracción en toda la historia socioeconómica del país y esto explica por qué hemos batido todos los récords de pobreza de ingreso. Hoy 73% de los hogares y 76% de los venezolanos están en pobreza de ingresos*”. Y, que la inflación acumulada se calcula en 2.999%, que superaría a la proyección del Fondo Monetario Internacional que es de 2.349%.

Y, finalmente, de acuerdo con el Índice de Desarrollo Humano (IDHH) de la ONU, Venezuela continúa su descenso y acumula uno de los mayores retrocesos del mundo durante el presente gobierno. Lo que confirma el Informe Preliminar del Grupo de Trabajo sobre migrantes y refugiados venezolanos, del 8 de marzo de este año de 2019, de que cada día hay 5.000 nuevos refugiados y que, de seguir así, el 2019 terminará con más de 5 millones de desplazados, que equipararía a los venezolanos con los desplazados con los conflictos bélicos de Siria o Afganistán.

Estos datos son suficientes para entender porque según el Índice de los estados frágiles o fallidos del Fondo para la Paz de 2018, Venezuela cayó al nivel del caos, para ubicarse en el tercer país en el mundo más empeorado y en el segundo estado más frágil o fallido del hemisferio occidental, detrás de Haití. Ello debido, de acuerdo con el Índice citado, a la mala gestión del gobierno y “al control autoritario que ejerce Maduro sobre el poder” (<http://fundforpeace.org/fsi/2018/04/19/fragile-states-index-2018-issues-of-fragility-touch-the-worlds-richest-and-most-developed-countries-in-2018/>).

Además, siendo Venezuela un país rico en recursos naturales, sin embargo, conforme la Alerta semanal de Atrociada del Centro Global para la Responsabilidad de Proteger, actualizado al 15 de este mes de marzo, es un país afectado por masivas violaciones de derechos humanos y ataques sistemáticos a la población civil”, que colocan a la población en riesgo de posibles crímenes de lesa humanidad ([http:// www.globalr2p.org/regions/venezuela](http://www.globalr2p.org/regions/venezuela))².

² “NECESSARY ACTION. The government must immediately end systematic human rights violations and abuses, demobilize auxiliary militias –including “colectivos”– and ensure the security forces refrain from the disproportionate and deadly use of force against protesters. UN member states should impose targeted sanctions on all government officials responsible for systematic violations and abuses of human rights in Venezuela, including the torture of political detainees. The UN, with the support of Latin American states and the OAS, should help negotiate an end to the crisis. Humanitarian relief efforts should be strictly guided by the principles of independence and impartiality, and aid deliveries should be coordinated with UN agencies”- (http://www.globalr2p.org/media/files/r2p_monitor_march_2019_final.pdf)

III. VENEZUELA, CASO PROPIO PARA EL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR

Teniendo presente que la orientación de los Coloquios Iberoamericanos de la Cátedra de Europa es el de superar la profunda exclusión social a la luz de la tríada derechos humanos, democracia y Estado de derecho, considero que Venezuela es actualmente una de esas realidades a superar bajo el nuevo enfoque del constitucionalismo latinoamericano de crear las condiciones sociales y políticas necesarias para hacer efectiva la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos. Que, ahora, el caso de Venezuela es objeto de estudio de instancias internacionales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU, del Relator de la ONU sobre la Independencia Judicial y de investigación por parte de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional. Bajo estas premisas, el Bloque Constitucional de Venezuela, considera que el régimen que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que ha sido derogada de facto por el presente régimen; puede representar un aporte para el desarrollo del constitucionalismo transformador, porque mediante dicho régimen se contemplan mecanismos de cláusulas de apertura constitucional para superar la falta absoluta de institucionalidad del Estado de derecho democrático; lo cual tiene sustento en el propio derecho constitucional venezolano, dentro de las formas de protección de la Constitución y de las garantías de su vigencia; y soporte también en los principios del derecho constitucional regional y universal y del dialogo jurisprudencial, respecto de la tríada derechos humanos, democracia y Estado de derecho, del *Ius Constitutionale Commune en América Latina* .

IV. LAS FORMAS DE PROTECCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS GARANTÍAS DE SU VIGENCIA. LA CLAUSULA DE APERTURA PARA EL REESTABLECIMIENTO DE LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DEROGADA DE HECHO COMO MECANISMO DEL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR

El Bloque Constitucional de Venezuela ha sostenido que en la Constitución venezolana, en el Título VIII, “De la protección de la Constitución”, y concretamente, en su Capítulo I, “De la garantía de la Constitución”, se contempla en su artículo 333, en concordancia con su artículo 350, el deber y el derecho de restablecer la efectiva vigencia de la Constitución que fuere derogada por cualquier medio distinto al previsto en ella; y, que además, es uno de los tipos de garantía de la Constitución para los casos en que fuere derogada de hecho y para desconocer la usurpación de autoridad. En efecto, el artículo 333, antes citado, contempla un medio de proteger y garantizar la supremacía de la Constitución, como lo es el restablecimiento del orden constitucional el cual consiste en un régimen transitorio de sujeción de los órganos del Poder Público a los principios y disposiciones de la Constitución y de garantizar su supremacía, a que se contrae el artículo 7°. Este medio, como una medida ex-

cepcional, vendría a ser un Addendum provisional de la Constitución para resolver transitoriamente una crisis constitucional por la pérdida de la institucionalidad y para restablecer su normalidad, como una suerte de poder constituyente delegado de emergencia transitorio. Cuyo objeto es resolver transitoriamente una crisis constitucional por la pérdida de la institucionalidad y para restablecer su normalidad y la supremacía de la Constitución. La crisis constitucional viene dada por una situación anormal o anómala que impide el normal funcionamiento de las instituciones del Estado democrático de Derecho. Ese régimen excepcional transitorio es un modo de desconocer la autoridad usurpada que contraría los valores, principios y garantías democráticos, que se reconoce en el artículo 350, de la misma Constitución. En criterio del Bloque Constitucional de Venezuela, de los artículos 333 y 350, constitucionales, se desprende, como clausula implícita, la facultad o el derecho de desconocer la usurpación del poder por un gobierno de hecho, ante la inexistencia o la falta de institucionalidad del Estado de derecho, que permite ejercer un control constitucional popular para restablecer la vigencia de la Constitución, derogada de hecho; y que faculta a los poderes legítimos, en este caso, la Asamblea Nacional, como representante de la soberanía popular, de quien emanan los poderes del Estado, de acuerdo con el artículo 5º, de la misma Constitución; para adoptar medidas extraordinarias con esa finalidad de reinstitucionalización del Estado constitucional de derecho. En efecto, esta facultad o derecho de restablecimiento de la Constitución, habilita a la Asamblea Nacional por su investidura legítima de la representación popular, para dictar medidas extraordinarias con la finalidad de reconstruir la institucionalidad del Estado de derecho. En ejercicio de la referida facultad, la Asamblea Nacional, conforme su legitimidad que la habilita, dictó, en fecha 5 de febrero de 2019, un estatuto transitorio para encausar jurídicamente el hecho político de la transición democrática de la cesación la usurpación, el establecimiento de un gobierno de transición y la realización de elecciones libres y competitivas.

V. NATURALEZA JURÍDICA DEL ESTATUTO DE TRANSICIÓN

Puede definirse este Estatuto, dentro de los mecanismos de protección de la Constitución y de garantías de su vigencia, como marco normativo transitorio de carácter constitucional de restablecimiento de la vigencia del orden constitucional derogado absolutamente de hecho; de carácter extraordinario por la ausencia del Estado de Derecho y por ser diferente al marco normativo previsto dentro de la normalidad institucional de protección de dicho orden mediante el control de la constitucionalidad de los actos inconstitucionales y diferente de la aplicación del estado de excepción como medio de defensa de la institucionalidad amenazada. Y desde el punto de vista, de las fuentes del derecho constitucional, el estatuto de transición es un acto parlamentario normativo de ejecución directa de la Constitución, conforme el artículo 333 para restablecer su vigencia ante su derogación de hecho y encausar la transición democrática. Es decir, acto normativo del proceso de reinstitucionalización del Estado de Derecho y de democratización del sistema político para salir de la dictadura. Es decir, regulador de un proceso de transacción democrática. Por

ello, es un acto normativo superior a las leyes formales, que regula la liberación de la dictadura, es decir, el cese de la usurpación, la formación de un gobierno provisional y la realización de elecciones libres y competitivas, con las garantías electorales. Y, que en postconflicto prevé la legitimación de los poderes electoral, del poder ciudadano y del Tribunal Supremo de Justicia, así como el establecimiento de la justicia transicional. Como acto normativo constitucional, el estatuto en comento permite a la Asamblea Nacional modificar los lapsos y requisitos legales de los procedimientos de renovación de los poderes públicos para designar o ratificar sus titulares y preparar las elecciones libres.

VI. DISTINCIÓN Y DIFERENCIA CON EL RESTO DE LOS MEDIOS DE PROTECCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS FORMAS DE SUS GARANTÍAS DE RESTABLECIMIENTO DE LA EFECTIVA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL MEDIO DE PROTEGER EL ORDEN INTERNO MEDIANTE ESTADOS DE EXCEPCIÓN

En situaciones de normalidad institucional, la Constitución prevé como medios y formas de su protección y garantías, por un lado, la aplicación del control de la constitucionalidad (artículos 334, 335 y 336), que supone la existencia de un tribunal supremo legítimo y de un poder judicial independiente y no subordinado. Y, por otro lado, los de estados de excepción, para los casos de amenaza a la institucionalidad por conmoción interior o exterior; o emergencias o de crisis económicas, sociales, políticas, naturales o ecológicas. Estos estados corresponde aplicarlos al Poder Ejecutivo, si son insuficientes las facultades que posee, bajo el control del Tribunal Supremo de Justicia y de la Asamblea Nacional, mediante decretos de excepción, temporales, que tienen naturaleza de ley, y que permiten al Ejecutivo adoptar medidas extraordinarias para proteger la estabilidad de las instituciones que se vean afectadas gravemente (Arts. 337 a 339). En los casos de estados de excepción, la institucionalidad existe, pero está amenazada o en peligro. Mientras que en los casos de institucionalidad inexistente, por la derogación de la Constitución, por los otros poderes del Estado, por actos no previstos en ella, con fundamento en la facultad y derecho contemplados en los artículos 333 y 350, constitucionales, la Asamblea Nacional, por su legitimidad democrática, tiene la habilitación general para tomar medidas extraordinarias, para el restablecimiento de la institucionalidad democrática, mediante actos normativos de naturaleza constitucional, para restablecer la vigencia de la Constitución, como el estatuto de transición que aprobó en fecha 5 de febrero de 2019.

VII. EL ESTATUTO DE TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA DE VENEZUELA Y EL *CONSTITUTIONALE IUS COMUNE* EN AMÉRICA LATINA

Por otro lado, el Estatuto de Transición hacia la Democrática aprobado por la Asamblea Nacional de Venezuela el 5 de febrero de 2019, es una materialización del derecho a la democracia y de la obligación de los estados de

promoverla y defenderla; por cuanto, la democracia es garantía indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos. Y, además el estatuto en cuestión es coherente con la obligación de los estados de normalizar la institucionalidad democrática en casos de ruptura del orden democrático o la alteración grave del orden constitucional, para evitar la aplicación de los mecanismos de preservación de la institucionalidad democrática, en el caso de la región latinoamericana, por parte de la Organización de Estados Americanos. Todo ello según los elementos y principios de la Carta Democrática Interamericana, del 11 de septiembre del 2001. Carta esta que por su preámbulo puede considerarse como *Constitutionale Ius Comune* en América Latina, de donde puede extraerse el principio de que la democracia y su régimen constitucional, es la base del Estado de derecho y del desarrollo social, económico y político de los pueblos latinoamericanos, como se define en los artículos 1º y 2º, de dicha Carta; y que su ejercicio efectivo es parte del derecho interamericano, en atención a la declaración contenida en el artículo 3, literal “d”, de la Carta de la OEA. Por esto, el restablecimiento de la gobernabilidad democrática es un derecho irrenunciable de los pueblos y una obligación de los poderes legítimos de los estados. Y cuyo restablecimiento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 17, de la citada Carta, corresponde principalmente a los poderes del Estado, puesto que la asistencia internacional para el sostenimiento y preservación de la institucionalidad democrática, rota o alterada, en los casos de los países latinoamericanos, es subsidiaria. Por lo expuesto, el estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobado por la Asamblea Nacional, es conforme con los principios del *constitutionale ius commune* latinoamericano.

VIII. EL ESTATUTO DE TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA DE VENEZUELA COMO APORTE PARA EL CONTENIDO DEL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL, DE MIGRACIONES, DERECHOS HUMANOS Y EL POSTCONFLICTO

El referido estatuto, contempla decisiones para la defensa de los derechos del pueblo y del Estado venezolanos ante la comunidad internacional; así como medidas para reinsertar el Estado venezolano en concierto de las Naciones libres, conforme la Carta de la OEA, la Carta Democrática Interamericana, la Carta de la ONU y en el sistema interamericano y el sistema universal. E igualmente, leyes que promuevan la transición política para crear incentivos para que los funcionarios civiles y militares actúen bajo la Constitución y no obedezcan órdenes de quien usurpa la Presidencia de la República; al igual que para desarrollar el sistema de justicia transicional; para decretar las amnistías para quienes están privados de libertad por razones políticas y para otorgar garantías de reinserción democrática a las personas que coadyuven al restablecimiento del orden constitucional; y para el efectivo cumplimiento del artículo 328, constitucional; y a la integración constitucional de la fuerza armada en el proceso de transición democrática. Finalmente, el estatuto, en comento, prevé medidas y leyes para atender la emergencia

humanitaria de Venezuela, que ha sido reconocida por organismos internacionales. Es decir, que también el estatuto que nos ocupa atiende la regulación del post-conflicto, en concreto respecto del desarrollo integral de la población venezolana, la justicia transicional, de las migraciones y de los derechos humanos. Y, por cuanto, sigue la orientación de servirse del constitucionalismo para la transformación de la realidad política y social latinoamericana, por medio del fortalecimiento concertado de la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos.

Aparte de lo anterior, por la jerarquía constitucional, de acuerdo con el artículo 23, de la Constitución venezolana, de los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, por su prevalencia en el orden interno y por su aplicación inmediata y directa no solo por los tribunales sino además por los demás órganos del Poder Público, que son fuente del *Ius Constitutionale Commune en América Latina*; permiten considerar al estatuto que rige la transición democrática en Venezuela conforme con sus principios y reglas del constitucionalismo regional de los derechos con garantías supranacionales. Y del contenido sistemático derivado del uso interno del dialogo jurisprudencial, en la región latinoamericana, de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre los derechos fundamentales, la defensa de la democracia y la Constitución, en aplicación del control de dichos tratados o convenciones, o “control de la convencionalidad”, que obliga a los estados no solo a tener en cuenta los tratados, sino también la interpretación que de los mismos han hecho las instancias judiciales supranacionales.

CONSECUENCIAS POLÍTICAS DE LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES¹

Sirvan de inicio y de orientación a esta disertación sobre las consecuencias políticas de las decisiones de los Tribunales Constitucionales, las palabras del Profesor **Manuel García Pelayo**, de su Discurso del acto de inauguración del Tribunal Constitucional español el 2 de julio de 1980:

“El Tribunal Constitucional juzga con arreglo a criterios y razones jurídicas sobre controversias jurídicamente formuladas. Es claro estas controversias hacen referencia siempre, de una u otra manera, a las limitaciones constitucionales establecidas al poder, al ámbito de acción libre de los distintos órganos que integran al Estado y que son, en consecuencia, controversias políticas. En este sentido, pero en este sentido, es nuestra jurisdicción una jurisdicción política”.

La limitación al Poder y del arbitrio de los órganos estatales, es decir, el control de la constitucionalidad del Estado, que es el objeto de la jurisdicción constitucional, es asimismo la causa de las consecuencias políticas de las decisiones de los Tribunales Constitucionales, porque cuando imponen limitaciones o cuando las excusan, producen efectos políticos. Es decir, de gobierno, porque se trata del control del modo de gobernar. Así que cuando los tribunales constitucionales limitan o autorizan el Poder, o restringen su libertad de acción, participan, por la vía jurisdiccional del gobierno. En otras palabras, las sentencias limitativas o permisivas de los Tribunales Constitucionales producen un impacto político, sobre todo cuando su jurisprudencia resulta de las exigencias y requerimientos del Poder Político² y no propiamente del compromiso de la realización de un orden jurídico democrático propio del modelo de Estado de Derecho proclamado en las Constituciones.

Ahora bien, esa vinculación de la jurisdicción constitucional con lo político es propio de su misma progenie. En efecto, su razón de ser tiene que ver con la garantía del equilibrio de los poderes públicos y con el control de la legitimidad de origen y de ejercicio del poder público. Y estas son cuestiones

¹ JORNADAS COLOMBO VENEZOLANAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL, UCAB, Caracas, 2005.

² En este sentido, Escobar León, Ramón, “*El Precedente y la Interpretación Constitucional*”, Editorial Sherwood, Caracas, 2005, p. 28.

políticas, porque de ellas depende la institucionalidad democrática en el Estado de Derecho, es decir, del gobierno constitucional, hasta el punto de que de la calificación de legítima que el Tribunal Constitucional otorgue a la actuación gubernamental dependerá su aceptación y hasta su resistencia o desconocimiento. Y también dependerá que se pueda desarrollar eficazmente el ordenamiento constitucional de la democracia, de la libertad y de los derechos humanos. Es decir, la estabilidad y la institucionalidad democrática del Estado. Me voy a detener para ilustrar este aserto con unas reflexiones sobre el papel que jugó el Tribunal Constitucional alemán en la estabilización del Estado democrático alemán y en su reconstrucción:

Hermann Höpker Aschoff, quien fue el primer presidente del Tribunal Constitucional alemán, en su sesión inaugural en Karlsruhe se refería a las tareas que le correspondían a este Tribunal y a las consecuencias de su actuación, en estos términos:

“Hemos de resolver casos litigiosos, y las disonancias de las confrontaciones políticas van a chirriar ante nuestros oídos, pero lo vamos a hacer en la esperanza de que todos los que somos de buena voluntad amamos a nuestra patria y compartimos la adhesión al orden democrático-liberal fundamental de nuestro Estado”³.

No cabe duda, que el compromiso con el orden democrático y libertario del Tribunal Constitucional alemán resultaba determinante para las consecuencias políticas de sus decisiones interpretativas de las limitaciones del Poder, en el sentido de fortalecer la democracia y la libertad en lugar de debilitar estos valores. De no representar su jurisprudencia esos valores y fines, las consecuencias políticas de sus decisiones hubieran sido contrarias a la razón de ser de su creación, cuál era la de perfeccionar el Estado de Derecho postulado para la Nación alemana democrática y de partidos, en lugar del Estado de Derecho sostenido sobre la base del pensamiento y del partido únicos del totalitarismo nacionalsocialista.

Dos décadas después **Gebhard Müller** opinaba del Tribunal Constitucional alemán, lo siguiente:

“Después de casi veinte años de existencia del Tribunal Constitucional Federal se puede constatar que su creación ha contribuido esencialmente a la estabilización de vida del Estado, sin que el amplio control ejercido en el plano jurídico constitucional haya conducido a una politización insoportable de la justicia, tal y como habían temido los enemigos de la jurisdicción constitucional”⁴.

El compromiso con un concepto de Estado de Derecho, entendido como el orden jurídico para la libertad y la democracia, que las Constituciones pro-

³ Citado por Marín, Ángel, en “Naturaleza Jurídica del Tribunal Constitucional”, Ariel Derecho, Barcelona España, 1º Edición, 1998, p. 140.

⁴ Citado por Marín, Ángel, Obra citada, p. 141.

claman y fundamentan en la supremacía de la Constitución y en la preeminencia de los derechos humanos, y para cuya garantía se crean tribunales constitucionales; es el termino de referencia para determinar si las consecuencias políticas de sus decisiones contribuyen o no con la estabilización de ese orden, o si por el contrario lo debilitan o destruyen. Al respecto, **Rubio Llorente y Jiménez Campo**, al igual que **Ángel Marín**, expresan que la jurisdicción constitucional con sus decisiones ha de implicar un perfeccionamiento del Estado de Derecho; y que esa jurisdicción mal entendida y mal utilizada, contribuye, por el contrario, a su debilitamiento y hasta su destrucción⁵. Sobre todo, cuando sus consecuencias son violatorias de los derechos democráticos de los ciudadanos⁶.

A pesar de esta advertencia sobre los riesgos de las consecuencias negativas para el orden democrático de una incorrecta jurisdicción constitucional no se debe olvidar que lo cierto es que la jurisdicción constitucional es a su vez consecuencia de unos presupuestos ideológicos, por lo que siempre desde fuera y desde adentro de esa jurisdicción habrá la tentación de subvertir esos presupuestos y de sustituirlos en las interpretaciones de los tribunales constitucionales por otros presupuestos que no fueron los que determinaron su creación en las Constituciones que consideran al orden democrático de la libertad como el fundamento del Estado de Derecho. Es posible, pues, que a pesar de la configuración constitucional de los tribunales constitucionales como defensores de ese orden, sin embargo, las consecuencias políticas de sus interpretaciones se aparten de lo que representan los valores superiores de ese ordenamiento jurídico de la libertad, de la democracia y de la preeminencia de los derechos humanos: Ello ocurre cuando la jurisdicción constitucional se comporta como una jurisdicción para hacer un tipo de política y no la que se requiere para la consolidación de un orden constitucional democrático de Derecho. Es decir, la que exige que en la interpretación constitucional se tenga en cuenta la construcción de un orden jurídico que respete la libertad, la democracia y que garantice la preeminencia de los derechos humanos.

Lo cierto, como lo han recalcado autorizados autores como **Bachof**⁷ y **Prieto Sánchez**⁸, que la jurisdicción constitucional aparte de constituir un diseño querido por el constituyente reposa fundamentalmente en un orden de valores que la Constitución se limita a reconocerlos y garantizarlos y que por tanto no dependen del arbitrio del Estado. Ese orden natural es la base de los modelos de Constitución del Estado de Derecho democráticos y, por tanto, de la justicia constitucional. Y, que no solo son su sustento ideológico sino también las propias fuentes de la interpretación de las disposiciones constitucio-

⁵ Marín, Ángel, obra citada, p. 141.

⁶ Escobar León, Ramón, “El Precedente y la Interpretación Constitucional”, citado, p. 28.

⁷ “*Jueces y Constitución*”, traducción de R. Bercovitz, Taurus, Madrid, 1963, p. 28.

⁸ “*Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*”, Editorial Trotta, Madrid, 2003, pp. 21 a 32.

nales y del resto del Derecho positivo, para la operatividad del modelo de sociedad que aspira la Constitución, que en nuestro caso, ha de ser siempre democrática y pluralista⁹. En otras palabras, las consecuencias políticas de las sentencias de los tribunales constitucionales construidos en el modelo de Estado de Derecho, entendido como el ordenamiento jurídico de la libertad, de la democracia y de la preeminencia de los derechos humanos, han de representar la integración al Derecho de los valores naturales de los ciudadanos y de los valores éticos de la sociedad.

La verdad es que la limitación del poder es un problema político, por lo que la interpretación constitucional por esa limitación tiene naturaleza política, así como lo son las cuestiones que se someten a la jurisdicción constitucional; por lo que es normal que tengan repercusiones políticas; pero ello no significa que las decisiones de los tribunales constitucionales equivalgan a decisiones políticas. La jurisdicción constitucional no se crea para judicializar la política sino para juridificar la política para encuadrarla en el marco constitucional. O, en palabras de **García Pelayo**, la jurisdicción constitucional es una suerte de colaboración o un modo de participación en la dirección política del Estado, al demarcarle a sus instituciones los límites de su actuación y al extinguir jurídicamente sus actos contrarios al derecho constitucional¹⁰. Desde este punto de vista las repercusiones políticas son positivas, porque de lo que se trata es de hacer eficaces los valores que las Constituciones contienen y no otros valores. No porque los tribunales constitucionales sirvan a los valores políticos que se incorporan a las Constituciones actúan políticamente, que ocurre en los casos del “activismo judicial de la jurisdicción constitucional”. Es decir, cuando los tribunales constitucionales deciden “políticamente”, infringiendo los valores políticos constitucionales¹¹. De allí lo importante de la conformación e integración de los tribunales constitucionales mediante la selección calificada de sus miembros por el mayor consenso posible de las fuerzas políticas y lo determinante que resulta en sus argumentaciones la ponderación, la razonabilidad, la proporcionalidad y la interdicción de la arbitrariedad, para la justificación de las decisiones que tengan repercusiones políticas. Es decir, lo que **Prieto Sanchiz** llama el “juicio de ponderación” para la resolución de conflictos interpretativos constitucionales¹².

Las consecuencias políticas negativas de las decisiones de los tribunales constitucionales, se agravan cuando éstos extienden y amplían “los efectos vinculantes” de sus sentencias, por las exigencias de un proyecto político, que,

⁹ El establecimiento de una sociedad democrática, participativa y protagónica, sobre la garantía universal e indivisible de los derechos humanos, es uno de los propósitos señalados en el Preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (G. O. N° 36.860 del 30-12-1999)

¹⁰ “El status del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 1, Madrid 1981, p. 11 y ss.

¹¹ Marín, Ángel, Obra citada, p. 91.

¹² Prieto Sanchiz, Luis, “Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”, obra ya citada, p. 189 a 203.

además, de lo dudoso que resulta atribuirle a todas sus sentencias el valor de precedentes obligatorios, impide a los jueces cumplir con su función jurisdiccional y porque la extensión de ese carácter vinculante tiene efectos violatorios para los derechos democráticos de los ciudadanos, como lo ha expresado en Venezuela, el excelente jurista **Ramón Escobar León**. Quien considera que la potestad interpretativa constitucional se ha utilizado para la constitucionalización de las cuestiones políticas, que afecta la competencia de las propias Salas de Tribunal Supremo, creando una peculiar jurisprudencia, basada en el argumento de autoridad, que genera, en consecuencia, la existencia de un ordenamiento jurídico, que paradójicamente, vulnera la garantía a una justicia transparente, hasta el punto, por ejemplo, de auto atribuirse competencias exclusivas y excluyentes en materias de amparos, independientemente de la naturaleza de los derechos violados; de la interpretación de in abstracto de la Constitución y de los Tratados relativos a los derechos humanos¹³.

En Venezuela, han tenido consecuencias políticas negativas para las libertades y derechos democráticos, para no citar un abultado número, entre otras, la Sentencia N° 1942 del 15-07-2003, conocida como “Caso *Rafael Chavero*” o “Caso *Censura Previa*”, que junto con la Sentencias N° 180 del 28-03-2000, denominada “Caso *Mega Elecciones*” y la Sentencia N° 1013 del 12-06-2000, conocida como “Caso *Elías Santana*”, limitan la libertad de expresión. O; las Sentencia Números 387 del 16-03-2004; 442 del 23-03-2004; 566 del 12-04-2004; y 566 del 23-04-2004; dentro de lo que se conoce como “La Guerra con la Sala Electoral”¹⁴, que afecta la distribución de las competencias dentro del Tribunal Supremo de Justicia y la garantía de la transparencia de los procesos electorales y que ciertamente ha contribuido a minar aún más al confianza en los organismos electorales. En efecto, este caso puede calificarse de una intervención judicial política del Poder Judicial, en lo que se denominó secuestro de la jurisdicción electoral por la Sala Constitucional¹⁵. O, como ya lo señalé, “la guerra de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia frente al referéndum revocatorio”¹⁶, para evitar que se ejecutara la decisión de la Sala Electoral que ordenó al Consejo Nacional Electoral contabilizara las firmas rechazadas para la convocatoria del referéndum revocatorio del mandato del Presidente de la República.

¹³ Monografía citada, p. 28 y 29.

¹⁴ Brewer Carías, Allan, Peña Solís, José, Chavero, Rafael, Duque Corredor, Román, Antela, Ricardo; “*La Guerra de las Salas del TSJ frente al refererendum revocatorio*”, Editorial Aequitas, Caracas, 2004. Y, Escobar León, Ramón, Obra citada, p. 139 a 143.

¹⁵ Brewer Carías, Allan, “*La progresiva y sistemática demolición de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela (1999-2004)*”, pp. 121 a 164.

¹⁶ Ver “Brewer Carías, Allan; José Peña Solís; Rafael J. Chavero Gazi; Román J. Duque Corredor y Ricardo Antela G., en “*La Guerra de las Salas del TSJ frente al Referéndum Revocatorio*”, Editorial Aequitas, C.A., Caracas, 2004.

La Sala Constitucional para arrebatar la jurisdicción de la Sala Electoral, como juez natural, incluso desconoció y contrarió su propia doctrina que establecía la competencia exclusiva de esta última Sala en los asuntos electorales¹⁷.

Otro ejemplo, de consecuencias políticas de las sentencias de la Sala Constitucional se refiere a la Sentencia que desconoce el carácter obligatorio de las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos, porque su ejecución queda condicionada a que la propia Sala determine que no contrarían la Constitución¹⁸, que no sólo implica una violación a la normativa constitucional¹⁹, sino también un desconocimiento de los compromisos asumidos por el Estado venezolano al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos²⁰. E, igualmente la Sala Constitucional restringió el alcance del artículo 29 de la Constitución, que permite a los ciudadanos acudir a los tribunales ordinarios a solicitar la investigación y el juzgamiento de los delitos contra los derechos humanos cometidos por las autoridades, al reservar sólo al Ministerio Público tal iniciativa²¹.

No cabe duda que las sentencias de la Sala Constitucional sobre los límites al derecho a la información, de expresión y de pensamiento, en el sentido que estos derechos están sujetos a los valores y principios que inspiran el Estado²², en franca contradicción con la normativa y la jurisprudencia internacional en materia de libertad de expresión²³, tuvieron una evidente consecuencia política hasta el punto que sirvieron de apoyo a la Asamblea Nacional para sancionar leyes como la de responsabilidad social en radio y televisión y la de reforma parcial del Código Penal que penaliza con mayor penas, la injuria, la difamación, los cacerolazos y las ofensas a los funcionarios públicos²⁴. Reforma esta que incluso para el Fiscal General de la República constituye “un desmedido

¹⁷ Ver Sentencia de la Sala Constitucional N° 27 del 29 de marzo de 2004 y Sentencia del Juzgado de Sustanciación de la misma Sala N° 92 del 2 de diciembre de 2003.

¹⁸ Sentencia N° 1942 de 15 de julio de 2003.

¹⁹ Artículo 31 de la Constitución

²⁰ Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos citado, numerales 209 a 214.

²¹ Sobre un comentario sobre la distorsión interpretativa del este artículo, se puede ver mi trabajo “*El derecho constitucional de acceso a la justicia para la investigación y juzgamiento de delitos contra los derechos humanos cometidos por autoridades del Estado*”, en Estudios de Derecho, Derecho Público y Procesal, Tomo III, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2003, pp. 115 a 162.

²² Sentencias 1013 del 12-06-2001 y 15 de julio de 2003.

²³ Informe especial de la Comisión Interamericana sobre el Derecho a la Libertad de Expresión y Pensamiento en Venezuela.

²⁴ Por ejemplo, incrementó el límite mínimo de la pena del delito de injuria 60 veces y el máximo 45,6 veces (Fernández, Fernando, Diario “El Nacional”, Caracas, del 03-04-2005, p. A7).

aumento de la represión”²⁵ y para los especialistas constituye “una penalización de la crítica”²⁶ y que para la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituye una ley de desacato que viola de la libertad de expresión y el derecho a la información²⁷. A este aumento de la represión debe sumarse la sentencia de la Sala Constitucional, de fecha 11 de marzo de 2005²⁸ que, basándose en su interpretación de atribuirse una jerarquía superior al resto de las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia para revisar y anular sus sentencias, anuló la sentencia de su Sala Plena de fecha 14 de agosto de 2002 que había considerado que un grupo de militares no había incurrido en el delito de rebelión en los sucesos del 11 de abril de 2001. Sentencia esta que no sólo viola la garantía constitucional de la prohibición del doble juzgamiento, sino que, además, supone una modificación a las competencias de las Salas establecidas en la propia Constitución, usurpando, de esta forma, el poder de revisión constituyente.

Una consecuencia negativa para el orden jurídico democrático, que refuerza el sistema presidencialista y autoritario, es la interpretación que la Sala Constitucional sobre la facultad otorgada en la Constitución a la Asamblea Nacional de delegar su potestad normativa en el Presidente de la República²⁹, que según la Sala Constitucional, no tiene “ningún tipo de límites de contenido”, incluso para dictar aquellas leyes orgánicas que para sancionarse requieren de los dos tercios de los diputados³⁰. Lo que ha sido denunciado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos porque tácitamente encubre la posibilidad de creación de figuras penales a través de normas emanadas del Poder Ejecutivo y no del Poder Legislativo, en contradicción con la Convención Americana sobre Derechos Humanos³¹.

Al respecto, sobre la garantía de la integridad de la Constitución y de protección de los derechos humanos, la Comisión Andina de Juristas, vistas algunas decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en materia de libertad de expresión y de delitos de opinión, califica de preocupante la actuación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, “*en tanto sus decisiones permanecen alejadas de los estándares internacionales en materia de derechos humanos*”³².

²⁵ Diario “El Nacional”, Caracas, 31-03-2005, p. A6.

²⁶ Fernández, Fernando, El Nacional, ya citado, Caracas, 03-04-2005, p. A7

²⁷ Ver Derechos Humanos y Coyuntura, de PROVEA, Boletín Electrónico N° 153, del 28 de marzo al 7 de abril de 2005, Sección Documentos.

²⁸ Expediente AA50-5-2004-00327.

²⁹ Artículo 203 de la Constitución.

³⁰ Sentencia N° 1719 de 19-09-2001.

³¹ Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela, 24 de octubre de 2003, Numeral 57.

³² Comisión Andina de Juristas, “Los Desencuentros del Poder”, Informe Anual sobre la Región Andina, enero 2004, pp. 194 y 226.

Si son negativas las consecuencias políticas de decisiones como las comentadas anteriormente, son igualmente perjudiciales para la jurisdicción constitucional misma las interpretaciones de la Sala Constitucional sobre la elegibilidad de sus Magistrados. Por ejemplo, esta Sala, resolvió sobre la inconstitucionalidad de su propia creación y del nombramiento de sus Magistrados³³, pero también sobre la inaplicabilidad a ellos de los requisitos constitucionales³⁴ para su ratificación, puesto que estableció que esos requisitos no se aplican a quienes ya están en funciones y que solo se aplican a quienes van ser designados nuevos Magistrados³⁵. Y, ello no obstante que la Constitución como norma suprema es obligatoria para todas las personas e instituciones³⁶. Pero además de crearse su propio régimen *ad hoc* para su ratificación, los Magistrados de la Sala Constitucional legislaron sobre las condiciones de las nuevas designaciones, interpretando que el requisito de profesor titular que exige la Constitución, no quiere decir que se tenga que hacer una carrera académica, sino que se tenga la titularidad de un cargo de profesor. Y que el requisito de haber sido juez superior en la especialidad a la que corresponda la Sala a que se aspire, no es estricto porque hay materias, como la constitucional y social, que abarcan varios ámbitos y no uno sólo³⁷.

Las sentencias de la Sala Constitucional sobre las libertades y derechos fundamentales ha llevado a calificar su actuación “*como la más preocupante de todos los órganos de control constitucional de la región andina*”, por la Comisión Andina de Juristas³⁸. Por ejemplo, las ya citadas sentencias sobre los límites al derecho a la información, de expresión y de pensamiento, que se sujetan y condicionan a los valores y principios del Estado y la decisión de la Sala Constitucional que no consideró violatorias de la libertad de expresión las llamadas leyes de desacato³⁹. Y también la sentencia que impide a los periodistas y comunicadores sociales la utilización del derecho de réplica aún en supuestos de agravios a sus personas⁴⁰. Igualmente, la sentencia que estableció que para la validez de los referendos revocatorios no basta una mayoría a favor de la revocatoria del funcionario electo, sino una mayoría calificada superior

³³ Sentencias N° 4 del 26 de enero de 200; N° 6 del 27 de enero de 2000; 180 del 28 de marzo de 2000 y Auto del 12 de diciembre de 200 (Inadmisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad de la Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios o Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia de 14 de diciembre de 2000). Y sentencia N° 1562 de 12 de diciembre de 2000.

³⁴ Artículo 263 de la Constitución.

³⁵ Sentencia N° 1562 de 12 de diciembre de 2000.

³⁶ Artículo 7° *ibidem*

³⁷ Sentencia citada N° 1562 del 12 de diciembre de 2000. |

³⁸ Comisión Andina de Juristas, “Los Desencuentros del Poder”, Informe Anual sobre la Región Andina, p. 194.

³⁹ Sentencias 1013 del 12-06-2001 y 15 de julio de 2003.

⁴⁰ Sentencia 1013 del 12-06-2001

a la que le permitió llegar a ocupar su cargo⁴¹, que se aparta del texto del artículo 72 de la Constitución. O, como ya señaló, la sentencia sobre el desconocimiento de las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos, cuya ejecución se condiciona a lo que la propia Sala determine como falta de contrariedad de la Constitución⁴², que no sólo implica modificar la propia normativa constitucional⁴³, sino también el desconocimiento de compromisos asumidos por el Estado venezolano al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos⁴⁴.

En este orden de ideas, como consecuencias jurídicas negativas de decisiones constitucionales, por lo que significa de limitaciones al derecho de acceso a la justicia y a la garantía a la tutela judicial efectiva, puede citarse la sentencia que declaró inadmisibles acciones de amparo contra las amenazas hechas por el Presidente contra los medios de comunicación en cadenas televisivas, con el argumento que, en todo caso, quien las ejecutaría no es el Presidente, porque carece de competencias para ejecutarlas sino quien cumpliera sus órdenes⁴⁵. Y la sentencia que inadmitió una acción de amparo contra las instrucciones dadas por el Presidente, en un programa televisivo, para que los jueces no desaplicaran un decreto presidencial; porque tales expresiones per se no representan vías de hecho de incentivación de desacatos a decisiones judiciales, y, porque quien cometería desacato, en todo caso, sería la autoridad a quien le toque cumplir esas decisiones⁴⁶.

Otra sentencia con consecuencias políticas es la misma decisión de la Sala Constitucional que sustrajo la competencia de la Sala Electoral⁴⁷, ya comentada, que declaró inaplicables los principios de la buena fe y confianza legítima en materia de actos de participación política electoral, que desconoce que el principio de la buena fe se deriva del derecho al libre desenvolvimiento de las personas y de la primigenia dignidad que le es inherente, que incluso se proclaman en los artículos 20 y 22 de la vigente Constitución. Puesto que arrojó sobre los electores solicitantes del referéndum presidencial la carga de demostrar la autenticidad de sus firmas.

En este cuadro degenerativo, se inscribe la sentencia que niega a quienes integren partidos políticos, o a las personas que han hecho de la política su actividad principal; la posibilidad de ser representantes de la sociedad civil. Y, que descalifica como sociedad civil a las organizaciones no gubernamentales

⁴¹ Sentencia del expediente 03.1989 del 21-10-2003

⁴² Sentencia N° 1942 de 15-07-2003

⁴³ Artículo 31 de la Constitución.

⁴⁴ Ver Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela, del 24 de octubre de 2003, numerales 209 a 214.

⁴⁵ Sentencia del Expediente 02.3089 del 06-02-2003.

⁴⁶ Sentencia del Expediente 03.172 del 06-08-2003.

⁴⁷ Sentencia N° 442 de 23-03-2004.

que reciben aportes de organizaciones del exterior, o en cuyos directorios existan extranjeros, o religiosos. Sentencia, ésta que, según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tiene efectos de exclusión, y que contraría el artículo 1° de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, que garantiza el respeto de los derechos y libertades a toda persona, sujeta a la jurisdicción del Estado, sin discriminación de origen nacional, entre otros factores⁴⁸. Y, que, de acuerdo con la misma Comisión Interamericana, ha servido para descalificar políticamente a diversas ONG y hasta investigar penalmente a algunas de ellas⁴⁹ sentencia ésta, que, incluso, exige para la representatividad de organismos no gubernamentales el cumplimiento de los requisitos del número de inscritos que rige para los partidos políticos⁵⁰. Finalmente, sin que con esto se agote, el repertorio jurisprudencial, puede señalarse como decisión contraria a los principios de la imparcialidad y la transparencia de la justicia, que garantiza el artículo 26 de la Constitución, la providencia que declaro inadmisibles la recusación, según el recurrente por haber asignado el Presidente de la Sala como ponente, en prácticamente todas las causas, a un Magistrado que sabe está incurso en motivos más que evidentes de inhibición”. La decisión de la Sala de Casación Civil al declarar inadmisibles la recusación fue simplemente porque no se trató de una decisión individual y arbitraria la que ordenó la recomposición administrativa judicial de la Sala, incluyendo la Accidental sino que toda vez que esa fue una decisión de la Sala y no del Presidente de la misma⁵¹.

En ese cuadro de inestabilidad de los principios básicos del Estado de Derecho, se inscribe la sentencia de la Sala Constitucional que interpretó que declarar la inconstitucionalidad de omisiones legislativas de dictar leyes, le permite asumir las competencias del poder legislativo⁵². O, las sentencias mediante las cuales ejerce una jurisdicción normativa de manera ilimitada⁵³.

E, igualmente, cuando al declarar la inconstitucionalidad de la omisión del poder legislativo de designar altos funcionarios públicos, se sustituye en su función al designarlos directamente, como ha ocurrido con el suplente del Fis-

⁴⁸ “El Nacional”, Caracas, 22 de mayo de 2005, p. A2.

⁴⁹ Entre otras, SUMATE, Acción Campesina y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (“El Nacional”).

⁵⁰ Sentencia N° 656 del 30-06-2000.

⁵¹ Inadmisibilidad de la recusación propuesta por el abogado Andrés Ramírez Díaz, en su carácter de apoderado judicial de la empresa Distribuidora de Publicaciones Capriles, C.A. REC-200704-02542-COV.htm (tsj.gob.ve)

⁵² Sentencia N° 2011 de agosto de 2001.

⁵³ Como ejemplo, la sentencia N° 1571 de 22-08-2001.

cal General de la República y, en dos oportunidades, con los rectores del Consejo Nacional Electoral⁵⁴. Decisiones estas que según calificada doctrina atentan contra el principio de la separación de poderes⁵⁵.

Sentencias como las señaladas, permiten caer en cuenta por qué, al alejarse “*de los estándares internacionales en materia de derechos humanos*”, resulta preocupante la actuación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, como lo advirtió la Comisión Andina de Juristas⁵⁶. Y si a este alejamiento se agrega lo señalado anteriormente acerca de la concentración de toda jurisdicción en la Sala Constitucional y, por supuesto, la consolidación jurisprudencial de la alteración de principios básicos de la institucionalidad democrática, puede concluirse que la justicia constitucional en Venezuela, con sentencias, como las señaladas, cuyas repercusiones políticas son lesivas de valores constitucionales, provoca “*un estado de cosas inconstitucional*”, porque, en mi modesto entender, sus decisiones relativas a las limitaciones del Poder y del arbitrio de los órganos del Estado, y sobre el ejercicio de derechos fundamentales, no contribuyen con el fortalecimiento institucional del orden jurídico de la libertad y la democracia. Y, porque las consecuencias políticas de esas decisiones no permiten, a mi juicio, con el desarrollo constitucional de la democracia, y, por ende, del Estado de Derecho, porque, si bien, como asienta Ángel Marín, “*la noción de Estado de Derecho, se ha dicho, no se identifica con la de democracia, al menos en nuestro tiempo, aquél no es posible sin ésta*”⁵⁷.

⁵⁴ Sentencia N^o 2231 de 23-09-2002 y sentencia N^o 2073 del 04-08-2003.

⁵⁵ Ver Escobar León, Ramón, “*El precedente y la interpretación constitucional*”, Editorial Sherwood, p. 88 a 90.

⁵⁶ “Los Desencuentros del Poder”, Informe citado p. 194 y 226.

⁵⁷ Obra citada, p. 142.

NECESIDAD DE LA REFORMA PROCESAL EN MATERIA DE AMPARO DE DERECHOS CONSTITUCIONALES¹

Los sistemas procesales descansan en tres factores: jurisdicción, proceso y acción. Cuando se acometen reformas en algunos de esos elementos más que reforma procesal existe una reforma de leyes o códigos, pero el sistema procesal no cambia, aunque puedan mejorar algunos de sus aspectos. Por eso ante la derogación de la ley orgánica de amparo de derechos constitucionales ocurre preguntarse, ¿si en verdad se trata de una reforma procesal o de una reforma parcial de dicha ley? Y, ¿si esta reforma parcial era necesaria y si resulta conforme con los principios constitucionales procesales de protección de derechos fundamentales, del acceso a la Justicia y a la tutela judicial efectiva, del debido proceso y de la jurisdicción constitucional? Y sobre todo si la reforma se orienta por el principio “pro ciudadano”. Vale la pena, pues, recordar lo que la Constitución de 1961 representó respecto del sistema procesal de protección de estos derechos, bajo cuya vigencia se promulgó la Ley Orgánica de Amparo de Derechos y Garantías Constitucionales

La Constitución de 1961 inició en Venezuela el sistema procesal de protección de los derechos fundamentales al consagrar en una sola norma sus elementos. En efecto, su artículo 49, consagró el derecho de protección judicial de toda persona de sus derechos y garantías constitucionales, configurándolo como un derecho constitucional. En segundo lugar, definió los principios de la brevedad y de la sumariedad como característicos del proceso de protección jurisdiccional de los derechos y garantías constitucionales, que no significan per se, que la acción de protección de dichos derechos ni de su proceso, tengan carácter excepcional o extraordinario, sino una característica particular del proceso para su tramitación y decisión. En tercer lugar, la norma en cuestión precisó que la jurisdicción en esta materia comprende la competencia innovativa de los tribunales para restablecer anticipadamente la situación jurídica infringida. Y, en cuarto lugar, que este sistema procesal debe ser regulado en una ley especial. Por esta configuración constitucional, a mi juicio, el sistema procesal de protección de derechos y garantías constitucionales define un proceso especial, de naturaleza interdicial, que por asimilación a figuras afines

¹ Intervención en el Conversatorio sobre amparo constitucional en el Curso de Especialización de Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Monte Ávila, diciembre de 2016.

del derecho comparado, incluye categorías especiales de acciones, una de ellas la de amparo constitucional propiamente dicha y el *habeas corpus*, pero que no excluye cualesquiera otra acción que persiga el mismo fin, como, por ejemplo, la suspensión de la ejecución de los actos administrativos, o las medidas cautelares innovativas o anticipativas del derecho procesal común. Pienso, pues, que según el artículo 49, de la Constitución de 1961, se preveía un verdadero sistema procesal de protección de derechos y garantías constitucionales, con diversos modos procesales de acción, con una competencia judicial amplia y no excluyente para otorgar esa protección. Pero sin que se previera un orden jurisdiccional especial para dispensar esa protección judicial derechos y garantías constitucionales, como si se previó, por ejemplo, en el artículo 206, de la referida Constitución, para el control de la conformidad con el Derecho de la actuación de la Administración.

La Ley Orgánica de Amparo de Derechos y Garantías Constitucionales del 27 de septiembre de 1988, reguló como medios procesales para la protección de los derechos constitucionales a la acción de amparo constitucional y el *habeas corpus* para la protección de la garantía de la libertad, y elevó a la categoría de estos medios a la medida de suspensión de la ejecución de los actos administrativos y las medidas anticipativas en los recursos ordinarios.

LA RESPONSABILIDAD PRESIDENCIAL EN ÉPOCA DE CRISIS ESTRUCTURAL¹

Sr. Presidente de la Asamblea Nacional, Diputados y diputadas: representantes del pueblo y de los estados.

Acudo ante esta Asamblea Nacional más como un ciudadano que como un jurista. Y como integrante del Bloque Constitucional, asociación no gubernamental de defensa de la supremacía de la Constitución.

Se me invitó a que expresara mi opinión sobre la responsabilidad presidencial en la actual crisis que expertos califican de estructural. Con ello solo comprometo mi responsabilidad como parte de mi derecho a participar libremente en los asuntos públicos, así como en el control de la gestión pública, individualmente y como parte de un medio de participación ciudadana, que me reconocen el artículo 62 y el artículo 70, de la Constitución.

Crisis estructural que por sus causas política, económica, social y moral institucionalmente caracterizan una crisis de gobernabilidad por razones de legitimidad del ejercicio del poder público y de eficacia democrática que afecta el sistema de gobierno democrático, participativo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables.

Y, por ende, el fin supremo que se tuvo en cuenta por el poder constituyente al promulgar la vigente Constitución cual es el establecimiento de una sociedad democrática para cuya materialización se constituye para Venezuela constitucionalmente el modelo de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, al cual su gobierno y sus poderes públicos se han adherido a través de su compromiso internacional de garantizar el derecho del pueblo a vivir en democracia.

Derecho este que determina como fines esenciales del Estado la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción y bienestar del pueblo y el cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución.

¹ Intervención ante la Asamblea Nacional, Caracas, 27 de octubre de 2016, en nombre del Bloque Constitucional de Venezuela.

Fines estos cuya verificación permiten determinar la legitimidad del poder público y establecer las responsabilidades por su ejercicio.

La legitimidad la confieren los ciudadanos como cuerpo electoral con la capacidad de otorgar el poder en nombre del pueblo. Pero que no es un cheque en blanco ni permanente.

Por eso la legitimación de origen ha de revalidarse día a día en el ejercicio del poder y la Constitución y la ley establece mecanismos parlamentarios y judiciales para revocar o invalidar el mandato que traicionen la confianza ciudadana.

Por tanto, el control político es consustancial a la noción de legitimidad democrática y el control constitucional a la del constitucionalismo.

En razón de su origen popular el control político es facultad exclusiva del parlamento, sin que ello signifique rompimiento del principio de la separación de poderes.

Se trata de la ponderación de la conducta legítima del gobernante por el cual el parlamento juzga la responsabilidad política de los altos funcionarios del Estado.

Control político, que, sin exclusiones, se establece en Venezuela, como principio general, en los artículos constitucionales 6º, 137, 138, 139, 141, y, particularmente como competencia privativa de la Asamblea Nacional, en el artículo 187, numeral 3; 222 y 223, todos de la Constitución. Y, que por lo que respecta al Presidente, su responsabilidad política se desprende de su obligación de cumplir y hacer cumplir la Constitución y de procurar la garantía de los derechos y libertades de los venezolanos, sin que pueda exonerarse de esa responsabilidad por la declaratoria de los estados de excepción, como lo establece claramente el artículo 232, de la misma Constitución. Incluso la Sala Constitucional ha asentado que la actuación del Presidente de la República por actuación u omisión puede ser controlada por la Asamblea Nacional, en sentencia de fecha 25 de junio de 2002.

De ese control político puede derivarse la declaratoria del abandono del cargo por parte de la Asamblea Nacional, que atiende a la ineficacia o mal gobierno, por el incumplimiento de sus deberes principales, o su destitución decretada por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, que implica además violación de la ley.

Ello en razón de que en estos casos hay justificación para no mantener en el poder político a quien ha perdido legitimidad democrática.

La legitimidad democrática es la base de la estabilidad del sistema político, toda vez que, una crisis de legitimidad puede llevar a afectar la calidad de este sistema, acelerando el proceso de transición del régimen o incluso producir el quebrantamiento de éste.

Otro concepto, es el de la “*eficacia democrática*” que corresponde al rendimiento del sistema democrático, es decir, la capacidad de los gobiernos para resolver problemas básicos. Una menor eficacia de la democracia, por el incumpli-

miento de las obligaciones de los gobernantes, produce una insatisfacción o descontento político, lo cual surgiría de la evaluación que hacen los ciudadanos o el parlamento del rendimiento de régimen o de las autoridades, así como de los resultados políticos que generan.

Ambas condiciones del ejercicio del poder están tan vinculadas, que a través del control político es posible determinar si el estado de la economía afecta la legitimidad de la democracia o únicamente su eficacia. Y, personalmente creo, que, en Venezuela, hoy día existe una ineficacia administrativa que lesiona la legitimidad democrática.

Como ciudadano, observo hechos que han sido determinantes de ese estado de crisis de gobernabilidad por razones de legitimidad democrática. En efecto, por ejemplo, poco desde después de las elecciones del 6 de diciembre de 2015, el Presidente advertía que habría violencia si ganaba la oposición la mayoría de la Asamblea Nacional y llegó hasta a señalar que un Parlamento Comunal Nacional sustituiría dicha Asamblea. Aparte de hechos posteriores relativos a la utilización del Tribunal Supremo de Justicia para evadir los controles parlamentarios sobre materias exclusivas de la reserva legal como la presupuestaria, la aprobación de contratos de interés público nacional y la aprobación y prórrogas de los estados de excepción o de endeudamientos públicos, o la de eximir de las investigaciones a altos funcionarios civiles y militares y de no ejecutar las censuras ministeriales. Aparte que los decretos de emergencia económica representan una gran inseguridad e incertidumbre por la discrecionalidad e indeterminación de las medidas de restricción de los derechos económicos y por la falta de cumplimiento de lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del compromiso de participar a los Estados partes y al Secretario General de la ONU de los derechos restringidos. A estos factores se agrega la suspensión por jueces penales incompetentes de la recolección de firmas para el referendo revocatorio, habiendo sido ya establecida por el CNE mediante acto administrativo firme, que desconoció, así como el anuncio de que las elecciones regionales, de este año, no son fundamentales para el orden democrático del país. Al igual que en un solo día por el ejercicio de manifestar el 26 de octubre se detuvieron a 263 personas, que, sumadas a las 6.489 detenciones arbitrarias ocurridas, entre enero de 2014 el 10 de septiembre de 2016, por iguales motivos, según Foro Penal, en diez (10) meses, representan 6.752 presos, como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil fundada en motivos políticos.

Además, los indicadores económicos, calificados por especialistas y la Academia Nacional de Ciencias Económicas, como los peores de la historia, el sobreprecio entre los productos regulados y del mercado, la caída del Producto Interno Bruto (PIB) más pronunciada en la región, la inflación, que se proyecta en 204% para 2016, el aumento del doble y el triple la pobreza crítica, el hambre y el deterioro de la salud, según estudios de la UCAB; y el alto índice del 94,6% de venezolanos que califica como negativa la situación del país; son hechos evidentes de ineficacia democrática.

Tales factores en mi criterio ciudadano afectan la legitimidad democrática y la eficacia democrática de la función presidencial, y, por ende, su responsabilidad política.

Siendo el Presidente el Jefe del Estado, y, por tanto, el primer obligado a velar por sus fines esenciales, particularmente de garantizar a los venezolanos sus derechos y libertades. Y, además Jefe del Poder Ejecutivo, le cabe la primera responsabilidad en cumplir la Constitución y de respetar la separación de poderes, dirigir la acción de gobierno y administrar la Hacienda Pública, y como Comandante en Jefe, dirigir la Fuerza Armada Nacional; por lo que en mi criterio de ciudadano, considero, en base a mi derecho de opinar, que los hechos a los que me he referido pueden ser objeto de control y de investigación por parte de la Asamblea Nacional, con fundamento en los artículos 6º, 139, 141, 187, numeral 3; y 222 y 223, todos de la Constitución Nacional. Investigación esta, de naturaleza política, que solo puede concluir en declaratoria de responsabilidad administrativa o política, por el abandono del ejercicio de las obligaciones propias al cargo del Presidente, que a mi juicio es un supuesto que cabe en el motivo de falta absoluta, a que se contrae el artículo 233, de la Constitución y que no excluye la responsabilidad que corresponde a los órganos de administración de justicia.

Los Presidentes, como Jefes del Estado, son también árbitros del juego democrático, lo que compromete su grave responsabilidad política de hacer compatible la democracia con el constitucionalismo, puesto que les compete asegurar la vigencia de la Constitución como limitación del poder y como garantía de los derechos y garantías ciudadanas. Y, esa responsabilidad política se ve comprometida no solo cuando la eficacia de la democracia está resentida por una severa crisis de gobernabilidad, sino sobre todo cuando sobrepasen el límite del consenso social logrado en la consagración de los valores superiores y de la primacía de los derechos humanos, porque no respetan o desconocen la consagración constitucional de los fines esenciales del Estado, los valores superiores del ordenamiento jurídico, la soberanía popular expresada mayoritariamente, la supremacía de la Constitución, la separación de los poderes y la primacía de los derechos humanos de libertad, y, por ende, su inalienabilidad, y que no garanticen el respeto a los derechos de las minorías, o que asfixien la competencia de los otros poderes. Todo ello, a mi juicio, no son manifestaciones del ejercicio democrático del poder y de la legitimidad democrática, que es el equilibrio entre la democracia y el Estado de Derecho. Y, lo cual, en mi criterio ciudadano es de la responsabilidad política del Presidente de la República, cuyo incumplimiento corresponde a la Asamblea Nacional declarar a través del procedimiento del control y de investigación a que se contraen los artículos 139: 187, numeral 3; 222 y 223, de la Constitución.

Sr. Presidente, distinguidos diputados y diputadas, permítanme concluir mi intervención, citando como reflexión las palabras del Ex Presidente uruguayo José Mujica, sobre el establecimiento del control de la responsabilidad de los presidentes:

“El primer requisito de la política es la honradez y la transparencia.
Si no existe, todo lo demás es inútil, porque a la larga el mejor lenguaje es la verdad.”

EL DERECHO DEL SOCIALISMO DEL SIGLO XXI Y EL ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO

Caracas, 27 de enero de 2010

1. Debo partir de una distinción entre el pensamiento jurídico socialista de inspiración democrática, que postula el Estado democrático de Derecho, y el pensamiento socialista jurídico del totalitarismo, cuya máxima representación, es el Estado totalitario, entre otros, del sistema jurídico nacionalsocialista alemán, del sistema jurídico comunista soviético y del sistema jurídico comunista cubano.

2. El primero existió bajo la Constitución de Weimar de 1919 y la Ley fundamental de Alemania de 1949, y de las Constituciones que surgieron bajo el abrigo del concepto de Estado de Derecho, como la Ley fundamental alemana de 1949. Y los segundos bajo Constituciones que definen el Estado bajo una concepción ideológica socialista y del llamado centralismo democrático del marxismo leninismo- estalinista.

3. Por supuesto, que nombres como los de Hans Kelsen, Gustav Radruch, Herman Heller, Georges Gurvicht y León Duguit nos suenan familiares, puesto que de ellos nos llegó la inspiración socialista democrática del Estado de Derecho y social. Este concepto, como lo sabemos, no solo implica la incorporación de derechos sociales al ordenamiento jurídico, junto con la supremacía de la Constitución, la separación equilibrada de los poderes, la democracia electiva y representativa, el sistema de partidos, y el principio de la legalidad, sino que todo el Estado ha de estar orientado por la idea de lo social en lo económico y en lo político dentro de un ambiente de libertad.

4. El Estado surgido de revoluciones, definido por socialismo totalitario, como socialista, consiste en el ejercicio del poder, siguiendo los principios ideológicos del comunismo, con sus variantes: del marxismo leninismo-estalinista, del maoísmo, del troskismo y del castrismo, que implica económicamente la propiedad estatal o colectiva o cooperativa de los medios de producción y de la tierra; y políticamente el ejercicio del poder por medio de asambleas o consejos del poder popular reconocidos por el Poder Central y por los órganos delegados que se derivan de ellas, bajo regímenes de partido único.

5. Y, como socialismo del siglo XXI, aparece un sistema jurídico que surge de asambleas constituyentes y de las leyes y actos de los poderes constituidos que mediante la interpretación de la Constitución que consagra el Estado social de Derecho, pretende por mecanismos formales crear un Estado socialista, basado en los mismos principios ideológicos del marxismo totalitario, cuyo poder se ejerce por asambleas populares y sus órganos delegados, llamados poder popular, bajo un esquema vertical y jerárquico de centralismo autocrático y personalista, basado en mismo grupo o partido dominante que restringe la libertad de acción de los que no están dispuestos a formar parte de esos grupos.

6. La diferencia entre los Estados socialistas históricos y el Estado del socialismo del Siglo XXI es el origen revolucionario de aquéllos y el origen formal de Derecho de este último. Sin embargo, ambos, unos a través de gobiernos revolucionarios y otros mediante mecanismos formales del Estado de Derecho, interpretan la historia como lucha de clases regida por el materialismo histórico o dialéctico, que llevan hasta la interpretación jurídica, para construir un Estado socialista o asambleario centralizado y personalista. Es decir, que a través de los mecanismos del Estado social de Derecho llevan a la realidad los postulados políticos y económicos del Estado socialista histórico.

7. El precedente histórico-jurídico del socialismo del Siglo XXI, lo fue el nacionalsocialismo alemán, que después de triunfar en elecciones utilizó la Constitución de Weimar de 1919, que tenía una inspiración del Estado social de Derecho, para construir un Estado ideológico totalitario y de culto personal. Vale la pena recordar este precedente del III Reich del nacionalsocialismo alemán para compararlo después con el socialismo del siglo XXI.

8. En efecto, conseguido el triunfo electoral Hitler se propuso conquistar el poder dentro del marco trazado por la Constitución de Weimar de 1919. “*Hemos alcanzado el objetivo. Comienza la revolución alemana*”, dijo Goebbels, el 20-01-1933. Hitler es designado Jefe de Gobierno, como Canciller. El 23 de marzo de ese mismo año el Reichstag sesiona. Antes los mandatos de algunos diputados electos habían sido anulados y otros encarcelados para que no asistieran a las sesiones. El objeto de la sesión era la aprobación de la Ley de Plenos Poderes o “Ley de Habilitación”, solicitada por el Reich. La solicitud de Habilitación se fundaba en los artículos 48 y 76 de la Constitución de Weimar. El Parlamento Alemán, estaba dominado por más de dos tercios de ambas Cámaras por el Gobierno de Hitler, como lo exigía el artículo 78 de la Constitución de Weimar, para la aprobación de estas leyes que destruyeron el propio sistema constitucional, basándose en una norma de la Constitución que permitía su reforma por la mayoría de los dos tercios de dichas Cámaras al traspasar esta potestad al Jefe del Gobierno

9. En efecto, en la primera reunión del Reichstag el 12 de marzo de 1933, Goering, reelegido Presidente, propuso una *ley de plenos poderes*, y con anterioridad se había aprobado una modificación del reglamento de la Cámara. La exposición de motivos, presentada por el propio Hitler, intitulaba el proyecto “*ley para la supresión de la miseria del pueblo y del Reich*”. Según su artículo 1º, el poder legislativo pasaba del Reichstag al gobierno. El artículo 2º ampliaba los plenos

poderes hasta comprender la reforma a la Constitución. El artículo 3º transfería del Presidente del Reich al Canciller la promulgación de las leyes que le correspondía dictar al Parlamento alemán. El artículo 4º confería la firma de tratados al gobierno, y el artículo 5º establecía la vigencia de la ley por cuatro años, que correspondía a la duración de la legislatura.

10. La ley fue aprobada por 444 votos a favor y 94 en contra; más de los dos tercios requeridos. “*Ahora somos amos del Reich constitucionalmente*”, dijo Goering. La segunda ley permitió el control de los Länder, que pasaron a ser gobernados por gobernadores designados por el Reich. Sobre la base de estas reformas se dictaron leyes que consolidaban el poder en Hitler. La ley del 1º de diciembre de 1933 sobre la unidad del partido y del Estado declaró al partido nazi y a sus organizaciones como de derecho público y con representación en el gobierno, a través de grupos de trabajadores, empresarios, industriales y juventudes hitlerianas y de milicias. Una serie de leyes terminaron de controlar los Länder y se abolió, a partir del 14 de febrero de 1934 el Reichstag que era su Cámara representativa a nivel del Reich¹. El Parlamento Alemán, dominado por más de dos tercios de ambas Cámaras por el Gobierno de Hitler, como lo exigía el artículo 78 de la Constitución de Weimar, destruyó el propio sistema constitucional basándose en una norma de la Constitución que permitía su reforma por la mayoría de los dos tercios de dichas Cámaras al traspasar esta potestad al Jefe del Gobierno, que estableció el III Reich como un Estado corporativo personalista.

11. La destrucción constitucional del Reich se justificó en el Derecho de la razón de Estado, que encarnaba el Führer que era quien dictaba el Derecho. Carl Schmitt aportó la base teórica de que ese Derecho del Führer se origina en la misma fuente donde nace el Derecho del pueblo². Ante el socialismo democrático que se oponía a las leyes de plenos poderes, el socialismo totalitario argumentaba que tales leyes estaban previstas en la Constitución, y que ésta tenía una inspiración socialista, por el contrario, el jefe del partido socialdemócrata, Otto Wels, sostuvo que “*La Constitución de Weimar no es una constitución socialista. Y nosotros como socialistas seguimos fieles a los principios del Estado de Derecho, de la igualdad de derechos y de derecho social, que allí están inscritos*”³.

12. ¿Y, que decían otros socialistas avanzados europeos, ante el procedimiento utilizado por el nacionalsocialismo alemán? El socialismo democrático francés, uno de los más avanzados, también se distanció de la interpretación jurídica ideológica del socialismo totalitario. Por ejemplo, León Blum, en “*Le Populaire*” de París del 26 de marzo de 1933, decía “*(...) Ya hemos visto varios 18 de brumario y 2 de diciembre, es decir, asambleas expulsadas o*

¹ Steinert, Marlis, “Hitler y el Universo Hitleriano”, Vergara, Grupo Zeta, Barcelona, 1ª Edición, (septiembre 2004), p. 237, 244, 245, 246, 247, y 248.

² Citado por Steinert, Marlis, *Op., cit.*, pp. 259-260.

³ Herrera, Carlos Miguel, “Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico”, Universidad Externado de Colombia, 2002, Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N° 24, p. 154.

disueltas por la fuerza. ¿Se vio alguna que pronunciase su propia anulación? Este suicidio, este harakiri de una asamblea soberana, inmolándose apenas nacida ante el altar del Dictador, que no habría usado su soberanía más que para despojarse de ella, que no habría vivido más tiempo de suprimirse a sí misma. ¡Qué espectáculo! Y por más que busco, repito, no veo ningún ejemplo en el que las instituciones parlamentarias hayan sido sometidas jamás a una burla tan atroz”⁴.

13. Ahora bien, que se puede pensar de lo que ha acontecido en Venezuela, después de la Constitución de 1999, que consagra el Estado democrático social de Derecho como modelo político jurídico, que como se dijo no solo implica la incorporación de derechos sociales al ordenamiento jurídico, junto con la supremacía de la Constitución, la separación equilibrada de los poderes, la democracia electiva y representativa, el sistema de partidos y el principio de la legalidad, sino que todo el Estado ha de estar orientado por la idea de lo social en lo económico y en lo político. Y que en el caso nuestro consagra como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, y, en general, la ética y el pluralismo. Estos valores impiden que se aplique en la interpretación del Derecho, el materialismo histórico o dialéctico, de la lucha de clases para construir un Estado socialista de corte asambleario, jerarquizado y personalista. Por el contrario, esos valores sirven para deslegitimar las leyes que los contradigan.

14. ¿Cuál ha sido el proceso seguido por el socialismo del Siglo XXI en Venezuela? En primer lugar, una asamblea constituyente, desequilibrada por la falta de una adecuada representación nacional, al margen de la Constitución de 1961 aprueba una Constitución, que consagra el Estado democrático social de Derecho, pero que no define al Estado como Estado socialista, ni tampoco como sus propósitos o fines los de esta ideología. Sin embargo, a través de los llamados actos constituyentes se intervienen todos los poderes constituidos y se suspenden las elecciones municipales. Y, con posterioridad a la aprobación por referéndum de la nueva Constitución, en diciembre de 1.999, la asamblea constituyente vuelve a dictar otros actos de intervención y disolución de los poderes públicos y crea un poder legislativo nacional y estatal ad hoc, somete los Alcaldes y Concejales municipales electos por el pueblo bajo el control del llamado “Congresillo”; eliminó la Corte Suprema de Justicia y designa los integrantes del Tribunal Supremo de Justicia; al Defensor del Pueblo, Contralor y Fiscal, y designó los integrantes del Consejo Nacional Electoral y dictó un Estatuto Electoral. Ese mismo Tribunal Supremo de Justicia legitimó los actos constituyentes. Sin duda, fue un régimen transitorio propio que apuntaba a un Estado socialista, sólo que se dejaron espacios para las libertades públicas.

15. En ese orden de ideas de destacar la utilización de los mecanismos constitucionales para introducir un modelo ideológico de Estado, un aspecto resaltante es el tema del proyecto de la reforma constitucional de 2007, que pretendía sustituir el Estado de Derecho por un Estado socialista centralizado,

⁴ Citado por Steinert, Marlis, Obra citada, p. 248 y 249.

basado en los principios ideológicos del poder popular del socialismo comunista, a través de una geopolítica territorial, sin la convocatoria a un proceso constituyente, y, que sin embargo, el Tribunal Supremo de Justicia se negó a controlar argumentado motivos puramente procesales para desestimar las acciones de amparo ejercidos en contra del proyecto de reforma y de su aprobación por parte de la Asamblea Nacional. Asimismo, otro de esos mecanismos de mutación constitucional del Estado democrático lo fue la propuesta de enmienda para introducir la reelección indefinida, propia de los Estados personalistas, a pesar de su rechazo en el referéndum en contra de la reforma constitucional, que, sin embargo, fue legitimada por la Sala Constitucional.

16. A lo anterior se agregan las interpretaciones de la Sala Constitucional del federalismo como un régimen de competencias concurrentes y no exclusivas de los estados y municipios; de la no prevalencia de los tratados internacionales de derecho humanos y de la no ejecutibilidad de las decisiones de los organismos interamericanos de protección de los derechos humanos, de la no limitación material de las llamadas leyes habilitantes, de la no estabilidad de los jueces y de la limitación de la libertad de expresión por delitos de opinión, de la inhabilitación política y de no reconocimiento de inmunidad parlamentaria de diputados electos, que también son caminos para el establecimiento de un Estado autocrático centralizado y personalista.

17. Puede agregarse dentro de los mecanismos propios del socialismo del siglo XXI, la utilización de la propia Constitución para la eliminación progresiva del Estado social de Derecho, por la sustitución de la estructura horizontal de la separación de poderes, por otra estructura no contemplada en la misma Constitución, como el Poder Popular, que es propia del Estado socialista, que se sobrepone a la voluntad expresada en procesos electorales; como, por ejemplo, al desconocer esta misma voluntad expresada en la elección del Alcalde Metropolitano y al despojarlo de sus competencias a favor de un órgano del Poder Nacional. O la eliminación, por la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, de órganos del poder local, como las Juntas Parroquiales, electas por el voto universal y directo para sustituirlas por grupos cerrados y delegados no representativos de todos los electores, que se asimilan a las asambleas populares del esquema de centralismo autocrático del Estado socialista, basado en un mismo grupo o partido y de un culto personal al Jefe de gobierno, a quien se atribuye la representación del poder popular, que restringe la libertad de acción de los que no están dispuestos a formar parte de esos grupos.

18. Las llamadas leyes del poder popular, que el pueblo rechazó al rechazar la reforma constitucional en el referéndum de 2007, son un ejemplo más patente del socialismo del siglo XXI, como modelo de instaurar el Estado socialista autoritario, utilizando la Constitución que no consagra un Estado de una ideología, sino por el contrario, el Estado social de Derecho, que no obstante su inspiración social no contempla un poder público fundado en asambleas populares, bajo un esquema de centralismo autocrático, basado en mismo grupo o partido, que, como dije, restringe la libertad de acción de los que no están dispuestos a formar parte de esos grupos. Y que como Estado democrático va en contra del Estado Comunal, proclamado en la exposición

de motivos de dichas leyes, que se inspira en comunas o agrupaciones de comunas, propias de las estructuras de poder de los Estados socialistas históricos, que se entrelazan con el esquema económico del socialismo leninista-estalinista, para imponer lo colectivo sobre lo individual. Y, que, además, por la naturaleza comunal centralizada y jerarquizada y excluyente, atenta contra el principio de la libre representación y participación ciudadana que solo existe cuando se trata de sociedades libres y plurales, porque se condiciona su ejercicio a la construcción de una sociedad y una economía socialista, al contrario del objetivo supremo de la Constitución, proclamado en su Preámbulo, como lo es el establecimiento de una sociedad democrática pluralista.

19. Ese mismo modelo se pretendió instaurar en las Universidades, al preverse en la Ley de Educación Universitaria, como estructura de gobierno y de gestión universitaria, una gestión colectiva de toda la comunidad universitaria y del poder popular, a través de consejos y comités, con participación de voceros de las organizaciones del poder popular, y de su integración a estructuras del gobierno central, como los Distritos Motores de Desarrollo y a los Ejes Comunales, y como parte de una organización vertical y jerarquizada bajo la rectoría del Ministro del ramo. Para ello se contemplaba una asamblea de transformación universitaria, como una surte de constituyente, y la suspensión de los procesos electorales de los órganos de cogobierno universitario, para que se elaborara un reglamento general de la universidad respectiva, también como una suerte de constitución, y que elegiría sus voceros, y cuyos órganos de gobierno respectivos se designarían por un reglamento dictado por el Ejecutivo Nacional. Estructura esta que se preveía para fortalecer el poder popular y para la construcción de una sociedad socialista. En otras palabras, ni más ni menos que es convertir las universidades en asambleas de ese poder popular centralizado como parte del proceso de construcción de la sociedad capitalista y del modelo productivo socialista⁵.

20. La gran pregunta, que podríamos hacernos como se la hace el Profesor Pedro de Vega, es, ¿si en esto casos de utilización de mecanismos jurídicos para cambiar un modelo de Estado contemplado en la Constitución, cabe legalmente hablar de la existencia de golpe de Estado constitucional?⁶. Al respecto, se piensa que, el concepto de Constitución no es ideológico sino axiológicamente consensuado a través de principios comunes irrevocables, por lo que cualquier reforma debe verse limitada por el sistema de valores cuya garantía y protección la Constitución atribuye a su ordenamiento jurídico. La hipótesis de poderes constituyentes y de poderes constituidos en Estados democráticos para la destrucción del Estado constitucional es incompatible con esos valores.

⁵ Ley de Educación Universitaria sancionada por la Asamblea Nacional en diciembre de 2010 (www.asambleanacional.gob.ve).

⁶ De Vega, Pedro, “La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente”, *Temas Claves de la Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 5ª Reimpresión, 2005, p. 291 a 296

Es inconcebible la destrucción total de un sistema constitucional desde el ejercicio de su propia legalidad. Y que cuando el concepto de Constitución no es meramente político, sino que se define por sus valores y principios como un modo de vivir de la sociedad, la reforma está limitada por ese sistema axiológico que consagró el propio constituyente. Y que no puede afectar los valores y principios que legitiman el Estado constitucional democrático.

21. En este contexto, la interpretación de la Constitución, por el legislador y por el poder judicial, debe guiarse por los valores que se asignen al ordenamiento jurídico y por los fines que se atribuyan al Estado, de manera de no involucionar en cuanto a la tradición republicana se refiere y al respeto de los derechos humanos. La cuestión fundamental es que los Estados democráticos no pueden nunca emplear sus poderes públicos para eliminar los valores y principios legitimadores del sistema político de la democracia, cuyo sustento es el Estado Constitucional, es decir, el Estado de Derecho y la garantía de los derechos humanos. De lo contrario, no solo se comete un fraude constitucional, sino que se da un golpe contra la Constitución.

22. Fue, por ello, que la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el documento de propuestas a la Nación, presentado el 10 de noviembre de 2010, denominado “La reconstrucción institucional del país”, ante el evidente estado de cosas inconstitucional anterior, concluyó, que es necesario resolver el problema esencial de la vigencia y eficacia del pacto social contenido en la Constitución, mediante una reconstrucción de la institucionalidad del país, para la consolidación del Estado democrático social de Derecho y de Justicia que para la Nación venezolana postula la Constitución; para lo cual la conformación de una opinión pública organizada de defensa de esos valores es fundamental para proteger la democracia en contra del Estado Comunal del socialismo del Siglo XXI.

OMBUDSMAN Y CONSTITUCIÓN¹

I. INTRODUCCIÓN

El título del tema a exponer nos lleva frente a un dilema: ¿es el Ombudsman un instrumento de control de la constitucionalidad o, por el contrario, un instrumento de defensa de los derechos ciudadanos? Planteamiento o interrogante ésta que tiene incidencias de orden práctico.

Para resolver la interrogante veamos algunos aspectos previos:

Si se pretende encuadrar al Ombudsman dentro de los sistemas de control de la constitucionalidad ciertamente que tal encuadramiento no sería posible. En efecto, los diversos sistemas de dicho control son todos judiciales, y según la concepción más acabada del Ombudsman éste no pertenece a sistema jurisdiccional alguno y ni siquiera al Ministerio Público. Así, el control constitucional al estilo norteamericano, francés y venezolano, está a cargo del Poder Judicial y no de órganos políticos como el Congreso Parlamento. Inclusive, en Venezuela, tal control, a través de la llamada “control difuso” de la constitucionalidad, a que se contrae el artículo 20 del C.P.C., está difundido por todo el Poder Judicial y no concentrado o centralizado en un solo órgano de dicho Poder.

Aún más, en casos, como en el de la Constitución de 1901, en donde se contempló la cuestión perjudicial de la constitucionalidad, para que el afectado pudiera solicitar una consulta sobre la constitucionalidad o no de una norma, la interpretación correspondía a la Corte Suprema de Justicia y no al Congreso, como alguna vez se contempló en las Constituciones de 1830 y 1857.

II. PRECISIÓN SOBRE LA NATURALEZA DEL OMBUDSMAN

A nuestro modo de ver, los fines que se persiguen con esta institución, quedan mejor garantizados si se le concibe como órgano auxiliar del Poder Legislativo, fuera del Poder Judicial, del Ministerio Público, y por supuesto, del Poder Ejecutivo. Un buen ejemplo nos lo da la Constitución española de 27-12-78, que define al Defensor del Pueblo como “alto comisionado de las Cortes Generales”, en su artículo 54.

¹ Conferencia dictada en el Centro de Formación de Políticas Públicas (Ifedec), en Taller de formación de defensores de derechos humanos, Caracas, 20 de junio de 2003.

Su naturaleza es pues, la de un órgano de corte político y no de control de la constitucionalidad. O también, como lo define la “Public Counsel Act” del Estado de Nebraska de los Estados Unidos de Norteamérica, de 22-07-69, un funcionario independiente, designado por la Legislatura” (art. 81-8. 241 y 81-8. 243).

Ahora bien, si se llega a admitir, como sucede en la mayoría de los países que han acogido esta institución, inspirados en el modelo nórdico, que se trata de un órgano de naturaleza legislativa ¿qué relación puede tener con la constitucionalidad?

III. EL OMBUDSMAN Y LA CONSTITUCIONALIDAD

Prefiero referirme a la constitucionalidad y no al control de la misma, porque como se asentó, tal control, concentrado o difuso, como en el caso de Venezuela, siempre es judicial. Por constitucionalidad, entiendo la protección de la Constitución, más que la sujeción de los actos de los poderes públicos al Texto Fundamental. Y es precisamente a través de la cuestión de la protección de la constitucionalidad, donde se encuentra la relación entre el Ombudsman y la Constitución.

En otras palabras, que el Ombudsman es una institución para proteger la constitución. Es decir, su vigencia. Ahora bien, tal cometido corresponde también al Ministerio Público. Así ocurre en Venezuela, en el artículo 218 de la Constitución, cuando se encomienda al Ministerio Público, el velar “por la exacta observancia de la Constitución y de las leyes”. En España, cuya Constitución, en artículo 124, atribuye al Ministerio Fiscal “la defensa de la legalidad”, en general. En Colombia, cuya reciente Constitución de 18-07-91, en su artículo 277, señala al Ministerio Público, la función de “vigilar el cumplimiento de la Constitución”.

Entonces, ¿en dónde se separan y diferencian el Ombudsman y el Ministerio Público, en cuanto a la constitucionalidad se refiere?

Ambas institucionales tienen en común la función de velar por la constitucionalidad. Es decir, de proteger la Constitución, que representa su función general. Pero como órganos que no ejercen el control de la constitucionalidad, que como se advirtió es de naturaleza judicial, ambos, ni anulan actos contrarios a la Constitución ni tampoco interpretan las disposiciones de ésta. Sólo son instituciones de defensa de la Constitución, más no de su control.

Por otra parte, desde el punto de vista orgánico, el Ombudsman y el Ministerio Público o Fiscalía se separan en que el primero es un órgano del Poder Legislativo, caso de España y del Estado de Nebraska, por ejemplo; mientras que el segundo es un órgano complementario del Poder Judicial. Así se le declara en Venezuela (Título VII de la Constitución); en Brasil, (artículo 127 de su Constitución de 05-10-88); en Colombia respecto de su Fiscalía General (art. 249 y 254), que se le distingue del Ministerio Público y se le incluye en la Rama Judicial del Estado (Título VIII); y en España, cuya Constitución incluye dentro del Poder Judicial al Ministerio Fiscal.

Una excepción a la separación orgánica de ambas instituciones ocurre en Colombia, al incluirse dentro del Ministerio Público, como parte de éste, al defensor del pueblo (art. 281). Sólo que este Ministerio en el referido país, no está dentro de la Rama Judicial sino dentro de los Organismos de Control (Título X).

IV. DIFERENCIAS SUSTANCIALES DEL OMBUDSMAN Y EL MINISTERIO PÚBLICO

La diferencia específica de estas dos instituciones en lo que a la protección de la Constitución se refiere, escriba en la función esencialmente defensiva de los derechos ciudadanos por parte del Ombudsman, y en la función esencialmente velatoria del cumplimiento de la Constitución, por parte del Ministerio Público. En otras palabras, la función de defensa y la función de vigilancia, diferencian al Ombudsman y al Ministerio Público. Ejemplo típico de esta diferencia conceptual, mejor dicho, funcional, es España, en la cual su Constitución en el artículo 54, además de separar orgánicamente a ambas instituciones, define el Defensor del Pueblo como un “alto comisionado de las Cortes General, designados por éstas para la defensa de los derechos comprendidos” en su Título I, es decir, de “los derechos fundamentales”. A estos efectos, es que se confiere al Defensor del Pueblo la facultad de “supervisar” la actividad de la Administración, “pero” dando cuenta a las Cortes Generales”, y no para anular la actividad de aquélla.

Igualmente, el Ombudsman o Consejero Público del Estado de Nebraska, tiene como función primordial recibir y dirigir las quejas de los ciudadanos antes las agencias administrativas y por ello puede conducir inspecciones y solicitar informes a estas agencias (Public Counsel Act. Arts. 81-8-245). Pero no interviene en el control de la legalidad y de la constitucionalidad de los actos de estos órganos administrativos.

V. ATRIBUCIÓN AL OMBUDSMAN DE FUNCIONES VELATORIAS O DE VIGILANCIA DEL CUMPLIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN

No obstante, la anterior distinción sustancial, en la práctica se atribuyen también al Ombudsman funciones de vigilancia de cumplimiento de la Constitución, no sólo para proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino también para proveer al control judicial de la constitucionalidad. En otras palabras, por ejemplo, que no solo puede presentar quejas, o reclamos, o denuncias contra las violaciones de los derechos constitucionales, sino también demandas de amparo o recursos de inconstitucionalidad, o contra de los actos de los poderes públicos, violatorios no solo de aquellos derechos sino también de cualquier disposición constitucional o legal.

Merece la pena señalar el ejemplo de España. En efecto este país además de configurar el Defensor de Pueblo como órgano comisionado del Poder Legislativo, y de separarlo del Ministerio Público, y a pesar de señalarle como función

esencial, la de defender los derechos y deberes fundamentales, sin embargo, también se le ha atribuido legitimación para ejercer recursos de inconstitucionalidad, de amparo y contencioso administrativo.

En efecto, el artículo 162 de la Constitución Española legitima para interponer el recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, entre otros, al Defensor del Pueblo, lo que ratifica la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, en su artículo 29. Pero no se concede esta legitimación al Ministerio Público.

Asimismo, dentro de su función propia defensiva, el Defensor del Pueblo está legitimado para interponer recurso de amparo constitucional, además de la persona directamente afectada y del Ministerio Fiscal, conforme lo determina la Constitución española en su artículo 162, letra b) y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en su artículo 46, N°1.

Por otro lado, a pesar que la legislación española otorga al Defensor del Pueblo legitimación para ejercer recursos de inconstitucionalidad, en general, sin embargo, en materia contencioso administrativo solo se le permite intentar recursos de anulación contra actos administrativos, que afecten el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, como se desprende del artículo 6° de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales.

En resumen, en un país como España, donde el Ombudsman, a través de su adaptación del Defensor del Pueblo, ha alcanzado un grado de desarrollo constitucional y legalmente, como órgano del Poder Legislativo y separado del Poder Judicial y del Ministerio Público, sin embargo, se le han dado funciones velatorias del cumplimiento de la constitución, en general, además de su típica función defensiva, al poder intentar recurso de inconstitucionalidad en contra de leyes, como también recursos de amparo y recursos contenciosos administrativos, en contra de actos administrativos violatorios de los derechos fundamentales previstos en la Constitución.

En Colombia, por el contrario, es el Ministerio Público, que es un órgano de control, que ejerce el Procurador General de la Constitución, a quien se ha encargado de la protección de los Derechos Humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo, que es parte de dicho Ministerio.

Es un error, pues, confundir funcionalmente a ambas instituciones, cuando están natural y orgánicamente separadas.

VI. ¿OMBUDSMAN CENTRALIZADO O DESCENTRALIZADO?

En la mayoría de los modelos consultados, salvo el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, el Ombudsman pertenece al Poder Nacional. En efecto, en España en un órgano de las Cortes Españolas y no de los Parlamentos autonómicos.

En Colombia forma parte del Ministerio Público que es un órgano nacional. En los Estados Unidos, esta institución ha sido creada por los Estados Federales, como sucede en el Estado de Nebraska, en donde es un órgano autónomo de la Legislatura Estatal.

En este orden de ideas, estimo que el sistema Político de Gobierno, que divide el poder público territorialmente en los niveles nacional, estatal y municipal, debe tenerse en cuenta para que en cada nivel exista una forma institucional de defensa de los ciudadanos frente a los respectivos entes políticos territoriales. De esta manera, el acceso al Defensor del Pueblo, por ejemplo, sería inmediato y más efectivo.

VII. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN VENEZUELA

Ante la ausencia de la institución del Ombudsman, el Ministerio Público cumple con la función defensiva de los derechos fundamentales, además de su tradicional función de velar por el cumplimiento de la Constitución.

Así, por ejemplo, al Ministerio Público en Venezuela, además de su función velatoria de la exacta observancia de la Constitución y de las Leyes (artículos 218 de la Constitución y 6º, N° 1, de su Ley Orgánica) le corresponde la función, de “velar por el respeto de los derechos y garantías constitucionales” (art. 220 de la Constitución y 6º, N° 2, de dicha ley).

En otras palabras, que, en nuestro país, la función típica del Ombudsman es ejercida en la actualidad por el Ministerio Público, confundiendo la función típicamente defensiva y protectora con la de vigilar la constitucionalidad y de excitar su control por el Poder Judicial.

La anterior simbiosis o confusión con el Ministerio Público, aparece ratificada en la Ley Orgánica de Amparo de Derechos y Garantías Constitucionales, al reconocerse a los Fiscales del Ministerio Público, legitimación para ejercer acciones de amparo constitucional (art. 13), en protección de las garantías consagradas en la Constitución, que conforme a lo explicado anteriormente es función esencial y típica del Ombudsman. A esto se agrega que la jurisprudencia de la Corte en Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha admitido la legitimación del Ministerio Público para ejercer acciones de amparo en protección de los intereses colectivo o difusos (Sentencia en fecha 30-10-90, “Caso *Luis Peñalver vs. Ministerio de Justicia*”). Y que la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia legitima también a dicho Ministerio para ejercer recursos contenciosos administrativos de anulación en contra de actos de efectos particulares, cuando afecten un interés general (art. 121, últimos aparte).

El criterio jurisprudencial y legal, antes señalados, en Venezuela, acercan aún más el Ministerio Público al Ombudsman, alejándolo de su función defensiva. Aparte de lo anterior el Ministerio Público, en Venezuela forma parte del Poder Nacional y no del Poder Estatal o Municipal.

CONCLUSIÓN

Lo expuesto induce a afirmar que ante el dilema de si el Ombudsman es un instrumento de control de la constitucionalidad, o, por el contrario, un instrumento de defensa de los derechos ciudadanos, la respuesta ha de ser la de que el Ombudsman debe concebirse como una verdadera institución autónoma de defensa ciudadana.

Por ende, estimo que, para asegurar su eficacia e independencia, es necesario que el Ombudsman o defensor del pueblo o del ciudadano debe:

1. Ser un órgano perteneciente al Poder Legislativo.
2. Estar separado del Poder Judicial, y, por ende, del Ministerio Público.
3. Estar dotado de funciones típicamente defensivas de la protección de los derechos fundamentales, y no velatorias del cumplimiento de la Constitución.
4. Estar legitimado para ejercer sólo recursos de inconstitucionalidad y de amparo, contra los actos de los poderes públicos que afecten los derechos fundamentales de los ciudadanos o de los grupos de población, y,
5. Ser un órgano descentralizado territorialmente.

Así mismo al Ministerio Público debe conservársele su naturaleza complementaria del Poder Judicial, y su función típica velatoria del cumplimiento de la Constitución y las leyes, manteniendo su legitimación para ejercer recursos de inconstitucionalidad y contencioso administrativo, en general, pero no para intentar acciones de amparo en nombre de particulares o de grupos de población, porque ello no cabe dentro de lo que conceptual y funcionalmente debe ser el Ministerio Público.

1. *Creación en Venezuela*

Si el Ombudsman conserva su función defensiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos y de los grupos de población, formaría parte del sistema de las garantías constitucionales, y de sus medios de protección, y correspondería también a la materia de la defensa pública. Por lo que, si se separa del Ministerio Público, sería posible su creación mediante una Ley Orgánica que desarrolle los artículos 49 y 68 de la Constitución. Ello se comprende en la reserva legal que el ordinal 24 del artículo 136 y el artículo 139, ambos de la Constitución, atribuyen al Congreso.

CONSTITUCIÓN DE 1811: ASPECTOS JURÍDICOS-POLÍTICOS

Caracas 22 de noviembre de 2011

Hablar sobre los aspectos jurídicos de una Constitución es prácticamente referirse a todo su contenido. Sin embargo, la conmemoración del Bicentenario de la Constitución de 1811 en el momento presente de Venezuela hace que, dentro de ese contenido, se pongan de relieve sus aspectos jurídicos que determinaron que, por su tradición republicana hoy políticamente, en el artículo 350 de la vigente Constitución, constituyen un aspecto irreversible. Y por qué, según el artículo 1º, constitucional, se consideren como derechos irrenunciables de la Nación, la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional. Aspectos estos inmutables de su ordenamiento jurídico-político de cuya inmunidad depende la condición de Venezuela como un Estado independiente y como República autónoma y democrática.

En primer término, la conformación de un Estado independiente y autónomo, fue fruto de la evolución política que experimentó la Capitanía General de Venezuela con motivo de los llamados “Sucesos de Bayona” por la abdicación de Carlos IV y de su hijo Fernando VII y el acceso a la Corona española de José Bonaparte, en marzo de 1808; y que a partir de los sucesos del 19 de abril de 1810 condujeron a la teoría jurídica-política de que ante la ausencia de un gobierno legítimo en España era necesario formar un gobierno que representara la soberanía popular por la ilegitimidad del Consejo de Regencia que, al disolverse la Junta Central Gubernativa, con el solo apoyo de los habitantes de Cádiz, se había arrogado la soberanía de todo el pueblo español. Ante este vacío de poder el Ayuntamiento de Caracas, asociado a diputados nombrados, reasumió, la Suprema autoridad, en nombre del Pueblo de Caracas. Tal como expresaron José de las Llamozas y Martín Tovar Ponte, en nombre de la Junta Suprema, en la “Alocución a los Habitantes de Venezuela” del 20 de abril de 1810, al explicar las razones del anterior pronunciamiento del 19 de abril, del mismo año. Sin embargo, como se señala en dicha Alocución, por respeto a los derechos de la población, la Junta Suprema de Caracas declaró que reasumía la soberanía provisionalmente y los poderes civiles y militares, y que dada la naturaleza civil del gobierno que se había dispuesto formar, se hacía necesario que los individuos de cada provincia fueran

quienes tomaran parte en el ejercicio de la suprema autoridad. A cuyo efecto se contempló una Constitución para reemplazar el gobierno provisional mediante el voto universal.

En los orígenes, pues, de nuestra nacionalidad, el carácter civil del gobierno, nacido de la soberanía popular, a través del sufragio universal, y la consideración de la Constitución como base fundamental del Estado, para garantizar esos valores, son aspectos jurídicos políticos, que se incrustan inquebrantablemente en la tradición republicana del Estado venezolano. Y cuyo quebrantamiento representa un desconocimiento de la identidad nacional republicana. En ese orden de ideas, vale la pena recordar que la Junta Suprema de Caracas, aunque admitió que contaba con la confianza popular para ejercer el gobierno, sin embargo, como principio del nuevo orden jurídico político estableció que la garantía de la institucionalidad del gobierno civil no es otra que el respeto del voto universal de quienes han contribuido a formar la voluntad general.

Por esta consideración, la Constitución del 21 de diciembre de 1811 dedica tres artículos (143, 144 y 145) al principio de la soberanía, que recogen sus principales manifestaciones que se contenían en la Declaración de los Derechos del Pueblo del 23 de julio de 1811, de donde se desprende para el constitucionalismo venezolano son sus elementos esenciales: la definición de la población en general como el titular de la soberanía y del voto universal como medio de su ejercicio y la conceptualización del carácter imprescindible, inalienable e indivisible de la soberanía, por lo que ningún individuo, ningún grupo ni persona alguna puede atribuirse la titularidad de la soberanía; así como la consideración ilegítima del poder que no surja de una amplia representación popular. De estas consagraciones y proclamaciones de la génesis del Estado venezolano, como expresión de la soberanía de todo el pueblo, puede concluirse que la tesis del poder popular, como un poder global, configurado vertical y jerárquicamente por grupos o consejos comunales, excluyentes, organizados, promovidos y dependientes del vértice del poder ejecutivo, contraría los valores genéticos de la soberanía propios de la institucionalidad civil democrática venezolana.

En segundo término, a pesar que la “forma federativa”, adoptada en la Constitución de 1811, debilitó el gobierno de la Primera República y provocó su caída en 1812, como lo afirmó el Libertador en su “Manifiesto de Cartagena”; o que su consagración fomentó el regionalismo y el caudillismo; y no obstante su escasa vigencia; no cabe duda que el modelo de “Pacto Federativo” adoptado por el Supremo Congreso constituyente de 1810, que consideró adecuada tal forma para el ejercicio de la soberanía popular y que estimó al poder local como la base del sistema político del Estado, constituye el germen nutricional del moderno modelo de estado federal descentralizado que hoy se consagra en el artículo 4º, de la vigente Constitución. En efecto, la Constitución de 1811, es la manifestación de la voluntad, que en ejercicio de su soberanía adoptó el pueblo de los Estados de Venezuela, a través de los representantes de las Provincias elegidos mediante las elecciones efectuadas de acuerdo con el Reglamento de Elecciones y Reunión de Diputados del 11 de junio de 1810, de confederarse para formular una Constitución, como se proclama en su

Preámbulo. Idea esta que se refuerza al precisarse en el mismo Preámbulo que las fuentes del modelo federal adoptado son, a su vez, la soberanía, la libertad y la independencia de las Provincias, es decir, su autonomía política, puesto que asegura que todos los habitantes de esas Provincias pueden participar en la configuración de la autoridad general de la Confederación. Pacto Federal que se estimó como la consolidación de la independencia política proclamada el 5 de julio de 1811. En otras palabras, que es el mismo principio de cogobierno que se deriva del estado federal descentralizado, y que garantiza la integridad territorial de la República, en los términos en que se consagra en el artículo 4º de la actual Constitución Y además, de acuerdo con la Constitución de 1811, el federalismo es expresión de la soberanía popular, en razón de que si bien atribuye a la Confederación la representación nacional en materias relativas a las relaciones extranjeras, a la defensa común, a la preservación de la paz pública, al comercio externo e interno, al levantamiento y mantenimiento de ejércitos y las leyes generales de la Confederación, sin embargo, es un sistema que garantiza mutuamente a los estados la conservación de su libertad civil y su independencia política; que modernamente es una forma del sistema democrático del gobierno. En otras palabras, que federalismo y soberanía popular, independencia y libertad son aspectos jurídicos-políticos fundamentales de la institucionalidad civil de la Republica. Razón por la cual, la eliminación de la cámara federal, en la Constitución de 1999, se apartó de la tradición republicana venezolana, de que en cada Provincia debe haber, por lo menos, un Senador, como se proclamó en la Constitución de 1811, en su artículo 46.

Un tercer aspecto jurídico-político, que me permito destacar de la Constitución de 1811, es que la división de las diversas funciones del poder supremo de la Confederación y su atribución a cuerpos independientes entre sí y en sus respectivas facultades, y, por ende, la prohibición de reunir esas funciones se consideró como necesarios para el correcto ejercicio de la autoridad por parte de los poderes federales. Aspecto este que se contrapone a la tesis del llamado “colaboracionismo de los poderes” de un solo gobierno y de un solo poder, postulado en estos tiempos hasta por personeros del poder judicial, que contradice nuestra tradición republicana, que siguiendo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, no concibe una Constitución que garantice el ejercicio de la libertad, la institucionalidad civil, y el respeto de los derechos ciudadanos, sin la separación de los poderes, y que reproducen en los tiempos contemporáneos la Carta Democrática Interamericana, el Tratado de Asunción y el Protocolo de Ushuaia. En este mismo orden de ideas, la legislación delegada o habilitada, como sustitutiva de la función legislativa ordinaria, para todas las materias reservadas al Poder Nacional, tal como se contempla en la Constitución de 1999, desconoce el principio republicano que viene del artículo 3 de la Constitución de 1811, que estableció que solo a los dos cuerpos del Congreso, dividido en una Cámara de Representantes y un Senado, se ha de confiar todo el Poder Legislativo establecido en la Constitución. Puesto que la ley, agregaba el artículo 149, de la citada Constitución, para que sea la expresión libre de la voluntad general o de la mayoría de los ciudadanos, debe emanar de la discusión y deliberación del órgano de sus representantes legalmente elegidos y constituidos.

Merece destacarse como un cuarto aspecto jurídico-político de la Constitución de 1811, el principio de la rotación periódica entre los miembros del poder ejecutivo tripartito, su reemplazo cada cuatro años, y la proscripción de la dilatada continuación en sus cargos de los funcionarios ejecutivos, por representar un peligro para la libertad, así como la prohibición de la reelección inmediata de los miembros de la Cámara de Representantes y del Senado para evitar que sucesivamente sobrepasen sus períodos de cuatro y seis años, respectivamente. Por tanto, el principio del gobierno alternativo es parte de la tradición civil republicana a que se contrae el artículo 350 de la Constitución vigente. La alternatividad de los gobiernos se vincula al derecho del pueblo de participar frecuentemente en la formación de los poderes representativos, como el más firme fundamento de un Gobierno libre y electivo, por lo que la Constitución de 1811 proclama la necesidad de garantizar a los ciudadanos el derecho del sufragio en elecciones libres y frecuentes y pocos distantes. Así, pues, la alternatividad y el carácter electivo del sistema de gobierno republicano, es otro aspecto jurídico-político de la Constitución en comentarios, que forma parte de la columna vertebral del régimen republicano venezolano, que por esencia es anticontinuitista, por lo que la reforma constitucional del 2007, que prevé la reelección indefinida para los cargos electivos, traicionó uno de los valores de la tradición republicana venezolana. Por ello, la Constitución de 1811, en comentarios, elevó a canon de la tradición republicana, en su artículo 187, derecho del pueblo de participar en la legislatura, porque es la mejor seguridad y el más firme fundamento de un gobierno libre, por lo que es preciso que las elecciones sean libres y frecuentes, en las épocas señaladas y poco distantes, como se previene en la Constitución.

Cabe señalar, como un quinto aspecto jurídico-político de la Constitución de 1811, con ocasión de su Bicentenario, la conceptualización del ejercicio los derechos a la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad, como garantías del mejoramiento personal y moral de los ciudadanos, dentro de límites justos y honestos. Porque la libertad es la facultad de hacer todo lo que no daña los derechos de los demás, ni al cuerpo de la sociedad. La igualdad porque para que la ley sea igual para todos no se debe distinguir entre los ciudadanos por su nacimiento ni por sus títulos. La propiedad porque es el fruto de cada uno de gozar de su trabajo e industria. Y la seguridad porque es la garantía que la sociedad otorga a cada uno de sus miembros sobre la conservación de su persona, de sus derechos y de sus propiedades. Garantías estas que imponen no solo límites a la arbitrariedad del Estado, sino su obligación de no desvirtuar su esencia o contenido, y que, en la actualidad, por la restricción de las libertades políticas, la exclusión ideológica, la expoliación de bienes privados y la inseguridad, son incumplimientos constitucionales del actual Estado venezolano y que por ello resulta antirrepublicano.

Un sexto aspecto a recordar es la preocupación de los constituyentistas de 1811 por el derecho de los jueces a la estabilidad en sus cargos mientras no se hagan incapaces de continuar en ellos por su mala conducta, así como del derecho a no ser desmejorados en sus condiciones económicas durante el ejercicio de sus funciones. Por lo que para su elección se exige como condición principal un buen concepto y de probidad, así como la debida acreditación de sus estudios jurídicos.

En otras palabras, que la Constitución de 1811 procura la existencia de jueces inamovibles y jurídicamente idóneos dentro de la institucionalidad civil republicana. A esta preocupación se une la exigencia de la comprobación por el poder judicial mediante testimonios fehacientes de la aptitud de los abogados para ejercer la abogacía y para optar a empleos propios de esta profesión, y particularmente de que se trate verdaderamente de abogados recibidos en el Estado para desempeñar la función judicial. Vale la pena recordar que la tesis de que el Poder Judicial es depositado por el pueblo en una Alta Corte y en los demás tribunales subalternos, tiene en el artículo 110 de la Constitución de 1811 su antecedente, por lo que, en consecuencia, es a ese Poder Judicial a quien corresponde conocer de todos los asuntos contenciosos que se deriven de las materias contempladas en la Constitución, como también se establecía en su artículo 115, de donde proviene el carácter judicial ordinario de la función jurisdiccional, que hoy día se recoge en el artículo 253, de la actual Constitución. E, igualmente, que dada la naturaleza contenciosa de las diferencias entre el Estado Federal y las provincias o entre éstas, y el carácter federal de la Alta Corte, es a este órgano del Poder Judicial, a quien corresponde su resolución, como se precisaba en el artículo 115, antes citado, de la Constitución de 1811.

Un último aspecto al cual quisiera referirme como relevante de los aspectos jurídicos-políticos de la Constitución de 1811, es la inclusión dentro de los derechos del hombre en sociedad, concretamente la subordinación al poder civil, como representante de la soberanía popular, y de su dirección por éste del poder militar, por lo que, por ejemplo, el Poder Ejecutivo, según su artículo 96, sin el previo aviso, consejo y consentimiento del Senado, no podía conceder grados militares y otras recompensas honoríficas, aún por acciones de guerra; y, si además, fueren recompensas pecuniarias debía obtener previamente el consentimiento de la Cámara de Representantes. Aquel principio de subordinación del poder militar y sus principales manifestaciones, se desconocen en la Constitución vigente al eliminarse como un elemento de la institucionalidad civil republicana.

Las anteriores consideraciones llevan a concluir que la institucionalidad republicana civil, electiva, alternativa, de equilibrio e independencia de los poderes públicos e idoneidad del poder judicial y de la formación jurídica, y la República civil, no autoritaria, igualitaria, antimilitarista y del pleno ejercicio de los derechos fundamentales, en la praxis del Estado, está ausente en el Bicentenario de la Constitución de 1811.

DOS MOMENTOS DE POLÍTICA CONSTITUCIONAL: UN SOLO OBJETIVO EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Caracas, 10 de octubre de 2020

Para el 25 de octubre, los chilenos decidirán, si quieren una nueva Constitución, y si la nueva Constitución la redacte una Convención Mixta Constitucional o una Convención Constitucional. Ello mediante un acto democrático, como el llamado plebiscito ratificatorio en el que ambas tesis tienen iguales opciones. Es, por tanto, un proceso político para el fortalecimiento del constitucionalismo del Estado democrático de derecho y superar la desigualdad social. El 6 de diciembre los venezolanos han sido llamados a unas elecciones parlamentarias calificadas como violatorias de la integridad electoral, que el gobierno que ejerce de hecho el poder quiere utilizar como un medio de ratificación de un sistema usurpador del Estado democrático de derecho. Proceso en donde no hay ciertamente igualdad alguna.

En el caso chileno, se trata de la reforma o no de la Constitución cuyo objetivo es buscar la paz y la justicia social a través de un procedimiento democrático para lo cual se contemplan dos opciones constitucionales. En el caso venezolano, se pretende la ratificación de la derogación de la Constitución por un acto no contemplado de reforma constitucional, como lo son las elecciones parlamentarias fraudulentas convocadas por un sedicente Consejo Nacional Electoral, y bajo un marco supraconstitucional de decretos constituyentes dictados por una ilegítima Asamblea Nacional Constituyente y avalados por un Tribunal Supremo de Justicia subordinado. Frente a lo cual se propugna dentro del constitucionalismo democrático la tesis de un proceso de restablecimiento de dicho modelo de Estado, mediante un régimen constitucional de la transición hacia la democracia, basado en el derecho y el deber ciudadanos constitucionales de desconocimiento y de rebeldía ante regímenes contrarios a los valores superiores del constitucionalismo democrático.

En los tiempos contemporáneos el ejemplo paradigmático de un proceso electoral para destruir el estado democrático de Derecho es Venezuela, después de un proceso constituyente como lo fue el de 1999, que elaboro una Constitución, de la que se dijo que era la más avanzada que había tenido Venezuela, puesto que su propósito fue el de crear una nueva República como un Estado más democrático e igualitario. Hoy día el reto del constitucionalismo venezolano es el del restablecimiento de esa Constitución por la pérdida de su vigencia por actos no permitidos

por la misma Constitución, como lo son la usurpación en el 2017 de la soberanía popular por una Asamblea Constituyente no convocada por el pueblo y de hecho del poder ejecutivo por un presidente electo en una elección ilegítima en el 2018 y del poder electoral, designado ilegítimamente por un Tribunal Supremo de Justicia, integrado también ilegítimamente. Régimen este de usurpación avalado por más de 100 sentencias, dictadas desde el 2015 hasta el presente, por dicho sedicente Tribunal Supremo, y a través de las cuales se ha atribuido las funciones de la Asamblea Nacional que fue elegida democráticamente en el 2015 y por las que ha desincorporado diputados, inhabilitado líderes y partidos de oposición y destituido sus directivas y secuestrado sus símbolos y tarjetas electorales. Y que junto con la sedicente Asamblea Nacional Constituyente ha despojado de su inmunidad parlamentaria a más de 30 diputados.

A lo anterior como un factor más de derogatoria de hecho de la Constitución, el 8 de octubre, la Asamblea Nacional Constituyente, dicta la llamada Ley Constituyente Antibloqueo supuestamente para proteger al pueblo venezolano, por el que se libera al gobierno de Maduro del orden jurídico para cualquiera decisión que así lo considere y que establece el secreto de estado como regla general.

Frente a esa destrucción del estado democrático de Derecho, propio del constitucionalismo moderno, el régimen de transición dentro del constitucionalismo democrático, que aprobó la Asamblea Nacional democrática, en el 2019, con fundamento en los artículos 5º, 333 y 350, de la Constitución, representa un proceso que propugna la protección de la supremacía de la Constitución cuando es desconocida su vigencia. Puesto que su objetivo es el de restablecer el orden constitucional democrático derogado por un régimen usurpador. El desafío de este proceso de transición es construir los fundamentos de ese restablecimiento y el de estimular el factor emocional para promover la acción de conseguir el objetivo, que en nuestro caso es la libertad y los valores superiores del orden democrático. El reto, del constitucionalismo, pues en Venezuela, es concretamente, en la actualidad, consolidar la doctrina de la transición democrática mediante el restablecimiento de la vigencia de la Constitución.

En el Derecho Comparado, los supuestos de transición democrática pasan por una nueva Constitución o por su reforma, como se prevé para el caso chileno, mediante actos democráticos de modificación constitucional o de verdaderos procesos constituyentes democráticos. En nuestro caso, por el contrario, pasa por el restablecimiento de la vigencia de la Constitución ante su derogación de hecho. Por tanto, construir la doctrina que fundamenta ese objetivo es el reto del constitucionalismo democrático en Venezuela. Es decir, se trata de desarrollar el marco jurídico de ese restablecimiento. Marco, que, sin duda, sus principios se contienen en el enunciado del artículo 333 del texto fundamental, en su título VIII, de Protección de la Constitución, y, específicamente entre las garantías que se prevén en el Capítulo I de este título, del derecho y el deber ciudadano de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia. En concreto, la construcción de la doctrina del restablecimiento del orden constitucional consiste, en primer lugar, en el desarrollo de la garantía de ese restablecimiento; y, en segundo lugar, en la configuración del supuesto que justifique la aplicación de esa garantía.

El deber y el derecho de restablecer la efectiva vigencia de la Constitución que fuese derogada por cualquier medio distinto de los previstos en el artículo 333 de la Constitución venezolana, se refuerza con lo dispuesto en artículo 350, que consagra el derecho de desconocimiento del régimen contrario a los valores y garantías democráticos y que menoscabe los derechos humanos. Tanto uno como otro derecho, son parte de las garantías de protección de la Constitución que se encuentran bajo el título VIII, que precisamente se denomina: “De la protección de la Constitución, y dentro del Capítulo I de dicho Título, que se refiere a los medios de garantía de vigencia de la Constitución.

Este medio, de restablecimiento de la Constitución y de desconocimiento de los valores democráticos y de los derechos humanos, como una medida excepcional, vendría a ser “un orden provisional de la Constitución” para resolver transitoriamente una crisis constitucional por la pérdida de la institucionalidad y para restablecer su normalidad como una suerte de poder constituyente delegado de emergencia transitorio, cuyo objeto es resolver transitoriamente esa crisis restableciendo la supremacía de la Constitución. Ahora bien, el supuesto de la aplicación de la garantía del restablecimiento de la vigencia de la Constitución es su derogación de hecho por la pérdida de la institucionalidad democrática que es de la esencia del Estado de Derecho proclamado en el artículo 2º, constitucional. Es decir, la crisis constitucional provocada por una situación anormal o anómala que impide el normal funcionamiento de las instituciones del Estado democrático de Derecho y por la ilegitimidad de origen y de ejercicio, en el caso de Venezuela, por la usurpación del Poder Ejecutivo, del poder constituyente originario y del máximo representante del Poder Judicial.

Ese régimen excepcional transitorio es un modo de desconocer la autoridad usurpada, o régimen de facto, que contraría los valores, principios y garantías democráticos que se reconocen en el artículo 350 de la Constitución. En mi criterio, de los artículos 333 y 350 constitucionales se desprende, como clausula implícita, la facultad o el derecho de desconocer la usurpación del poder por un gobierno de hecho ante la inexistencia o la falta de institucionalidad del Estado democrático de Derecho que permita ejercer un control constitucional popular para restablecer la vigencia de la Constitución, derogada de hecho, y que faculta a los poderes legítimos, en este caso, a la Asamblea Nacional como representante de la soberanía popular, de quien emanan los poderes del Estado, para que adopte medidas extraordinarias con esa finalidad de la reinstitucionalización del Estado constitucional de Derecho, de acuerdo con el artículo 5º de la Constitución, en concordancia con sus artículos 62, 201 y 167, numeral 1.

En ejercicio de esa facultad, la Asamblea Nacional, conforme la legitimidad que la habilita, dictó el 5 de febrero de 2019 un estatuto transitorio para encausar jurídicamente el hecho político de la transición democrática, de la cesación la usurpación, el establecimiento de un gobierno de transición y la realización de elecciones libres y competitivas. Ante la inexistencia o la falta de institucionalidad democrática, por la derogatoria de hecho de la Constitución, se habilitaron por la Asamblea Nacional medidas extraordinarias para reconstruir esa institucionalidad con base en el artículo 333 en garantía de protección de la Constitución, como lo

es el Estatuto de la Transición a la Democracia para Restablecer la Vigencia de la Constitución. Igualmente, con fundamento en ese régimen constitucional de restablecimiento del Estado democrático de derecho, concretamente, en los artículos 1, 3, 5, 6, 70 y 333 de la Constitución, la Asamblea Nacional convocó una consulta popular, mediante Acuerdo de fecha 29 de septiembre, para preguntar al pueblo si rechaza las elecciones parlamentarias convocadas por la dictadura de Nicolás Maduro Moro mientras no existan condiciones para elecciones justas libres y verificables.

La construcción de la doctrina del restablecimiento de la vigencia de la Constitución por la crisis institucional señalada configurada por la usurpación del Poder Ejecutivo y del poder constituyente, y por la ilegitimidad del Tribunal Supremo de Justicia requiere distinguir entre el medio de proteger el orden interno mediante estados de excepción y el medio extraordinario de garantía constitucional de restablecimiento de la efectiva vigencia de la Constitución que ha sido derogada de hecho.

En el primer caso de los estados de excepción la institucionalidad existe, pero está amenazada o en peligro. En el segundo caso, la institucionalidad es inexistente y por eso se atribuye a un poder constituyente delegado de emergencia transitorio, como lo es la legítima Asamblea Nacional, la potestad para el restablecimiento de la institucionalidad.

Por ende, el reto del constitucionalismo venezolano en la actualidad, a 20 años de la promulgación de la Constitución, es principalmente consolidar la doctrina de la transición democrática mediante el restablecimiento de la vigencia de la Constitución ante su derogación de hecho.

Por tanto, ante la posibilidad de que se realice una elección parlamentaria fuera del marco del constitucionalismo democrático, contrario al principio de integridad electoral y por la usurpación del poder ejecutivo y la deslegitimación del poder judicial, el reto es el de proveer un marco de reinstitucionalización del Estado democrático de Derecho, que conserve el régimen transitorio mediante la preservación del único poder legítimo, por su origen y ejercicio, como lo es la Asamblea Nacional, para después de que se realice tal parapeto o elección parlamentaria de utilería del 6 de diciembre del régimen de facto que se aferra al poder en Venezuela.

En conversación reciente, como coordinador nacional del Bloque Constitucional de Venezuela, con la Clínica Jurídica a la Universidad Alberto Hurtado, sobre el plebiscito del 25 de octubre en Chile, su directora, profesora Macarena Rodríguez, al referirse a este acto democrático, expuso, que “el plebiscito y una nueva Constitución es la forma para encausar las demandas sociales, no porque las vaya a solucionar, sino como un símbolo de cambios y mejoras sobre una base institucional. Creo que sobre ello descansa también la democracia”. En nuestro caso, a diferencia de Chile, estamos en búsqueda de la forma de dar marco jurídico a los cambios políticos hacia la democracia, por la ausencia de la base institucional que permite su pleno ejercicio. Y para lo cual, la coherencia entre los sectores democráticos respecto de este objetivo, así como su unidad son factores de su factibilidad.

LA DEMOCRACIA COMO VALOR SUPERIOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO¹

I. PALABRAS PRELIMINARES: EL POR QUÉ EL TEMA DE LA DEMOCRACIA

La celebración de un acto de una nueva promoción de abogados, y particularmente la que ha escogido el nombre de la Profesora Thais Font, ejemplo de quien como abogado, juez y docente universitario siempre ha tenido por norte de su vida la libertad, el respeto por el derecho y el logro de la justicia, es un momento significativo para pronunciar una conferencia sobre la democracia como valor superior del ordenamiento jurídico, comprometidos, como están los abogados, con la defensa de la Constitución, es decir, con los valores éticos, políticos y jurídicos del Estado democrático de Derecho, principalmente, de la democracia, que es el principio fundamental del régimen de Derecho que según la vigente Constitución debe regir en el país. Máxime cuando la propia Constitución, en su artículo 2º, define igualmente a ese Estado democrático de Derecho como un Estado de Justicia; del cual son auxiliares decisivos los abogados como parte integrante del Sistema de Justicia, conforme se desprende del artículo 253, de la misma Constitución. El propósito de mi participación en este Acto, además de unirme al homenaje que le hacen sus alumnos, a la Profesora Thais Font, es el de poner de relieve a los nuevos abogados cómo un concepto político como el de la democracia es un valor jurídico fundamental del Estado de Derecho y de Justicia.

El punto de partida de mi exposición es recordar que el constitucionalismo moderno se preocupa por las formas jurídicas de organización del Estado de Derecho, pero no como cualquier Estado, sino como un Estado democrático, y ello como consecuencia de dos premisas fundamentales: Una: La supremacía de la Constitución como norma fundamental. Y, otra: La consideración de la Constitución como un proyecto político basado en un catálogo amplio de principios generales fundamentados como la libertad, la igualdad y el pluralismo y la prevalencia de los derechos humanos, que son imprescindibles para la concreción de la Constitución como el estatuto de la libertad y de la democracia. De la primera premisa

¹ Conferencia dictada en Valencia el día 22-02-2014 en el ciclo de conferencias organizadas por la Promoción de Abogados “Dra. Thais Font”, de la Universidad de Carabobo.

se derivan reglas y procedimientos para el enjuiciamiento de la actuación de los poderes públicos, es decir, de su legitimidad como poderes democráticos. Y, de la segunda premisa se derivan los parámetros para su enjuiciamiento. De manera que estas dos premisas: la supremacía de los valores constitucionales y la consideración de la Constitución como el estatuto de la libertad, dan origen al Estado Constitucional democrático de Derecho.

II. EL ESTADO CONSTITUCIONAL: SU CONCEPTUACIÓN COMO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Al definirse en la Constitución de 1999 a Venezuela, como Nación, de Estado democrático (Art. 2°), se le atribuye permanentemente una forma jurídico-política irreversible y al señalarse a la democracia como uno de los valores superiores que propugna para su ordenamiento jurídico, en el Título I de sus Principios Fundamentales, nos obliga a examinar qué condición y qué significado tiene la democracia constitucionalmente en esa organización jurídica del Estado y respecto de los cambios constitucionales. Del respeto a la democracia, como valor superior del ordenamiento jurídico depende la legitimidad de origen y de ejercicio del poder público. En efecto, los elementos o componentes del orden democrático como la libertad y la igualdad aparecen señalados inicialmente como valores de la República (Art. 1°); e igualmente, figuran como valores superiores que deben propugnarse, al igual que la democracia, en su artículo 2°, como parte principal de ese ordenamiento jurídico. La democracia, y sus elementos esenciales en Venezuela, representatividad republicana, electividad y alternabilidad, responsabilidad del ejercicio de funciones públicas, descentralización federal, libertades públicas, derechos humanos y sujeción del poder militar al poder civil; son principios generales del Derecho y fundamentalmente del derecho constitucional y de la propia Constitución, y a la luz de esos principios han de interpretarse y aplicarse su contenido normativo, sino igualmente las reglas del ejercicio de los poderes y competencias de los poderes públicos constituidos y también para precisar cuáles son los aspectos inmodificables de la Constitución que constituyen la esencia de la democracia como valor superior de la propia Constitución.

De las condiciones de legitimación que exige la Constitución como forma y la estructuración del Estado de Derecho, es posible deducir que por la calificación del Estado como democrático y de consagración de la democracia y de sus elementos esenciales como valor superior del ordenamiento jurídico, puede afirmarse la democracia ha sido juridificada como forma política de gobierno y de convivencia social. Por eso, las modificaciones constitucionales que afecten algunos de esos componentes esenciales o la forma del ejercicio del poder público, no es materia exclusiva de los poderes públicos, sino de la sociedad en su totalidad, y, por tanto, de manera principal de los abogados. Es decir, al incluirse, en la Constitución, en sus Principios Fundamentales, la democracia como adjetivo de un Estado constitucional y como valor de su ordenamiento jurídico, además de principio legitimador de la propia Constitución, la democracia es jurídicamente relevante para poder calificar sus procedimientos de reforma o de revisión: o la forma de elección de los gobernantes y su conducta, como de legítimos o ilegítimos.

Pero, en el caso de Venezuela cuando se adjetiva, en una norma, dentro de esos Principios Fundamentales, que son fuentes de interpretación jurídica, como de *democrática* la forma de Estado democrática, se juridifica también el concepto de democracia y, por tanto, se establece el respeto de la democracia y sus elementos esenciales como requisito de legitimación de la actuación de los poderes públicos y de los procedimientos de formulación de las leyes y de reforma o de revisión de la Constitución. En otras palabras, el concepto de la democracia es derecho constitucional positivo, porque la Constitución como Derecho, es decir, como ordenamiento jurídico, no solo se integra por normas o reglas de organización y de distribución de competencias de los poderes públicos, sino también por normas que contienen valores y principios que son fuente para la interpretación de las propias normas constitucionales y del resto del Derecho. Así ocurre con la democracia, porque es un valor jurídico superior, de acuerdo con el artículo 2º, de la Constitución; y porque sus componentes son fines superiores del Estado, conforme su artículo 3º. Por esta razón, son límites infranqueables para la reforma constitucional y del ejercicio del poder político, conforme con el artículo 6º de la misma Constitución, las formas jurídicas democráticas de la participación, electividad, alternatividad, responsabilidad, pluralismo y revocabilidad de los mandatos. E, igualmente, son determinantes de la legitimidad del ejercicio del gobierno, de acuerdo con sus artículos 2º y 3º, antes citados, la protección de la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la preeminencia de los derechos humanos, el pluralismo político, el federalismo descentralizado, y el sufragio universal, libre y secreto. Por esta razón, dentro de las disposiciones constitucionales a que se refiere artículo 334 de la Constitución y dentro de los principios constitucionales a que se contrae su artículo 335, se encuentra la democracia y sus elementos esenciales. Por tanto, las disposiciones constitucionales comprenden, entonces, normas y principios, y dentro de éstos, como acabo de señalar, se encuentra la democracia y sus componentes esenciales.

Lo interesante es tratar de ponderar, si la democracia como un valor se ha convertido en norma de derecho positivo, como un principio, que se ha consagrado en disposiciones constitucionales. Y, que implica la democracia para la legitimación de la actuación de los poderes públicos y para la reforma y revisión constitucional.

III. VALORES, PRINCIPIOS Y NORMAS CONSTITUCIONALES

Los “valores” son los “fines” que orientan la interpretación de las normas jurídicas. Se sitúan, por tanto, en el mayor grado de abstracción de las disposiciones de la Constitución, de abajo hacia arriba. En otras palabras, se hallan en el Tercer grado respecto de las normas o reglas propiamente dichas. Y, los “principios”, que “explicitan el contenido de los valores”, “lo especifican” o “concretan”, respecto de las situaciones generales en que pueden ser aplicados, pero sin llegar a ser todavía normas o reglas concretas, que, a su vez, son orientados por los valores que desarrollan. Los principios se encuentran en el segundo grado de abstracción de la Constitución respecto de las normas, que están en el primer grado. Las Normas o Reglas, son las normas constitucionales propiamente dichas, puesto que ya son disposiciones específicas

que contienen supuestos de hecho concretos y que contemplan las consecuencias jurídicas de su aplicación a esos supuestos de hecho. Su estructura es la del silogismo jurídico como cualquier norma jurídica. Aunque, incluso, se trate de reglas incompletas, porque falte algún elemento de la estructura de las normas. Constituyen el primer grado de concreción de la Constitución.

En este contexto, de los señalados en el artículo 2º, como “valores” propiamente son jurídicos de la democracia “la libertad”, “la igualdad” y “la ética” o honestidad, porque “la justicia”, es más bien una condición y un fin del Estado de Derecho, que un elemento de la democracia. “El pluralismo” y “la preeminencia de los derechos humanos”, por el contrario, si son elementos de la democracia como valores del orden jurídico. Y, de la combinación de la adjetivación de “democrático” del Estado, que se contiene en el artículo 2º, con la declaración que se hace de la democracia como “valor” de su orden jurídico ; se llega a la conclusión, que corresponde a la interpretación y aplicación de las normas constitucionales y al resto del ordenamiento jurídico propugnar y desarrollar el concepto de democracia, para que éste se respete en la práctica y corresponde igualmente caracterizarlo para que resulte legítimo el ejercicio del poder y los procedimientos de formulación de las leyes, de los procesos electorales y de los sistemas de reforma y de revisión constitucional. Entonces, en concreto, la “democracia” es un “principio jurídico” que explicita los valores de libertad y de igualdad y de pluralismo, para que la formación, estructuración y funcionamiento del poder Estado resulte legítimos, y para que, en la relación entre los ciudadanos y el Estado, se garantice la supremacía de la Constitución y el respeto por los derechos fundamentales.

IV. LA DEMOCRACIA COMO VALOR JURÍDICO DEL ESTADO DE DERECHO

La fuente última de la democracia como principio constitucional, es la titularidad del poder por la soberanía del pueblo (Art. 5º), porque es la forma como el gobierno es en verdad del pueblo. Por eso, la democracia es un Principio Fundamental porque es definitorio de la forma jurídica del Estado de Derecho, que para que exista en la realidad y no formalmente, en sus normas jurídicas se han de prever entidades e instituciones políticas democráticas, participativas, electivas, descentralizadas, alternativas, responsables, pluralistas y de mandatos revocables, que según el artículo 6º de la Constitución, son las formas jurídicas del Estado democrático de Derecho, y que para que no resulte neutral su contenido debe ser también social, como también lo exige el artículo 2º, ya citado. Por otra parte, la juridificación de la democracia como principio proviene de vincular democracia y Estado de Derecho. Es decir, la democracia es un principio que opera dentro del Derecho y no fuera de él. Por ello, una implicación jurídica de la democracia es que la titularidad del poder constituyente o de los poderes elegidos o su ejercicio debe hacerse mediante los procedimientos previstos en la Constitución. La democracia, pues, opera como un principio de carácter estructural o procedimental. Ello para garantizar a la democracia como fuente de legitimidad, no sólo del Estado sino también de la propia Constitución y de sus reformas y del ejercicio del poder público. Por ello, las solas mayorías no sirven para darle legitimidad a reformas o

modificaciones contrarias a los elementos esenciales de la democracia; o a la sanción de las leyes o a la elección de los gobernantes, porque por más apoyo popular que pueda darse a reformas antidemocráticas o al ejercicio antidemocrático del poder, no pasarían por ello a ser legítimas o democráticas. En efecto, lo ilegítimo, lo injusto o lo inmoral, no se convierte en legítimos, o en justo o en moral, porque lo apoye una mayoría. Los valores, como la vida, la libertad y el pluralismo, por ejemplo, no son relativos, y por ello, no dependen del apoyo que puedan obtener, sino que son universales y no están sujetos a esas mayorías.

Donde propiamente se consagra la democracia como principio jurídico es en la calificación del Estado como “democrático”. Porque Estado democrático es sólo el que surge de la misma Constitución y el que actúa conforme a los elementos de la democracia que la misma Constitución enuncia: libertad, justicia igualdad, solidaridad, pluralismo político y respeto de los derechos humanos y el que se ejerce través de entidades representativas o políticas electas democráticamente mediante el sufragio universal, libre, espontáneo y secreto. Así como de entidades participativas en lo político, económico y social; e igualmente, federalistas y descentralizadas, política y administrativamente; ya que el artículo 4º define a la República, como federalismo. Por ello, el Estado democrático requiere de formas gubernativas alternativas o renovables, por períodos fijos o máximos, que permitan cambiar o sustituir unas mayorías por otras, o un gobierno por otro gobierno y no solo ratificar o no a los gobernantes. Porque la historia demuestra, como lo decía el Libertador, que la elección indefinida de los gobernantes propicia el autoritarismo. E, igualmente, el Estado democrático es el que actúa a través de entidades responsables jurídica y patrimonialmente; y el que garantiza el pluralismo, porque respeta el sistema de partidos, la representación proporcional y a las minorías; y el que contempla mandatos revocables; y, que tradicionalmente como ha sido en Venezuela, desde 1830, es el Estado donde la fuerza militar está sujeta al poder civil y no a la inversa.

V. REGLAS JURÍDICAS DE LA DEMOCRACIA COMO VALOR JURÍDICO

La concreción del valor jurídico de la “democracia” se despliega a través de “reglas constitucionales” en su dimensión material que consagran derechos políticos fundamentales relativos a la libertad, la igualdad y el pluralismo: Y, en su dimensión estructural, es decir, organizativa o procedimental. Por ejemplo, la elección de órganos representativos, la separación de poderes, los procedimientos de ejercicio de la democracia representativa y participativa, y los procedimientos de reforma constitucional son reglas constitucionales que confirman el principio democrático de la Constitución. Y que para que sean efectivas respecto de la democracia como principio de legitimación del Estado y del Derecho, el ordenamiento jurídico debe desarrollar ese principio democrático para garantizar sus valores materiales de libertad, igualdad, electividad, alternatividad, descentralización, pluralismo, control de la responsabilidad y de la ética. Que son, en verdad, los valores del orden jurídico democrático que ha de respetar el Derecho y las modificaciones a la Constitución. Es decir, se

trata nada menos que de la efectividad de la dimensión estructural de la democracia como principio jurídico. Por ello, la democracia, que ciertamente es definitoria del Estado, para su legitimidad de origen y de ejercicio del Poder, en el artículo 2º, de la Constitución, se vincula adecuadamente con el otro concepto de “Estado de Derecho y de Justicia”. Es decir, con el concepto de Estado equilibrado o del orden justo, del que hablaba Juan Pablo II, que es el Estado que además de fundamentarse en el Derecho, se basa en un efectivo y legítimo ejercicio de la democracia.

Jurídicamente, pues, la democracia, como principio de legitimación de la Constitución y como principio de todo el ordenamiento jurídico, e, incluso, de los procedimientos de reforma o revisión constitucional, de formación de las leyes, y en general, de la elección y ejercicio del poder público, es el principio más general de todos los principios constitucionales. Pero, en un nivel más específico la democracia es un principio que regula también los órganos y procedimientos que deben cumplir los poderes públicos y por ello, es también **un principio particular** de las instituciones constitucionales, que por ese principio han de ser democráticas en su composición y funcionamiento y de lo cual depende la validez de sus actuaciones. Por ejemplo, de las instituciones y procedimientos electorales y los poderes electivos o representativos, como la Presidencia, las gobernaciones, alcaldías o la Asamblea Nacional, los Consejos Legislativos y los Consejos Municipales.

La democracia tiene también eficacia jurídica como principio general y fundamental, porque posee una influencia en la formación de las leyes y en su interpretación por los tribunales. En efecto, su despliegue normativo corresponde al legislador puesto que éste es quien debe incluir en el ordenamiento jurídico los valores materiales de la democracia de libertad, igualdad, honestidad y pluralismo. Y, por su parte, los jueces, deben extraer del principio fundamental y abstracto de la democracia, las orientaciones y criterios para la interpretación de las normas jurídicas de organización, funcionamiento y competencia de los poderes del Estado, de ejercicio de los derechos fundamentales; y para llenar los vacíos constitucionales y legales; y para declarar la inconstitucionalidad de una norma creada por el legislador. La democracia, pues, además de principio específico estructural u organizativo de instituciones constitucionales, tiene también eficacia interpretativa en la formación de las leyes y en su aplicación judicial. En efecto, las leyes deben sancionarse por el legislador sobre la base de los valores materiales de la democracia, como principio abstracto y general. Pero también a los jueces, en casos de lagunas y ausencias o contradicciones de las normas, le corresponde interpretar las leyes de acuerdo con los elementos que componen la democracia como valor jurídico. Como principio específico la democracia es fuente interpretativa y fuente subsidiaria, para la interpretación del ordenamiento jurídico y los tribunales pueden extraer de este valor superior de la democracia la regla para resolver un caso dudoso de derecho humanos, cuando el legislador hubiere dejado vacíos o resquicios en la Constitución o en la ley.

Pero, también la democracia es la condición de la legitimidad de las reformas constitucionales, como principio estructural de la verdadera participación demo-

crática del pueblo en sus procedimientos de revisión o de reforma; y, como principio material, o límite infranqueable para determinar la legitimidad del contenido de las modificaciones constitucionales, ya que por los límites que el poder constituyente se impuso, en el artículo 350, de la Constitución, ningún cambio constitucional puede cobijar un régimen o legislación o autoridad que contrarié los valores, principios y garantías democráticos o que menoscabe los derechos humanos.

VI. CONCLUSIÓN: LA DEMOCRACIA COMO SISTEMA JURÍDICO CONSTITUCIONAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD PARA LA LIBERTAD

Quisiera dejar a los noveles abogados de la Promoción Thais Font, de la Universidad de Carabobo 2.014, como un resumen de mi exposición, y como un aporte para su compromiso profesional, con el Estado de Derecho y de Justicia, las siguientes conclusiones:

1. La relevancia jurídica de la democracia como principio general y específico del ordenamiento jurídico y como fin superior del Estado, obliga a una consideración de este principio como verdadera fuente del derecho constitucional como disciplina jurídica de la libertad.

2. Sin el ejercicio efectivo de la libertad no hay democracia. Por ello, la democracia como principio general constitucional no es simplemente vivir en libertad, sino que la organización política de la libertad que la represente en verdad sea democrática.

3. Toda organización política necesita disciplina, por ello, tener democracia no es hacer lo que cada uno quiera; y que el Estado considere democrático lo que no lo es ni política ni jurídicamente.

4. La organización de la libertad, por el contrario, implica reglas de juego a las cuales se debe sujetar el Estado para que la libertad de cada uno sea eficaz.

5. La democracia y sus elementos esenciales son límites para la legitimidad de la soberanía popular como forma de ejercicio del poder público, cuando se acude a procedimientos jurídicos de reforma y de revisión constitucional.

6. Donde no hay reglas las libertades individuales se expresan caóticamente y terminan perjudicando la misma libertad.

7. En ese orden de ideas, la democracia que define el Estado democrático y que es principio superior del ordenamiento jurídico, es un ejercicio disciplinado de la libertad por parte de los poderes públicos y de la soberanía popular.

8. Por ello se necesitan reglas y procedimientos para el ejercicio de la libertad, para que el ejercicio de la libertad no anule su propia potencialidad.

IDEARIO JURÍDICO Y POLÍTICO SOCIAL

9. Esas reglas de la libertad deben caracterizar la organización política de la sociedad democrática, que es el objetivo fundamental que tuvo en cuenta el constituyente al formular la Constitución, como se proclama en su Preámbulo.

10. Las solas reglas de la democracia no transforman a la sociedad en un sistema armónico, concordado, justo y solidario, porque la sociedad está basada en el conflicto de intereses individuales y el cometido del ordenamiento jurídico es darles cauces positivos a esos conflictos y evitar la conflictividad social.

11. La disciplina de la libertad encausa el interés individual anárquico en una sana competencia y concurrencia; porque la disciplina social de la libertad hace compatible los distintos intereses al respetar la libertad de cada uno y al encausarla.

12. Si tienen que existir reglas democráticas debe existir también una estructura jurídica que las establezca, que las haga cumplir y que resuelva imparcialmente las controversias que surjan de su aplicación.

13. Pero esas reglas y esa estructura para la regulación del ejercicio de las libertades no pueden prohibir los derechos que ellas representan.

14. Consecuente con esta finalidad de la libertad el Estado debe ser el garante de la democracia, por lo que el ordenamiento jurídico electoral debe garantizar que el gobierno del Estado venezolano sea democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables.

15. Ni los poderes públicos, ni la soberanía popular pueden saltarse los límites que significan los elementos del sistema democrático que escogió la sociedad venezolana.

16. Al poder judicial, mediante el control jurisdiccional de la legitimidad del ejercicio del poder público, conforme el artículo 334, de la Constitución, le corresponde principalmente asegurar la integridad del sistema jurídico democrático.

LA “CONSTITUCIONALIZACIÓN” DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN ITALIANA Y LA INFLUENCIA DEL PENSAMIENTO DE PIERO CALAMANDREI¹

La Constitución de la República italiana del 21 de diciembre de 1947 es un texto precursor del Estado democrático social de Derecho, al consagrar, en su artículo 1º, que Italia como República democrática se funda en el trabajo y que, si bien la soberanía pertenece al pueblo, sin embargo, la ejercerá en las formas y dentro de los límites establecidos en la Constitución. Sobre esta axiología democrática, entonces, esta Constitución consagra en la categoría que denomina “Relaciones Civiles” los derechos de la libertad y de la inviolabilidad del domicilio, de las libertades de pensamiento y de expresión, del secreto de la correspondencia, de la libre circulación, de reunión pacífica, de libre asociación, de la libertad religiosa y de los derechos del acceso a la justicia y del juez natural. Asimismo, en la categoría de “Relaciones Ética-Sociales” enuncia derechos como los de la familia, del matrimonio, de los padres e hijos y de la maternidad, la salud, la ciencia, el arte y la educación. Y en la categoría de “Relaciones económicas” contempla los derechos del trabajo, de la libre inmigración, de organización sindical, de huelga, de la libre iniciativa económica, de la propiedad privada, y de la gestión de los trabajadores en las empresas y el ahorro. Y aparte, en la categoría que denomina “Relaciones Políticas”, los derechos electorales y los deberes ciudadanos. Fueron, pues, la categoría y de las condiciones de las relaciones de los ciudadanos entre sí y de los ciudadanos con el Estado, las que determinaron la naturaleza de los derechos. Unas de esas relaciones son “las éticas-sociales” que evidencian la orientación humanista de la Constitución italiana, al lado de las otras relaciones en razón de las actividades del ciudadano como parte de la sociedad y como principal sujeto político, para cuyo servicio se consagra el ordenamiento de la República en el cual el gobierno parlamentario representa la soberanía popular y el Presidente que representa la unidad nacional. Y dentro de las “Garantías Constitucionales” se creó en la Constitución italiana el Tribunal Constitucional para juzgar

¹ Conferencia dictada el 3 de julio de 2018 en la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales (FACES) de la Universidad Central de Venezuela, organizada por la Catedra de Derecho Constitucional y la Embajada de la República de Italia en Venezuela, con motivo de los 70 años de su Constitución representación del Bloque Constitucional de Venezuela.

las controversias sobre la constitucionalidad de las leyes y de los actos con fuerza de ley, del Estado y de las Regiones. Y como pocos textos constitucionales la Constitución italiana tiene todo un Título dedicado a la Magistratura como un orden autónomo e independiente, que comprende el régimen jurisdiccional y un conjunto de disposiciones sobre la jurisdicción respecto de la estabilidad de los jueces, el juicio justo, la contradicción y la igualdad en el proceso, el derecho de defensa, la motivación de las sentencias como requisito constitucional, el recurso de casación, el contencioso administrativo y acerca de la titularidad de la acción penal por el Ministerio Público. Y, como un principio fundamental, que quiero destacar por su trascendencia en la jerarquía de principios constitucionales, la Constitución cuya conmemoración nos reúne hoy, consagra lo que me atrevo a calificar de mandato supremo de dicha Constitución, la obligación que se impone al Estado, en su artículo 3°, aparte 2, de suprimir los obstáculos de orden económico y social que limiten de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, y que impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de los trabajadores en la organización política, económica y social. Que implica una integración entre los derechos sociales y las políticas públicas, que los autores españoles José Luis Monereo Pérez y José Antonio Fernández Avilés de la Universidad de Granada llaman “la ciudadanía social”.

No dudo en atribuir a Piero Calamandrei, jurista florentino, fallecido en 1956, esa orientación humanista de la parte dogmática de la Constitución italiana, así como el considerar como derechos positivos y no meramente programáticos a los derechos sociales y económicos. Al igual que su pensamiento representa la corriente progresista respecto de la jurisdicción constitucional como garantía del Estado de Derecho y la justicia independiente e idónea como uno de sus elementos esenciales. Por ello, se ha considerado a Calamandrei uno de los padres de dicha Constitución, junto a Umberto Terracini y a Alcide De Gasperi. Fue así, como Pier Ferdinando Casini, Presidente de la Fundación de la Cámara de Diputados, como lo recordó, Giuliano Vassalli, presidente emérito de la Corte Constitucional de Italia, en su discurso del 27 de septiembre de 2006 en la Conmemoración del cincuentenario de la muerte de Piero Calamandrei, dijo que de él que se pueden distinguir cuatro fases respecto de la Constitución italiana: De 1945 a 1946, en su planteamiento de la necesidad de una constitución democrática para después de la dictadura. De 1946 a 1948, por su participación en la redacción de la Constitución como constituyente, particularmente sobre los principios fundamentales y la justicia social. De 1948 a 1953 como exponente de la vigencia de la Constitución como sustento de la democracia y hasta su muerte en 1956 como crítico de la falta de aplicación de los mandatos constitucionales, entre otros, el no funcionamiento de la Corte Constitucional a los siete años de su promulgación y por la ausencia de una definición amplia de su competencia, por la que había fuertemente luchado como constituyente². Y, al referirse a Calamandrei, Fausto Bertinotti, Presidente de la Cámara de Diputados, en la Conmemoración del cincuentenario de su

² Ver, Vassalli, Giuliano, “Piero Calamandrei Commemorazione nel cinquantenario della morte”, Palazzo, Montecitorio, Sala della Lupa, 27 settembre 2006, pp. 24-25.

muerte, que antes cite, afirmó que su recuerdo se vincula a la fundación de la República italiana y que su aporte emerge de su fuerte lucha por dotar a la República “*de una tabla de valores fundamentales sobre la cual Italia ha reconstruido su identidad democrática y antifascista*”³. Del pensamiento de Calamandrei me referiré brevemente solo a lo que él llamó “*La problemática “constitucionalización” de los Derechos Sociales*”, o, “*la positividad o efectividad de los derechos sociales*”, que aún hoy se discute, sobre todo cuando se plantea si son justiciables o no justiciables. Tesis esta que hoy es objeto de discusión. Lo cual tiene que ver con la naturaleza jurídica de los derechos sociales⁴.

Calamandrei, cuando propuso la inclusión de los derechos sociales en la categoría de relaciones ética-sociales y económicas, partió del criterio que en cuanto a su estructura jurídica estos derechos sociales no pueden tratarse al igual que los derechos civiles tradicionales, cuya finalidad es *impedir una intervención*” por parte del Estado. Es decir, como deudor de “*obligaciones negativas de no hacer*”. Por el contrario, Calamandrei señalaba que los derechos sociales sitúan al Estado como deudor de «*obligaciones de hacer*» y «*de dar*», porque de lo que se trata es que el Estado procure los medios adecuados para su realización. En ese orden de ideas, afirmaba que su satisfacción depende de “*profundas transformaciones de las relaciones sociales basadas sobre la economía liberal*”. De modo que el problema político no es el de incorporar estos derechos en la Constitución, *sino el de “predisponer los medios prácticos para satisfacerlos y para evitar que estos permanezcan como vacía fórmula teórica, escrita sobre la carta, pero no traducible en la realidad”*. La tesis de Calamandrei es la de que los derechos sociales conllevan prestaciones o acciones “*positivas*” del Estado. Y en esto es que la tipología de estos derechos se diferencia de las libertades políticas. Así decía, Calamandrei, que desde el punto de vista o económico la satisfacción de los derechos civiles o políticos no cuesta nada al Estado, pero que la satisfacción de los derechos sociales conlleva, antes que una cuestión política, «*una cuestión financiera*”. Afirmaba, que tales derechos se convierten en letra muerta, si a los mismos no les corresponde «*una transformación efectiva de la estructura económica de la sociedad, o sea, una revolución social que pertreche al Estado de los medios para satisfacerlos*»”. Este planteamiento quiero destacarlo como precursor de la tesis de la necesidad de las transformaciones de las instituciones del Estado para que éste en verdad sea un Estado social. El problema, pues, según Calamandrei, es el de predisponer los medios prácticos para su satisfacción, de “*«encontrar el sistema económico que permita satisfacerlos»*”. Porque, según él, “*la Constitución no realiza una transformación efectiva e inmediata de las estructuras sociales, sino que constituye más bien una promesa o programa a más largo plazo*”. De este “*acon-*

³ Bertinotti, Fausto, Piero Calamandrei Commemorazione nel cinquantésimo della morte”, Pallazzo, Montecitorio, Sala della Lupa, 27 settembre 2006, p.2.

⁴ En el desarrollo de esta disertación tomo ideas, frases y reflexiones del trabajo “La Teoría del Derecho en la obra de Piero Calamandrei”, de José Luis Monereo Pérez y José Antonio Fernández Avilés de la Universidad de Granada, España.

dicionamiento economicista”, deriva una mayor debilidad en su aplicación efectiva de los derechos sociales y no porque no son tan derechos como los civiles y políticos. El planteamiento en concreto es que no se trata de derechos que demanden una inhibición del poder público respecto determinados ámbitos, sino que requieren una determinada clase de legislación positiva y un apoyo financiero de soporte. Calamandrei advertía que, sin ese soporte, el derecho social vendría a ser unos “*deseos sentimentales*”, frente a otros derechos, que serían los derechos constitucionales, por lo que esta contraposición constituye el “*talón de Aquiles*” del reconocimiento jurídico de los derechos sociales y su difícil instrumentación jurídica. No quiero extenderme en el tema, porque creo que con lo expuesto puede deducirse la importancia de la tesis de Calamandrei sobre los derechos sociales como derechos positivos, pero, si quisiera referirme a su consideración sobre el aparte 2 del artículo 3° de la Constitución italiana, con relación a la diferencia entre los derechos de la libertad o civiles como derechos negativos y de los derechos sociales como derechos de la libertad, pero positivos. En efecto, Calamandrei al referirse a este artículo decía que según su texto, el Estado debía “*remover los obstáculos que se anteponen a la libre expansión moral y política de la persona humana, porque de su contenido aparece la obligación de la Republica de suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país*”. De esta declaración, Calamandrei concluía que los derechos sociales no son deseos sentimentales sino verdaderos derechos, como exigencia de la justicia social. En este orden de ideas, es significativa su afirmación hecha en su ensayo “*Construir la democracia*”, que “*La exigencia de justicia social es una exigencia de la libertad*”. Calamandrei, pues, concebía la libertad no sólo como «*la libertad jurídica negativa de pensamiento, de expresión, de reunión, de religión, etc.*», sino también como «*libertad económica positiva*» el derecho al trabajo, a la vivienda, a la sanidad y a la educación”.

Finalmente, la constitucionalización de los derechos sociales como derechos positivos, en razón del aparte 2 del artículo 3°, de la Constitución italiana, representa para el derecho comparado un precedente interesante sobre su efectividad como un derecho frente al Poder Público que exige una acción positiva del mismo y sobre las garantías jurisdiccionales para su tutela eficaz mediante una interpretación progresista. En otras palabras, que Calamandrei, sobre la base de ese artículo 3°, se adelantó a la posibilidad de iniciar un debate abierto sobre la «*judicialización*» como mecanismo de tutela de tales derechos, cuando están conectados o imbricados con los mandatos constitucionales, como el contemplado en el citado aparte 2 del artículo 3°, de la Constitución italiana. Lo que pone de primer orden a Calamandrei en la discusión constitucional del sistema de garantías judiciales para la defensa y el respeto de estos derechos sociales. Yo considero, por ejemplo, que la doctrina del Tribunal Constitucional alemán que deriva de la consagración de los derechos sociales “*el derecho a un mínimo vital existencial derivado de la dignidad de la persona*”, que puede ser reclamado ante los tribunales”, tiene en el aparte 2 del artículo 3° de la Constitución italiana su precedente.

La celebración de los 70 años de la promulgación de la Constitución italiana es un hecho histórico para la histórica democrática de Europa y del mundo, así como para la evolución del derecho constitucional, por los aportes que ha significado para esta ciencia, en los cuales el pensamiento de Piero Calamandrei fue determinante en su orientación sobre la permanente vigencia de la Constitución que nunca termina. En este orden de ideas, vale la pena recordar sus palabras: “*La Costituzione non e una carta morta, en un testamento, un testamento di centomila morti*”⁵.

⁵ Citado por Vassalli, Giuliano, “Piero Calamandrei Commemorazione nel cinquantesimo della morte”, Palazzo, Montecitorio, Sala della Lupa, 27 settembre 2006, p.43.

EL FEDERALISMO Y LA POLÍTICA LOCAL¹

1. En las tesis sobre la profundización de la democracia, además de la desconcentración y descentralización del poder político, ha de incluirse el planteamiento del proceso de desarrollo económico y social en el ámbito regional y local, en armonía con el desarrollo nacional.

2. Este planteamiento modernamente se define como el federalismo descentralizado orientado por los principios de la integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad.

3. Su base política es la distribución territorial del poder público en planos horizontales: poder nacional, poder estatal y poder municipal, elegidos mediante el sufragio universal. Y el fortalecimiento y el perfeccionamiento de la democracia representativa y plural mediante el sufragio universal y la participación ciudadana no excluyente.

4. Este planteamiento debe partir del hecho histórico que territorialmente el crecimiento económico del país ha sido desequilibrado; lo cual ha determinado la concentración del poder, de los recursos y de las oportunidades en la Capital o en las capitales estatales.

5. Y del hecho histórico de la hegemonía política o ideológica que ha tenido en la centralización su mejor instrumento.

6. La consecuencia de este desarrollo centralizado ha sido la de un modelo de dominación política y de concentración de la población, empleo, oportunidades y de la riqueza, así como de una emigración hacia el corredor centro-norte costero del país.

7. Y en un debilitamiento de los poderes locales al limitarlos en su autonomía y al intentar suplantarlo el esquema de distribución vertical del poder público por una estructura vertical piramidal concentrada.

8. El esquema concentrado de estructuras sociales promovidas y controladas verticalmente desde el vértice del poder central, es un medio de dominación política e ideológica propia de los Estados totalitarios, que frente al modelo político federal aplica un modelo unitario.

¹ Charla en Taller sobre Democracia y Poder Local, en el Centro Internacional de Políticas Públicas (Ifedec) el 15 de julio de 2002.

9. Por eso el federalismo descentralizado, representativo y participativo es el modelo político que para la sociedad democrática apuntala la Constitución.

10. Asimismo, este modelo concentrado ha impulsado un desarrollo industrial de unidades productivas cercanas al centro del poder y de los grandes conglomerados y grandes urbanizaciones.

11. El principal efecto ha sido el del crecimiento de una parte del territorio donde se agrupan enormes poblaciones mientras que extensas partes del territorio que cuentan con recursos están pocos poblados y sin desarrollo.

12. Ante esto, constitucionalmente, al advenir la democracia se propugnó un proceso de descentralización política (elección de gobernadores y alcaldes), pero administrativamente este proceso se limitó a los servicios, dentro de una visión centralizada y estatista, que no ha llevado a un verdadero desarrollo regional y local.

13. La democracia política local no ha significado una democracia económica y social en el ámbito regional y ha fallado en el aspecto representativo, aparte de su falta de promoción, por la tendencia del poder central de dominarla, a través de estructuras políticas no territoriales, sin competencias propias u originarias y sin recursos propios y sin respeto por el sufragio universal, como los consejos comunales del llamado poder popular, como formas obligatorias de organización de la sociedad, que viola el derecho al desenvolvimiento libre de la personalidad y de libre asociación que se contemplan en los artículos 20 y 52, de la Constitución.

14. Por tanto, desde el punto de vista del federalismo descentralizado el desarrollo regional y local ha de tener una nueva visión, que se guie por los principios de la libertad, la democracia política, el pluralismo, la diversidad y la subsidiaridad.

15. Y como sistema de gobierno ha de ser representativo y electivo, mediante el sufragio universal, directo y secreto, como manifestación de la soberanía popular, como se desprende de los artículos 6º y 7º, de la Constitución.

16. La tesis del Estado democrático social ha de ser la de la revalorización de lo regional para alcanzar el desarrollo humano local, como una acción política y social, libre, individual y colectiva, para actualizar las potencialidades y los valores locales.

17. La tesis de la política pública del Estado federal descentralizado, debe impulsar una verdadera descentralización para promover el desarrollo humano en las comunidades locales, para lo cual ha de reforzarse la descentralización de las organizaciones políticas mediante organizaciones descentralizadas, horizontales, democráticas, pequeñas y ágiles, con participación ciudadana, para que las comunidades locales desde sus territorios puedan expresarse, planificar, programar e impulsar su propio desarrollo.

18. Esa tesis política, partiendo del respeto a la persona humana, debe promover la creatividad individual y social dentro de una amplia base social como fundamento de una economía social solidaria de cooperativas, mutuales,

asociaciones profesionales, y de productores. Así como el interés por el medio ambiente y el desarrollo sustentable de las regiones y de las localidades. E, igualmente, promover una cultura y educación para toda la comunidad.

19. Por supuesto, que en esa tesis política se debe destacar la necesidad del fortalecimiento del Estado Social de Derecho y del sistema político descentralizado en las regiones y localidades.

20. La tesis, pues, de la democracia social, en materia de desarrollo local, es la redistribución social y territorial del poder político, económico y social.

21. Como tesis política el federalismo descentralizador parte del reconocimiento de la comunidad como la participación libre de las personas y sus asociaciones en la vida social, y del reconocimiento del principio de la subsidiaridad dentro de la estructura del Estado y de la integración incluyente de todos los sectores sociales mediante sistemas democráticos de representación y de participación, para perfeccionar, complementar y reforzar los niveles territoriales del poder público del Estado, que son la base del Estado federal.

22. De modo que las formas de organización de la sociedad y del Estado que eluden la elección directa, secreta y universal, va contra el modelo de sociedad democrática que según el Preámbulo de la Constitución e su fin superior.

23. Por otra parte, los medios de participación en lo social y económico, como instancias ciudadanas, autogestión, la cogestión, las cooperativas, las empresas comunitarias y asociaciones, a que se contraen el artículo 70 de la Constitución; o los mecanismos de transferencia a las comunidades y grupos vecinales, a que hace referencia su artículo 184, no son sino mecanismos legales o administrativos de participación, que no pueden dar lugar a estructuras distintas a las en que verticalmente se distribuye territorialmente el poder público del Estado, es decir, la República, los Estados y los Municipios y dentro de ellos las Parroquias.

24. Por lo que la tesis de la eliminación o sustitución de estos niveles del poder público descentralizado por estructuras sociales centralizadas y excluyentes, subordinadas al poder central, atentan contra los valores y principios del Estado federal descentralizado que para el Estado democrático social de Derecho y de Justicia propugna la Constitución para la sociedad democrática que el constituyente previó como forma jurídica-política de la República.

DERECHO ADMINISTRATIVO

ÉTICA Y DERECHO ADMINISTRATIVO¹

He denominado mi exposición “*Ética y derecho administrativo*”, y no “*Ética Pública y derecho administrativo*”, porque siempre me había preguntado por qué al vincularse al derecho administrativo se califica la ética de pública, cuando de lo que se trata es de la Ética como la acción normativa y de la actividad administrativa inspirada en valores que no son públicos o privados, como los valores éticos. Reconozco que cuando se habla de ética pública se quiere hacer referencia al tema de la ética de los funcionarios y empleados públicos. Pero en este caso quisiera abordar la ética y el derecho administrativo como los valores y principios que deben servir de inspiración a la acción administrativa, dentro del concepto de la ética constitucional y la ética del servicio público y no como ética pública en general. Lo cual implica conducta correcta y responsabilidad, pero también axiología en la valoración en la normativa administrativa y en su aplicación. Baste señalar que de por sí “desviación de poder”, “abuso de poder” y “falso supuesto”, son categorías jurídicas de conductas administrativas antiéticas. E incluso, podría preguntarse ¿qué atractivo puede tener este tema cuando en la opinión pública priva el interés por el resultado de las elecciones regionales? Pues, también en esta materia, por ejemplo, existe un principio propio que en esta exposición llamaré “ética de la función administrativa”, cual es el de “integridad electoral”, que impone al poder electoral administrativo en el ejercicio de su función la transparencia y la eficiencia de los procesos electorales, la aplicación de la personalización del sufragio y la representación proporcional, que son derechos fundamentales. Por lo que también, por ejemplo, los abusos de los poderes y del uso de los bienes y recursos del estado y del control de la comunicación en favor de los candidatos oficialistas, o el ventajismo electoral, que denuncia en su Informe del 23 de noviembre de este año la Misión de Observación Electoral de la Unión Europea en la República Bolivariana de Venezuela, son desviación de poder, es decir, violación de la ética de la función administrativa.

Dentro de las diferentes posiciones yo me inclino por “*ética administrativa*” o “*ética de la función administrativa*”. Ello porque se trata del respeto a la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político, que el artículo 2º de la Constitución considera

¹ Conferencia dictada en el XIII Encuentro de la Asociación de Derecho Administrativo (26 de noviembre de 2021).

valores superiores de todo ordenamiento jurídico y de toda actuación pública. Y porque se refiere al comportamiento de la administración pública como poder del estado, en la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución, que según su artículo 3º, son fines esenciales del estado.

En concreto, en mi criterio “ética administrativa” o “ética de la función administrativa” es la actuación del estado en función administrativa normativa, interpretativa y ejecutiva, conforme los valores superiores del ordenamiento jurídico, los fines esenciales del estado y los principios de la administración pública como servicio al ciudadano. Por tanto, la actividad administrativa, por ejemplo, antidemocrática, restrictiva y violatoria de los derechos humanos, que ideologice la normativa y la organización de la administración pública, que practique la exclusión política; y que limite el desarrollo de la persona y que irrespete su dignidad, es contraria a la “ética administrativa” o “ética de la función administrativa”. Y, por otro lado, la honestidad, la participación, la celeridad, la eficacia, la eficiencia, la transparencia, la rendición de cuentas y la responsabilidad en el ejercicio de la función pública y el sometimiento pleno a la ley y al derecho, a que se contrae el artículo 141, de la Constitución, son principios de la deontología funcional y del servicio público, que a mi juicio se integran en el concepto de la “ética administrativa” o “ética de la función administrativa”. Al igual que el principio de la integridad electoral, a que se contrae el artículo 293, constitucional. Vale la pena señalar que, según estos principios, por ejemplo, la legalidad, o sometimiento pleno a la ley y al derecho, además de presupuestos de la legitimidad y de la legalidad, son principios de esa ética administrativa. Al igual que los principios de la celeridad, la eficacia, la eficiencia, la transparencia, la rendición de cuentas y la responsabilidad en el ejercicio de la función pública. Igualmente, que en la actividad administrativa electoral son principios éticos, a los que se contrae el artículo 293, de la Constitución, la igualdad, la confiabilidad, la imparcialidad, la transparencia y eficiencia de los procesos electorales, la aplicación de la personalización del sufragio y la representación proporcional, que vienen a ser el desarrollo de los valores de la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político, contemplados en el artículo 2º, de la misma Constitución. En este orden de ideas, la Ley Orgánica de la Administración Pública, en su artículo 10 incorpora dentro de los principios que rigen la actividad de la administración pública la honestidad, la transparencia y la buena fe, que son propios de la moral y de la ética. Y la Ley de Juramento Público, por cierto, promulgada recientemente, establece que toda persona antes de ingresar al ejercicio de una función pública debe jurar cumplir y hacer cumplir, no solo la Constitución y la Ley, sino también ejercer sus deberes y responsabilidades con honestidad, lealtad, eficacia, eficiencia y transparencia, que son principios éticos.

Conforme esta orientación quizás más filosófica que positivista, la desviación de poder; los daños y perjuicios originados en responsabilidad de la

Administración y por la prestación de servicios públicos; y la lesión a las situaciones jurídicas subjetivas por la actividad administrativa; además de ser motivos del control de la legitimidad y legalidad de la administración pública, por el contencioso administrativo, conforme el artículo 259 de la Constitución, son también conductas contrarias a la “ética administrativa” o “ética de la función administrativa, conforme a la interpretación axiológica que le atribuyo a los valores y principios exigidos constitucional y legalmente a la administración pública para el ejercicio legítimo de su función administrativa. Baste recordar la célebre definición de desviación de poder de Hauriou, como el uso de la autoridad con fines y por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales le fue conferido tal poder; es decir, distintos del fin del servicio. Definición esta que el Consejo de Estado francés y su doctrina, incorporó al concepto del “exceso de poder” como la garantía de la más pulcra juridicidad y al fomento de la moralización de la actividad administrativa, en favor de los intereses colectivos y de los administrados, como lo asienta el catedrático Enrique Martínez Useros². En efecto, la desviación de poder, como exceso, es un análisis de la conducta y de la intención de la administración pública, puesto que en parte de la doctrina y la jurisprudencia se llegó a superar su restricción del control de la estricta legalidad o de un vicio de legalidad estricta, al comprenderse en este control también la moralidad o ética administrativa. Incluso el mismo Hauriou consideraba que la desviación de poder sometía a la administración a un control de moralidad. Por lo que, por ejemplo, el acto administrativo viciado por desviación de poder no es solo ilegal sino contrario a la moralidad administrativa. Tesis esta que fue desarrollada en el derecho español por Álvarez Gendín, y el Tribunal Supremo de España en algunas de sus sentencias en las que considera desviación del poder como “*el cauce ético del que se aparta la Administración*”, o de “*la esfera de la ética*”: o “*el medio de moralizar la acción administrativa*”: o “*el plano superior al de la legalidad al que la desviación de poder pertenece*”. Sin embargo, otra doctrina, como el criterio de Martín Retortillo, García de Enterría y Santamaría, considera que el plano auténtico de la desviación del poder es el de la estricta legalidad, y también, en España los tribunales contencioso administrativo han sido reticentes en acoger este vicio como motivo antiético.

Por mi parte, sin mayor pretensión de un autor administrativista, considero que conforme los artículos 2º, 3º y 141, de la Constitución, que, como un exceso por encima de los principios de la celeridad, la eficacia, la eficiencia, la transparencia, la rendición de cuentas y la responsabilidad en el ejercicio de la función pública; y de los valores axiológicos del estado democrático de derecho; es posible considerar la desviación de poder como un medio de moralizar la acción administrativa. Pero, sin llegar a afirmar que toda desviación de poder siempre es dolosa o inmoral, puesto que debe aparecer debidamente demostrada que bajo la apariencia de un acto administrativo puede estar la mala fe o un interés personal del funcionario; o un interés ideológico, sectarismo político o antidemocrático de la administración. Por tanto, considero que, en el derecho administrativo venezolano,

² Enrique Martínez Useros, “Desviación de poder” (<https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/4645/1/Desviación%20de%20poder.pdf>)

en razón de la axiología constitucional, la desviación de poder no tiene solo un sentido puramente institucional. Porque en mi criterio, los valores axiológicos constitucionales y los principios de la “ética administrativa” o “ética de la función administrativa”, los introdujo el constituyente en la Constitución no solo contra la corrupción sino contra las distintas actitudes antiéticas de los poderes públicos para responsabilizar a los funcionarios públicos, sino también para “revitalizar a las instituciones públicas”³.

Particularmente, en estos actos antiéticos de desviación de poder, además de los referentes a la animosidad o enemistad o de venganza del funcionario, también cabe incluir los excesos de las potestades discrecionales, por ejemplo, reglamentaria o de coacción o de restricción, o de requisas o aseguramiento u ocupación de bienes o propiedades, por motivos políticos o discriminatorios o de favorecimiento de ideologías. Evidentemente, que aparte de lo formal e institucional, lo subjetivo o intencional, propio de la ética, es también desviación de poder, por lo que como lo dice la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, en sus sentencia del 26 de marzo de 1999 y del 25 de septiembre del 2007, respectivamente, “*la determinación de la desviación de poder en la que presuntamente ha incurrido un funcionario público es una tarea que requiere mucho cuidado, pues, en ese proceso valorativo no sólo deben examinarse elementos objetivos o concretos que obran en el proceso, sino también, el elemento subjetivo relativo a la conducta o proceder del funcionario público de que se trate. La valoración conjunta de ambos elementos es lo que puede llevar al juzgador a comprobar si se ha incurrido o no en desviación de poder*”⁴.

La constitucionalización del derecho administrativo, en mi concepto, permite superar las críticas al positivismo jurídico que considera que las conexiones entre la ética y el derecho no son determinantes de su validez⁵, porque incorporó un mínimo aceptado de principios y valores morales al derecho positivo⁶. Y porque, como afirma José Luis Martínez López-Muñiz “*el mínimum ético exigido desde el iusnaturalismo al Derecho se corresponde, desde esta perspectiva, con el debido respeto a los derechos fundamentales. Ello supone que, en un Estado de Derecho, la protección de la ética pública coincide en*

³ Oscar Diego Bautista, “La Ética y la Corrupción en la Política y la Administración Pública” (https://eprints.ucm.es/id/eprint/7816/1/tesis-maestría_2.pdf)

⁴ Gaceta Oficial Digital No. 261991, viernes 9 de enero de 2009, p. 10) <https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/26199/14125.pdf>

⁵ Ver, en este orden de ideas, M. Mercè Darnaculleta Gardella, Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Girona, “Ética Pública y Derecho Administrativo en la era de la *posverdad*”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Vol. 1 | 2020, p. 45-46.

⁶ Gregorio Peces-Barba, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986, citado por Mercè Darnaculleta Gardella, en el trabajo anteriormente mencionado, p. 46.

*gran medida con la debida tutela del legítimo ejercicio de los derechos fundamentales*⁷. Por tanto, ética administrativa, es la inclusión en lo público de los valores morales y del principio de orientación de la administración al servicio de los ciudadanos y de los intereses generales, que ya están incorporados en la Constitución. Y de los principios de la honestidad, transparencia y buena fe que deben regir la actividad de la administración pública según la Ley Orgánica que la regula y que los funcionarios administrativos juran cumplir antes de ingresar a sus cargos.

En concreto, lo que pretendo señalar es que en razón de la inescindible relación entre derecho y ética; y dado que lo ético está mucho más allá de las normas; el análisis de la función administrativa, por la constitucionalización de valores superiores del ordenamiento jurídico, de fines esenciales del estado y de principios del servicio público, no puede reducirse a un simple análisis de legalidad. En este orden de ideas, por ejemplo, el Consejo de Estado colombiano, en Sentencia del 30 de agosto de 2007, ha establecido que, “*en un acto administrativo, la observancia de las normas jurídicas, en su mayoría portadoras de valores morales, es una buena herramienta para identificar el contenido concreto de la moral administrativa*”. Y por ello, ha considerado que las conductas de mala fe, irregularidades, fraude a la ley, corrupción, desviación de poder, etc., son un desarrollo de conceptos morales, que además se encuentran consagradas en el ordenamiento jurídico⁸. Ello es mucho más relevante cuando esos conceptos o valores se establecen en protección de derechos como la libertad, la democracia, de la vida, la igualdad, el pluralismo y la preminencia de los derechos humanos. Por ello, por ejemplo, alguna Constitución, como la colombiana, contempla como un derecho colectivo una acción popular de cualquier persona para la defensa específica de la moralidad administrativa, que se consagra en su artículo 88⁹.

En concreto, lo que he querido expresar, que espero haberlo podido hacer, es el planteamiento que, consagrado en el artículo 2º, de la Constitución, en concordancia con sus artículos 141 y 293, dentro del concepto de estado democrático y

⁷ José Luis Martínez López-Muñiz, “La moralidad pública como límite de las libertades públicas”, en VVAA, *Los derechos fundamentales y libertades públicas*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, citado por M. Mercè Darnaculleta Gardella, Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Girona, “Ética Pública y Derecho Administrativo en la era de la *posverdad*”, antes mencionado, p. 46.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, radicación: 2003-00013. (Sentencia 2004-01856 de octubre 1º de 2008. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA. Rad.: AP25000-23-26-000-2004-01856-01. Magistrada Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio)

⁹ Sobre estos temas ver, Sofía Arango Betancur María Adelaida Ochoa Serna, “EL CONCEPTO DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO”, UNIVERSIDAD EAFIT ESCUELA DE DERECHO MEDELLÍN 2011. https://repository.eafit.edu.co/xmlui/bitstream/handle/10784/12060/Sofia_ArangoBetancur_MariaAdelaida_OchoaSerna_2011.pdf?sequence=2&isAllowed=y.

social de derecho, la ética como un valor superior del ordenamiento jurídico nacional; como lo establece el Consejo de Estado colombiano, en sentencia del 17 de junio de 2001, citando la Corte Constitucional, impone para el derecho administrativo como manera de su interpretación “*una disminución de la importancia sacramental del texto legal, pues, “el Estado de derecho es (...) bastante más que un mecanismo formal resuelto en una simple legalidad; es una inequívoca proclamación de valores supraleales y de su valor vinculante directo”*”¹⁰.

Y, finalmente, para concluir, debo precisar que la ética, concretamente, la ética administrativa o la ética de la función administrativa, como valor y principio constitucional, es de textura abierta, en el sentido que no existe un único y definitivo concepto de ambos principios, si acaso pudiera decirse que es un concepto jurídico indeterminado, por lo que corresponde a la jurisprudencia decantarlo a través de los criterios de desviación de poder, entre otros, a partir de la aplicación en cada caso concreto de principios hermenéuticos y hasta de sana crítica. Labor nada fácil cuando la jurisdicción contencioso administrativa rinde veneración al poder del estado, en razón de la independencia que debe tener el juzgador sobre la valoración y el análisis del principio de la ética administrativa, puesto que ha de ser concretado en cada caso, lo que implica el juicio de actuaciones y de las valoraciones sobre su conveniencia, oportunidad y proporcionalidad que corresponde realizar al administrador y de las finalidades que debe perseguir con su actuación y de los derechos que debe proteger y no eliminar o restringir. Así como del análisis de la prescindencia de las tendencias políticas, sociales, éticas y morales en la función administrativa. Por tanto, y con esto concluyo, que definir la moralidad y la ética administrativa de manera absoluta, conforme un plan ideológico o patriótico o de la patria o de la revolución; o mediante el abuso de los poderes, bienes y recursos para fines electorales, o de ventajismo electoral; no solo se atenta contra los principios de justicia y equidad, sino que, además, atenta contra los valores de la democracia y el pluralismo que debe orientar el actuar ético jurídico de la administración pública, conforme los artículos 2º y 3º, de la Constitución.

¹⁰ Sentencia proferida el 17 de junio de 2001, Sentencia de la Corte Constitucional T-406 de 1992, citada por Sofia Arango Betancur María Adelaida Ochoa Serna, en su trabajo antes mencionado.

LOS PODERES DEL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. EL INTERDICTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO¹

I. EL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: ¿UN JUEZ QUE NO TIENE PODER O UN JUEZ CON PODER, PERO SIN PODER?

Se habla tanto de este tema y se le repite en cuanta Jornada, Seminario o Taller del Contencioso Administrativo que se realiza y se pregunta: ¿Si el juez contencioso administrativo no tiene poderes? O, ¿sí los tiene es porque no tiene poder? Respecto de lo primero existen enjundiosos estudios y ensayos, sobre todo de jóvenes administrativistas o de procesalistas administrativos, que consideran que el poder jurisdiccional de estos jueces no es un poder minusválido. Por otra parte, basta leer el artículo 259 de la Constitución para considerar dentro de los poderes de los jueces contenciosos administrativos además del de anulación, de condena y del repositorio, el poder de restitución, todos estos poderes en contra de la actividad administrativa contraria a Derecho y como garantía procesal de las situaciones jurídicas legítimas. A esos poderes constitucionales de los jueces contencioso administrativo, que se inscriben dentro de lo que se entiende por jurisdicción, se le agrega el de ejecutar o de hacer ejecutar sus sentencias, a que se refiere el artículo 253, de la Constitución, que, en mi criterio, junto con el poder decisorio, son los poderes más importantes que se atribuyen a los jueces para ejercer la función jurisdiccional. De su efectividad, a mi juicio, depende si los jueces tienen poderes con poder o poderes sin poder. Son, pues, poderes constitucionales de los jueces contencioso administrativo el de anulación, de condena, de restitución y el poder ejecutorio. A estos se adicionan los ordenatorios, instructorios y cautelares, que le agregan las diversas leyes contencioso administrativa. Entonces, ¿porque se siguen estudiando y replanteando su análisis? En parte, porque surgen modificaciones legales que le reconocen por primera vez esos poderes, o precisan esos poderes, pero fundamentalmente porque se pone en duda que se ejerzan, y que si se ejercen si son o no eficaces. Es decir, se sigue discutiendo sobre su eficacia. O sobre el poder del juez contencioso administrativo.

¹ Trabajo presentado al Instituto de Estudios Jurídicos Dr. Román J. Duque Corredor, Maturín, octubre 2021.

II. EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COMO SISTEMA GARANTISTA CONSTITUCIONAL

Por mi parte, para no repetir lo que ya se conoce me limitaré a recordar que respecto de la jurisdicción contencioso administrativa, en cuanto al poder de anulación y de condena, no se excluye ninguna actividad administrativa, por acción u omisión, y, que tampoco escapa de su control ninguna función administrativa y que el poder de anulación procede por cualquier contrariedad al Derecho, ya sea por inconstitucionalidad o por ilegalidad, e incluso por desviación de poder; tal como se precisa en los artículos 8º y 9º, ambos de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en concordancia con el artículo 259 constitucional. Por ello, ningún órgano que compone la Administración Pública está fuera de su control, inclusive los llamados consejos comunales o los sujetos particulares que dicten actos de autoridad o actúen por delegación legal en una función administrativa, por mandato del artículo 7º, *eiusdem*. Así como recordar que el poder de anulación no se trata de un simple poder de revisión, sino que, por su pleno carácter jurisdiccional, los jueces contencioso administrativo pueden decidir el fondo de los asuntos administrativos contrarios a Derecho, para condenar o restituir situaciones jurídicas lesionadas. Así como que su poder de condena comprende todo lo relativo a la responsabilidad administrativa de la Administración por los daños causados por su actividad u omisión. En cuanto al poder restitutorio, los jueces contencioso administrativos actúan como jueces garantistas de derechos fundamentales y de intereses legítimos de los administrados, en atención al derecho o acción genérica de acceso a la jurisdicción de protección de intereses legítimos, según lo dispuesto en el artículo 26, de la Constitución; e incluso, como jueces constitucionales, a través del control difuso de la constitucionalidad, que a todo juez reconoce el artículo 334, de la Constitución o mediante el conocimiento de acciones de amparo según el artículo 27, *ibidem*. Y dentro de los poderes que se pueden llamar procesales, estos jueces contencioso administrativo tienen los poderes de dirección y de ordenación del proceso y de instrucción o sumariador de los procesos, conforme los artículos 4º, 30, 36, 39 y 84, de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, respectivamente, y, poderes decisorios interlocutorios y definitivos según los artículos 40, 74 y 86, *eiusdem*. Por supuesto, que dentro de estos poderes procesales se ubica el poder cautelar y el poder ejecutorio, que comprende el ejecutar o hacer ejecutar las medidas cautelares o las sentencias de condena o de restitución que dicten. El problema, con relación a este poder ejecutorio es el de su obligatoriedad y de su eficacia, que ciertamente es el talón de Aquiles o la zona gris de la jurisdicción contenciosa administrativa. Baste recordar en lo atinente al poder decisorio que los jueces de esta jurisdicción, que éste consiste en poderes de disposición de constitución, modificación, extinción y de sustitución de las relaciones jurídicas administrativas y en cuanto al poder de condena éste consiste en dar órdenes a la Administración de hacer, no hacer o de dar. Aún más, la Sala Constitucional, admite que las potestades del juez contencioso administrativo no se limitan a la simple constatación de la lesión de una situación jurídica subjetiva, sino que dentro de su poder de resta-

blecimiento de estas situaciones también tiene el poder de sustituirse a la Administración si en el expediente judicial existen elementos suficientes para proceder en ese sentido (S. N° 559 del 17-03-2003)².

III. LA TUTELA JUDICIAL CAUTELAR EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En este orden de ideas, me referiré brevemente, a título de premisa, a los poderes cautelares y ejecutorios, desde el punto de vista de su alcance y medios materiales. Y, respecto de los poderes cautelares destacaré cuáles son accesorios o instrumentos del proceso principal y cuáles tienen carácter de verdaderas acciones autónomas o de carácter preparatorio o de solicitud de medidas ante causam. Dentro de estas últimas, analizaré la acción autónoma cautelar contra las vías de hecho, reclamos por prestación de servicios públicos y contra la abstención, que la vigente Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa denomina “*procedimiento breve*” y que me permito llamar desde ya “*interdicto administrativo*”, puesto que en mi criterio es una acción autónoma, que participa de la naturaleza de las acciones cautelares anticipadas y de la urgencia y sumariedad, que caracteriza a las acciones interdictales, que como tales, conforme el artículo 26, constitucional, no están confinadas al ámbito ni civil ni al de la posesión. Y, que en el fondo son medios de defensa contra las perturbaciones a situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, o de privación de intereses legítimos o de derechos subjetivos intangibles, que requieren una tutela cautelar de urgencia o sumaria. Se trata, pues, de acciones contra la perturbación o despojo o privación ilegítima de entornos subjetivos de los particulares permitidos por las leyes o por la propia administración, o de medios de defensa ante la violación de los límites de la arbitrariedad, o contra las vías de hecho de la administración; o contrarias al principio de la prestación, continuidad y eficiencia de los servicios públicos o de la obligatoriedad de cumplir con deberes materiales obligatorios, conforme los principios contemplados que rigen la administración pública como servicio a los ciudadanos, según el artículo 141, de la Constitución. Poderes estos que se inscriben dentro del poder jurisdiccional de tutela judicial de los derechos ciudadanos y dentro del derecho de éstos a la jurisdicción o de acceso a la justicia, a que se contrae el artículo 26, *ibidem*. Posteriormente me referiré a la cuestión de la ejecutoriedad de las decisiones de los jueces contenciosos administrativos. Desde ya puede decirse que la suspensión de la ejecución del acto o disposición impugnada es hoy día un viejo modelo de poder cautelar contencioso administrativo, que ha sido ampliamente superado no solo por la ampliación y alcance de las medidas cautelares, en los artículos 103 y 104, de la Ley de la Materia, sino también por el reconocimiento dentro de ese poder de un poder cautelar autónomo

² Ricardo Zandegiacomo Cella Zamberlan y otros (Ex. 02-1228). (<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/560-170303-02-1228.HTM>)

anticipado, que, en mi criterio cabe dentro de las previsiones del artículo 4º, eiusdem; y en el contexto del derecho de acceso a la jurisdicción contemplado en el ya citado artículo 26.

Ahora bien, los poderes ejecutorios y cautelares en esta rama de jurisdicción forman parte implícitamente del derecho genérico constitucional de la tutela judicial efectiva, que es la garantía material del derecho de acceso a la jurisdicción, a los cuales se refiere el artículo 26 constitucional, y concretamente de obtener con prontitud la decisión correspondiente, que, por ejemplo, en el sistema constitucional costarricense, se le denomina “*derecho a una justicia pronta y cumplida*”³. Por eso, como parte de estos derechos debe existir una justicia provisional, inmediata o de urgencia o sumaria en la jurisdicción contenciosa administrativa como jurisdicción plena de demandas contra la Administración. Por tanto, ya no se limitan a ser instrumentos solo de los procesos de anulación de actos administrativos, sino que incluso pueden llegar a sustituir la inactividad de la Administración con obligaciones positivas o negativas. Ello porque en virtud de la intervención creciente de la Administración en los derechos de los administrados estos derechos dependen cada vez más de la discrecionalidad de las actuaciones administrativas, positivas o materiales. Por eso, afirma el administrativista costarricense *Ernesto Jinesta Lobo*, el poder cautelar y ejecutorio del juez contencioso administrativo es “*el baremo del grado de la efectividad y eficacia de la tutela jurisdiccional*”⁴. En este orden de ideas, quisiera recordar como la propia Exposición de Motivos de la Constitución aspira que la legislación que desarrolle la jurisdicción contencioso administrativo dote a sus jueces de todo el poder cautelar necesario para decretar de oficio o a instancia de parte cualquier tipo de medida cautelar que fuere necesaria para garantizar la tutela judicial efectiva de los administrados y el restablecimiento de sus situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso de que se trate, dependiendo del caso concreto, sin necesidad de acudir al amparo constitucional como medida cautelar⁵.

³ El artículo 41 de la Constitución Política de Costa Rica estipula: “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”. Ver Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia de fecha 02 de diciembre del 2009, Res. Nº 2009018354, Ex: 09-012757-0007-CO, Punto V. (<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-468995>). En Venezuela este principio se traduce en el derecho de acceso a la jurisdicción para obtener con prontitud la decisión correspondiente, conforme el artículo 26 de la Constitución.

⁴ “La dimensión constitucional de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, Ed. Guayacán, San José, Costa Rica, 1999, p. 169.

⁵ Exposición de Motivos de la Constitución, Título VIII, De la protección de esta Constitución, Capítulos I De la garantía de esta Constitución (Ver, LEGIS 2006 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, p. 127-129).

IV. PODERES JURISDICCIONALES DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. EL “INTERDICTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”

El poder cautelar y ejecutorio de la jurisdicción contenciosa administrativa, como la de cualquier otra jurisdicción, descansa en los derechos de tutela judicial efectiva y del debido proceso y en el carácter pleno del control judicial de la actividad administrativa, en el principio de la igualdad en la tutela cautelar y en la garantía de evitar la irreparabilidad de los derechos subjetivos. Por tanto, el otorgamiento de las medidas cautelares y de las medidas ejecutivas no dependen de la discrecionalidad de los jueces y tampoco las leyes pueden inadmitirlas en los procesos contencioso administrativo, sino que son constitucionalmente obligatorias cuando los derechos subjetivos e intereses legítimos de los particulares pueden desaparecer, dañarse o perjudicarse irreparablemente. Y para evitar su abuso y que suplanten la jurisdicción ordinaria y definitiva, sus límites son: el derecho de defensa, la contradicción, el principio de instrumentalidad, de la proporcionalidad y de razonabilidad. Aun más, el poder cautelar judicial es parte de la obligación de todo juez de asegurar la integridad de la Constitución, a que se refiere el artículo 334, constitucional. Dentro del género de medidas propias del poder cautelar nuestro sistema jurisdiccional contencioso administrativo sigue *un sistema mixto* puesto que, conforme al poder cautelar general que se reconoce a los jueces contencioso administrativos, en los artículos 4º y 104, de la Ley de la Materia, éstos pueden dictar medidas típicas, como la de suspensión de la ejecución de disposiciones administrativas, y medidas atípicas, como ordenes de hacer o no hacer, como medidas instrumentales dentro del proceso. Y también medidas ante causam o extra proceso, o precautorias, como las acciones que me permito llamar “*interdicto contencioso administrativo*”.

Es decir, que, con relación a su alcance las medidas cautelares o ejecutorias pueden ser conservativas o anticipatorias. Este sistema puede apreciarse en la distinción que hace la Ley Orgánica de Jurisdicción Administrativa entre el procedimiento de las medidas cautelares, en general, y el procedimiento breve, que conforme lo que señala su artículo 74, sus sentencias son en verdad medidas cautelares interdictales inmediatas y urgentes de restablecimiento y de continuidad de las situaciones jurídicas infringidas y medidas sancionatorias contra las demoras, omisión o deficiencia del servicio público, la abstención o las indefensiones o vías de hecho de la Administración.

1. *La acción cautelar autónoma contencioso-administrativa*

Está bien que en la Ley de la Materia se distingan y se separen el procedimiento de las medidas cautelares, a que se refieren los artículos 103 a 106, que se dictan dentro de los procesos contencioso administrativos, donde se incluyen las solicitudes de amparo cautelar; y el procedimiento breve, contemplado de los artículos 65 a 75, *eiusdem*; que por el contenido de las demandas, a que se contraen el mismo artículo 65 y el artículo 67, *ibidem*, por su naturaleza son acciones cautelares autónomas, contra las demoras, omisión o deficiencia del servicio público,

la abstención o las indefensiones o vías de hecho de la Administración, que no requieren un proceso previo y principal de demandas de anulación, de contenido patrimonial, de interpretación o de controversias administrativas. Y, que, según el artículo 74, *eiusdem*, sus sentencias son medidas urgentes típicamente restitutorias y de protección sumaria contra las conductas materiales arbitrarias de la Administración; o contra la suspensión o de perturbación de la calidad o continuidad la prestación de los servicios públicos o contra el incumplimiento de deberes legales por parte de la misma Administración. Este tipo de acciones cautelares autónomas caben en el poder cautelar general que corresponde a todo juez, según el artículo 26 constitucional, junto con el artículo 334, constitucionales, en concordancia con el artículo 4º, de la Ley en comentarios, y que no está condicionado a que exista previamente un proceso pleno de derecho para su procedencia, sino, en todo caso, a que se siga un procedimiento sumario o breve, como se le denomina en los artículos 65 a 75, de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cónsono con la urgencia de la protección solicitada.

En mi criterio, por lo expuesto, es impropio que en la Ley Orgánica de Jurisdicción Contencioso Administrativa en su artículo 32, numeral 3, se incluya dentro del género de acciones de nulidad las demandas contra las vías de hecho y la abstención de la Administración, que son demandas de condena, para fijarles el mismo lapso de caducidad de ciento ochenta días continuos fijados para las referidas acciones de nulidad. Sobre este particular estimo que, contra la vía de hecho, por ejemplo, o contra la suspensión del servicio público o la abstención, mientras no cesen los hechos que han podido causar la violación el orden público constitucional, no corre ningún lapso de caducidad, porque tal actividad no produce ningún efecto, a temor de lo dispuesto en el artículo 25 constitucional.

En cuanto al poder cautelar del juez contencioso administrativo, el profesor costarricense Ernesto Jinesta Lobo, comenta que el Código Procesal Administrativo de Costa Rica⁶, introduce un novedoso sistema de medidas cautelares, puesto que el artículo 20 contiene una cláusula abierta que le permite al órgano jurisdiccional dictar las medidas adecuadas y necesarias (...), para garantizar la eficacia de la sentencia de mérito, sean de carácter conservativo -negativas-, o anticipatorios o innovativas -positivas, por ejemplo, inhibitorias, ordenatorias o sustitutivas-. Y, que “por otra parte, se prevén las medidas cautelares provisionalísimas (artículo 23), inaudita altera parte (artículo 25), las ante causam (artículo 26), y las dispuestas en fase de conciliación y de ejecución.

En este orden de ideas, el profesor Jinesta concluye que, “Esta regulación amplia y flexible de las medidas cautelares, sin restricciones, permite asegurar el derecho fundamental a la tutela cautelar, y desde luego, un control de legalidad provisional y amplio, por cuanto, las medidas cautelares pueden tener cualquier

⁶ Ley 8508 del 28 de abril de 2006.

contenido -no solo negativo o conservativo-, lo que resulta importante cuando se impugnan actuaciones materiales u omisiones de las administraciones públicas”⁷.

V. LAS SENTENCIAS INTERDICTALES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS. COSA JUZGADA FORMAL, APELACIÓN Y LAPSO DECISORIO DE LAS OPOSICIONES

Al igual de lo que ocurre con la defensa contra la arbitrariedad o perturbación de hecho en contra de la posesión, a mi juicio, las sentencias del procedimiento breve son medidas cautelares contra situaciones de hecho, puesto que no definen definitivamente las cuestiones jurídicas controvertidas y no causan cosa juzgada, sobre los aspectos de derecho involucrados en las respectivas acciones, por ejemplo, sobre la validez o no de las conductas consideradas arbitrarias de la Administración; o de la validez de las excusas de sus demoras o abstenciones o de la justificación o no de la suspensión de la prestación de un servicio público o sobre la valoración de su eficiencia. Y mucho menos sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración en estos casos. En efecto, conforme, el artículo 65, antes citado, y sobre todo del contenido que a las sentencias en estos procedimientos se señala en el artículo, 74, *eiusdem*, puede concluirse que los reclamos, las vías de hecho y la abstención, son en verdad cuestiones de hecho, cuya resolución no implica el cierre definitivo tanto para la Administración como para los particulares de la discusión sobre los aspectos de derecho relativos al derecho a la defensa o al debido proceso en el caso de las vías de hecho, o al derecho a la prestación de un servicio público determinado o acerca de la obligación o no de cumplir determinado acto o conducta por parte de la Administración, y que las sentencias que se dicten, de acuerdo con el citado artículo 74, no son de anulación ni de condenas patrimoniales. Obsérvese, que las sentencias sobre los reclamos, las denuncias de vías de hecho o de la no prestación o deficiencia de servicios públicos, a que se refiere el artículo 74, mencionado, no pueden ir más allá de las medidas inmediatas para restablecer la situación jurídica infringida o que garanticen la eficiente continuidad de la prestación de los servicios públicos, o de las sanciones a que haya lugar.

No se trata de sentencias sobre la titularidad de derecho alguno o sobre nulidades o la no validez de actos, o el cumplimiento contractual o no de una relación de servicio público o de un deber legal, o sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, que son cuestiones de derecho administrativo, que las partes pueden discutir posteriormente en los procedimientos ordinarios contenciosos administrativos. En este orden de ideas, del carácter urgente o sumarial de este procedimiento breve, puede observarse que en el artículo 67, *eiusdem*, en lugar de la obligación de contestar la demanda por el demandado se contempla la obligación de éste de presentar un informe sobre la causa de la demora, omisión o deficiencia del servicio público, de la abstención o de las vías de hecho, según sea el caso.

⁷ Jinesta L., Ernesto, “Los Fundamentos constitucionales de la nueva jurisdicción contencioso-administrativa (Costa Rica)”, p. 148-149 (<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3282/10.pdf>)

Además, las pretensiones procesales son propiamente reclamos o denuncias, más que propiamente demandas formales, como se desprende del texto de los artículos 65 y 69, de la Ley en comentarios. Este último artículo, por ejemplo, habla de “*la situación denunciada*”, como objeto del procedimiento, lo que asemeja estas pretensiones más a una querrela que a un libelo de demanda. Por otro lado, el hecho de que dentro de este procedimiento se prevean medidas cautelares, como se observa del texto del artículo 69, *eiusdem*, ello no es obstáculo para calificar el procedimiento breve de interdictal, porque al igual de lo que sucede en este procedimiento en el proceso civil, tales medidas serían decretos interdictales provisionales, que de ser declaradas con lugar las demandas, se convierten en sentencias definitivas⁸.

Las sentencias a que se contrae el citado artículo 74, son providencias judiciales cautelares de las afrentas de hecho contra el derecho de defensa y contra los límites de la arbitrariedad y de la discrecionalidad de la Administración y contra el déficit de servicio público administrativa, para cuya protección urgente no hay que seguir un procedimiento ordinario contencioso administrativo, sino al contrario, un proceso o trámite autónomo y breve contra esas agresiones, molestias o perjuicios a una situación jurídica objetiva y actual para la cual se solicita jurisdiccionalmente medidas inmediatas para impedir una arbitrariedad o un perjuicio irreparable o para mantener esa situación jurídica, o su pronto restablecimiento, mediante órdenes de cesación de la vía de hecho, de la abstención o de la deficiencia o de continuación del servicio, hasta tanto no se resuelva por otra vía más amplia, amparando a quien se encuentra en esa situación o restableciendo a quien hubiere sido privado de ella. En mi criterio, pues, las demandas contra las vías de hecho, demoras, abstenciones o los reclamos por los servicios públicos participan de las acciones a las que en el derecho procesal se denomina acciones interdictales⁹, que, por proceder contra la Administración, me he permitido llamar “*interdictos contencioso administrativos*”. Estos interdictos o poderes de los jueces contencioso-administrativos serán la prueba de si estos son jueces con poder o jueces con poderes, pero sin poder.

El hecho, por otra parte, que en estas acciones no se discuten cuestiones patrimoniales o indemnizatorias, como se advierte en el encabezamiento del artículo 65, de la Ley en comentarios, refuerza el carácter urgente, sumario o interdictal de esas demandas y el carácter de cosa juzgada formal y no material de las sentencias. Así como que las apelaciones, en este procedimiento breve, como ocurre con los interdictos civiles, solo se oyen en un solo efecto, según el artículo 75,

⁸ Ver artículo 701 del Código de Procedimiento Civil. Y mi Obra “*Procesos sobre la Propiedad y la Posesión*”, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 98, Caracas 2011, pp. 178-180.

⁹ Ver mi Obra “*Procesos contra La Propiedad y La Posesión*”, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 98, Caracas, 2011, ya citada, pp. 6-11; 13-16; 273-278.

eiusdem¹⁰. Por último, dado que contra las medidas cautelares provisionales en estos procedimientos se contempla en el artículo 69, eiusdem, oposición a tales medidas, sin que se señale lapso alguno para su decisión, por el carácter breve o sumario del procedimiento, pienso que cabe aplicar el lapso de tres (3) días que se contempla en el artículo 40 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que es una disposición general del procedimiento contencioso administrativo, a menos que haya necesidad de esclarecer algún hecho, caso en el que se ordenara la apertura de una articulación probatoria por ocho (8) días de despacho, que luce más conforme con la garantía de la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 26 constitucional.

Dado que mi interés es el de destacar la naturaleza interdictal del procedimiento breve contencioso administrativo, no abordaré las cuestiones procesales atinentes a la competencia, legitimación, admisión de las demandas, citación, pruebas, audiencia oral y sentencia, salvo lo que respecto a éstas he dicho.

VI. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN: LA ZONA GRIS DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Finalmente, una breve reflexión respecto del poder ejecutorio de los jueces contencioso-administrativos, que es el talón de Aquiles de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, o su zona gris, como lo llama alguna doctrina. La Ley de la Materia, de los artículos 107 a 111, recoge antiguas disposiciones en lo relativo a la ejecución de sentencias de condena contra la Administración, distintas a la República, previéndose medidas ejecutivas para los casos de incumplimiento de estas condenas. Así para los casos de incumplimiento de condenas de obligaciones de hacer se contempla hasta la medida de sustitución de la Administración por el Tribunal para la ejecución de la obligación. Por ejemplo, suspender la vía de hecho o cumplir con el procedimiento o el acto omitido o reanudar la prestación del servicio público o de corregir sus deficiencias. Y en los supuestos del no cumplimiento de condenas a obligaciones de no hacer, simplemente se dispone que el tribunal ordenara el cumplimiento de dicha obligación, que es decir nada. Sin embargo, mientras se sigan conservando lo que la doctrina denomina “*privilegios decimonónicos de la Administración*”¹¹ y no se responsabilice a los agentes de la Administración por las consecuencias en los casos de incumplimiento o demora en el cumplimiento de estas sentencias por la Administración, como lo plantea Tomás Ramón Fernández¹². O no se hagan efectivas las multas coercitivas contra el desacato de las sentencias. O, se contemple especialmente el delito de desobediencia a las órdenes de ejecución de sentencias definitivamente firmes y no se

¹⁰ Ver artículo 701, del Código de Procedimiento Civil y mi Obra “*Procesos contra La Propiedad y La Posesión*”, antes citada, pp. 185-188.

¹¹ Ver, Delgado, Isaac Martín, “*Función Jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso administrativo*”, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 207.

¹² Mencionado por Delgado, Isaac Martín, *Op. Cit.*, p. 181.

creen fondos especiales para cumplir las condenas monetarias por parte de la Administración, contra los cuales puedan directamente librar órdenes de pago los jueces. Y sobre todo mientras no se cuente con jueces que superen el test de la autonomía frente a la Administración, los jueces contenciosos administrativos serán jueces con poderes, pero sin poder¹³.

¹³ El profesor Ernesto Jinesta Lobo, en cuanto a la efectividad de las sentencias y su ejecución o cumplimiento efectivo, pleno e íntegro, señala que el Código Procesal Contencioso Administrativo de Costa Rica introduce “una serie de medidas novedosas tales como un cuerpo especializado de jueces ejecutores con amplios poderes, las multas coercitivas, la ejecución sustitutiva o comisarial, el embargo de bienes del dominio fiscal, participaciones accionarias, transferencias presupuestarias y algunos bienes del dominio público, el reajuste o indexación de las obligaciones pecuniarias, etcétera” (Ver, “Los Fundamentos constitucionales de la nueva jurisdicción contencioso-administrativa (Costa Rica)”, citado anteriormente 1, p. 147).

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INTELECTUALES EN LAS REDES DIGITALES ADMINISTRATIVAS

Caracas, 7 de septiembre 2020

El presente trabajo es una colaboración especial para la nueva etapa de Hoet, Peláez, Castillo & Duque, con motivo de su reestructuración por el retiro de algunos de sus socios fundadores. Colaboración que es un reconocimiento a su trayectoria profesional a la que se le debe en gran parte el desarrollo del derecho de la propiedad intelectual por su promoción y desarrollo como rama jurídica. Labor en la que lo profesional se combinó con lo científico y lo doctrinario. Sus profesionales han sido y son acreditados especialistas en este derecho, a través de sus obras, ensayos y conferencias. Aporte científico que ha traspasado nuestras fronteras. Ello en una trayectoria que, desde el originario, en 1942, J. Bentata, y después en Estudio Bentata, Estudio Bentata Hoet & Asociados y su firma sucesora Bentata, Hoet y Asociados, y mediante Hoet, Peláez, Castillo & Duque, por más de 70 años, hasta el presente, ha hecho historia. Porque no solo ha sido un puntal en la consolidación del derecho de propiedad intelectual como ciencia jurídica referente a los derechos autorales y a la propiedad industrial, sino también protagonista en la organización gremial de los profesionales y técnicos de estas materias. Entre los protagonistas de esa trayectoria, me refiero a Franklin Hoet Linares, que ha sido testigo de toda esa trayectoria.

A su esfuerzo, empeño y emprendimiento, sin exageración, se debe la estructuración de una firma legal como Hoet, Peláez, Castillo & Duque, su éxito profesional y su acreditación internacional. Además, que su trabajo ha sido determinante en la captación, formación y mejoramiento de jóvenes profesionales que son hoy garantes de la excelencia jurídica de dicha Firma. A Franklin Hoet Linares y a los socios y asociados y al personal de Hoet, Peláez, Castillo & Duque, les expreso mi agradecimiento por haberme dado la oportunidad de haber sido uno de sus socios y un compañero de su trabajo, lo que me permitió conocer no solo su calidad profesional sino sobre todo su calidad humana.

I

El ciberespacio es un sistema de recursos de información disponibles a gran velocidad y de accesibilidad, es decir, una red telemática pública y abierta¹, que por su carácter técnico y por ser una realidad virtual su regulación adecuada es a través de tratados internacionales porque carece de fronteras por su naturaleza extraterritorial. Por ello, se piensa que, por tratarse de un sistema de difusión universal, en Internet rige el principio de la libertad de acceso a la información, porque facilita las obras del dominio público, en contra de las tradicionales leyes de propiedad intelectual. Se habla, entonces, en que el internet produce la desmaterialización del derecho a la propiedad. De allí surge la preocupación internacional por la protección de los derechos intelectuales en el ciberespacio y como una opción la de su “autorregulación”. En ambos casos su regulación debe atender al contenido de las redes digitales, por ejemplo, si se trata de datos o documentos de dominio público, de instituciones de la propiedad intelectual o de derechos de autor propiamente dichos. En este supuesto, la protección de los derechos patrimoniales y morales de los autores es un aspecto en el espacio digital. Ello porque el derecho de autor tradicional fue desarrollado para obras materiales y no para obras digitales o magnéticas. Este problema de encontrar nuevos mecanismos jurídicos eficaces o de readaptar los existentes para proteger los derechos autorales en ese espacio digital, ha sido objeto de estudios por el Profesor e Investigador Renato Jijena Leiva de Derecho Informático en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso de Chile. Este catedrático afirma que estos derechos de autor pueden ser aplicados a Internet, ya que las redes telemáticas simplemente son nuevas formas de reproducir en el espacio virtual, mediante soportes magnéticos y frente a terceros, libros, cuadros, canciones, programas computacionales. Solo que hay que adaptar el derecho de propiedad intelectual a esa realidad virtual y no material.

Este autor precisa que quien pone a disposición del ciberespacio una creación intelectual tiene que entender que, por la dimensión pública y mundial de la obra mediante el ciberespacio, está renunciando a que se le pida autorización por el uso privado de su obra. Es decir, que debe aceptar que su derecho “patrimonial” de autor inevitablemente y en gran medida se debilita. De allí la dificultad de aplicar las leyes de derecho intelectual nacionales, de aplicación territorial, a la divulgación virtual de obras del ingenio. En otras palabras, según el Profesor Renato Jijena Leiva, quien pone a disposición de la comunidad del ciberespacio una creación intelectual tiene que entender que está renunciando a que se le pida autorización por el uso privado de su obra. Pero, ello no significa que se elimina la protección de una obra o creación original del programador o la empresa que la crea, desarrolla, instala y mantiene o de su autor. Por lo que, por ejemplo, se vulneraría su propiedad intelectual si se copian elementos de una página web para instalarlos

¹ Red telemática es el sistema combinado de la informática y de la tecnología de la comunicación para el envío y la recepción de datos. Internet es un conjunto descentralizado de redes de comunicación a través de protocolos y el ciberespacio es el lugar en el que se producen las comunicaciones de internet.

en otra. En efecto, si la copia del diseño y la información de una página web se realiza dentro del territorio de un país, procedería la aplicación de la respectiva ley de propiedad intelectual. De igual forma, si esa página web es visitada desde un país lejano y es copiada posteriormente, el autor no podrá enterarse. De allí el reto y el desafío del derecho de propiedad intelectual en esta era ciberespacial.

II

Lo determinante es que dentro del llamado derecho telemático², el marco jurídico de la propiedad intelectual de cada país es el que regula, en su territorio, el status jurídico de los bienes informáticos, los elementos de una computadora, como el hardware y software, es decir, la parte física y la parte inteligente de la computadora. Ese marco jurídico protege las creaciones de la parte física de la computadora, es decir, los derechos relacionados con las patentes de marcas, modelos de utilidad, diseños industriales, avisos comerciales y signos distintivos. E, igualmente la parte inteligente de la computadora, precisamente, los programas de computación, que como sabemos son el elemento sustancial de la comunicación telemática. En este orden de ideas, el capítulo de marcas es un enorme reto dentro de Internet, dice Marcía Muñoz de Alba Medrano, investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, Efectivamente con relación al uso de los llamados “nombres de dominio”, que son las direcciones electrónicas de los “sitios de la red”, que permiten a los usuarios una mejor localización, es un bien comercial telemático. Por tanto, el dominio se ha convertido en importante valor comercial. Y precisamente entre los nombres de dominio y los derechos de propiedad intelectual surgen conflictos. Por lo que para su solución son determinantes el examen de si el dominio es o no idéntico o si induce o no a confusión con el nombre sobre el que se reclaman derechos legítimos. Asimismo, el registro de una marca; y si quién utiliza el dominio tiene o no tiene derechos sobre éste o si se hubiere registrado de mala fe. Y, para que el uso de Internet no ponga fin a la protección de los derechos autorales, que ciertamente se encuentran en una situación riesgosa dentro del Internet, se plantea que hay que armonizar la difusión pública y abierta de las redes de información con la salvaguarda de dichos derechos, dentro de lo que vendría a ser un nuevo derecho de la propiedad intelectual, cuyas fuentes son principalmente los tratados internacionales y la autorregulación.

La tarea es la de sistematizar el contenido de toda la problemática que surge del uso del ciberespacio y de la protección de los derechos de propiedad intelectual, en un orden jurídico integral, que comprenda el derecho público respecto de las garantías individuales y los derechos humanos frente al manejo de la información de los ciudadanos; el derecho penal con relación a las conductas delictivas frente al abuso de los bienes informáticos; en el derecho privado lo atinente con las transacciones del comercio electrónico y al valor jurí-

² Derecho telemático, en pocas palabras, es el derecho de la informática y de las telecomunicaciones.

dico de la autorregulación. Y, por supuesto, finalmente, el derecho de la propiedad intelectual o del ingenio que tutela los derechos de creación de los bienes informáticos. Asimismo, los medios de resolución de los conflictos que surjan con relación a los derechos o garantías individuales, el uso de los bienes informáticos y el comercio electrónico. Medios que la práctica ha demostrado que los alternativos a la vía judicial son los más idóneos. En este contexto, la incorporación al derecho interno del derecho internacional de propiedad intelectual y de protección de los derechos humanos (“interiorización”), es parte del contenido de ese nuevo derecho. Hoy día, pues, la especialización del derecho de la propiedad intelectual supone un conocimiento del ciberespacio.

III

El reto actualmente del derecho de la propiedad intelectual es la protección de los derechos autorales en la sociedad de la información, en concreto, el estudio del equilibrio entre la libertad de información y los medios de defensa y control de la reproducción y explotación comercial de los productos audiovisuales por medio de los sistemas informáticos que operan en Internet y que posibilitan la distribución, el intercambio y la reproducción masiva de productos audiovisuales bajo la forma de archivos informáticos de audio, imagen y video, como los llamados Sistemas P2P, o “peer to peer”. Sistema que permite **compartir información y archivos** sin necesidad de intermediarios, por lo que se utilizan para la piratería para enviar y recibir archivos con derechos de autor de manera ilegal y así violar los derechos de propiedad intelectual.

Por ello, algunos países consideran ilegales las páginas **web o dominios que suministran o** ponen a disposición su contenido, mediante publicidad por lo que obtienen dinero a cambio. Sin embargo, la jurisprudencia española, por ejemplo, en el Caso Sharemula, consideró que la web es un prestador de servicios puesto que su actividad se centra en facilitar “enlaces”; ni aloja archivos, ni realiza directamente la descarga, limitándose a facilitar una dirección donde se puede descargar la obra, esto es, su actividad se centra en “enlazar”». Y que, “Un prestador de servicios sólo sería responsable del contenido creado por él mismo o por su encargo o en el caso de que exista una resolución declarando ilegal el contenido enlazado (...)”. Y señaló además, que “un enlace simple no supone vulneración de los derechos de propiedad intelectual”; puesto que, «este tipo de links constituye únicamente una forma de facilitar al usuario de Internet el acceso a otra página web, ya que no reproducen la página enlazada, ni dan lugar a un almacenamiento de la misma en la propia página web de la remitente”. Simplemente, se dijo también, que “ahorra” el trabajo de teclear el nombre de la página en el buscador. ¿Acaso el internauta que teclea el nombre de la página en el buscador está reproduciendo o distribuyendo el contenido de la página y está infringiendo la propiedad intelectual de la misma? Es evidente que no. El enlace simple cumple esa misma función, y por eso no supone infracción de dicho derecho. Un enlace simple no supone una comunicación pública de una obra, sino una indicación de

dónde se hace dicha comunicación”. Por esta argumentación la jurisprudencia española desestimó la denuncia de piratería en contra de la página web Sharemula³. Desde otro orden de ideas, en cuanto al derecho público de la propiedad intelectual, el software libre, por ejemplo, que consagra La Ley del Infogobierno (G. O. No 40.274 del 17 de octubre de 2013), como la libertad absoluta de software, representa una limitación para el poder público para imponer el empleo de programas privativos, ya que incluye el uso del programa con cualquier propósito; la modificación del programa al poder acceder directamente a su código fuente; la distribución de copias del programa modificado o no; y el mejoramiento del programa y redistribuirlo o no.

IV

Finalmente, en razón de que no ha sido posible una regulación sobre los derechos de autor en Internet, y en virtud de lo precario de la protección jurídica del derecho tradicional de la propiedad intelectual para las obras que divulgan en Internet, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual ha establecido que los Estados que ratifiquen y firmen la Convención de Ginebra sobre Derechos de Autor tienen la obligación de resguardar jurídicamente y de promover la aplicación de medidas técnicas de seguridad de la propiedad intelectual, como es el caso de los resguardos técnicos como la codificación o encriptación. No cabe duda, pues, que para el derecho de propiedad intelectual la protección de los derechos de autor en el ciberespacio es un reto y un desafío, como lo es el equilibrar la libertad de información y el conocimiento con los frutos del ingenio, que ciertamente afrontara exitosamente Hoet, Peláez, Castillo & Duque, en su reestructuración.

³ David Bravo. Redes P2P y Propiedad Intelectual Resolución final del caso Sharemula. La Audiencia de Madrid es rotunda: las webs de enlaces a redes P2P no son delito. (Actualización). Disponible en: http://www.filmica.com/david_bravo/archivos/008333.html

ÁMBITO INTRODUCTORIO DEL DERECHO DISCIPLINARIO VENEZOLANO: NOCIÓN, NATURALEZA, PRINCIPIOS Y CONTENIDO

Caracas, 8 de abril de 2003

1. **Noción**: Genéricamente se puede definir como las reglas del correcto ejercicio de una actividad, función o profesión. Pero este concepto tiene un acento moral, por lo que jurídicamente, en concreto, consiste en el conjunto de normas que impone deberes por la dedicación habitual de determinada actividad, cuyo incumplimiento, por razones de servicio o de interés público, genera una responsabilidad especial.

2. **Presupuesto**: Esta noción de responsabilidad especial implica la aceptación, por parte de quien ejerce esa actividad, de un tipo de responsabilidad por el incumplimiento de determinadas obligaciones y deberes éticos, que por las consecuencias que se derivan de esa conducta, es decir, por las sanciones expresamente recogidas en la ley como faltas, tiene un valor jurídico. Cuando esas faltas implican sanciones los deberes éticos dejan de ser simples preceptos morales y se convierten en deberes jurídicos, que se recogen en leyes que regulan actividades, funciones o profesiones.

3. **Justificación**: El desempeño público de una actividad, profesión o función que compromete la responsabilidad de quienes realizan o ejecutan esos actos, es la razón de ser de la responsabilidad disciplinaria que se impone a determinados sujetos que realizan actividades que interesan a la sociedad o al interés público.

4. **Fuentes**: Las fuentes del derecho disciplinario son las normas elaboradas por corporaciones gremiales, que, sin embargo, obligan a los poderes del Estado y que, además, pueden ser aplicadas por estos mismos poderes. O, también las normas contempladas en leyes sancionadas por el poder legislativo en atención al interés público, o por la responsabilidad que se asume ante la sociedad al ejercer determinadas funciones o actividades.

5. **Ámbito**: El derecho disciplinario así entendido comprende los deberes propios del régimen jurídico de la actividad, función o profesión, las sanciones a la falta de cumplimiento de esos deberes, los procedimientos y los órganos encargados de su aplicación, y los recursos contra las sanciones que se consideren injustas o ilegales, y hasta la regulación de la jurisdicción competente.

6. Naturaleza del derecho disciplinario: Las normas disciplinarias pertenecen al derecho administrativo, por lo que su naturaleza es de derecho público, relativas a un tipo de responsabilidad independiente de las responsabilidades civiles y penales, cuando los hechos que la provocan son también hechos ilícitos o configuren delitos penales. En mi concepto es propiamente el derecho administrativo disciplinario, aunque para su aplicación exista una jurisdicción a cargo de jueces que pertenecen al poder judicial. Dentro del derecho administrativo es parte del derecho administrativo sancionador, que consiste en las contravenciones y faltas no penales establecidos por la violación de normas de contenido administrativo.

7. Elemento esencial del derecho disciplinario: Los deberes disciplinarios son deberes éticos que se juridifican, por lo que el elemento de responsabilidad es la clave del derecho disciplinario. En otras palabras, el derecho disciplinario es un conjunto normativo de cumplimiento obligatorio que gobierna toda una actividad o función y que regula el régimen de la responsabilidad por la violación de esas normas imperativas.

8. El régimen de la responsabilidad disciplinaria: Son las acciones u omisiones que las normas legales consagran como faltas en el ejercicio de una actividad funcional, profesional o jurisdiccional. En **materia funcional**, por ejemplo, según el artículo 141 de la Constitución, consiste en la definición de las conductas que atentan contra el principio del servicio de los ciudadanos, la honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y la conducta responsable en el ejercicio de la función pública de actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho. Así como en **materia jurisdiccional**, de acuerdo con los artículos 1° y 24 del Código de Ética del Juez Venezolano, el régimen de responsabilidad disciplinaria lo constituyen las faltas y sanciones a los jueces que contraríen los principios éticos que deben guiar su conducta: de fortalecer la confianza de la comunidad por su idoneidad y excelencia; de la integridad e imparcialidad para el ejercicio de la función jurisdiccional y de evitar realizar actos que los hagan desmerecer la estimación pública o que puedan comprometer el respeto y el decoro que exige el ejercicio de la función judicial. Y, por último, **en materia de la actividad profesional de la abogacía**, de acuerdo con los artículos 1° y 70 de la Ley de Abogados, el régimen disciplinario está constituido por los deberes de los abogados y las faltas y sanciones por la violación de los deberes de actuar con probidad, honradez, discreción, eficiencia, desinterés, veracidad, lealtad; de guardar la independencia profesional, de respeto a su dignidad como persona, de defender los derechos de la sociedad y de los particulares; de cooperar en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico y en la realización de una recta y eficaz administración de justicia, de fortalecer la fraternidad entre sus colegas.

9. Principio cardinal de la responsabilidad disciplinaria: Como toda responsabilidad cuya contrariedad implica sanciones, resulta esencial “*el principio de culpabilidad*”, según el cual para que una acción u omisión realizada por el sujeto de dicha responsabilidad sea sancionable o punible, debe realizarse con culpabilidad.

10. Diferencia con la responsabilidad penal: Si bien las sanciones disciplinarias sólo se concretan cuando existe culpabilidad en una conducta determinada, al igual de lo que sucede en el derecho penal, sin embargo, no es similar a la responsabilidad penal, porque el órgano competente no está sujeto a la aplicación estricta del principio de la tipicidad, sino que disfruta de cierto margen de discrecionalidad al calificar la conducta del sujeto obligado a seguir una conducta disciplinaria. Ello por cuanto las conductas que se describe como obligatorias responden más a criterios éticos.

11. Principios para evitar la arbitrariedad en el establecimiento de la responsabilidad disciplinaria: Para evitar la arbitrariedad, por el margen de discrecionalidad que disfruta el órgano disciplinario, se consagra el principio del debido proceso y los principios de la ponderación y de la proporcionalidad y de la plenitud probatoria, que evitan que las sanciones resulten desmedidas o injustificadas, conforme a los límites que se imponen a la discrecionalidad administrativa, a que se contrae, por ejemplo, el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. No obstante, en el derecho disciplinario no se exige que la conducta sancionable sea dolosa, sino una conducta irregular o contraria o de inobservancia de las normas disciplinarias, por lo que la responsabilidad disciplinaria se acerca al concepto de responsabilidad objetiva. Por ejemplo, los deberes de comportarse el obligado con probidad, buena fe y lealtad, escapan a la tipicidad. Esos principios y límites se convierten en los principios generales del derecho administrativo sancionador.

13. Diferencia con la responsabilidad civil: La sanción al incumplimiento de esta responsabilidad es la indemnización y no una sanción o pena.

14. Ámbito del contenido del derecho disciplinario: En razón de los principios de la responsabilidad disciplinaria, este derecho debe definir, en primer lugar, la **coercibilidad de las normas**, es decir, precisar qué violaciones a las reglas de conducta deben o no ser sancionadas. En segundo lugar, definir **la competencia normativa**, a quien corresponde establecer los sistemas disciplinarios: En tercer lugar, **la competencia sancionatoria**, es decir, quien es el competente para vigilar y sancionar las faltas a esas reglas conductas: Y, en cuarto lugar, **el procedimiento, el trámite obligatorio para encauzar y juzgar las faltas a los deberes disciplinario.**

15. Naturaleza de las decisiones dictadas en el derecho disciplinario: Existen dos sistemas de aplicación de las sanciones a las faltas a los deberes disciplinarios: Uno, el de sanciones aplicadas por órganos administrativos mediante procedimientos administrativos, en cuyo caso la decisión es un acto administrativo de contenido decisorio; impugnabile a través de recursos administrativos o por medio de acciones de nulidad contencioso administrativas. Este sería **un procedimiento administrativo interno disciplinario**. Otro, el de sanciones aplicadas por órganos jurisdiccionales a los cuales se les asigne competencia disciplinaria, mediante procesos judiciales, por lo que la decisión es una sentencia, impugnabile mediante recursos judiciales. Este es **un procedimiento judicial disciplinario autónomo**. Por último, en el caso del procedimiento administrativo interno disciplinario, el ejercicio de los recursos judiciales en contra de las sanciones administrativas da lugar a **un contencioso administrativo disciplinario**.

16. Los derechos humanos y el derecho disciplinario: Las garantías procesales a que se refiere el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos son aplicables a cualquier procedimiento donde se origine un acto que pueda afectar los derechos de los ciudadanos. La CIDH ha señalado que tanto los órganos judiciales como los de cualquier otra naturaleza que ejerzan funciones jurisdiccionales, en las diferentes instancias del Estado, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno de las garantías del debido proceso establecidas en el referido artículo¹. Este principio o estándar internacional de aplicación de la garantía del debido proceso a cualquier actuación judicial o administrativa se ratifica en el encabezamiento del artículo 49 de la Constitución. La misma Corte ha dicho que en cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Así la administración no puede invocar el orden público interno para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados y que, por tanto, la administración no puede dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso². En este orden de ideas, dada la jerarquía constitucional que tienen en Venezuela los tratados internacionales sobre derechos humanos, según el artículo 23 de la Constitución, toda violación de esos derechos por un acto disciplinario resultaría nulo absolutamente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 25 constitucional, en concordancia con el numeral 1) del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

¹ Sentencia del 06-02-2001, Caso “Baruch Ivcher Bronsteien vs. Perú

² Sentencia del 02-02-2001, Caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá.

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y EL PRINCIPIO DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN¹

I. LA VISIÓN HUMANISTA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y SU VINCULACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN

Más que un derecho estatal el Derecho Administrativo en el siglo XXI, es un “*derecho de la ciudadanía*”, o un “*derecho para el ciudadano*”. En efecto, tradicionalmente el objeto de este Derecho es la actividad de la administración pública, pero, si en verdad ha de estar al servicio de los ciudadanos y si en su actividad la administración pública se debe fundamentar, entre otros principios, en el de la honestidad, participación, transparencia, rendición de cuentas, eficiencia, eficacia y responsabilidad, como algunos textos constitucionales lo asientan, como, por ejemplo, la Constitución venezolana², ciertamente, que, en consecuencia, ya este Derecho es un Derecho de la ciudadanía. No solo porque su finalidad es asegurar que la actividad administrativa esté al servicio del ciudadano, sino porque, además, la participación del ciudadano en su control es también uno de sus principios. En efecto, entre los derechos constitucionales la participación ciudadana en el control de la gestión de los asuntos públicos, la rendición de cuentas y el acceso a la información de registros oficiales, son derechos políticos de primer orden, como, por ejemplo, se consagra en la Constitución de Venezuela³. Y el ejercicio de esos derechos, junto con el del sufragio, constituye la ciudadanía⁴. En este orden de ideas, participo de la opinión del profesor Javier Pérez Royo, que “*somos*

¹ Conferencia dictada en las IX Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano “Contratación, Ordenación del Territorio y Buena Administración”, organizadas por el Grupo de Investigación “Derecho Público global” (España), la Universidad de A Coruña (España), la Asociación Internacional de Derecho Administrativo y el, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, celebradas en Pazo de Mariñán (A Coruña), del 14 a 18 de marzo de 2016.

² Artículos 3º y 141 (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial Nº 36.860 del 30-12-1999, reimpressa mediante Gaceta Oficial Nº 5.453 Extraordinario del 24-03-2000, y su enmienda publicada en la Gaceta Oficial Nº Extraordinario 5.908 del 19-02-2009).

³ Artículo 62, aparte único, de la Constitución citada.

⁴ Artículo 39, de la citada Constitución.

*ciudadanos en la medida que participamos en la formación de la voluntad general y participamos en la formación de la voluntad general en la medida que somos ciudadanos*⁵. Puede, entonces, señalarse que el Derecho Administrativo no es el derecho de los privilegios y prerrogativas de la Administración frente al ciudadano, como tradicionalmente bajo la influencia del antiguo o “ancien” régimen francés se le conocía, ni tampoco puede simplemente definirse como el Derecho del régimen de la administración. Por ello, hoy día en lugar de “administrado”, se utiliza “ciudadano”, en la terminología del Derecho Administrativo. Y además, las leyes administrativas no solo son leyes de los poderes y potestades de la Administración, sino también leyes de las garantías y de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración Pública⁶.

Una de las principales manifestaciones de este concepto del servicio ciudadano de la Administración, es la consagración del respeto a las situaciones subjetivas como límite a la actuación de la administración, que, entre otros significados, amplía la protección no solo a los derechos subjetivos sino hasta determinadas situaciones de hecho de los ciudadanos frente a la actividad de la administración. A todo esto, se une que el principio de la legalidad es hoy un derecho ciudadano además de un principio de la actividad administrativa. Al igual que la consagración de la primacía de los derechos humanos como valor superior del ordenamiento jurídico⁷, que dota de una axiología humanista al Derecho Administrativo como parte de ese ordenamiento. Asimismo, al consagrarse como contenido del Estado de Derecho lo democrático y lo social, el derecho administrativo ha de ser también un Derecho Administrativo democrático y social. Por estas razones, me he atrevido partir, como postulado del tema, de la visión ciudadana del Derecho Administrativo, que autores reputados, como *Eduardo García de Enterría*, definen como el paso “*de la concepción minusvalorada del administrado a la concepción reforzada del ciudadano*”⁸ o, como, *Jaime Rodríguez Arana-Muñoz*, quien precisa que el Derecho Administrativo se alejó de la visión unilateral del

⁵ Pérez Royo, Javier, “*Curso de Derecho Constitucional*”, Marcial Pons (duodécima edición revisada y puesta al día por Manuel Carrasco Durán), Madrid 2010. p. 371.

⁶ Por ejemplo, el Decreto N° 6.127 del 15-07-2008 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.890 Extraordinario del 31-07-2008), en sus artículos 6°, 7°, 8° y 9°, se refiere a las garantías que debe ofrecer la Administración Pública a las personas, a los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración Pública, a la garantía del cumplimiento de la Constitución y a la garantía del derecho de petición, respectivamente.

⁷ Artículo 2°, de la misma Constitución y artículo 8°, del Decreto N° 6.127 del 15-07-2008 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública.

⁸ Ver comentario de Hernández, José Ignacio, en “Eduardo García de Enterría y la Renovación del Derecho Administrativo. Reflexiones desde la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública”, en la obra colectiva en homenaje a Eduardo García de Enterría, *La protección de los derechos frente al poder de la administración*, Editorial Jurídica Venezolana, Temis, Tirant Lo Blanch, Bogotá, 2014. p. 23.

interés general y se centró en el servicio de los ciudadanos por medio de actuaciones democráticas⁹. Concepción esta, que, sin duda, impregna la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública, aprobada por el Consejo Directivo del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, en reunión celebrada desde Caracas el 10 de octubre de 2013, en cumplimiento del mandato recibido por la XV Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado. En efecto, esta Carta, adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado, en su Preámbulo, como filosofía parte del principio que en el Estado Social y Democrático de Derecho la persona tiene un estatus de ciudadano en sus relaciones con la Administración Pública, que le confiere la condición de protagonista principal en los asuntos públicos por lo que entre sus derechos fundamentales se encuentra el derecho a una buena administración pública, es decir, “*a que la administración promueva la dignidad humana y el respeto a la pluralidad cultural, porque está al servicio de la persona en forma continua y permanente con calidad y calidez*”.

II. EL CARÁCTER SERVICIAL O “VICARIAL” DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA IDEA DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y SU CONVERSIÓN EN PRECEPTO JURÍDICO

La concepción humanista del Derecho Administrativo es el factor determinante de la naturaleza servicial de la Administración Pública, que la doctrina conoce como “*el carácter vicarial de la Administración Pública*”, o como “*su carácter instrumental, fiduciario o típicamente servicial*”¹⁰, en virtud que la Administración constitucionalmente se consagra no para servir al Estado sino para servir a los ciudadanos, como se contempla en el artículo 103.1, de la Constitución española, en cuanto estipula que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Y en el artículo 141, de la Constitución venezolana, que dispone igualmente que la Administración Pública esté al servicio de los ciudadanos y que sus fundamentos son los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, sometida plenamente a la ley y al Derecho. Tal destino o afectación de servicio ciudadano implica la obligatoriedad para la Administración de estos principios y no solo la del principio de la legalidad en el ejercicio de la actividad administrativa. En lo que respecta a la Constitución venezolana en cuanto a la naturaleza servicial o vicarial de la Administración Pública que se recoge en el citado artículo 141, constitucional, el profesor *Carlos García Soto*, de la Uni-

⁹ Rodríguez Arana-Muñoz, Jaime, *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, p. 155.

¹⁰ Martín Retortillo-Baquer, Sebastián, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 88 y ss.

versidad Monte Ávila, de Caracas, señala como su fuente inmediata la propuesta que el profesor *Lorenzo Martín Retortillo-Baquer* hizo al pleno del Senado de las Cortes españolas en 1978 sobre la fórmula que se escogió para la redacción del referido artículo 103.1, de la Constitución española¹¹. Por su parte, la Exposición de Motivos de la Constitución venezolana expresa que por definición la Administración Pública debe estar al servicio de la ciudadanía sin ningún tipo de distinciones, de privilegios o discriminaciones. Por tanto, en dicha Exposición se afirma que la aplicación del contenido del artículo 141 de la Constitución “*implica el cambio de una cultura y de unos hábitos organizacionales que han enturbiado y obstaculizado el ejercicio de esta función del Estado, desviándola hacia la satisfacción de intereses subalternos, con lo cual se ha facilitado la corrupción y la ineficacia e ineficiencia*”¹². Se puede concluir, en consecuencia, que los principios antes señalados fortalecen el principio de la legalidad administrativa al imponer a la actividad administrativa junto con el sometimiento pleno a la ley las condiciones de una buena administración para asegurar la eficacia, la eficiencia, la honestidad y evitar la corrupción. Es decir, que el principio de la sujeción a la ley y los principios de la eficacia, eficiencia y honestidad son las condicionantes de la buena administración y la base de los controles del despotismo y la arbitrariedad, o de la “*mala administración*” como se le llamó en el artículo 3º de la Declaración de Virginia y que el constituyente venezolano recogió en el artículo 191 de la Constitución de Venezuela, de 1811 y que la jurisprudencia de la Unión Europea ha insistido en proscribir y que ha consagrado como límite y parámetro de la legalidad de la acción comunitaria y como comportamiento obligatorio con los administrados. Además, esta jurisprudencia ha establecido que la mala administración puede dar lugar a la responsabilidad patrimonial de la Comunidad¹³. E, igualmente que se enuncia en los artículos 20.2.d, 55.1, 296 y 340 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa que recoge

¹¹ *Cfr.*: García Soto, Carlos, “El carácter servicial de la administración pública: el artículo 141 de la constitución”, 2009, citado por Hernández, José Ignacio, en su trabajo antes mencionado. Y la cita de L. Martín-Retortillo Baquer se tomó de *Cortes. Diario del Senado*, Número 50, 1978, p. 2352. Tomado de: http://www.senado.es/legis0/publicaciones/pdf/S_1978_050.PD.

¹² Gaceta Oficial N° 36.860 del 30.12.199, reimpresa por “errores materiales” del ente emisor en la Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario, de fecha 21-03-2000, que incluye la Exposición de Motivos (Ver Título IV Del Poder Público, Capítulo I De las disposiciones fundamentales, Sección Segunda De la administración pública).

¹³ La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) acogió este principio de la buena administración, entre otros instrumentos, de la Constitución italiana de 1947 (art. 97); del Código General de Derecho Administrativo holandés de 1994 y de la Constitución finlandesa de 1999 (art. 21). La primera sentencia de este Tribunal fue *Industrias Asociadas vs. Alta Autoridad*, del 11-02-1955 (As, 4/54). *Cfr.*: Carrillo Donaire, Juan Antonio, “Buena administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?” en la obra colectiva *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Director Juan Alfonso Santa María Pastor, 1ª edición, noviembre 2010, P. 1139-1142.

los principios generales de buena conducta administrativa¹⁴ y que se recoge en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que eleva la exigencia de una buena administración al rango de esos derechos.

Ciertamente, que modernamente la preocupación por la eficacia y la eficiencia de la actividad administrativa y por la reforma administrativa para mejorar la gestión de los asuntos públicos y la prestación de los servicios públicos y garantizar la ética pública, es lo que ha impulsado la idea de la buena administración, que al recogerse positivamente sus componentes de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública y de sometimiento plenamente a la ley y al Derecho, como en el caso de la Constitución venezolana, se convierte en un precepto jurídico constitucional, y legal, puesto que tales principios son trasladados también a la Ley Orgánica de la Administración Pública en sus artículos 5º y 10, respectivamente¹⁵. En efecto, al establecerse tales principios como obligatorios para la actividad de la Administración Pública y las responsabilidades y consecuencias jurídicas que apareja su incumplimiento, la idea de la buena administración adquiere naturaleza de principio del Derecho Administrativo, puesto que integran el régimen jurídico de la Administración, cuya finalidad es asegurar que su actividad esté al servicio de los ciudadanos. En otras palabras, que el principio de la buena administración se integra al concepto del ejercicio de la ciudadanía, de la cual la participación es uno de sus principales derechos. Este principio de la buena administración, como se dice en la Exposición de Motivos de la Constitución venezolana, antes citada, implica un cambio de cultura y de hábitos organizacionales en la actividad de la Administración Pública, o, en palabras del profesor de la Universidad de Sevilla, *Juan Antonio Carrillo Donaire*, “*un nuevo enfoque a problemas conocidos y a situaciones de derecho consabidas, que se imantan y galvanizan, adquiriendo nuevas potencialidades, en torno a este nuevo paradigma*”, como exigencias ligadas a la ideas de *gobernanza* y *buen gobierno*, propias de las Ciencias Políticas y de la Administración, que se encarnan bajo el principio de la buena administración” en el ámbito del Derecho Público¹⁶.

III. LOS DERECHOS QUE SE DERIVAN DEL PRINCIPIO DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN

Parto del concepto de derecho subjetivo público individual, es decir, de facultad reconocida jurídicamente que los ciudadanos pueden hacer valer frente al poder público, para atribuir a la buena administración la condición de derecho del ciudadano o administrado, además de la de principio general del Derecho Administrativo. En efecto, este principio, a nivel legislativo se regula en la relación

¹⁴ <http://www.ombudsman.europea.eu/resources/code.faces>.

¹⁵ Decreto Nº 6.127 del 15-07-2008 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública (Gaceta Oficial Nº 5.890 Extraordinario del 31-07-2008).

¹⁶ Carrillo Donaire, Juan Antonio, “Buena administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?” en la obra colectiva *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, ya citado, p. 1138.

jurídica entre el ciudadano, como sujeto activo, y la Administración, como sujeto pasivo. Es decir, objetivamente la Constitución y las leyes asignan la categoría de deberes jurídicos de la Administración a los componentes del principio de la buena administración, de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad, por lo que implícitamente se reconoce a los ciudadanos derechos correlativos a los ciudadanos para obtener, de algún modo coactivo o imperioso, el cumplimiento de esos deberes¹⁷. Por consiguiente, considero que la buena administración, tal como ha sido consagrado, constituye “*facultades que el ordenamiento jurídico concede a los ciudadanos para obtener el íntegro cumplimiento de los deberes que esas mismas normas imponen al Estado*”¹⁸. Sin embargo, al igual que el profesor *Juan Antonio Carrillo Donaire*, considero, por las implicaciones de conceptos jurídicos indeterminados, como celeridad, eficiencia, eficacia, transparencia, o de contenido deontológicos, como la honestidad, que ciertamente la buena administración no tiene un contenido propio de los derechos subjetivos clásicos, en cuyo caso su naturaleza es más la de una pretensión jurídica que la de un derecho subjetivo, y que su contenido se descompondría, entonces, en “*sus derechos*”¹⁹. No obstante, pienso, que en lo relativo a la prestación de servicios públicos los derechos señalados, por lo menos en Venezuela, pueden ser exigidos mediante verdaderas acciones o demandas, por lo que el incumplimiento de cada uno de ellos, celeridad, eficiencia, eficacia, transparencia, es accionable judicialmente como un derecho subjetivo, como sucede en Venezuela, donde se contemplan demandas por la omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos²⁰.

Lo cierto es que la definición constitucional del servicio al ciudadano como objeto de la Administración otorga a aquél el derecho a reclamarle si ésta sirve otros fines. Y la forma en que constitucionalmente se consagran los principios de buena administración en que ha de fundamentar su actividad para que se ajuste a esa finalidad permite al ciudadano denunciar su incumplimiento por parte de la Administración. Ello es mucho más evidente en materia de servicios públicos cuya falta de prestación, insuficiencia o mala calidad, que son violación de los principios de celeridad, eficacia, eficacia y eficiencia, obran como motivos para reclamar su prestación o su corrección, en beneficio no solo de intereses colectivos, sino también individuales, o para justificar una denuncia ante los órganos a quien compete su control o su velación, o para interponer demandas judiciales,

¹⁷ Ver, Madariaga Gutiérrez, Mónica, *Seguridad Jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI*, 2da. Edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, pp. 63-64.

¹⁸ Madariaga Gutiérrez, Mónica, *Seguridad Jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI*, ya citada, p. 64.

¹⁹ Carrillo Donaire, Juan Antonio, *Buena administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?*, ya citada, p. 1161.

²⁰ Ver Artículo 65 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Gaceta Oficial N° 39.451 del 22-06-2010).

como, por ejemplo, se reconoce en Venezuela a través del reclamo ante la defensoría de pueblo²¹ o mediante el llamado contencioso de los servicios públicos²². La posibilidad de accionar para reclamar el cumplimiento de tales principios mediante peticiones o pretensiones o recursos ante órganos administrativos o jurisdiccionales y de obtener censuras o decisiones resarcitorias e indemnizatorias, mediante procedimientos administrativos o judiciales, otorgan a la buena administración la naturaleza de derecho público subjetivo. Pudiera argumentarse que ello es procedente en virtud del derecho de exigir el cumplimiento de los contratos que se han suscrito con la Administración para la prestación de servicios públicos. Sin embargo, en primer lugar, no se trata de cualquier contrato sino de contratos administrativos por lo que los derechos del usuario son de progenie constitucional más que simplemente contractuales. Y, en segundo lugar, que, por su naturaleza de intereses colectivos o difusos, o supraindividuales, de los servicios públicos, como señalare seguidamente, cualquier ciudadano puede ejercer esas pretensiones en nombre de la colectividad o comunidad, si el incumplimiento de los principios señalados de buena administración daña o perjudica a la sociedad. En mi criterio, el derecho de acción, en estos casos, lleva a concluir en la existencia de un derecho sustantivo o material de la buena administración ante la Administración. Ello por supuesto, porque, constitucionalmente, los principios que definen el servicio al ciudadano de la Administración, o de buena administración, son mandatos o deberes impuestos a ésta constitucional o legalmente.

En otro orden de ideas, si bien desde el punto de vista de la relación del ciudadano con la Administración los deberes derivados del principio general del Derecho Administrativo de la buena administración son derechos subjetivos individuales, por otro lado, en razón de la finalidad servicial de la actividad administrativa, son los intereses generales de la sociedad los que se protegen con estos derechos. Por lo que en verdad son derechos socialmente objetivados, porque su razón de ser es amparar la sociedad, de modo que como tales son “derechos sociales”, dentro de la categoría de derechos colectivos o difusos, que operan como instrumentos de otros derechos fundamentales²³. En razón de su carácter de derecho socialmente objetivado es por lo que la participación ciudadana forma parte del contenido del principio de la buena administración por lo que también es un derecho socialmente objetivado, como se desprende del artículo 141, de la Constitución venezolana. Esta postura de derechos socialmente objetivados de la buena administración se apuntala con el objetivo de garantizar a todas las personas el goce y ejercicio de los derechos constitucionales que se atribuye a la organización y funcionamiento de la Administración Pública, en los artículos 3º y 8º, del Decreto N° 6.127 del 15-07-2008 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la

²¹ Ver artículo 281.2, de la Constitución de Venezuela.

²² Ver artículo 65 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, citada anteriormente.

²³ Sobre este concepto de derechos subjetivos socialmente objetivados, *Cfr.*: Millas, Jorge, *Derecho y sociedad de masas*, citado por Madariaga Gutiérrez, Mónica, *Op.*, cit. p. 67.

Administración Pública, en adelante Ley Orgánica de la Administración Pública²⁴. Normas estas cuyo antecedente lo es el artículo 30 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos²⁵, que consagró como principios generales de la actividad administrativa la economía, la eficacia, celeridad e imparcialidad, de cuya garantía se hace responsable a las autoridades superiores de cada organismo.

IV. LOS PRINCIPIOS DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA SEGÚN LA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE VENEZUELA

Según el artículo 141, constitucional, los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad, son fundamentos de la Administración Pública, a los que la Ley mencionada, en su artículo 10º, agrega los de economía, simplicidad, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, imparcialidad, uniformidad, modernidad, buena fe, paralelismo de forma y ausencia de formalismos no esenciales y los califica como principios del desarrollo de la actividad administrativa, apuntalando su naturaleza de principios de operatividad y funcionamiento. De estos principios la Ley citada, en su artículo 6º, extrae las garantías que debe ofrecer la Administración a los ciudadanos de decisión, de petición, de acceso e información, y en su artículo 7º, los derechos de las personas con la Administración Pública, donde se destacan los de conocimiento procedimental, identificación funcional, compulsas y certificación de documentos, alegaciones y pruebas, no exigibilidad de documentos innecesarios, información sobre requisitos técnicos y formales de los procedimientos, acceso a registros y archivos oficiales, respeto y deferencia y la opción del agotamiento de la vía administrativa.

De manera particular, la Ley mencionada, consagra, el principio de la simplificación de los trámites administrativos, de la publicidad normativa, de la responsabilidad patrimonial por la gestión administrativa, de la rendición de cuentas, del control de gestión, de suficiencia, racionalidad y adecuación de los medios a los fines institucionales, de coordinación, de lealtad institucional, de competencia, de jerarquía y de descentralización²⁶.

V. LA PARTICIPACIÓN COMO PRINCIPIO Y DERECHO DE BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO VENEZOLANOS

Especialmente, la Ley en comento, dedica todo su Título VI a la Participación Social en la Gestión Pública, como parte de las directrices y principios

²⁴ La tesis objetiva relativas al contenido de los derechos constitucionales ha sido sostenida por Friedrich Klein y Eike Vonhippel, citados por Rondón de Sansó, Hildegard, *Ab inis fundamentis (II) Garantías y Deberes en la Constitución Venezolana de 1999* (Caracas 2011), pp. 135-136.

²⁵ Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinario del 01-07-1981.

²⁶ Artículos 10, 12, 13, 14, 18, 21, 23, 25, 26, 28 y 29.

del funcionamiento y organización administrativa, en desarrollo del principio participativo que para el poder público y las entidades políticas se atribuye en el artículo 6º de la Constitución, que desarrollan particularmente diferentes normas constitucionales²⁷. Se ha dicho que la participación ciudadana es un elemento característico de la Constitución venezolana de 1999 y uno de los pilares centrales del Estado de Derecho de Venezuela y que ha abierto a la sociedad la posibilidad de intervenir en forma mucho más directa y constante en los asuntos de gestión y de gobierno²⁸. Principio este, como se ha dicho, informa el contenido del principio general de la buena administración, y, por ende, del derecho ciudadano a una buena administración. Como fundamento de este derecho se han indicado la mejora de la calidad de las normas, al contemplarse la participación de los ciudadanos y su derecho a ser oídos en la elaboración de los actos normativos de gobierno, en el procedimiento para dictar actos generales en protección de los intereses particulares potencialmente afectados, en garantizar que las decisiones administrativas responda a la voluntad general, es decir, la legitimidad democrática de la norma, al igual que en su reconocimiento constitucional expreso dentro de los derechos políticos y como garantía del derecho a la defensa en todo proceso y del principio de la transparencia de la actividad administrativa en la toma de decisiones administrativas de carácter general²⁹.

La participación es no solo un fundamento de la Administración Pública, sino también un derecho político propio de la ciudadanía. Este derecho es la posibilidad, por parte del ciudadano, no solo de intervenir en las decisiones en estos asuntos, sino la de controlar y de estar informado sobre su gestión, así como de la exigir rendición de cuentas y la responsabilidad. Al respecto, debe precisarse que esa participación no implica cogobierno o coadministración, por cuanto la Administración es quien decide, solo que en los casos en que su decisión puede afectar intereses generales o producir efectos generales, la buena administración la obliga a consultar, primeramente, o a informar previamente, a los ciudadanos, sobre las decisiones que piensa o proyecta adoptar. E, igualmente, la buena administración implica facilitar y simplificar el acceso de la ciudadanía a las instancias administrativas, mediante la información sobre los trámites pertinentes y sobre sus exigencias, así como acerca de las competencias de los órganos de la Administración y sobre los recursos disponibles y su utilización. La oportuna y periódica presentación pública ante organismos representativos de la sociedad o ante asambleas de ciudadanos de memorias y cuentas sobre los planes y programas de la Administración y las metas obtenidas, es otra forma de cumplir con las exigencias de participación, honestidad y transparencia de la buena administración en el actuar de la Administración.

²⁷ Artículos 55, 62, 63,64, 66, 67, 68, 79, 125, 143, 168, 173, 186.4º, 205, 211, 255 y 341 a 348,

²⁸ Chavero Gazdick, Rafael J. “La participación social en la gestión pública”, *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Estudios por Allan Brewer carías, Rafael J. Chavero Gazdick y Jesús María Alvarado, Colección Textos Legislativos Nº 24, 5ª Edición Actualizada, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, p. 113.

²⁹ Chavero Gazdick, Rafael J., *Op., cit.*, pp. 125-134.

Por otro lado, la ética en el ejercicio del poder público es uno de los principios o valores que debe orientar la política anticorrupción por parte de los diferentes Estados, obligados como están, por normas nacionales e internacionales, de adoptar medidas para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción. Por ello, la seguridad jurídica, la transparencia administrativa, el derecho de acceso a la información en materia de asuntos públicos y su control por órganos independientes y por la sociedad civil constituyen instrumentos de la práctica anticorrupción por parte de los Estados. Es decir, de buena administración. Esta práctica o política se inscribe dentro del ejercicio legítimo de la democracia, puesto que, como se reconoce en el artículo 4º de la Carta Democrática Interamericana³⁰, uno de los componentes fundamentales de la democracia es la transparencia de las actividades gubernamentales. Al igual que la Convención Interamericana contra la Corrupción³¹ esta Carta considera la ética como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico del Estado democrático y social de Derecho. No cabe duda, pues, que lo que se conoce como gobernabilidad democrática, que es un trasunto político de la buena administración, tiene en la transparencia y en el control de la corrupción de la gestión pública uno de sus componentes esenciales. Ello implica que en las instituciones democráticas deben construirse mecanismos independientes de información y de comunicación y de inspección de los procesos de las políticas públicas por lo que ello significa para la formulación de estándares de conducta de ética pública como parte de la buena administración. En otras palabras, que la gobernabilidad democrática es no solo la que evita regresiones autoritarias, realiza elecciones periódicas o lleva a cabo programas de justicia social para reducir los márgenes de pobreza, sino también la que logra la confiabilidad de las decisiones gubernamentales y evita la impunidad, precisamente por los niveles de ética y de buen desempeño que deben presidir esas decisiones y por el funcionamiento eficiente de los órganos independientes de control de la corrupción. Por esta razón, la transparencia, la probidad, la información ciudadana, la rendición de cuentas y la prevención y el control contra la corrupción son determinantes de la honradez, eficiencia, confiabilidad y responsabilidad de las administraciones públicas en una verdadera gobernabilidad democrática.

Dentro de esa gobernabilidad la participación ciudadana en el control de la gestión pública ha de ser garantizada, puesto que, como sucede en Venezuela, es un derecho político por lo que es deber del Estado, a la par que deber de la sociedad, facilitar la generación de condiciones más favorable para su práctica, como se estatuye en el artículo 62 de la Constitución vigente. En concreto, que la transparencia y el control de corrupción es uno de los principios que debe regir la administración de los bienes y recursos públicos y la actuación de los gobernantes, lo cual fortalece la democracia y el buen gobierno, así como la plena vigencia del Estado de Derecho, a través del acceso

³⁰ Aprobada en el Vigésimo Octavo Período Extraordinario de Sesiones de la Organización de Estado Americanos el 11 de septiembre de 2001.

³¹ Aprobada por los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos el 29 de marzo de 1996.

a la información pública y de la efectiva participación de todas las personas en la toma de decisiones de interés general y en la fiscalización y control de los actos públicos del Estado, principios estos, que incluso se recogen en la Constitución de 1999, frente a una realidad que es todo lo contrario.

1. *Procedimientos de participación ciudadana en el Derecho Administrativo venezolano*

En nuestro Derecho Administrativo se contempla la participación ciudadana en los procedimientos de elaboración de proyectos de leyes, de reglamentos presidenciales y para el resto de las normas elaboradas por la Administración Pública. En el primero de estos procedimientos se contempla como participación ciudadana, previos a la aprobación de los anteproyectos de leyes, la información a la opinión pública de la exposición de motivos, de los informes técnicos sobre la necesidad y oportunidad de la ley y sobre su impacto o incidencia presupuestaria. Sin embargo, el Consejo de Ministros por razones de urgencia, puede prescindir de estos trámites³². Iguales trámites se contemplan para la elaboración de los reglamentos presidenciales, pero expresamente se consagra la consulta pública obligatoria para garantizar el derecho de participación de las personas³³. Y en cuanto al resto de instrumentos normativos administrativos, además de reconocerse a las comunidades organizadas el derecho de presentar propuestas se consagra su derecho de participar en la elaboración de estos instrumentos. Así, en el caso de regulaciones sectoriales los órganos competentes deben iniciar procesos de consulta pública y remitir los proyectos a las comunidades y paralelamente han de difundir por medios de comunicación social y por sus páginas de internet, el inicio de estos procesos con la información pertinente. Durante estos procesos cualquier persona puede presentar sus observaciones y comentarios por escrito. Finalizada la consulta pública se fija una oportunidad para que funcionarios y comunidades intercambien opiniones, hagan preguntas realicen observaciones y propongan adoptar, desechar o modificar los anteproyectos o considerar un anteproyecto nuevo. El resultado del proceso de consulta, si bien es obligatorio, tiene carácter participativo y no vinculante. Particular significación sobre la naturaleza de derecho subjetivo público de la participación tiene la consagración de la nulidad como consecuencia de la aprobación de normas administrativas no consultadas, salvo en casos de emergencia o de legislación excepcional. Sin embargo, en estos casos las normas aprobadas deben ser consultadas bajo el mismo procedimiento a las comunidades organizadas y el resultado de la consulta debe ser considerado por la instancia que aprobó la norma³⁴.

Finalmente, la Ley Orgánica de la Administración Pública, en materia de participación ciudadana incluye la obligación de la Administración de informar de la manera más amplia, veraz y objetiva a la población sobre sus actividades, con el

³² Artículos 86 y 87 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

³³ Artículo 89, eiusdem.

³⁴ Artículos 138 a 140, eiusdem.

fin de ejercer el control social sobre la gestión pública, para lo cual se reconoce a cualquier persona el derecho a solicitar la información que considere necesaria a estos efectos³⁵. Igualmente se contempla en la citada Ley la obligación de la Administración de mantener a disposición de las personas esquemas de su organización, guía informativas sobre sus procedimientos y servicios³⁶. Por último, dicha Ley consagra en forma detallada el derecho de las personas de acceso a los archivos y registros de la Administración Pública, regulando su ejercicio y sus limitaciones por el secreto o confidencialidad de la información o de la documentación³⁷.

COMENTARIO FINAL

El comentario final es el de que, no obstante que se califica a ministerios y entidades oficiales de integrantes del poder popular, en Venezuela, no existe participación ciudadana, lo que, entre otros factores, ha afectado severamente la buena administración, y, por ende, la gobernabilidad democrática.

³⁵ Artículo 141, *eiusdem*.

³⁶ Artículo 142, *eiusdem*.

³⁷ Artículos 158 a 168.

COMENTARIOS PRELIMINARES SOBRE LAS REFORMAS PARA LA APERTURA Y FLEXIBILIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE HIDROCARBUROS Y DE RESCATE DE PDVSA¹

La reforma parcial de la Ley Orgánica de Hidrocarburos propuesta por la Asamblea Nacional democrática, mediante el Proyecto de Ley de Reforma de la Ley Orgánica que Reserva al Estado Bienes y Servicios Conexos a las Actividades Primarias de Hidrocarburos², contempla, entre otros aspectos, un cambio estructural del mercado, por la participación de nuevos oferentes petroleros la creación de la Agencia Venezolana de Hidrocarburos, la apertura del sector y la transformación de las empresas petroleras para convertirse en generadores de alternativas energéticas. Para julio de 2018 el referido Proyecto se consideraba para su segunda discusión, sobre el cual no cabe un tratamiento un tanto superficial al tema y tampoco que se dejen de incluir asuntos que son necesarios, y, que, por tanto, la Ley no quede reformada de manera incompleta e inadecuada. Según los diputados Luis Stefanelli y Elías Mata, la normativa que se apruebe no debe colocar restricciones a la participación del sector privado y debe enmarcarse en un régimen de libre competencia³. Así como que la ley debe atraer el capital privado para reactivar la industria petrolera, sin que ello signifique la privatización de PDVSA⁴. Según el Proyecto, los objetivos principales de la reforma son esencialmente: abrir y flexibilizar más las actividades de hidrocarburos reservadas al Estado para permitir una participación importante del sector privado nacional e internacional y sobre todo tratar de rescatar de la ruina y salvar a PDVSA. Y para lograr estos objetivos, en el Proyecto se plantea, en primer lugar, la revisión del artículo 5º, de la Ley vigente, que es el que impide que las actividades petroleras no puedan ser desarrolladas eficientemente por el sector privado, y, en segundo lugar, la búsqueda de la inversión del sector privado, puesto que en Venezuela no va contar con recursos oficiales para reactivar su industria, lo dependerá básicamente de la

¹ Cátedra Inter académica Internacional de Derecho Procesal y Constitucional Dr. José Gabriel Sarmiento Núñez, febrero de 2021

² [tps://transparencia.org.ve/project/ley-de-reforma-de-la-ley-organica-que-reserva-al-estado-bienes-y-servicios-conexos-a-las-actividades-primarias-de-hidrocarburos-2/](https://transparencia.org.ve/project/ley-de-reforma-de-la-ley-organica-que-reserva-al-estado-bienes-y-servicios-conexos-a-las-actividades-primarias-de-hidrocarburos-2/)

³ <https://elmercurioweb.com/noticias/2018/7/26/stefanelli-nuestra-ley-orgnica-de-hidrocarburos-ser-la-ms-moderna-y-flexible-de-la-historia-venezolana>

⁴ <https://efectococuyo.com/politica/nueva-ley-de-hidrocarburos-busca-atraer-capital-privado-para-reactivar-industria-petrolera-afirman-diputados/>

inversión privada nacional e internacional, por lo que el Proyecto de Ley fomenta todo tipo de asociación⁵. Sobre esos objetivos me permito hacer unos comentarios básicos.

Pero antes, es necesario recordar los artículos de la Constitución que tienen que ver con el tema, como lo son el artículo 302 y el artículo 303, respectivamente, pues allí es donde se establece la Reserva al Estado de la explotación de los hidrocarburos y la propiedad exclusiva del Estado sobre las acciones de PDVSA. Por otro lado, hay que tomar también en cuenta que la Ley de Hidrocarburos del 1999 impuesta por Chávez que derogó a la Ley de Nacionalización del 1975, retrocedió en el tema de la apertura de la actividad petrolera. Debe recordarse también que conforme al artículo 5º de la Ley de Nacionalización, anterior, en concreto sobre el tema de los Convenios de Asociación, la Corte en Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 23-04-1991, dictada bajo mi Ponencia, aprobada por unanimidad, había puntualizado que el control que debía tener el Estado en dichos convenios no tenía que ser necesariamente el de la mayoría accionaria de la sociedad que se constituyese, sino que dicho control podía obtenerse por vía contractual, sin que se requiriese dicha mayoría, sino que tuviese que forzosamente el estado participar en las decisiones fundamentales que se fuesen a adoptar en el ejercicio de las actividades reservadas. Esa decisión de la CSJ le dio piso o fundamento constitucional al primer convenio de asociación que fue el de Cristóbal Colón y a todos los otros convenios que se celebraron hasta antes de la llegada de Chávez al Poder.

Ahora bien, los convenios de asociación que jurídicamente son un género y no una especie, dieron lugar a que en algunos casos se constituyesen empresas bajo la forma de sociedades mercantiles y en otros casos no, sino que se celebraron contratos asociativos donde se establecían las condiciones para el ejercicio de las actividades, que no llegaron a constituirse como sociedades. En ese tiempo también se celebraron los denominados convenios operativos que adoptaron diversas modalidades de participación y de servicios, sobre todo estos últimos en los denominados campos maduros. La figura de las empresas mixtas deviene de la Ley del 1999, que son una especie de asociación, pero no la única que puede existir por supuesto, para el ejercicio de las actividades. El error de la ley del 1999, con base a una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), sirvió de canal para indudablemente acabar con todo lo que se había desarrollado bajo la anterior ley, por lo que solo se incluyó a la empresa mixta como forma asociativa permitida para la participación privada en las actividades. Con el agravante de que se le exigió al Estado la mayoría accionaria para tener el control del negocio.

Por todo ello, la reforma parcial propuesta por la Asamblea Nacional democrática continua con la figura de **empresa mixta**, pero en el marco inflexible de considerarla como única forma asociativa. Sin embargo, en la reforma propuesta, no se exige que el Estado tenga mayoría accionaria, sino que posea

⁵ <https://www.elimpulso.com/2019/06/12/luis-stefanelli-nueva-ley-de-hidrocarburos-garantizara-apertura-a-la-inversion-privada-12jun/>

acciones privilegiadas que le permitan tener el control del negocio. En este orden de ideas, todavía queda abierta la posibilidad en la reforma de dar categoría de género a **las asociaciones estratégicas**, pues a ellas se refiere el Artículo 303 de la Constitución, pero, sin embargo, no se le tienen en cuenta en la reforma de la ley. Dentro de ese género de **asociaciones estratégicas** las figuras que pueden adoptarse podrían ser variadas dentro del amplio campo contractual en el marco del derecho civil y privado en general. Es decir, **contratos innominados**, que reflejen y contengan reglas de participación o asociación. Es decir, la figura de las empresas mixtas puede quedar en la ley, pero no ser la única forma asociativa, pues no es el sentido que se desprende del texto constitucional del artículo 303. ¿Hasta dónde podría llegar la participación privada en estos contratos innominados dentro del género de asociaciones estratégicas? Es posible que comprendan todas las actividades reservadas. Nótese que, en la reforma propuesta, se amplían a la disposición y explotación de los gases asociados por los particulares, mediante empresas mixtas, pero no se explica bajo qué otra figura. También en materia de refinación y destilación se amplía la participación privada a todo el proceso de refinación, o sea, desde las etapas previas de destilación del petróleo crudo en las instalaciones existentes y a las que se conciban y desarrollen en adelante del proceso de refinación del petróleo hasta la mezcla de productos derivados. Ello parece bien, pero no se explica, ¿bajo qué régimen quedan las instalaciones existentes? Sobre las cuales como mínimo debiera ratificarse la propiedad estatal sobre ellas y flexibilizar los tipos de negocios que se pueden realizar respecto de esas instalaciones dentro de un amplio marco asociativo con los privados. En cuanto a la constitución de las empresas mixtas, única forma asociativa prevista en la ley, se les califica como Contrato de Interés Nacional. Este criterio hace más rígido el tratamiento, manejo y operación de la asociación que se constituya. Sin duda que las condiciones generales que se aprueben para la asociación por la Asamblea Nacional no podrán modificarse sin la aprobación de la misma, pero, a mi juicio, ello ha sido así no porque sean Contratos de Interés Nacional, sino porque desde la Ley de Nacionalización ya se contemplaba que los Convenios de Asociación tenían que ser aprobados sus términos y condiciones por el Congreso. Finalmente, se permite a los particulares participar en la comercialización internacional de crudo, que ha sido la actividad reservada más exclusiva por llamarla de alguna manera, desde la ley de nacionalización y ahora se abre también a los particulares. Y también las actividades en el mercado interno, con productos derivados, pueden ser ejercidas incluso por separado por los particulares. Estos planteamientos de la reforma cubren todas las que hasta ahora se han denominado **actividades primarias de hidrocarburos**, las cuales pueden ser desarrolladas en forma separada o conjunta, en empresas mixtas por los particulares. Ello es conveniente para poder atraer al capital privado extranjero y que pueda participar en forma protagónica en el negocio petrolero nacional, que requiere una altísima inyección de capitales privados para poder lograr su reactivación.

Hay otros temas que son de interés, como las regalías, la posibilidad de la creación de una Agencia Nacional de Hidrocarburos como las tienen otros países, para crear un ambiente de transparencia e independencia de PDVSA,

en la toma de decisiones para la escogencia de potenciales asociados, seguimiento de los planes y proyectos, fiscalización de los impuestos y regalías, criterios de contratación para los servicios a ser prestados, así como para las obras a ser ejecutadas. El tema de las regalías requiere un análisis pormenorizado, pues el esquema de la ley e incluso el propuesto en la reforma es muy rígido. Habría que pensar en unos tipos de regalías flexibles atados por ejemplo a los tipos de crudos que se extraigan o a los precios del hidrocarburo extraído en el mercado. El tema de los impuestos, por ejemplo, el impuesto sobre la renta, que luce muy elevado, más aún cuando se agrega a la regalía y a los impuestos propios de hidrocarburos, pueden hacer muy gravosa la participación privada. La revisión del tema del arbitraje internacional como mecanismo para resolver las disputas, es otro tema que hay que revisar, como exigencia y atractivo por parte de los capitales privados.

Entre las asociaciones estratégicas que se usaron en Venezuela en los últimos años antes de la llegada de Chávez al poder, estuvieron vigentes **los convenios operativos**, entre ellos, los de exploración a riesgo por terceros en áreas nuevas y los convenios de producción bajo ganancias compartidas. Además de Venezuela estas figuras asociativas se han usado bastante en México y en el Medio Oriente. En los convenios operativos lo que se compromete prestar el tercero contratante son servicios de diversa índole para poner a producir pozos petroleros en áreas ya desgastadas, denominadas maduras. El gobierno chavista consideró que todas estas modalidades implicaban la entrega de los yacimientos petroleros a los particulares extranjeros, sin tener en consideración el riesgo que ellos asumieron en el negocio. **Los tipos de contratos bajo asociaciones estratégicas** se han centrado más en la explotación y producción de hidrocarburos. No así en otras actividades como las de refinación, comercialización de crudos y de productos derivados, por ejemplo, en el caso de Venezuela, estos últimos en el mercado interno.

En el Foro, ¿Ley de Hidrocarburos o Ley de Energía, que opina la Asamblea Nacional?, realizado por el Sector de Energía de la Asociación VENEAMERICA, el 25 de Enero del 2020⁶, se dijo que hay un consenso generalizado en cuanto a que es imposible revivir el esquema de la nacionalización de 1976, de monopolio de la actividad petrolera por parte del Estado (petro-estado) en virtud del deterioro de las instalaciones, el avance de la tecnología, las nuevas condiciones del entorno y de las necesidades de recursos financieros, tecnología y capital humano que el país no tiene y que debe aportar el sector privado. Y, que, por consiguiente, la ley debe establecer las condiciones para poder crear una nueva industria energética ágil y competitivo. E, igualmente, que una reforma parcial a la ley actual de hidrocarburos es necesaria para permitir inversiones privadas en exploración, producción y almacenamiento de hidrocarburos y modificar otras leyes para hacer atractiva y segura esa inversión. Pero, para el mediano y largo plazo se planteó la conveniencia de una ley de energía que dé tratamiento integral al problema y pueda permanecer en el tiempo.

⁶ <http://venamerica.org/home/wp-content/uploads/2020/02/Resumen-del-coloquio-con-Luis-Stefanelli-2.pdf>

La Comisión Permanente de Energía y Petróleo de la Asamblea Nacional oficialista, elegida en diciembre de 2020, ha planteado una nueva reforma de la Ley de Hidrocarburos, cuyo objetivo es consolidar el desarrollo de un nuevo modelo de producción, fundamentado en la participación de los trabajadores en actividades productivas⁷. Y según el Presidente de dicha Comisión serán evaluados en la discusión del proyecto de reforma de la Ley de Hidrocarburos, la alta participación del Estado venezolano en las regalías, el Impuesto Sobre la Renta (ISLR) y el tope máximo fijado a la participación del Estado mediante el 60% de Petróleos de Venezuela S. A. (PDVSA) en las empresas mixtas⁸. Este Proyecto de la Asamblea Nacional oficialista ha sido criticado por el exministro Rafael Ramírez, porque a su juicio este instrumento es la misma propuesta presentada por la Comisión de Energía de la anterior Asamblea Nacional, la cual, según su criterio, se ha discutido entre las empresas transnacionales que exigen una derogación completa de la Ley Orgánica de Hidrocarburos del 2000, promulgada por Hugo Chávez, "que fue la ley que permitió la derogación", según sus palabras, "de la nefasta apertura petrolera, reasumir el control de la explotación del petróleo, su administración, explotación, procesamiento y exportación a través de la figura de las Empresas Mixtas, en la misma contemplada". Figura esta que de acuerdo con el exministro Ramírez, garantiza el concepto de control y reserva de la actividad petrolera, como, en su criterio, lo establecen el artículo 12 y el artículo 302 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁹. Asimismo, considera que el Proyecto de la Asamblea Nacional oficialista, a través de los *Contratos de Servicios Petroleros, previstos en el Decreto Ley No. 3.688 del 12 de abril de 2018*, que estableció un Régimen Especial y Transitorio para la Gestión Administrativa y Petrolera¹⁰, es una mala copia de los Convenios Operativos de la Apertura Petrolera de la Industria Petrolera Nacional¹¹.

Por mi parte, modestamente, por cuanto no soy experto petrolero, considero que, en el régimen de la actividad petrolera, como parte que es del sistema socio-económico constitucional y de la función del Estado en la Economía, a que se contrae el artículo 299, de la Constitución, "*ha de estar fuera de cualquier dogmatismo ideológico con relación a la ya superada disputa sobre los roles del mercado y el Estado, evitando una visión extrema y excluyente de los contenidos sociales de todo sistema económico, pero sentando las bases de una economía de respeto a la acción individual*", como se justifica dicho sistema constitucional en la Exposición de Motivos de la Constitución en la parte pertinente de su Título V", Capítulo I. Por lo que, "*en suma*", según la referida Exposición de Motivos,

⁷ <https://www.datasur.com/venezuela-reformas-a-la-ley-de-hidrocarburos-impulsara-produccion/>

⁸ <http://www.asambleanacional.gob.ve/noticias/comision-de-energia-y-petroleo-abre-proceso-de-recepcion-de-propuestas-para-la-reforma-de-la-ley-de-hidrocarburos>

⁹ <https://www.rafaelramirez.net/articulos/el-problema-no-es-la-ley-de-hidrocarburos/>

¹⁰ <https://pandectasdigital.blogspot.com/2018/05/regimen-especial-y-transitorio-para-la.html>

¹¹ <https://www.rafaelramirez.net/articulos/decreto-3-368/>

IDEARIO JURÍDICO Y POLÍTICO SOCIAL

“se plantea un equilibrio entre Estado y mercado, en razón de que el problema no es más Estado o menos Estado, sino un mejor Estado y el mercado no es un fin en sí mismo, sino un medio para satisfacer las necesidades colectivas”, por lo que, concluye la citada Exposición de Motivos, *“ese equilibrio debe prevalecer entre productividad y solidaridad, entre eficiencia económica y justicia social, dando libertad a la iniciativa privada y preservando el interés colectivo”*. Por tanto, en mi criterio este razonamiento de la axiología constitucional, en materia socioeconómica y de la función del Estado, es perfectamente aplicable en la reserva de la actividad petrolera, a que se contrae el artículo 302, de la Constitución, y en lo relativo a la totalidad de las acciones de PDVSA, en el sentido de que mientras el Estado conserve la totalidad de estas acciones, como lo exige el artículo 303, *ibidem*, es procedente la participación de la iniciativa privada, a través de un amplio régimen en las filiales de PDVSA, las asociaciones estratégicas y las empresas mixtas y a través las diferentes modalidades de contratos de participación y de servicios y de la ampliación de la participación privada en las actividades reservadas al Estado. Y, además, considero dentro de la reforma de la legislación de hidrocarburos, debe garantizarse que la función del Estado en este régimen no este ideologizado, ni politizado, o partidizado, y, que la regulación, el control y la fiscalización de las actividades delegadas a las empresas del estado y a la participación privada, la disposición de los hidrocarburos producidos por las empresas estatales y asignatarias, así como la implementación técnica de las políticas públicas del sector de hidrocarburos, este a cargo de órganos independientes y autónomos. Tal como se propone en el Proyecto de Ley Hidrocarburos elaborado por la Asamblea Nacional democrática.

NOTAS SOBRE LOS CONTRATOS PETROLEROS DE COMERCIALIZACIÓN INTERNACIONAL¹

SUMARIO

El presente trabajo comprende la doctrina general de los contratos de hidrocarburos, en el contexto del comercio internacional, a través de sus categorías y subcategorías, y sus especificaciones según su objeto. Igualmente, se contiene una descripción del actual del régimen de dichos contratos en Venezuela y la propuesta de reforma de la vigente Ley de Hidrocarburos presentada por la Asamblea Nacional legítima.

I. INTRODUCCIÓN: LA IMPORTANCIA DEL TEMA PARA LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DE HIDROCARBUROS

En la actualidad política del país se ha planteado por la Asamblea Nacional legítima la reforma parcial de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, mediante un anteproyecto, con el objeto de abrir y flexibilizar las actividades de hidrocarburos reservadas al Estado para permitir una mayor participación del sector privado nacional e internacional y para reconstruir la industria petrolera nacional. Un aspecto determinante de esa reforma es el atinente a los contratos de hidrocarburos, por lo que considero pertinente, aunque sea mediante unas notas, referirme a algunos comentarios sobre este tema, como colaboración para la *Revista de Derecho Mercantil*. Contratos estos que, si bien han de ser comprendidos en la Ley de Hidrocarburos, sin embargo, por sus motivos y su objeto son contratos de comercialización internacional.

II. LOS CONTRATOS DE HIDROCARBUROS COMO CONTRATOS DE COMERCIO INTERNACIONAL

Los contratos de exploración y producción de hidrocarburos o la compra-venta de productos de hidrocarburos entre Estados o empresas estatales y empresas extranjeras estatales o transnacionales tienen como objeto final la comercialización internacional de los hidrocarburos. Por esta razón se consideran de carácter internacional, en atención a la definición de estos contratos

¹ Colaboración especial para la *Revista de Derecho Mercantil* N° 2, 16 de septiembre de 2020.

contemplada en la Convención de Viena sobre la Compraventa de Mercaderías del 11 de abril de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías², según la cual uno de los factores de su internacionalización es la existencia del elemento “extranjería”; porque las partes contratantes tengan establecimientos en distintos Estados o cuando las partes tienen sus establecimientos en un mismo Estado, pero, sin embargo, el lugar de conclusión del contrato, o en el que están situadas las mercancías o el lugar al que deben ser transportadas para su entrega se encuentra en otro Estado distinto. Por otra parte, si bien el objeto de estos contratos internacionales de compra-venta son las mercaderías, es decir, bienes muebles corporales, la citada Convención no excluyó de su aplicación las ventas de gas y petróleo. Sin embargo, pienso que, así como la citada Convención excluyó de su ámbito de aplicación a la electricidad, conforme su artículo 2º, por sus características físicas y por las particulares condiciones de sus operaciones, igualmente tal definición de mercadería no cabe para los hidrocarburos. Además, estas fuentes de energía no son propiamente mercaderías, porque su venta, está sujeta a controles especiales legislativos o políticos o sujetas a regímenes estatutarios. O, a una legislación de naturaleza de derecho público. Por ello, en los contratos de hidrocarburos de compra-venta las partes descartan la aplicación de la Convención de Viena mencionada, por lo que para resulte aplicable han de convenir en someter la venta de gas o de petróleo a esta Convención, conforme se desprende de su artículo 6º. De modo que si bien, se consideran de carácter internacional, sin embargo, su régimen legal no es uniforme por la diversidad de sistemas jurídicos de los diferentes países productores de hidrocarburos. En segundo lugar, ambas partes son personas de derecho público; o una de ellas es una transnacional de naturaleza privada, de diferentes Estados, con domicilios distintos al lugar de su ejecución, o a la sede de las partes. Esta característica influye en su regulación, ejecución y resolución de conflictos. Y, en tercer lugar, para la solución de sus conflictos se incluye una cláusula de compromiso arbitral ante instancias internacionales y en la cual se precisa el derecho aplicable. De manera, que esta fuera de duda la naturaleza internacional de los mencionados contratos, por lo que aun cuando se hubiera escogido la jurisdicción de uno de los Estados partes el contrato en cuestión no es un contrato nacional.

III. MODALIDADES DE CONTRATOS DE COMERCIO INTERNACIONAL Y LOS CONTRATOS DE HIDROCARBUROS

De manera general puede decirse que según rija la autonomía de la voluntad de las partes, los contratos de compra-venta de hidrocarburos pueden tener diferentes modalidades³. Por ejemplo, contratos de venta física o de mercado”

² <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>

³ Ver, “Contratos internacionales de petróleo y gas. Algunas consideraciones jurídicas” de López Velarde, Rogelio, publicado en *Regulación del sector energético*, México, Secretaría de Energía-Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM),

spot”, porque la liquidación de la operación coincide en la misma fecha; o cuando la entrega se produce hasta un máximo de días después de celebrado. Igualmente pueden presentar las modalidades de contratos futuros o adelantados; de contratos de opciones, de operaciones “swaps” o de intercambio de bienes o servicios, o de contratos a riesgo. En el contrato de entrega física o de mercado spot se conviene en la entrega inmediata de determinada cantidad de petróleo o de productos de hidrocarburos por el precio del momento, que también es inmediato o en una fecha próxima. Por esta razón este precio no queda sujeto a las fluctuaciones del mercado. En la práctica comercial se le llama “*contrato spot*” porque es libre y ocasional y es la forma por la que las empresas explotadoras comercian sus excedentes, por lo que a mayor demanda en el mercado mundial estas empresas aumentan su producción, mientras que a menor demanda quedan excedentes. Por ello son exponentes de la oferta y demanda de hidrocarburos a nivel internacional, por lo que su valor puede fluctuar entre un contrato u otro. Además, por ser ocasionales su giro queda sujeto a los acontecimientos mundiales políticos, económicos o climatológicos y de accidentes naturales. En el contrato futuro el productor y el comprador se obligan a vender y comprar en una fecha determinada la cantidad del producto de una calidad específica y a un precio convenido. En los contratos adelantados las partes negocian libremente precio, plazo, calidad, cantidad, lugar de entrega del producto y forma de liquidación. En los contratos futuros, para cubrir las fluctuaciones del precio internacional del producto, la negociación está restringida por la existencia de normas que regulan los precios, plazos, cantidades, calidades, lugares de entrega y formas de liquidación. En los contratos de opciones una de las partes tiene derecho para comprar o vender crudo a un precio determinado, en un plazo de tiempo, que en la práctica se le llama “precio de ejercicio”, a cambio de una especie de garantía o prima denominada “precio de la opción”, y quien da esa prima se obliga a vender o a comprar conforme las condiciones convenidas en el contrato. Mientras que la otra parte puede o no ejercer su derecho a vender o a comprar. En otras palabras, la prima obliga a quien la emite. Los contratos riesgos son contratos de exploración, localización, perforación y explotación de recursos de hidrocarburos en un determinado país. Su característica es que el contratista asume los riesgos de la operación y la responsabilidad de las inversiones, por lo que del resultado de su ejecución dependerá que el contratista pueda recuperar sus inversiones y costos. Algunos de estos contratos contemplan una especie de premio por el buen resultado de la explotación, que consiste en recibir un porcentaje de parte de lo extraído en divisas o en especie, es decir, una cantidad del producto o de la producción. Esta prima se le llama en inglés “*risk fee*”. De los tipos anteriores, los contratos de riesgo son propiamente los contratos de hidrocarburos, mientras que los anteriormente señalados como contratos spot, contratos futuros o adelantados y los contratos de opciones son convenios aplicables a cualquier contrato de comercialización internacional.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997. Igualmente, ver el trabajo “El nuevo Derecho Internacional de la Energía a través del Estudio de sus Fuentes y el Ordenamiento Mundial del Petróleo en un Contexto Geopolítico/Especulativo,” de Velázquez Elizarrara, Juan Carlos.

No obstante, independientemente de su modalidad, en los contratos del comercio internacional de los hidrocarburos es ya una práctica, inclusive recogida en leyes, de incluir en estos contratos una cláusula de compromiso arbitral para la solución de las controversias surgidas de su ejecución, por la que se fija el lugar, el centro o tribunal arbitral y el derecho aplicable. Ello para evitar que los tribunales nacionales de uno de los Estados conozcan de estos conflictos y para evitar también los problemas interpretativos derivados de los elementos de extranjería propios del derecho internacional privado. Dada su categorización como contratos tipos de hidrocarburos, me referiré los contratos riesgoso contratos de exploración, localización, perforación y explotación de recursos de hidrocarburos, para luego referirme al régimen de los contratos de hidrocarburos en Venezuela y a la propuesta de su reforma.

IV. DERECHO CONTRACTUAL COMPARADO DE HIDROCARBUROS. SISTEMAS CONTRACTUALES Y TIPOS DE CONTRATO

En el derecho comprado petrolero los contratos de hidrocarburos se definen como “los convenios que rigen la relación entre el Estado, por una parte; y, por la otra, el operador del campo o de un área de interés hidrocarburíferos”. Su presupuesto es que la propiedad de los hidrocarburos es el Estado, y, si sus yacimientos son considerados como parte de su soberanía territorial y bienes del dominio público, y su principal fuente de ingresos e industria básica; la Constitución y las leyes pueden atribuirle la condición de contratos de interés nacional; y, por tanto, su celebración puede estar sujeta a controles de autorización o de aprobación. Ello determina un régimen mayor o menor intervención del Estado como parte del contrato en su ejecución, y las modalidades respecto del régimen de la renta, del riesgo exploratorio y de producción, de participación en los precios y en el régimen tributario. Las modalidades de estos contratos, reconocidas incluso por la Organización Latinoamericana de Energía (OLADE) son: 1) **Contratos de producción compartida**, donde se le permite al operador del campo recuperar sus costos de operación y de capital antes de la división de ingresos con el Estado; 2) **Contratos de servicios**, donde el operador del campo recibe un monto de recursos, generalmente como porcentaje del ingreso bruto, para cubrir sus costos de operación y de capital y obtener así una ganancia razonable y; 3) **Contratos de “impuestos/regalías”** donde el operador del campo tiene como obligaciones principales con el Estado, el pago de impuestos y regalías. Asimismo, los contratos de hidrocarburos se agrupan en **sistemas contractuales** y **sistemas de regalías e impuestos**. En los Sistemas Contractuales la propiedad pertenece, al Estado, lo que le permite definir los precios, volúmenes y mercados para la producción; por lo que la propiedad del hidrocarburo como bien del Estado está directamente relacionada con su comercialización. En los Sistemas de Regalías e Impuestos la propiedad del producto la asume la compañía que soporta con el costo del capital de riesgo y en estos casos la participación del Estado se limita al cobro de regalías y/o impuestos. En este Sistemas de Regalías y de Impuestos, la empresa contratante conviene en pagar un bono al Estado cuando se firma el contrato de exploración o cuando comienza la etapa de producción.

Además, la empresa operadora del campo petrolero debe pagar una regalía al Estado y cubrir con todos sus costos la operación y pagar los impuestos y tributos establecidos legalmente.

Por otra parte, la primera categoría de Sistemas Contractuales, se divide en dos subcategorías: Una, la de **Contratos de Servicios**, que comprende los contratos de servicios puros, los contratos de servicios híbridos y contratos de servicios de Riesgo. Y, otra, de contratos de producción compartida. En los Sistemas Contractuales el primer rasgo característico es la retribución a la compañía privada. En el caso de los Contratos de Servicios dicha retribución se realiza usualmente en dinero; mientras que en los contratos de Producción Compartida ella muchas veces es en especie. Esta distinción es importante toda vez que, si la retribución es en especie, la compañía privada puede comercializar la producción de la manera que crea conveniente. Por otra parte, en los Contratos de Producción Compartida muchas veces se le permite al operador del campo, recuperar sus costos de operación y de capital, antes de reconocer la participación del Estado. En los contratos de Servicios Puros el Estado otorga a la compañía privada un porcentaje fijo de los ingresos, se dice medidos en Boca de Pozo; con este porcentaje la compañía debe cubrir los costos incurridos, ya sea de operación o inversión, en la operación del campo. En los contratos de Servicios de Riesgo la retribución a la compañía se realiza sobre el beneficio de la operación. Y, los contratos de servicios híbridos son una mezcla de ambos contratos mencionados anteriormente.

V. RÉGIMEN DE LAS ACTIVIDADES DE HIDROCARBUROS EN VENEZUELA. CONTRATOS DE EMPRESAS MIXTAS Y LICENCIAS

En Venezuela, existen dos tipos de contratos según sea el hidrocarburo explotado. Es decir, el denominado crudo, o el producto refinado o el hidrocarburo gaseoso⁴ y el hidrocarburo gaseoso no asociado⁵. Estos contratos son de empresas mixtas y las licencias para la exploración y explotación. Las actividades relativas a la exploración en busca de yacimientos de los hidrocarburos, a la extracción de ellos en estado natural, a su recolección, transporte y almacenamiento iniciales, se denominan actividades primarias y quedan reservadas al Estado, por lo que solo pueden ser realizadas por el Estado, ya directamente por el Ejecutivo Nacional o mediante empresas de su exclusiva propiedad; o mediante empresas donde tenga control de sus decisiones, por mantener una participación mayor del cincuenta por ciento (50%) del capital social, las cuales se denominan empresas mixtas. Igualmente, en el caso de estas empresas, la Ley Orgánica de Hidrocarburos vigente, a la cual me referiré en estas Notas, define a las empresas que se dediquen a la realización de actividades primarias como empresas operadoras (artículo 22). Para

⁴ Este hidrocarburo se rige por la Ley de reforma parcial del Decreto 1.510 con fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos (Gaceta Oficial N° 38.493 del 4 de agosto del 2006).

⁵ Este hidrocarburo se rige por el Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (Gaceta Oficial N° 36.793 de fecha 23 de septiembre de 1999).

su ejecución el Ejecutivo Nacional mediante Decreto podrá transferir a las empresas operadoras, el derecho al ejercicio de las actividades primarias y la propiedad u otros derechos sobre bienes muebles o inmuebles del dominio privado de la República, requeridos para el eficiente ejercicio de tales actividades, en áreas delimitadas geográficamente donde las empresas operadoras realizarán las actividades primarias, divididas en lotes con una superficie máxima de cien kilómetros cuadrados (100 km²). Derechos estos que el Ejecutivo Nacional puede revocar cuando las empresas operadoras no den cumplimiento a sus obligaciones, de tal manera que impida lograr el objeto para el cual dichos derechos fueron transferidos (artículo 24). Y para la selección de las empresas operadoras se lleva a cabo un procedimiento de concurrencia de diversas ofertas, pero por razones de interés público o por circunstancias especiales de las actividades podrá hacerse escogencia directa de las operadoras, previa aprobación del Consejo de Ministros (artículo 37). En estos contratos de empresas mixtas, con relación a los costos de operación y riesgos, la República no garantiza la existencia de las sustancias, ni se obliga al saneamiento, por lo que la realización de las actividades se efectúa a todo riesgo de quienes las realicen en lo que se refiere a la existencia de dichas sustancias. Riesgo este que para el caso de no constar expresamente en el Decreto por el cual se otorgue el derecho a realizar las actividades primarias, sin embargo, se tendrá como incorporado en el texto del mismo (artículo 35). Los contratos de empresas mixtas tienen una duración máxima de veinticinco (25) años, prorrogable por un lapso a ser acordado por las partes, pero que no puede exceder de quince (15) años, lo cual ha de ser solicitada después de cumplirse la mitad del período para el cual fue otorgado el derecho a realizar las actividades y antes de los cinco (5) años de su vencimiento (artículo 34).

Las actividades de refinación y comercialización pueden ser realizadas por el Estado y los particulares, conjunta o separadamente, quienes deberán obtener una Licencia del Ministerio de Energía y Petróleo, quien podrá otorgarla previa definición del correspondiente proyecto; cuya duración no será superior a veinticinco (25) años, prorrogables por un lapso a ser acordado no mayor de quince (15) años, si se han cumplido los requisitos del proyecto (artículos 10 y 13). Estas Licencias no transmiten la propiedad de las instalaciones y obras existentes, sus ampliaciones y modificaciones, propiedad del Estado o de las empresas de su exclusiva propiedad, dedicadas a las actividades de refinación de hidrocarburos naturales en el país y al transporte principal de productos y gas, puesto que estas quedan reservadas al Estado (artículo 10). No obstante, no tratarse de contrato alguno de empresas mixtas, sin embargo, el artículo 15, de la Ley, en comento, se establece que en las Licencias que se otorguen para las actividades relacionadas con la refinación de hidrocarburos naturales, se deben incluir expresamente las disposiciones contenidas en el artículo 34, numeral 3, literales a y b de esta Ley, y de no aparecer expresamente, se tendrán como insertas en el texto de la licencia. Disposiciones están referidas a la reversión de las tierras, obras permanentes, las instalaciones, accesorios y equipos que formen parte integrante de ellas, y de cualesquiera otros bienes adquiridos con destino a la realización de dichas actividades, que, al vencerse la Licencia, deben ser entregados en propiedad a la República, libre de gravámenes y sin indemnización alguna. Y la cláusula de que las dudas y

controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse con motivo de la realización de estas actividades y que no puedan ser resueltas amigablemente por las partes, incluido el arbitraje en los casos permitidos por la ley que rige la materia, serán decididas por los Tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

En cuanto al sistema de regalías y tributario, según el artículo de la Ley citada, la explotación de hidrocarburos líquidos debe pagar una regalía de 30%, que puede disminuirse a 20% siempre y cuando se demuestre que su explotación económica es inviable; y la explotación de hidrocarburos gaseosos debe pagar una regalía del 20% sobre el valor bruto de producción. Y, el artículo 48 eiusdem, establece los siguientes impuestos: 1) **Impuesto superficial**, por la parte de la extensión superficial otorgada que no estuviere en explotación el equivalente a cien unidades tributarias (100 U.T.) por cada km² o fracción del mismo, por cada año transcurrido. Este impuesto se incrementará anualmente en un dos por ciento (2%) durante los primeros cinco (5) años y en un cinco por ciento (5%) en los años subsiguientes. 2) **Impuesto de Consumo Propio**, es decir, un diez por ciento (10%) del valor de cada metro cúbico (m³) de productos derivados de los hidrocarburos producidos y consumidos como combustible en operaciones propias, calculados sobre el precio al que se venda al consumidor final, y en el caso de que dicho producto no sea vendido en el mercado nacional, el Ministerio de Energía y Petróleo fijará su precio". 3) **Impuesto de Consumo General**, que se paga por cada litro de producto derivado de los hidrocarburos vendido en el mercado interno entre el treinta y cincuenta por ciento (30% y 50%) del precio pagado por el consumidor final, cuya alícuota entre ambos límites será fijada anualmente en la Ley de Presupuesto., y que debe ser pagado por el consumidor final pero que será retenido en la fuente de suministro para ser enterado mensualmente al Fisco Nacional. 4) **Impuesto de Extracción**. Un tercio (1/3) del valor de todos los hidrocarburos líquidos extraídos de cualquier yacimiento, calculado sobre la misma base establecida en el artículo 47 de esta Ley para el cálculo de la regalía en dinero. Este impuesto será pagado mensualmente junto con la regalía, por la empresa operadora que extraiga dichos hidrocarburos. Este impuesto podrá rebajar, por el tiempo que determine, el Impuesto de Extracción hasta un mínimo de veinte por ciento (20%). Y; 5) **Impuesto de Registro de Exportación**, es decir, el uno por mil (0,1%) del valor de todos los hidrocarburos exportados de cualquier puerto desde el territorio nacional, calculado sobre el precio al que se venda al comprador de dichos hidrocarburos, que puede ser exonerado total o parcialmente por el tiempo que determine el Impuesto de Consumo General, a fin de incentivar determinadas actividades de interés público o general.

VI. LA PROPUESTA DE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DE HIDROCARBUROS POR LA ASAMBLEA NACIONAL LEGÍTIMA

De lo anteriormente expuesto, puede señalarse que de las modalidades de los contratos de hidrocarburos, en Venezuela existe un régimen rígido para la

realización de las actividades primarias de hidrocarburos, puesto que en lugar de la explotación directa por el Estado, solo se contempla el contrato de empresas mixtas; y, para las actividades de refinación y comercialización, mediante la explotación directa por el Estado, o conjuntamente con los particulares, es decir por contratos de empresas mixtas; o separadamente por Licencias, las cuales sin embargo quedan sujetas a algunas disposiciones de estas empresas. El régimen vigente es cerrado e inflexible, por lo que la Asamblea Nacional legítima, ha propuesto una reforma de la Ley Orgánica de Hidrocarburos del 4 de agosto del 2006 para abrir y flexibilizar las actividades de hidrocarburos reservadas al Estado para permitir una participación más importante del sector privado nacional e internacional. Sobre este particular me referiré a continuación.

El Decreto con fuerza de Ley de Hidrocarburos del 23 de septiembre de 1999, dictado por el Hugo Chávez que derogó a la Ley de que Reservo al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburo, llamada Ley de Nacionalización Petrolera, del 21 de agosto de 1975, retrocedió en el tema de la apertura la actividad petrolera. En efecto, conforme el artículo 5º, de la mencionada Ley de Nacionalización, en concreto sobre el tema de los Convenios de Asociación, la Corte en Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 23-04-1991, dictada bajo mi Ponencia, aprobada por unanimidad, había puntualizado que el control del Estado en dichos Convenios, en el caso de empresas mixtas, no tenía que ser necesariamente el de la mayoría accionaria de la sociedad que se constituyese, sino que dicho control podía obtenerse por vía contractual, sin que se requiriese dicha mayoría, sino que el Estado tuviese que forzosamente participar en las decisiones fundamentales que se fuesen a adoptar en el ejercicio de las actividades reservadas. Esa decisión de la Corte Suprema de Justicia, le dio piso al primer Convenio de Asociación que fue el Cristóbal Colón y a todos los otros convenios que se celebraron hasta antes de la llegada de Chávez al Poder⁶. Ahora bien, los Convenios de Asociación que jurídicamente son un género y no una especie, dieron lugar

⁶ Esta decisión adoptada, por unanimidad por la Corte en Pleno, Luis Vallenilla la califico de ultra petita, porque supuestamente la Corte se había pronunciado sobre fuera de los límites de la demanda (“La Apertura Petrolera – Un Peligroso Retorno al Pasado, Caracas, 1995, citado por Bernard Mommer, en el trabajo que se indica más adelante), cuando, desconoció que tal demanda en verdad fue un recurso de colisión entre las leyes anteriores, entre ellas la de la Ley que reservo al Estado la Industria de Explotación del Gas Natural y, y la Ley de Nacionalización de 1975, por lo que por su carácter interpretativo la Corte podía, por la aplicación del principio de temporalidad, considerar derogadas las leyes anteriores, y aplicar en su lugar la Ley de Nacionalización, para que conformar su artículo 5º, precisar que el control del Estado en los Convenios de Asociación no era exclusivamente el de su capital social, sino el control determinante de la ejecución de dichos convenios. Y, por su parte, Bernard Mommer, consideró que yo con dicha sentencia había complacido a la demandante, LAGOVEN S. A., “por haber sido abogado al servicio de la industria” y porque “a Duque Corredor le tomó solamente evacuar esa consulta” (“Venezuela, Política y Petróleo. El Ingreso Fiscal y la Pobreza”, No. 4, enero de 1999, p. 12-13). A pesar de

a que en algunos casos se constituyeron empresas bajo la forma de sociedades mercantiles y en otros casos se celebraron contratos asociativos o de participación donde se establecían las condiciones para el ejercicio de las actividades, que no llegaron a constituirse como sociedades, pero donde el control lo mantenía el Estado. En ese tiempo también se celebraron los denominados Convenios Operativos que adoptaron diversas modalidades de participación y de servicios, sobre todo estos últimos en los denominados campos maduros.

La figura de las empresas mixtas deviene de la Ley del 1999, que son una especie de asociación, pero no la única que jurídicamente puede existir por supuesto, para el ejercicio de las actividades de hidrocarburos. Evidentemente, que el propósito del Decreto de la Ley de Hidrocarburos del 1999, del gobierno de Hugo Chávez, indudablemente que fue el derogar todo lo que se había desarrollado bajo la anterior Ley de 1975; y sirvió de canal para que, en esta última ley, solo se incluyera a la empresa mixta como forma asociativa permitida para la participación privada en las actividades (Artículo 22). Con el agravante de que se le exigió al Estado la mayoría accionaria para tener el control del negocio. Por todo ello, la reforma parcial propuesta por la Asamblea Nacional, en el punto cuarto del anteproyecto, contempla la figura de empresa mixta, pero en el marco inflexible de considerarla como única forma asociativa. Sin embargo, en la reforma propuesta, no se exige que el Estado tenga mayoría accionaria, sino que posea acciones privilegiadas que le permitan tener el control del negocio, que es un avance de apertura a la iniciativa privada. Sin embargo, todavía queda abierta la posibilidad en la reforma propuesta de dar categoría de género a las asociaciones estratégicas, pues a ellas se refiere el Artículo 303 de la Constitución vigente y que no se le tienen en cuenta en el anteproyecto de reforma de la ley vigente. Dentro de ese género las figuras que pueden adoptarse podrían ser variadas dentro del amplio campo contractual de los hidrocarburos en general⁷. Y hasta de contratos innominados, que reflejen y contengan las condiciones de la asociación.

En ese orden de ideas, la figura de las empresas mixtas puede quedar en la Ley, pero no ser la única forma asociativa, pues no es el sentido que se desprende del texto constitucional del artículo 303. En consecuencia, ¿hasta dónde podría llegar la participación privada en estos contratos innominados dentro del género de asociaciones estratégicas de las que habla el citado artículo constitucional? Es posible que comprenda todas las actividades reservadas. Puede señalarse que, en la reforma propuesta por la Asamblea Nacional, se amplía la participación privada a la disposición y explotación de los gases asociados por los particulares, pero no se precisa si es solo mediante empresas mixtas o licencias o permisos (Punto primero de la reforma). También en materia de refinación y destilación se amplía la

lo simple de su argumento, evidentemente por no ser abogado, y un ideólogo del régimen de Hugo Chávez, baste señalar que la sentencia se dictó sin voto salvado, y que se pronunció en el lapso legal. De todos modos, el tiempo, gran ministro de la razón humana, ha dado la razón a la Corte en Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

⁷ Ver Nota N° 3. Y “Contratos de Exploración y Explotación de Hidrocarburos- América Latina 2010”, Organización Latinoamericana de Energía (OLADE), junio 2010.

participación privada a todo el proceso de refinación, es decir, al proceso de refinación anterior, o sea respecto de la operación de las instalaciones existentes y a las que se construyan y desarrollen de ahora en adelante. Ello parece bien, pero en el punto segundo del anteproyecto, que elimina la reserva exclusiva del Estado sobre las instalaciones y obras existentes, sus ampliaciones y modificaciones, contemplada en el artículo 10 de la ley vigente, sin embargo, no se establece cuál es su régimen en adelante. Sobre las cuales como mínimo debiera ratificarse la propiedad estatal sobre ellas, pero flexibilizar los tipos de negocios que se pueden realizar sobre tales activos dentro de un amplio marco asociativo con los sectores privados. Sobre el punto tercero del anteproyecto relativo a la reforma del artículo 22 de la ley, que requiere para las empresas mixtas una participación mayor del cincuenta por ciento (50%) del capital social, se aplica lo ya señalado antes sobre las asociaciones. En el punto cuarto del anteproyecto sobre la reforma del artículo 33, que se refiere a la constitución de las empresas mixtas, única forma asociativa prevista en la ley, se les califica, de una manera general, como contrato de interés público. Este criterio hace mucho más rígido el tratamiento, manejo y operación de la asociación que se constituya. Sin duda que las condiciones generales que se aprueben para la asociación por la Asamblea Nacional, no podrán modificarse sin la aprobación de la misma, pero ello no ha sido así porque sean contratos de interés público, sino porque desde la Ley de Nacionalización de 1975 ya se contemplaba que los convenios de asociación tenían que ser aprobados en sus términos y condiciones por el Congreso, que no necesariamente esta aprobación determina su condición de contrato de interés público, sino de mecanismo de control legislativo y de requisito de su validez. Por otra parte, según el punto séptimo del anteproyecto, en el que se propone la reforma del artículo 57, se permite a los particulares participar en la comercialización internacional del crudo, que ha sido la actividad reservada más exclusiva del Estado por llamarla de alguna manera, desde la Ley de Nacionalización de 1975; y que ahora se aspira abrir también a los particulares. Y también se indica que las actividades en el mercado interno, con productos derivados, puedan ser ejercidas incluso por separado por los particulares. Estos planteamientos de la reforma propuesta por la Asamblea Nacional cubren todas las que hasta ahora se han denominado actividades primarias de hidrocarburos, las cuales pueden ser desarrolladas en forma separada o conjunta, en empresas mixtas por los particulares. Ello es conveniente para poder atraer al capital privado extranjero y para que pueda participar en forma protagónica en el negocio petrolero nacional, que requiere de una altísima inyección de capitales privados para poder lograr su reactivación. En cuanto a la reforma propuesta por la Asamblea Nacional, respecto de la explotación del gas asociado, a que se contrae el artículo 2º, de la Ley vigente; no se contempla dicha explotación en forma asociativa, lo cual es perfectamente viable constitucionalmente, por lo que el desarrollo de tal actividad pareciera que queda sólo limitado a la explotación por el particular que reciba el permiso o licencia del Ministerio del ramo, que propiamente no son contratos.

Por otra parte, podría agregarse en el anteproyecto de reforma, dentro de las diversas formas contractuales que podrían desarrollarse en el marco de las Asociaciones Estratégicas, la figura de los contratos innominados de estabilidad, de manera de darle mayor seguridad jurídica a los particulares que entren a asociarse

con el estado en el negocio petrolero. Entre las asociaciones estratégicas que se usaron en Venezuela en los últimos años antes de la llegada de Chávez al poder, estuvieron vigentes los convenios operativos, entre ellos, los de exploración a riesgo por terceros en áreas nuevas y los convenios de producción bajo ganancias compartidas. Además de Venezuela estas figuras asociativas se han usado bastante en México y en el Medio Oriente. En los convenios operativos lo que se compromete a prestar el tercero contratante son servicios de diversa índole para poner a producir pozos petroleros en áreas ya desgastadas, denominadas maduras. El gobierno chavista consideró que todas estas modalidades implicaban la entrega de los yacimientos petroleros a los particulares extranjeros, sin tener en consideración el riesgo que ellos asumieron en el negocio. Los tipos de contratos bajo asociaciones estratégicas se han centrado más en la explotación y producción de hidrocarburos. No así en otras actividades como las de refinación, comercialización de crudos y de productos derivados, por ejemplo, en el caso de Venezuela, estos últimos en el mercado interno. Con relación a la actividad de refinación, en el punto segundo del anteproyecto, es verdad que se propone eliminar de la parte final del texto del artículo 10 de la Ley vigente, el párrafo que dice, que las instalaciones y obras existentes, sus ampliaciones y modificaciones, propiedad del Estado o de las empresas de su exclusiva propiedad, dedicadas a las actividades de refinación de hidrocarburos naturales en el país y al transporte principal de productos y gas, quedan reservadas al Estado en los términos establecidos en esta Ley. Pero al quedar vigente el artículo 15 de la actual ley, que no se reforma, que establece que en las licencias que se otorguen para las actividades relacionadas con la refinación de hidrocarburos naturales, deberán indicarse expresamente las disposiciones contenidas en el artículo 34 de dicha ley; en consecuencia se les aplicarían a las licencias que se otorguen para el ejercicio de esta actividad a los particulares, que actúen en forma separada del Estado, en las mismas condiciones que exige la ley vigente para las empresas mixtas, conforme al citado artículo 34, numeral 3, literales a) y b). Esto resulta inconveniente, por cuanto aquellas condiciones fueron establecidas por el legislador, en el artículo 33, de la ley vigente, para actividades primarias de exploración y producción y no de refinación, es decir, solo para la exploración en busca de yacimientos de los hidrocarburos comprendidos en esta Ley, a la extracción de estos recursos en estado natural, a su recolección, transporte y almacenamiento iniciales. Pero, por otra parte, en el artículo 10, como se dijo con anterioridad, que, también en materia de refinación y destilación se amplía la participación privada a todo el proceso de refinación, o sea a las instalaciones existentes y a las que se construyan y desarrollen de ahora en adelante, pero no se explica al eliminar la parte del artículo 10 que se sugiere eliminar, cómo quedan las instalaciones existentes que su exclusiva propiedad, es decir, no se explica qué ocurre con estos bienes. Si se quiere abrir esta actividad a la inversión privada habría que permitirse también que podrían licenciarse las mismas instalaciones antiguas para que las actividades las ejecuten los particulares por separado. En síntesis, abrir esta actividad de refinación vieja o anterior al sector privado en forma completa y no limitada como esta en la ley actual y cómo quedaría con la reforma.

Hay otros temas que son de interés, como las regalías, y la posibilidad de la creación de una Agencia Nacional de Hidrocarburos como las tienen otros países, para crear un ambiente de transparencia e independencia de PDVSA, en la toma de decisiones para la escogencia de potenciales asociados, seguimiento de los planes y proyectos, fiscalización de los impuestos y regalías, criterios de contratación para los servicios a ser prestados, así como para las obras a ser ejecutadas. En cuanto al tema de las regalías, ello requiere un análisis pormenorizado, pues el esquema de la ley, e incluso el propuesto en el punto 6 del anteproyecto relativo a la reforma del artículo 44 de la ley vigente, es muy rígido. De modo que, si se quiere incentivar la inversión privada en la actividad reservada de hidrocarburos, habría que pensar en unos tipos de regalías flexibles atados, por ejemplo, a los tipos de crudos que se extraigan o a los precios del hidrocarburo extraído en el mercado. Por otro lado, en el tema de los impuestos, por ejemplo, el impuesto sobre la renta luce muy elevado, más aún cuando se agrega a la regalía y a los impuestos propios de hidrocarburos, lo que por hacer muy gravosa la participación privada no se incentiva. Por lo que la renta petrolera no debería sujetarse principalmente a un régimen tributario, sino a esquemas de participación en el negocio petrolero.

Finalmente, la revisión del tema del arbitraje internacional como mecanismo para resolver las disputas en los contratos o licencias, es otro tema que hay que revisar, como exigencia y atractivo por parte de los capitales privados. En efecto, en relación al arbitraje internacional, es importante señalar, que el punto 4, del anteproyecto, que se refiere a la reforma del artículo 33 de la ley vigente, se conserva de la constitución de empresas mixtas como contratos de interés público, como ya se dijo; pero habría que agregar que el arbitraje, como parte de las condiciones previstas en el artículo 34, numeral 3, letra b, de la ley vigente, para las empresas mixtas, debería ser reformado, pues el texto adolece de dos defectos técnicos esenciales. En efecto, el primero que la norma considera al arbitraje como un medio amigable de solución de disputas, que no es cierto, puesto que es un medio contencioso o litigioso y no de arreglo amigable Y, en segundo lugar, que según el indicado literal del b del numeral 3, del citado artículo 34, las decisiones que puedan dictar los tribunales arbitrales, a pesar de dictarse en un proceso litigioso, no son definitivas, ni producen ningún efecto erga omnes, puesto que no obstante que sus laudos resuelven las controversias, sin embargo, es posible continuar con el litigio por ante los tribunales de la República, con lo cual se despoja a las decisiones arbitrales de su característica esencial de ser decisiones firmes, definitivas e inapelables. Muy diferente es que las decisiones arbitrales puedan ser susceptibles de anulación, pero ello ocurre solo por las causales específicas previstas en Venezuela conforme a la Ley de Arbitraje Comercial, o conforme a las distintas reglas procedimentales de las diversas instituciones arbitrales que existen en el mundo. En concreto, el arbitraje concebido de la manera defectuosa como está contemplado en la actual Ley de Hidrocarburos resulta poco atractivo a los inversionistas petroleros foráneos. Por último, además, una de las partes de un acuerdo arbitral puede ser una sociedad donde la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan una participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social o una sociedad en la cual las personas

anteriormente citadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social; del cual se excluyen solo las controversias directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público y no de derecho privado, según los artículos 3º y 4º, de la Ley de Arbitraje Comercial.

BIBLIOGRAFÍA

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, Convención de Viena sobre la Compra-venta de Mercaderías del 11 de abril de 1980 sobre los contratos de compra-venta internacional de mercadería, Naciones Unidas, New York, 2001

Corte Suprema de Justicia de la República de Venezuela, Corte Plena, Sentencia del 23-04-1991 (Ponencia magistrado Román J. Duque Corredor, Caso LAGOVEN S. A, recurso de colisión de leyes).

Ley de que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburo, llamada Ley de Nacionalización Petrolera, del 21 de agosto de 1975.

Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (Gaceta Oficial No. 36.793 de fecha 23 de septiembre de 1999).

Ley de reforma parcial del Decreto 1.510 con fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos (Gaceta Oficial 38.493 del 4 de agosto del 2006).

LÓPEZ VELARDE, Rogelio, “Contratos internacionales de petróleo y gas. Algunas consideraciones jurídicas”, publicado en *Regulación del sector energético*, México, Secretaría de Energía-Universidad Nacional Autónoma de Méjico (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.

MOMMER, Bernard, “Venezuela, Política y Petróleo. El Ingreso Fiscal y la Pobreza”, No. 4, enero de 1999, p. 12.

ORGANIZACIÓN LATINOAMERICANA DE ENERGÍA (OLADE), “Contratos de Exploración y Explotación de Hidrocarburos América Latina 2010”, junio 2010.

VALLENILLA, Luis, *La Apertura Petrolera – Un Peligroso Retorno al Pasado*, Caracas, 1995.

VELÁZQUEZ ELIZARRARA, Juan Carlos, El nuevo derecho internacional de la energía a través del estudio de sus fuentes y el ordenamiento del mercado mundial del petróleo en un contexto geopolítico-especulativo”. Anu. Mex. Der. Inter vol. 9 Ciudad de México ene. 2009.

DERECHO AGRARIO

DERECHO AGRARIO HUMANISTA: OBJETO, FUENTES Y METODOLOGÍA¹

I. EL PERSONALISMO FACTOR DE LA “INORDINACIÓN” DEL DERECHO AGRARIO CON LO HUMANISTA

Parto del principio que el sujeto del derecho agrario es determinante de su naturaleza humanista, no como elemento precientífico sino de su científicidad porque como persona es destinatario y agente de su acción, “o el autor, el centro y el fin de toda la vida económico-social”²; más que la actividad o la producción agraria, o su instituto integrador de la propiedad y la posesión, como lo es la empresa agraria; y más que los aspectos de su productividad o de los mercados. Es la condición de dignidad y sociabilidad del agricultor sujeto de derecho agrario la que impone a nivel nacional e internacional en este derecho, como en todo derecho, una integración de lo privado, lo público y lo social. Es decir, la persona y la sistemática de sus derechos inalienables, irrenunciables, interdependientes e indivisibles, hacen que las relaciones privadas, públicas y sociales, se entremezclen en una síntesis que forma una estructura jurídica intermedia entre los diferentes derechos privados, públicos o sociales. En este orden de ideas pienso que resulta valedero para el estudio del objeto del derecho agrario el rescate de la noción de derecho de inordinación o de integración de George Gurvicht para las ramas jurídicas que no pueden enmarcarse dentro del derecho privado o público³ y yo agregaría tampoco dentro del derecho social tradicional.

En efecto, del conjunto de valores y principios extraídos de las proclamações nacionales e internacionales de la gama de derechos explícitos e implícitos, inherentes a la persona, que influyen en toda relación de los individuos entre sí y de estos con el Estado, se desprende la corriente jurídica que permite estimar al conjunto de normas que atienden estos derechos en sus respectivas

¹ VIII CONGRESO AMERICANO DE DERECHO AGRARIO. León y Granada (Nicaragua) del 28 al 30 de Julio del 2013.

² Benedicto XVI, “La Caridad en la Verdad”, *Carta Encíclica*, Ediciones Trípode, Caracas, Venezuela, 2009, Capítulo II, 21, pp. 35-36.

³ Gurvicht, George, “Líder de Drouet Social”, París 1932, p. 13: Y “Elementos de Sociología Jurídica”, Méjico, 1948.

materias como derecho humanista. Hoy día el principio del libre desenvolvimiento de la personalidad es la fuente de esa corriente que inunda el ordenamiento jurídico, a través de los diferentes derechos fundamentales de la persona, que se convierte en el factor determinante de la inordinación o integración del derecho agrario científico con el iushumanismo que permite asumir la presencia de *un derecho agrario humanista* dentro de la evolución de su objeto. Este es el encuentro del derecho agrario con la filosofía del derecho y los derechos humanos, en razón del surgimiento de los derechos humanos y su reconocimiento universal, que influye en el replanteo de las corrientes filosóficas del derecho para redimensionar sus figuras e institutos, que se basan en la libertad, la justicia social y el desarrollo económico equitativo, que son principios del derecho agrario contemporáneo, como acertadamente reflexiona **Ricardo Zeledón**⁴. Esa inspiración humanista es la condición y límite del objeto y de las fuentes del derecho en general y el principio de orientación para la interpretación de todo el orden jurídico, y, por ende, del derecho agrario científico que materialmente atiende a la actividad agraria, a la empresa agraria, la productividad, los mercados, el ambiente agrario y el desarrollo agrario justo y equitativo.

En conclusión, que el derecho agrario humanista, desde un punto de vista sustantivo, es el derecho agrario que en su formulación, interpretación y aplicación se ajusta a los principios y valores propios del humanismo. Lo relevante, pues, en el estudio sistemático de sus fuentes es que no solo tengan que ajustarse a los procedimientos y criterios formales, que vendrían a ser el *esqueleto* de su ordenamiento, sino que han de ajustarse a los criterios sustantivos que constituyen su *nervio*⁵. Un nervio que se nutre de los valores que se derivan, en nuestro caso, de las proclamaciones contenidas en los textos constitucionales e internacionales que recogen como fuente jurídica la primacía de los derechos inherentes a la persona, individual y socialmente considerada y que mayoritariamente en las sociedades que siguen el modelo de Estado democrático y social de derecho, constitucionalmente son de aplicación prevalente. Puede decirse, entonces, que hoy día los principios generales del derecho agrario y sus fuentes han sufrido un proceso inordinación o integración con el iushumanismo o derecho humanista, como me referiré con posterioridad.

II. LAS CORRIENTES FILOSÓFICAS QUE INFLUYEN EN LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO AGRARIO CON EL DERECHO AGRARIO HUMANISTA

La teoría del método tridimensional del derecho propuesta por el filósofo brasileño **Miguel Real**, como lo destaca Ricardo **Zeledón**⁶, permite asentar las

⁴ *Derecho Agrario Contemporáneo*, Editora Jurua, Curitiba, Jurua 2009, pp. 38-41.

⁵ Salazar Benítez, Octavio, “La Regulación Constitucional de las Fuentes del Derecho”, pp. 109-110.

⁶ “*Derecho Agrario Contemporáneo*”, ya citado, p. 40.

bases de la construcción de este derecho agrario humanista puesto que distingue como objeto del conocimiento del derecho normas, valores y conductas, dentro de una interrelación, puesto que no se reduce sólo al estudio de la norma que regula la actividad agraria, como se proclama en la teoría pura del derecho, ni solamente a las conductas o superestructuras de relaciones económicas agrarias, de determinados grupos o clases, tal como lo apuntala la escuela sociológica del Derecho y el materialismo histórico, ni solo valores o intereses, como lo sostiene el idus naturalismo clásico o la escuela de la jurisprudencia de valores, sino su concreción práctica. Por el contrario, el método tridimensional coloca el objeto del derecho no en el conocimiento de la ley sino en el del ordenamiento jurídico, que además de disposiciones formales comprende valores y principios que rigen las relaciones de las personas junto con otras y con el Estado en la sociedad libre e independiente y que obran como fuentes de las demás fuentes jurídicas. En ese sentido el objeto del derecho agrario humanista comprende el estudio desde la norma positiva agraria pero donde la perspectiva del valor preeminente de los derechos del agricultor es fundamental para su interpretación, de modo que las normas reflejen los valores que inspiran las conductas sociales de los agricultores. En este sentido no puede ser considerada como verdadera norma jurídica sino aquélla que expresa un valor consensuado por la sociedad, como lo son los derechos humanos intangibles, por lo que para su interpretación ha de tenerse presente que se trata de resolver problemas de conductas de las personas, individual o socialmente consideradas, que hacen de la actividad agraria no solo un negocio sino también un modo de vida, y que son en definitiva la causa, origen, o fuente material de la norma, y que su aplicación práctica también es la medida de su eficacia real.

Por ello, concuerdo con **Ricardo Zeledón** cuando asienta que “*recurriendo al mismo método tridimensional pueden ubicarse en esas tres dimensiones también los principios generales del derecho agrario; ahora si no solo iusnaturalistas o iuspositivistas sino normativos, axiológicos y fácticos. Esto constituye un gran avance, no solo para superar el viejo debate, pues tiene una gran utilidad práctica en la interpretación evolutiva y en la construcción misma del sistema, pues las normas deben interpretarse a la luz de esos principios y ellos suplen los vacíos del ordenamiento cuando no hay normas para el caso concreto*”⁷. Por ello, agrego de mi parte, suben de punto los principios generales del derecho agrario humanista en su doble dimensión de fuente supletoria del derecho positivo agrario y de regla hermenéutica de interpretación de sus normas jurídicas, como expondré más adelante.

Este planteamiento de **Zeledón** de la interpretación evolutiva en base a la construcción de un sistema donde los principios tienen valor de fuente del derecho al igual que las otras, considero que se inscribe en **la Teoría de R. Dworkin**⁸, que

⁷ *Derecho Agrario Contemporáneo*, ya citado, p. 40.

⁸ En la doctrina se citan con frecuencia sus Obras “*Los derechos en serio*” y “*Teoría de los derechos fundamentales*”.

ante el positivismo puro y ante la discrecionalidad del juez en casos de inexistencia de reglas apropiadas, advierte que en los casos de ausencia de normas o de normas ambiguas la decisión debe provenir de la aplicación de los principios del ordenamiento jurídico y no de la discreción del juez. En efecto, para **Dworkin** las reglas y los principios, regulan conductas y se utilizan para fundamentar decisiones jurisdiccionales, porque ambos son derecho, pero el principio atiende a su relevancia o dimensión de la cual carecen las reglas, porque éstas se aplican o no se aplican por razón de su jerarquía, especialidad o temporalidad, mientras que aquéllos se pesan o ponderan para resolver conflictos entre sujetos iguales o desiguales. De manera que, por influencia de la preeminencia de la axiología de los derechos humanos, en mi criterio, la equidad suple la justicia lógica formal y la solidaridad la reciprocidad. Por otra parte, también es valedera para el derecho agrario humanista, la Teoría del autor alemán **R. Alexy**⁹, quien parte de la idea que los principios y las reglas son ambas especies del género norma, pero que se debe distinguir entre ellos. Y al efecto señala que las reglas son “*determinaciones posibles en los hechos y en lo jurídico*”. Por eso son mandatos definitivos. Mientras que los principios son “*mandatos de optimización de diversos grados en la mayor medida posible con relación a las posibilidades fácticas y jurídicas*”. Distinción esta factible en el derecho agrario humanista entre las normas agrarias como determinación de conductas agrarias positivas o negativas y los principios como criterios de optimización para la interpretación y aplicación de las normas. Al respecto **Alexy** llama la atención que, en virtud de la humidificación de los principios, éstos son disposiciones constitucionales, porque se incorporan a la Constitución. En ese orden de ideas las reglas son deberes concretos de hacer o de no hacer, que, por su estructura silogística, el método de la subsunción no permite la interpretación funcional o correctiva. Los principios, por el contrario, por su generalidad o abstracción, carecen del silogismo, y por ello se aplican mediante “**la ponderación**” porque no contienen mandatos definitivos sino de optimización. Es decir, habida cuenta de las posibilidades de hecho y de derecho orientan las normas hacia mandatos del *deber ser* que dependen de las razones que ponderadamente obren en contra o a favor. Es decir, hay que valorar o ponderar en qué medida fáctica y jurídicamente es posible reflejar un principio a la hora de aplicar la norma. Por ello son “*deberes de ser ideales*”.

Estas tesis, a través de la importancia que han adquirido los derechos humanos en la teoría general del derecho, acrecientan la propuesta de la integración del

⁹ Se citan con frecuencia sus Obras, *Derecho, principios jurídicos y razón práctica*, Ediciones Distribuciones Fontamar, México, 1993). *Teoría del discurso y derechos humanos* (Universidad Externado de Colombia, traducción de Luis Villar Borda, 2da. Edición, 1995). Las obras más comentadas y estudiadas de Robert Alexey son “*Teoría de la Argumentación Jurídica: Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*” (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989). *Teoría de los derechos fundamentales* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993), existe una segunda edición traducida por Carlos Bernal Pulido, editada en el año 2007. Y, *Concepto y validez del Derecho* (Gadisa, Barcelona, 1994).

derecho agrario con el derecho humanista, a través de la preeminencia de los derechos de la persona agricultora como principios generales de su interpretación y de su hermenéutica para la concreción real del derecho agrario.

III. EL DERECHO AGRARIO HUMANISTA Y EL CAMBIO SOCIAL

El planteamiento de este derecho agrario humanista refuerza la posibilidad del cambio social a través de medios jurídicos y el papel del derecho agrario en el desarrollo. En efecto, puede afirmarse que, si bien es verdad que son escasas las oportunidades en que una modificación del derecho es la causa directa de una transformación de la sociedad, ya no se duda, en palabras del profesor chileno **Francisco Cumplido Cereceda** que “*el derecho puede constituirse en una herramienta para el cambio y que su función básica es institucionalizarlo*”¹⁰. En efecto, a la decisión política de transformación le corresponde la iniciativa y al derecho la de institucionalizar tal cambio. O como señala el profesor chileno citado al derecho le toca la función de “*liberar la energía*”, que existe subyacente en la sociedad, eliminando los obstáculos jurídicos-sociales, que impiden el desarrollo y la función de crear los instrumentos que puedan encausar “*la energía liberada*”¹¹. A esta función contribuye la concepción del derecho agrario humanista por su filosofía del personalismo como centro de la construcción jurídica para las relaciones agrarias, porque su axiología antropocéntrica determina la configuración y orientación de los elementos institucionales (órganos, procedimientos y procesos de aplicación del derecho), de los elementos sustantivos (normas y criterios de solución de los problemas) y de los elementos culturales, (los valores y actitudes que mantienen unido el sistema). Esa orientación antropocéntrica facilita una interacción entre el derecho agrario y la sociedad agraria. Por último, es verdad que el derecho puede dirigir y conducir, pero como su objeto material son las conductas exteriorizadas de los individuos, su límite es la conciencia particular o social de cada uno de ellos, que jamás podrá alterar. Por ello, es su poder de convicción y no la fuerza en imponerse, la garantía de su eficacia social. Es decir, que sus normas se cumplan, porque los valores que han incorporado (justicia social, redistribución de la riqueza, solidaridad, pluralismo, democracia, protección ambiental, etc.), lleguen a ser aceptados por la sociedad.

IV. IMPORTANCIA DEL HUMANISMO EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA AGRARIA

Esta investigación importa porque permite ir creando una doctrina jurídica más adaptada a la realidad, y también permite determinar la eficacia de los textos legales que el Estado ha dictado para alcanzar los objetivos políticos,

¹⁰ Cumplido Cereceda, Francisco “El jurista y el Estado contemporáneo”, Boletín N° 25 al 27 del Inst. de Docencia de Investigaciones Jurídicas, Santiago de Chile, año 5, julio-septiembre-noviembre de 1971, p. 91.

¹¹ *Loc. Cit; ibidem.*

económicos y sociales de la política agraria. A este respecto, se debe recordar que uno de los fines del derecho, es dar certeza y seguridad a las relaciones entre los hombres, pero también es el medio para canalizar las necesidades originadas de los deseos de progreso y del cambio social. Por ello el derecho agrario, por un lado, pretende ser estable, pero por otro, no puede permanecer invariable, sino que debe ir cambiando de mano de las nuevas circunstancias sociales derivadas del reconocimiento de los derechos individuales, sociales y colectivos de los sujetos y grupos agrarios. Así no sólo se adapta a los cambios sociales, sino que también, al ir progresando, se va acercando a los valores que intenta realizar, que se materializan en los derechos agrarios fundamentales de acceso a la tierra, a la seguridad social, técnica y jurídica, al justo precio y de acceso y seguridad de los mercados y a la asociación y de acceso a la jurisdicción agraria.

Si es así, no puede aceptarse que el derecho agrario es sólo un ciencia de carácter dogmático, que reproduce un determinado derecho positivo, sino que dado su objeto científico tridimensional, y en concreto su axiología humanista, su conocimiento no se concibe como un ordenamiento abstracto separado de la realidad social, sino como un fenómeno cultural, que cobra vida en la medida que es aplicado en el campo social al que está destinado, a fin de regular la conducta de los hombres conforme a mandatos óptimos respecto de las relaciones bilaterales o plurilaterales que surgen del ejercicio de la actividad agraria. Por ello, la investigación jurídica procura conocer el deber ser del derecho agrario, que es el libre desenvolvimiento y desarrollo de la persona del agricultor para formar una doctrina que encarne sus valores superiores. Además, analiza las normas legales, para explicarlas e interpretarlas, pero también para conocer si desde este punto de vista abstracto, la ley encarna esos valores y si puede conseguir los objetivos de política agraria pretendidos por el legislador. Y, por último, procura conocer la eficacia de la norma jurídica agraria para determinar si en verdad se está adaptando a la realidad, o si, por el contrario, agudiza, consolidando, las situaciones inequitativas, injustas o de conflictividad, que pretende corregir, en lugar de darles solución. Esta vendría a ser la parte experimental de la investigación.

La investigación jurídica agraria, por tanto, explica por qué las normas, las más de las veces resultan ineficaces, en el sentido de saber si ello se debe a errores en la técnica legislativa, o en la de su sistematización; o en el contenido de las normas que se dictan, o porque no contemplan las características propias del sector agrario donde deben aplicarse, y si por ende, su aplicación es difícil, complicada o engorrosa, o si socialmente no representan ningún valor de la conducta de la persona agricultora. Por otro lado, la investigación jurídica agraria permite detectar la ineficiencia de los actos e instituciones jurídicas contemplados en las leyes, por resultar meramente formales, porque, por ejemplo, no existen medios para realizarlos conforme a los requisitos legales; o porque son ineficaces judicialmente; o porque los organismos administrativos o jurisdiccionales no existen o se encuentran, lejos o son inaccesibles, etc. También a título de ilustración puede señalarse, que la investigación jurídica agraria permite determinar, por ejemplo, que las leyes son ineficaces porque no se tuvo en cuenta el grado de organización social en el sector donde

han de aplicarse, lo que dificulta el acceso a una legislación eminentemente formalista. También la investigación jurídica permite medir la eficiencia o no de las instituciones creadas para resolver los problemas surgidos de la interpretación o aplicación del derecho agrario. En este mismo orden de ideas, de poner de relieve la importancia de la investigación jurídica en el derecho agrario, se puede señalar, que esta investigación, en su perspectiva tridimensional, permite destacar cómo a veces en los sectores sociales existen “derechos informales” (costumbres o hábitos), que dificulten la aplicación de la ley formal. Igualmente, la investigación jurídica facilita la información válida y confiable de las relaciones socio-jurídicas del sector agrario que se pretende regular, para que los instrumentos legales que se dicten resulten aplicables en una determinada realidad, y para que se recojan los valores y conductas que esa misma realidad genera. En concreto, que una investigación jurídica agraria que tome en cuenta los valores humanistas de la norma abstracta en la aplicación concreta del derecho permite, primeramente, a los Estados mejorar la eficacia de las normas y, en segundo lugar, perfeccionar el sistema jurídico agrario.

Por ello pienso que vale la pena hacer una breve referencia a la importancia para la investigación del derecho agrario humanista a los trabajos del Profesor de la Universidad de Münster, **Valentín Petev**, sobre la metodología de la ciencia jurídica en los tiempos presentes, cuyo pensamiento resume magistralmente el Profesor **Luis Villar Borda**, de la Universidad Externado de Colombia¹². En efecto, **Petev** considera que el positivismo jurídico, y en particular, la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen, que conceptúan al Derecho como verdadera ciencia, ha sufrido los embates de nuevas corrientes filosóficas y jurídicas, por el renacimiento del derecho natural, como reivindicación del derecho ante la injusticia y la legalidad ante el entuerto, que tuvo en la “justicia totalitaria” como consecuencia de los regímenes totalitarios y en el pensamiento de Gustav Radbruch uno de sus mejores exponentes. Esos cambios en el positivismo exigían nuevas respuestas del derecho y de las instituciones estatales, hasta el punto que por ejemplo, se cuestionó la propia concepción de la ciencia y la ley de la causalidad de la ciencia natural, que comprometió, incluso, la distinción neokantiana entre las ciencias del ser y ciencias del deber, que había permitido ubicar la ciencia jurídica entre éstas últimas. **Petev** destaca en ese acontecer las tendencias que rechazan toda normatividad, que se inscribe en la tendencia de los irracionalistas, por considerar que el hombre es incapaz para un conocimiento racional, en la cual se duda hasta del postulado de la verdad, que se introduce en la dogmática y la teoría del derecho. De allí que, si el marco del conocimiento es la realidad social, entonces, lo que se requiere es un conocimiento pragmático, o instrumental de la realidad jurídica, fundada en una comunicación con esa realidad, por lo que el trabajo metodológico y judicial debe apoyarse en el discurso y en la argumentación. Esta tendencia influye directamente para que en la metodología jurídica se supere el formalismo mediante un método abierto para el nuevo tipo de sociedad

¹² Petev, Valentín, *Metodología y Ciencia Jurídica en el umbral del Siglo XXI*, Traducción e Introducción de Luis Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, 1886 Ciento Diez Años de Educación para la Libertad, Bogotá, 1996.

abierta a los cambios económicos, políticos, sociales, ecológicos y culturales y tecnológicos del mundo contemporáneo. Por ello, la interpretación jurídica, por ejemplo, consiste en un proceso para organizar y guiar un discurso jurídico en el cual los resultados han de ser coherentes con los argumentos, para que el juez cumpla con la función no solo de aplicar lógicamente el derecho, sino también de orientar la sociedad. Esta interpretación basada en la lógica de lo razonable y de lo ideal es propia del razonamiento del derecho agrario cimentado en la unidad axiológica que comporta el reconocimiento de la preeminencia de los derechos del agricultor como principio general.

V. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO AGRARIO HUMANISTA COMO FUENTES SUPLETORIAS SU CONFIGURACIÓN COMO PRINCIPIOS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO OBJETIVO

El tema de los principios generales del derecho surge con ocasión de la aplicación de las reglas de la hermenéutica, cuando ante vacíos legales y la insuficiencia de la analogía para resolverlos, las leyes o códigos civiles señalan a estos principios como fuente supletoria. Estos principios no son normas jurídicas sino deducciones lógicas desde las cuales se construye la premisa mayor de la norma aplicable al caso mediante procesos inductivos de lo particular hacia lo general. Todo nos lleva a concluir que los principios generales del derecho son los que se puedan extraer de los presupuestos lógicos de las distintas normas e instituciones jurídicas que informan el derecho positivo. Por otro lado, cuando son objeto de un proceso de constitucionalización estos principios reciben el tratamiento de valores del respectivo ordenamiento jurídico, porque en verdad son principios del derecho positivo. De modo que en caso de faltar una disposición precisa de la ley o una aplicable por analogía al mismo asunto, es obligatorio dirigir la mirada a los principios constitucionales, entre los cuales destaca el del libre desenvolvimiento de la personalidad del cual se derivan consecuencias para todo el ordenamiento jurídico. Esos principios generales, por un lado, actúan como fuente subsidiaria respecto de las anteriores fuentes, y, por otro lado, tienen un significado orientador para la interpretación de las disposiciones jurídicas o de la costumbre, incompletas, ambiguas o contradictorias.

Ahora bien, como principios generales del derecho agrario humanista han de incluirse los valores superiores del Estado social y democrático de derecho enunciados en las Constituciones, porque son los principios generales de todo el derecho, mientras que los que se extraen de sus fuentes propias de inspiración son los particulares o especiales del derecho agrario como lo son la solidaridad, la responsabilidad social, y, la preeminencia de los derechos humanos. De esto último, se desprende que el derecho agrario tiene que orientarse en su creación, aplicación e interpretación por el respeto a la dignidad de la persona, de los derechos que le son inherentes y del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, aparte de la igualdad ante la ley y la justicia, y de la no discriminación. Por lo que se refiere a la *responsabilidad social* la formulación de las normas agrarias han de orientarse hacia la cooperación entre el Estado y la promoción de la paz, y la protección del medio ambiente, así

como tener presente los principios de la subsidiaridad y complementariedad de la actuación del Estado y el derecho a la tutela judicial efectiva, que se conecta con el valor justicia y de la equidad.

VI. LA CONCEPCIÓN DEL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO Y EL CONTENIDO NORMATIVO DEL DERECHO AGRARIO HUMANISTA Y SU INVESTIGACIÓN JURÍDICA

El constitucionalismo introduce como valor racional del orden jurídico a la democracia, que incorpora a la Constitución la idea de la legitimidad que significa un gobierno de derecho. Es decir, de respeto a la Constitución y a la ley, que da legitimidad al origen de la autoridad y a su modo de ejercicio. Nace así el concepto de Estado democrático, pero de derecho, que implica, a su vez, la aceptación de los principios tradicionales de división de poderes y de las libertades como límites del poder; y la consagración de los mecanismos de controles sociales, políticos y jurídicos de la legitimidad. Este Estado, es, por tanto, por definición “un Estado Constitucional”, pero cuando además se reconocen otros derechos económicos y sociales, algunos de ellos de carácter prestacional, entonces ya no es un Estado neutro, sino social, que es el ambiente externo donde se consolida el derecho agrario moderno. Por otro lado, a través del principio de la progresividad de los derechos se amplía la normativa constitucional de los derechos fundamentales en el Estado Social de derecho. Por tanto, la idea que subyace, pues, en este concepto polivalente, político, jurídico y social, de Estado, es no solo frenar la tendencia natural a abusar del poder a través del establecimiento de límites y mecanismos que lo impidan sino la de darle primacía a los derechos fundamentales, los cuales han de compaginarse o armonizarse con los derechos que atienden al beneficio colectivo, mediante una interpretación de disposiciones jurídicas, guiada por los principios de proporcionalidad, progresividad y racionalidad, propios de la interpretación del derecho en un Estado social, donde la educación y el trabajo son procesos fundamentales para alcanzar aquellos fines. Pero, se requiere situarlos en el orden material. Y esa es la función de la interpretación del derecho agrario humanista. El derecho agrario, en el contexto del Estado democrático y social de Derecho, en su contenido normativo contempla instrumentos y procesos para la realización del derecho a la tierra, entendido como el derecho de acceso y a la seguridad jurídica en la tenencia de la tierra, dentro de la pluralidad de sus visiones, de acuerdo con las realidades culturales nacionales, que contemplan debidos procedimientos de afectación y de distribución de tierras, de compensación por expropiación o de reversión de las tierras incultas o improductivas; así como diferentes modalidades para su adjudicación y derechos especiales de usucapión y de preferencia de adquisición de la propiedad en los contratos de uso de las tierras; para otorgar seguridad jurídica en la tenencia a la propiedad productiva y fórmulas que permitan a la población decidir por ella misma su proyecto productivo, dentro de una planificación democrática y concertada. Igualmente, conforme la vinculación que plantea el desarrollo agrario con el catastro rural, como instrumento téc-

nico del desarrollo agrario, el derecho agrario persigue la consecución de la seguridad de la tenencia, que es uno de sus fines para asegurar el derecho de acceso a la tierra.

Modernamente se vincula en el contenido del derecho agrario y el desarrollo agrario con el tema de los derechos humanos, por la incorporación a los planes nacionales y a las leyes de desarrollo rural y agroambiental de los derechos a la alimentación y del acceso a la tierra, dado que su ejercicio depende del adecuado tratamiento justo, equitativo y distributivo que se otorgue a la actividad agraria y a los medios de su producción. Tesis esta que se reconoce en el documento de la Conferencia de la ONU sobre Desarrollo Sostenible Río +20 de junio de 2012, como “*economía verde inclusiva*”, que ni más ni menos venían planteando los agro ambientalistas desde hace 20 años, de un sistema económico agrario responsable del medio ambiente, y que sin duda cabe dentro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible aprobados en dicha Reunión, que atiende integralmente al problema del agua, la tierra y la biodiversidad y que comprometen aún más a los Estados con las metas del hambre, la pobreza, la educación y la salud, que deben cumplir para el 2015. Independientemente de lo que pudiera criticarse a esta Cumbre, lo cierto es que la economía agraria responsable del medio ambiente ha sido reconocida a nivel internacional como un derecho fundamental de la humanidad.

Por último, en el derecho agrario humanista puede encontrarse principios de política agraria que son derivaciones, a su vez, de su axiología humana, como por ejemplo, la dimensión de la agricultura sustentable y el desarrollo agrario integral, que define la política agraria como democrática, eficiente, libre, ecológica y solidaria que garantice el acceso a la propiedad de la tierra y a los mercados, la seguridad alimentaria de la población, la protección y protección de la producción agropecuaria interna, niveles estratégicos de autoabastecimiento, la promoción de medidas compensatorias de las desventajas propias de la actividad agraria, una economía agraria responsable del medio ambiente y la seguridad personal, social y jurídica del agricultor.

Por lo expuesto, en el estado presente de la evolución del derecho agrario, con miras al Siglo XXI, partiendo del criterio que una investigación jurídica no sólo es la recopilación de datos y de normas, sino que su finalidad es reforzar el derecho como instrumento regulador del desarrollo social, pensamos que constituyen AREAS FUNDAMENTALES, para la investigación del derecho agrario como valor, norma y conducta, las siguientes. A) Las estructuras jurídicas de producción. B) La preservación del ambiente. C) La crisis agro-alimentaria. D) Las instituciones jurídicas del desarrollo. E) Las instituciones políticas agrarias y el fortalecimiento de la democracia. Y F) La tutela jurisdiccional de los derechos agrarios fundamentales.

En este último aspecto en el derecho agrario humanista el proceso es un instrumento de la justicia y de la equidad a través de la jurisdicción agraria y de los medios alternos de resolución conflictos como la mediación, la conciliación y el arbitraje, o jurisdicción por consenso. El proceso de este derecho es más que un trámite el medio para reflejar su axiología humanista mediante la interpretación funcional de la normas agrarias, no solo ante la jurisdicción nacional sino también

internacional, la cual en los casos de protección de los derechos humanos de los desplazados por conflictos bélicos internos ha sido un instrumento idóneo, como se reconoció en el Seminario sobre “Derechos Humanos en las Zonas Rurales de la Región Andina”, en el que se recomendó la formación de instancias internacionales para la vigilancia y protección de los derechos humanos y particularmente en los estados de emergencia. Al igual que para la tutela jurisdiccional de los derechos humanos colectivos o de la solidaridad de derechos a la paz, al desarrollo, al medio ambiente sano y a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad¹³.

CONCLUSIÓN

El VIII Congreso Americano de Derecho Agrario al incluir en su Programación el tema del **Derecho Agrario Humanista: Objeto, fuentes y metodología**, evidencia la evolución de la ciencia jurídica agraria hacia una sistematización integral de su cientificidad, cuya característica es la elasticidad de su objeto puesto que trasciende de lo económico y social hacia la filosofía del derecho, que por la influencia de la corriente del humanismo de preeminencia de los derechos humanos, más que una reformulación de su objeto, fuentes y método consiste en su inordinación con esa corriente. Como tal derecho agrario humanista tiene por objeto específico el estudio e investigación de los derechos inherentes a la dignidad del agricultor como persona, los principios de interpretación de las normas agrarias conforme la progresividad y preeminencia de estos derechos y el estudio de las instituciones jurídicas del desarrollo rural integral y de la tutela judicial efectiva de esos derechos.

¹³ Ver mi trabajo “*La tutela jurisdiccional de los derechos humanos en el campo del Derecho Agrario*”, Temas Agrarios, *Revista de la Procuraduría Agraria Nacional*, Año 10, N° 26- abril-mayo-junio 1988, Caracas, Venezuela pp. 41-43.

**DESARROLLO AGRARIO Y DERECHOS HUMANOS
EL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN Y
EL DERECHO DE ACCESO A LA TIERRA¹**

1. El desarrollo agrario parte del reconocimiento de la dignidad humana del trabajador o productor agrario, para lo cual han de garantizársele dos derechos fundamentales: **el derecho a la alimentación y el derecho de acceso a la tierra**. Por ello, modernamente, ambos derechos son componentes transversales de la Política Agraria. Por otra parte, la interpretación extensiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha permitido su reconocimiento y su exigibilidad a los estados en los derechos nacionales. El primero pasa a ser un derecho de los pueblos y de las sociedades, reconocido constitucional e internacionalmente como derechos de última generación.

2. El derecho a la alimentación agrario puede consolidarse en los avances de las políticas agrarias en los ámbitos nacionales, tanto en su referente de la seguridad alimentaria y como de la calidad de los alimentos, a través del desarrollo de sus instrumentos como el de la propiedad posesiva y productiva, y de la empresa social agraria, diversificada e integral; de los contratos agroindustriales y de la justicia agraria accesible y expedita; y la planificación del desarrollo agrario sustentable.

3. El derecho a la alimentación, que es el derecho de todo ser humano a alimentarse suficiente y adecuadamente, y que surge de los compromisos internacionales, implica para los Estados las obligaciones de **la seguridad alimentaria**, que significan:

- A. Reconocer el derecho a la alimentación como un derecho humano fundamental y su carácter indivisible, porque es esencial para el ejercicio de los demás derechos humanos.
- B. Adecuar el marco constitucional, legal y administrativo para su reconocimiento y para hacer posible su ejercicio.
- C. Garantizar los niveles esenciales de los derechos económicos a la población para satisfacer un mínimo de subsistencia que permita asegurar una alimentación adecuada en cantidad y calidad.
- D. Mantener los niveles de calidad de vida alcanzados en el ejercicio de este derecho, impidiéndose su regresividad.

¹ Cumbre Mundial de Derecho Agrario, Guaranda, Provincia de Bolívar, Ecuador, julio del 2012.

IDEARIO JURÍDICO Y POLÍTICO SOCIAL

E. Destinar recursos necesarios para satisfacer el derecho a la alimentación, estableciendo prioridad en los gastos públicos.

F. Establecer medidas legislativas, judiciales, administrativas, económicas, fiscales y educativas, que garanticen el acceso a alimentos de calidad, conformes con las prácticas culturales de la población.

G. Contemplar mecanismos jurídicos sancionatorios para garantizar el derecho a alimentarse cuando se le ponga en riesgo.

H. Diseñar en las políticas públicas los objetivos a cumplir para facilitar el acceso al derecho a la alimentación, y para medir las metas alcanzadas, el empleo de los recursos y para establecer estándares e indicadores de los avances o retrocesos de las políticas alimentarias.

I. Garantizar la provisión de alimentos en las situaciones de precariedad, desastres naturales o acciones de desplazamientos o de guerras.

J. Establecer medidas tributarias que permitan la redistribución equitativa del ingreso;

Lograr la participación de los diversos sectores sociales en el diseño y planificación de las políticas alimentarias.

4. Asimismo, el derecho de las personas a alimentarse impone, internacionalmente, a los Estados el compromiso de **la soberanía alimentaria**, que supone:

A. La obligación de no discriminar entre los Estados desarrollados y no desarrollados.

B. La obligación de no interferir en la libertad de acción de los Estados y de los diferentes pueblos en sus derechos a la utilización de sus recursos naturales para autosatisfacer su derecho a alimentarse.

C. La obligación de garantizar la participación y la libre organización de sus ciudadanos para el disfrute del derecho a la alimentación.

5. Y, respecto del compromiso de la **calidad de los alimentos**, los Estados se obligan a:

A. Producir y difundir información sobre el derecho a la alimentación y el uso adecuado de los alimentos.

B. Monitorear la inocuidad de los alimentos, desde la producción hasta su consumo.

C. Establecer mecanismos que permitan seguir el crecimiento y sostenibilidad de la población en términos nutricionales.

6. Para el diseño del desarrollo agrario para garantizar la seguridad alimentaria, se debe delinear y promover las instituciones de la propiedad y empresa sociales productivas y de la regulación moderna de los contratos agrarios de almacenamiento, conservación y distribución, para garantizar la provisión de alimentos, su suficiencia en términos de cantidad, y su estabilidad por la sostenibilidad de la oferta. Asimismo, mediante instituciones administrativas y judiciales modernas, el desarrollo agrario, ayuda con equidad, al acceso a la seguridad alimentaria, a través del asociativismo agrario, voluntario y democrático, por la integración de la producción, la transformación, el comercio y el consumo, mediante la ampliación un tratamiento adecuado de las cadenas agroalimentarias.

7. En ese orden de ideas, en la medida en que se desarrollen instituciones, instrumentos y mecanismos flexibles, dentro de políticas públicas amplias y participativas de producción y de distribución, y, el componente de la soberanía alimentaria del derecho a la alimentación se verá más robustecido en su autonomía, su equidad y la participación ciudadana. Al igual, que su componente de la calidad de los alimentos, en la medida que el desarrollo agrario incorpore en su estudio los procesos y procedimientos para el consumo de los alimentos, porque podrán medirse y asegurarse mejor la nutrición, la inocuidad y la preservación de los recursos naturales esenciales para la materialización del derecho a la alimentación.

8. Ante la inexistencia de algún instrumento internacional que así lo reconozca, la interpretación extensiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos permite proponer el reconocimiento del derecho a la tierra como un derecho humano, así lo han hecho ya las constituciones más avanzadas. En todo caso por la progresividad del sistema de los derechos humanos, este derecho se considera ínsito en la dignidad de las personas. Para ello, se parte del principio fundamental, común a los dos pactos internacionales de estos derechos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1.966, del derecho a la libre determinación de los pueblos, que implica el derecho de los pueblos de disponer de manera autónoma de sus recursos y riquezas, entre los que se cuenta **la tierra** como recurso y riqueza fundamental para su supervivencia. Asimismo, la interdependencia de estos derechos humanos obliga a los Estados a no postergar indefinidamente las medidas que deben adoptarse para asegurar su realización. Por ejemplo, el derecho al trabajo que se vincula a la garantía universal de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida, que, en el caso de las poblaciones rurales, su efectividad tiene una dependencia directa con el derecho del acceso, tenencia y propiedad sobre la tierra.

9. Igualmente, el derecho a la alimentación está plenamente relacionado con **el derecho a la tierra**, como se desprende del artículo 4° de la Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición. En ese mismo orden de ideas, de esa interdependencia de los derechos humanos, el reconocimiento del derecho a la tierra tiene fundamento en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo que se reconoce como un derecho humano inalienable, para lo cual la realización plena de todos los derechos y libertades que este derecho supone requiere, entre otros factores, de políticas de protección de la propiedad de las tierras, de las riquezas y de los recursos. También ese reconocimiento, puede fundarse en los artículos 4° y 14 del Protocolo II del Derecho Internacional Humanitario, que prohíben el pillaje, el ataque, la sustracción o la inutilización de objetos que se consideran indispensables para la subsistencia de la población civil, como “*los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego*”. Y, finalmente, los derechos colectivos de los pueblos indígenas guardan total interdependencia con la satisfacción del derecho a la tierra, como se desprende del

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que garantiza la titulación colectiva de las tierras de estas poblaciones².

10. El desarrollo agrario presenta mecanismos para la realización del derecho a la tierra, entendido como el derecho de acceso y a la seguridad jurídica en la tenencia de la tierra, dentro de la pluralidad de sus visiones, de acuerdo con las realidades culturales nacionales, que contemplan debidos procedimientos de afectación y de distribución de tierras, de compensación por expropiación o de reversión de las tierras incultas o improductivas; así como diferentes modalidades para su adjudicación y derechos especiales de usucapión y de preferencia de adquisición de la propiedad en los contratos de uso de las tierras; para otorgar seguridad jurídica en la tenencia a la propiedad productiva y fórmulas que permitan a la población decidir por ella misma su proyecto productivo, dentro de una planificación democrática y concertada. Igualmente, conforme la vinculación que plantea el desarrollo agrario con el catastro rural, como instrumento técnico del desarrollo agrario, se facilita la consecución de la seguridad de la tenencia, que es uno de sus fines para asegurar el derecho de acceso a la tierra. En pocas palabras, sin seguridad jurídica no hay seguridad alimentaria.

11. Resulta claro, pues, la vinculación del desarrollo agrario con el tema de los derechos humanos, por la incorporación a los planes nacionales y a las leyes de desarrollo rural y agroambiental de los derechos a la alimentación y del acceso a la tierra, dado que su ejercicio depende del adecuado tratamiento justo, equitativo y distributivo que se otorgue a la actividad agraria y a los medios de su producción. Tesis esta que se reconoce en el documento de la Conferencia de la ONU sobre Desarrollo Sostenible Río+20 de junio de 2012, como “*economía verde inclusiva*”, que ni más ni menos venían planteando los agro ambientalistas desde hace 20 años, de un sistema económico agrario responsable del medio ambiente, y que sin duda cabe dentro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible relativos aprobados en dicha Reunión, que atienda integralmente al problema del agua, la tierra y la biodiversidad y que comprometen aún más a los Estados con las metas del hambre la pobreza, la educación y la salud, que deben cumplir para el 2015. Independientemente de lo que pudiera criticarse a esta Cumbre, lo cierto es que la economía agraria responsable del medio ambiente ha sido reconocida a nivel internacional como un derecho fundamental de la humanidad.

12. La sola lectura de los principios fundamentales y del ámbito y objetivos del *Proyecto de Ley de Uso y Acceso Equitativo a la Tierra Rústica* ecuatoriano, que he conocido, elaborado por el Profesor José Santos Ditto, permite calificarlo como una manifestación del derecho agrario contemporáneo latinoamericano, que al lado del aumento de la producción y productividad, la seguridad alimentaria, el bienestar social y el ambiente, reconoce y garantiza el derecho de propiedad de la tierra rústica, en tanto cumpla con su función social y responsabilidad social

² Ver, Defensoría del Pueblo Colombia, “Evaluación de la Política Pública en procesos de restablecimiento de la población desplazada desde un enfoque de Derechos Humanos”, Asid, Bogotá, junio de 2003, p. 106 a 111.

y ambiental; así como la abolición del latifundio, la terminación del minifundio, la eliminación de las formas indirectas de explotación, y la adjudicación en propiedad de unidades agrícolas familiares y la consolidación de las pequeñas y medianas propiedades. Para lo cual, entre otros fines se señalan el fomento de la organización campesina, la garantía de los derechos colectivos indígenas, la conservación, uso y recuperación de los recursos naturales renovables, la corrección de la desigual distribución de los beneficios económicos, sociales y políticos derivados de la injusta tenencia de la tierra, la política agraria y la declaratoria de utilidad pública de la expropiación y reversión de los predios rústicos de propiedad privada que no cumplan con la función social y responsabilidad ambiental de este derecho.

Como Bolívar envuelto en el manto de Iris llegué desde el caudaloso Orinoco, Dios de las Aguas, hasta esta atalaya del Universo, la corona diamantina, a las sienas excelsas del dominador de Los Andes, a sus cristales eternos, y a tocar con mi cabeza la copa del firmamento, El Chimborazo, y también me embarga un delirio febril, y que me enciende como el fuego; y que al igual que Él, hace que me resucite, me incorpore, abra mis pesados parpados, y que vuelva a sentirme hombre. Gracias, hermanos ecuatorianos, por haberme permitido delirar ante el sitio más cerca del Sol y más lejos del Centro de la Tierra, ante los cuales mis palabras resuenan pobremente.

DESARROLLO RURAL, ORDENAMIENTO TERRITORIAL Y LAS FORMAS ASOCIATIVAS DE PRODUCCIÓN Y LABORALES AGRARIAS¹

Participar en este Quinto Conversatorio Derecho, Ambiente y Territorio, promovido por la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano (SEDATU) del gobierno de México y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), es un grandísimo honor. Agradezco al arquitecto Román Meyer, ministro-secretario de SEDATU, y al Dr. Raúl Contreras Bustamante, director de dicha Facultad por esta celebración. Honor que también representa estar acompañado por juristas de la calidad del Dr. Miguel Ángel Cancino Aguilar, titular de la Unidad de Asuntos Jurídicos de la SEDATU y ex procurador ambiental y del ordenamiento territorial del Distrito Federal y del Dr. Francisco Javier Dorantes Díaz, director general de legislación, Consulta y pago de predios de la Unidad de Asuntos Jurídicos de SEDATU. Y participar en este Foro coordinado y moderado por el Licenciado Aquilino Vásquez García y Maestro Leonel Pantoja Villalobos, de la Liga de Abogados Ambientalistas, es muy aleccionador.

A todos ellos mis agradecimientos, así como al profesor Jorge Franza por su intermediación para mi participación y a la Licenciada Teresa Godinez, del Aula Virtual, por su coordinación y apoyo

Sres. y Sras. del auditorium virtual.

Es verdad que la tenencia de la tierra y la agricultura han sido determinantes de la orientación del estudio del derecho agrario. La propiedad y la actividad agraria han determinado su materia, sus categorías e instituciones, dentro de ellas la de los contratos, definidos como contratos agrarios por ser su objeto el uso de la tierra y sus causas o motivos la producción de alimentos para el consumo propio o para el comercio, o la obtención de una renta. Todo ello basado en la agricultura extractiva. Hoy día la custodia del territorio como parte del ambiente y la programación del desarrollo rural influyen en su orientación. Ello por la influencia del concepto moderno de agricultura sustentable y de sus valores de sostenibilidad, de seguridad alimentaria, del no compromiso de su capacidad para garantía de las

¹ Quinto Conversatorio sobre Derecho, Ambiente y Territorio. Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano (SEDATU). Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). México, 25 de septiembre de 2020

generaciones futuras y del desarrollo agrícola a largo plazo. Estos valores ahora son principios y fines que dan perfil a las categorías e instituciones agrarias y al proceso agrario, como elementos transversales al igual que lo sucedido en otras ramas jurídicas. No cabe duda, como se ha tratado en este Conversatorio que la transversalidad del ambiente como valor, ha influido en los derechos reales, de crédito y en la jurisdicción del derecho agrario. Puesto que el derecho al ambiente como derecho humano nutre e impregna todo el ordenamiento jurídico sustantivo y procesal. En efecto, hoy día el derecho a gozar un ambiente sano y ecológicamente equilibrado es un derecho de la colectividad.

Aparte de lo anterior, el desarrollo sostenible, como objetivo global, y su meta de la sostenibilidad de mejorar la calidad de vida y el entorno de las personas, sin destruir el sustento de la vida de las generaciones futuras; impone dentro del objeto del derecho agrario el estudio del ordenamiento territorial en las formas de producción para la sostenibilidad ambiental, la protección del uso de la tierra, y la seguridad de los derechos de propiedad agraria individual, comunitaria o indígena.

Al lado de la cuestión agraria relativa a la propiedad y tenencia de la tierra, surge la cuestión territorial agraria que influye en las formas contractuales y laborales agrarias, que junto con la cuestión ambiental suponen responsabilidades de los sujetos que intervienen o participan en la actividad agraria, como empresario o trabajador y nuevas relaciones de estos con el estado. Hoy día las responsabilidades de la sostenibilidad de la agricultura, cada vez más multifuncional, alcanzan a quienes participan en las empresas o explotaciones agrarias. Y generan relaciones entre el estado y los agricultores por el derecho de participación ciudadana en la política de ordenamiento territorial. Por ello, voy a hacer referencia a nuevos tipos de contratos agrarios y laborales influenciados por la cuestión territorial.

Sin entrar a la discusión de si el derecho agrario se inserta o no en el derecho ambiental, lo cierto es que al igual que en otras disciplinas, en el derecho agrario son más relevantes los valores ambientales. Al igual, que para el derecho ambiental lo son los valores de la agricultura sostenible de poner fin al hambre, garantizar la seguridad alimentaria y mejorar la nutrición. Por eso, lo agroambiental es una nueva dimensión entre ambas disciplinas jurídicas. Hoy día el desarrollo sostenible del medio rural es un viaducto de comunicación entre el derecho agrario y el derecho ambiental. A mi juicio, en el derecho agrario y en el derecho ambiental tradicionales, surgen como especial el estudio de lo agroambiental, hasta el punto de que existe una jurisdicción agroambiental, en algunos países.

Esa dimensión de la ordenación ambiental de la agricultura tiene su manifestación en la multifuncionalidad: económica, ambiental y social de la actividad agraria, de donde se desprende la protección del espacio rural y los planes de desarrollo rural, que son instrumentos del ordenamiento territorial. En estos componentes no solo el estado es un sujeto, sino también los empresarios o productores agrarios y los trabajadores rurales. Porque no cabe duda que la agricultura tiene implicaciones territoriales y estas en la actividad agraria y en su organización. Además, los espacios en donde se realiza la actividad

agraria han de promover la calidad de vida en el medio rural, lo que implica una revisión de las formas contractuales de agricultura sobre nuevos principios para articularla a esa dimensión agroambiental, como responsabilidad del estado y como un derecho de participación ciudadana de los agricultores y trabajadores. El espacio rural, pues, hoy día, es un concepto más allá del espacio físico, es, un espacio de desarrollo sustentable, por lo que su custodia es una responsabilidad social en la actividad agraria. Puede decirse que es un parte del ecosistema, o un bioterritorio. Por tanto, la agricultura tradicional extractiva intensiva sin un ordenamiento de los espacios rurales y sin que su protección impregne de obligatoriedad sus formas de explotación, es contraria al desarrollo rural sostenible que es un compromiso de todos los estados y de sus ciudadanos.

En concreto, que la agricultura según este objetivo de desarrollo rural sostenible supone, un “conjunto de contribuciones de un proceso económico y social considerado como una unidad”, como lo dice Luis Miguel Arroyo Yanes, Profesor Titular de Derecho administrativo de la Universidad de Cádiz. Principio este que ha dado lugar a leyes de ordenación territorial o de desarrollo rural que atienden a la consideración del espacio rural como una unidad socio productiva para el desarrollo de programas rurales y a la multifuncionalidad de la agricultura. Según el Banco Interamericano de Desarrollo 11 países de América Latina y el Caribe tienen leyes de ordenamiento territorial, como, por ejemplo, entre otras, La Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano de la República mejicana. La Ley de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible de Uruguay. La Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial de Colombia. La Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial y Gestión del Territorio del Perú. O leyes locales como el Decreto-Ley 8912/77 de Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo que rige el ordenamiento del territorio de la Provincia de Buenos Aires. Y el proyecto de ley nacional de ordenamiento territorial de la República Argentina, que no se si en definitiva fue sancionada por el Congreso argentino. Venezuela, mi país, tiene una Ley Orgánica de Ordenación del Territorio, pero como si no existiera, hasta el punto que la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, Michele Bachelet, en su Informe del 14 de julio de este año, denuncia un ecocidio en la Región del Sur del Orinoco, que forma parte de la Región Amazónica, por la minería extractiva intensa e ilegal, a pesar que legalmente se trata de delimitadas territorialmente como zonas protectoras de la Cuenca del Orinoco-Casiquiare y de formaciones biogeografías únicas en el mundo, como los Tepuyes, y porque atenta contra el hábitat de los pueblos indígenas y las Áreas bajo Régimen de Administración Especial, Áreas Protegidas o de Especial Importancia Ecológica.

Bajo esta perspectiva, del territorio rural como un espacio socioeconómico, o biogeográfico; la actividad agraria se relaciona estrechamente con problemas cruciales, tales como el cambio climático, la pérdida de biodiversidad, la conservación de la capacidad productiva de las tierras, y la contaminación de las aguas y de los suelos. En efecto, en el marco del paradigma del desarrollo rural sostenible, los procesos de producción de alimentos y de otros bienes derivados de la activi-

dad agrícola, deben asegurar la viabilidad económica de las unidades de producción y la calidad total de los bienes y del ambiente en que aquellos procesos se desarrollan. En los últimos años ha aparecido una gran sensibilización por todos aquellos aspectos relacionados con la conservación del ambiente; la protección de las aguas subterráneas ante la contaminación derivada de la actividad agrícola, la necesidad de minimizar los residuos y las campañas de reciclaje de todo tipo de materiales, la conveniencia de mantener la biodiversidad vegetal y animal; que merecen atención prioritaria en una política de desarrollo agrario, con criterios de sostenibilidad.

Es así como se establecen en el ordenamiento territorial no solo zonificaciones del uso, sino también planes sectoriales de equilibrio ecológico entre la actividad agraria y la protección ambiental y de compatibilización de la actividad minera y petrolera con la actividad agraria. De esta manera, los estudios de impacto ambiental se convierten en un presupuesto indispensable para la ejecución de planes sectoriales de afectación y de asignación de tierras y de condición de validez de los contratos de uso de recursos naturales que celebren los estados. Planes para lograr la transformación de las tierras ociosas o improductivas en unidades económicas productivas, así como el mejoramiento de estas unidades. Igualmente, se establecen criterios modernos de clasificación de las tierras, atendiendo a su capacidad de uso, limitaciones, riesgo de deterioro del suelo, densidad demográfica y los requerimientos especiales de manejo. En otras palabras, planes del fomento de una actividad agraria integral a largo plazo, que permita la compatibilidad del crecimiento económico, con el bienestar social y con la defensa y conservación del ambiente, que se basan técnica y jurídicamente en el ordenamiento territorial de espacios socioeconómicos para programas de desarrollo rural y de reforma agraria.

Uno de los medios de modernizar la agricultura es la de promover y proteger formas asociativas particulares que permitan que la propiedad de la tierra garantice la producción agrícola que, además, ha de ser privilegiada y desarrollada con un ordenamiento territorial. Esa modernización comprende, entre otras medidas, la actualización de las formas contractuales de producción agropecuaria, para que las actividades productivas primarias, de autoconsumo, de ciclo cerrado y de escasa tecnología, evolucionen hacia sistemas de relaciones económicas dinámicas, multifuncionales, con una orientación hacia el mercado, adaptando sus producciones a la demanda y a la planificación democrática y participativa agroalimentaria del país.

Estas consideraciones me impulsaron a promover en Venezuela diferentes contratos que permitan constituir, consolidar y mejorar las explotaciones agropecuarias mediante la regulación moderna de antiguos contratos agrarios de formación y de emprendimiento agrario, para adaptarlos a los fines de la justicia social y para permitir la asociación en la empresa agraria entre el productor y el dueño de la tierra, así como establecer un régimen general para los contratos agroindustriales e incorporar a la legislación venezolana los contratos agroalimentarios y los contratos de gestión. Así como sus vinculaciones con el ordenamiento territorial. Igualmente, prepare un anteproyecto de reforma de la Ley del Trabajo para

incorporar los contratos de soporte agro productivos para incentivar la participación de los trabajadores rurales en las unidades de producción agropecuaria. Razones políticas, que no es el caso comentar, no han permitido la discusión del respectivo proyecto de ley que sobre el particular presente al poder legislativo hace más de siete (7) años.

Hare referencia a los contratos agro productivos laborales.

Un aspecto que debe destacarse es que la actividad agraria como proceso de producción, a diferencia del industrial, es de carácter participativo, por la estrecha conexión entre el capital, la tierra y el trabajo, como factores de ese proceso. Por lo que en los programas de desarrollo rural un aspecto a considerar es la participación de los trabajadores agrícolas en la producción agropecuaria, como una forma de integrarlos a esa unidad socioeconómica que es el espacio rural de modo de que también atiendan a sus requerimientos, lo cual no se logra con el régimen del trabajo subordinado tradicional. Por eso, para Venezuela he pensado en los contratos agro productivos de base participativa o asociativa para superar el precarismo del trabajo subordinado, hoy sometido a condiciones infrahumanas por la hiperinflación.

Los modos de explotación agraria presentan características peculiares que para superar el precarismo de los trabajadores, he pensado que se deben promover estos contratos para que además de su trabajo por cuenta ajena el trabajador pueda desempeñar trabajos por cuenta propia para que tenga participación en la unidad de producción, como un modo para mejorar su nivel de vida y para estimular su productividad. Esta circunstancia justifica un tratamiento jurídico especial del trabajo por cuenta propia del trabajador en la actividad agraria, que influiría en la producción y en la productividad agropecuaria y que permitiría su participación en la producción agraria bajo modalidades distintas a las del trabajo subordinado. Por otro lado, el trabajo por cuenta propia del trabajador, como coparticipe o asociado, en determinadas actividades agropecuarias, regido por formas jurídicas agrarias, distintas a las del derecho civil o mercantil, garantizarían la no tercerización o simulación o fraude para desvirtuar la legislación laboral. Al igual que se ha hecho en algunas legislaciones en las que se permiten simultáneamente regímenes duales de trabajo subordinado y de trabajo por cuenta propia. La regulación del trabajo por cuenta ajena, junto con la del trabajo por cuenta propia del trabajador, en la unidad de producción, además de mejorar su nivel de ingreso, permite el trabajo familiar y las microempresas familiares como formas de participación del trabajador en la unidad agropecuaria. Además, esos contratos son medios para comprometer a los trabajadores con el objetivo de la agricultura sustentable, puesto que su mejoramiento es también de su interés y no solo de los patrones. Y, la asunción del riesgo por parte del trabajador como coparticipe o asociado de la unión productiva sería un factor para determinar cómo no laboral la naturaleza de la relación jurídica que se da con motivo de la contratación del trabajador en los contratos de soporte agro productivos.

En ese mismo orden de ideas, propuse incorporar a los trabajadores en los contratos agroalimentarios para la comercialización de productos, como una forma de su integración dentro de sistemas agroalimentarios del conjunto de sectores productivos y los de transformación y comercialización de estos productos

agroalimentarios. Al igual que propuse la participación de los trabajadores en los contratos de gestión de servicios de actividades posteriores a las cosechas como los de transformación, empaque y comercialización de productos agropecuarios y la prestación de servicios comunes para estas actividades.

Un régimen especial para la participación del trabajador en la producción agropecuaria, se desprende del principio de armonía entre el capital y el trabajo en la explotación agraria, distinta a la relación que existe entre el trabajo y el capital bajo el régimen de subordinación por parte del trabajador, ya que en el supuesto de participación del trabajador en la producción agropecuaria, el trabajo no lo ejecuta como un proletario, ni jurídica, económica y técnicamente como subordinado al dueño de la tierra. Si no, por el contrario, como copartícipe, o asociado, por lo que asume sus propios riesgos, o los comparte con el propietario del fundo, y, además, se encuentra por lo tanto en condiciones de dirigir y orientar su propio trabajo sin otra dependencia que la resultante de los límites por el contrato celebrado entre ambas partes y por la necesidad de tutelar la producción, y, por ende, el ordenamiento territorial.

No quiero terminar, sin hacer una breve referencia los contratos territoriales de explotación o contratos de explotación sostenible, desarrollados en algunas legislaciones, como nuevas formas de relación jurídico-administrativa entre los agricultores y los poderes públicos, que según la doctrina es un contrato administrativo agrario. Contratos estos celebrados entre el agricultor o entre una sociedad o sociedades y la administración territorial para la ejecución en una zona rural de una explotación, dentro de un ordenamiento territorial, bajo criterios globales de agricultura sustentable, que prevén el soporte financiero del Estado. Y cuyo objeto es el mantenimiento y la mejora de una actividad agrícola y compatible con un desarrollo sostenible en el medio rural, en particular en las zonas rurales prioritarias o calificadas, en programas de protección ambiental, como propias para determinados tipos de agricultura. La justificación de estos contratos es conciliar el desarrollo de los espacios rurales con el respeto al medio ambiente.

Por supuesto, que la agricultura sustentable, como elemento del desarrollo sostenible, supone libertad contractual y garantía de la libre iniciativa, y, de la participación ciudadana en su planificación, programación y ejecución. Ello para que además la agricultura sustentable, sea en verdad un valor propio de un estado democrático de derecho.

Con lo expuesto, espero haber justificado, por qué al comienzo de mi exposición afirmé, que hoy día la custodia del territorio como parte del ambiente y la programación del desarrollo rural son una nueva dimensión para el derecho agrario; particularmente para el desarrollo de sus formas asociativas contractuales y laborales.

Reitero mi agradecimiento a los organismos promotores de este Quinto Conversatorio, y mi complacencia de participar junto a tan acreditados juristas y ante un selecto auditorio.

Espero no haberme excedido en el tiempo

Muchas gracias.

LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROPIEDAD RURAL¹

DEDICATORIA: Al Dr. Víctor Giménez Landinez, quien motivó mi interés por el estudio de los problemas de la funcionalidad de la propiedad agraria.

INTRODUCCIÓN

Las presentes Jornadas que la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo ha dedicado al “derecho de propiedad e intervención del Estado: nuevos y viejos problemas”, son un marco propicio para el desarrollo, como uno de sus temas el referente a la evolución del régimen jurídico de la propiedad rural, el cual expondré bajo la perspectiva moderna del desarrollo sostenible, que hoy orienta a las instituciones jurídicas agrarias hacia la agricultura sustentable, la seguridad alimentaria, la protección del ambiente y los derechos humanos, y que concluiré con una referencia al contrato administrativo territorial de explotaciones zonas rurales.

I. LA VINCULACIÓN DE LA PROPIEDAD RURAL AL DESARROLLO SOSTENIBLE

Modernamente el concepto de desarrollo sostenible, entendido como la satisfacción de “las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”, cuyos tres pilares son: el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente²; condiciona tanto el ejercicio de la propiedad agraria como la intervención del Estado, puesto, que tanto una u otra, han de servir de medio para los fines de ese proceso, calificados desde septiembre de 2015, por los estados miembros de la ONU como Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS), bajo el

¹ Ponencia presentada en Las Jornadas el “Derecho de propiedad e intervención del Estado: nuevos y viejos problemas” de la *Asociación Venezolana de Derecho Administrativo* (Caracas, 21 de octubre de 2021).

² Informe «Nuestro futuro común» de 1987, Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo” (<https://www.un.org/es/ga/president/65/issues/sustdev.shtml>)

documento que lleva por título: “Transformar nuestro mundo: La Agenda 2030 para el desarrollo sostenible”³. Objetivos como la reducción de la pobreza y la desigualdad; la protección del clima; evitar la degradación ambiental, así como el procurar la prosperidad, la paz y la justicia, que comprometen a los gobiernos particularmente en promover incentivos para involucrar al sector privado en su cumplimiento. Fue así como la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible declaró: “Reconocemos que la erradicación de la pobreza, la modificación de pautas insostenibles de producción y consumo y la protección y ordenación de la base de recursos naturales para el desarrollo social y económico son objetivos primordiales y requisitos fundamentales de un desarrollo sostenible”⁴. La conjugación de estos fines ha determinado una transformación sustancial del régimen jurídico de la propiedad rural, cuyo objeto dejó de girar alrededor del viejo método geocéntrico de las tesis de los problemas de afectación y distribución de las tierras, para evolucionar hacia a la tesis de la agrariedad que vincula la propiedad rural a la ecología integral y a los problemas del cambio climático, a la seguridad alimentaria y al desarrollo económico, cuyas nuevas fronteras son, la agricultura sustentable, la alimentación y el ambiente para adecuar su régimen al desarrollo sostenible.

El concepto de desarrollo sostenible deriva de la evolución del reconocimiento del ambiente como un bien jurídico digno de tutela y también de la existencia del derecho a un medio ambiente adecuado, de modo que ya no se puede concebir la propiedad rural sin su interrelación con el desarrollo sostenible y las cuestiones ambientales⁵. Factor este que hoy día influye no solo en las ciencias económicas y sociales, sino también en las ciencias jurídicas. Por ello, en este trabajo me referiré al contrato administrativo territorial de explotaciones y zonas rurales como un instrumento por el que las administraciones públicas promueven e incentivan el mantenimiento y la mejora de las actividades agrícola, ganadera y forestal, compatibilizándolas con la protección medioambiental, para incorporar la propiedad rural al desarrollo sostenible, mediante la agricultura sustentable. Y mediante los cuales la iniciativa privada participa para el logro de esos fines.

II. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE DETERMINAN LA MODERNIDAD DE LA PROPIEDAD RURAL Y LA LEGITIMIDAD DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN EL SECTOR AGRARIO

La propiedad, como garantía constitucional, está consagrada como uno de los derechos económicos, a que se refiere el Capítulo VII del Título III de la

³ <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/>

⁴ Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo (Sudáfrica), 26 de agosto a 4 de septiembre de 2002. Los grandes problemas que debemos resolver 11 (<https://undocs.org/es/A/CONF.199/20>)

⁵ Clara Fuentes, Elena Isabel, “El Derecho Administrativo y desarrollo sostenible del sector agroambiental. (Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/download/2955/2599/>)

vigente Constitución, en su artículo 115. Como tal derecho es un derecho vinculado al libre desenvolvimiento de la personalidad, a que se contrae el artículo 20, constitucional, y al derecho de la iniciativa privada, cuya protección exige del Estado garantizar unas condiciones económicas que permitan una vida digna y libre y la iniciativa libre. Y para los propietarios la propiedad como derecho económico impone el respeto a las obligaciones que supone su función social, hoy económica y ambiental. Por otro lado, como derecho económico la propiedad también se comprende en el régimen socioeconómico de la República cuyos principios generales se enuncian en el artículo 299 de la Constitución. Estos principios obligan al Estado, conjuntamente con la iniciativa privada, a promover el desarrollo armónico de la economía nacional para generar fuentes de trabajo, un alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, para lo cual el Estado debe garantizar la seguridad jurídica, la solidez, el dinamismo, la sustentabilidad, la permanencia y equidad del crecimiento de la economía, con la finalidad de lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática, participativa y de consulta abierta, conforme el citado artículo 299. Finalidades estas que condicionan la legitimidad de la intervención del Estado en el ejercicio de los derechos económicos, y fundamentalmente de la propiedad.

Por otro lado, específicamente, dentro del régimen económico de la República, el artículo 305, constitucional, respecto del sector rural, señala al Estado como finalidad principal la promoción de la agricultura sustentable como base estratégica del desarrollo rural integral; por lo que debe garantizar la seguridad alimentaria de la población, entendida como la disponibilidad suficiente y estable de alimentos en el ámbito nacional y el acceso oportuno y permanente a éstos por parte del público consumidor. Para lo cual debe desarrollar y privilegiar la producción agropecuaria interna, proveniente de las actividades agrícola, pecuaria, pesquera y acuícola, cuya fuente es la propiedad rural. Y, además promover acciones en el marco de la economía nacional e internacional para compensar las desventajas propias de la actividad agrícola. Fines y cometidos estatales estos que se indican en el citado artículo 305. Aparte de lo anterior, según el artículo 306, *ibidem*, la intervención del Estado en estas actividades debe estar dirigida a promover las condiciones para el desarrollo rural integral, para generar empleo y garantizar a la población campesina un nivel adecuado de bienestar, así como su incorporación al desarrollo nacional. E, igualmente, la intervención estatal en este sector rural ha de ser para fomentar la actividad agrícola y el uso óptimo de la tierra mediante la dotación de las obras de infraestructura, insumos, créditos, servicios de capacitación y asistencia técnica. Por otro lado, si bien en el artículo 307, se considera constitucionalmente contrario al interés social el régimen latifundista, la intervención del Estado en este aspecto consiste, por un lado, en el gravamen de las tierras ociosas y en el establecimiento de las medidas necesarias para su transformación en unidades económicas productivas, y, por otro lado, la recuperación de las tierras de vocación agrícola. Pero también, tal intervención respecto de la eliminación del latifundio es para garantizar a los demás productores agropecuarios el derecho a la propiedad de la tierra y para proteger y promover las formas asociativas y particulares de propiedad para garantizar

la producción agrícola. Asimismo, es condición de la intervención del Estado el velar por la ordenación sustentable de las tierras de vocación agrícola para asegurar su potencial agroalimentario. Y, por último, las contribuciones para-fiscales en el sector rural son excepcionales puesto que son legítimas si se requiere facilitar fondos para el financiamiento, investigación, asistencia técnica, transferencia tecnológica y otras actividades que promuevan la productividad y la competitividad del sector agrícola.

Por lo expuesto, la ocupación, el rescate y la expropiación de la propiedad rural, por parte del Estado, practicadas en forma discrecional, que pongan en peligro o afecten la seguridad alimentaria, la producción agraria interna y que coloquen en desventaja esta producción; así como la intervención del Estado en unidades productivas, resultan contrarias a los anteriores principios; y además representan una desprotección de las diferentes formas de la propiedad privada agraria e impiden su participación en el desarrollo económico. Por ello, tales medidas de simple afectación y de dotación de tierras, con un contenido ideológico, resulta ser un ilegítimo ejercicio de la intervención del Estado en el sector socioeconómico rural. Y, por tanto, contrario a los postulados fundamentales de dicho sector, como lo son la agricultura sustentable, el desarrollo rural integral y la seguridad alimentaria.

III. LA SEGURIDAD JURÍDICA DE LA TENENCIA DE LA TIERRA Y LA SEGURIDAD ALIMENTARIA

Hoy día la relación entre la producción agrícola y la seguridad alimentaria en países en desarrollo es un problema mundial, en los cuales se indica que las causas del hambre y la desnutrición son la baja producción y específicamente de los alimentos. Por ello, para alcanzar los niveles que garanticen la seguridad alimentaria, que nuestra Constitución en su artículo 305, define como la disponibilidad suficiente y estable de alimentos en el ámbito nacional y el acceso oportuno y permanente a estos por parte del público consumidor; se requieren condiciones políticas, económicas y jurídicas que protejan, incentiven e induzcan a los agentes involucrados en el sector rural a que eleven la eficiencia productiva en la agricultura. Uno de los ejemplos del hambre por falta de la producción de alimentos es Venezuela, en donde según la FAO para el 2021 se encuentra entre los 25 países en riesgo de agudización de la inseguridad alimentaria, debido a su deterioro económico continuo. En efecto, según cifras del Fondo ONU para la Alimentación y el Programa Mundial de Alimentos (PMA) Venezuela es el cuarto país del mundo con la peor crisis alimentaria y para el cierre del 2020 se previó un incremento del hambre por los efectos del COVID-19. Y la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de la ONU, Michelle Bachelet, aseguró que la pandemia en Venezuela se ha sumado a otras emergencias preexistentes como la alimentaria. De acuerdo con el último informe del Programa Mundial de Alimentos (PMA) de la Organización de Naciones Unidas (ONU), para el año 2020, ya citado, cerca de 10 millones de venezolanos padecen de inseguridad alimentaria. En efecto, según las estimaciones de la Confederación de Asociación de Productores Agropecuarios (Fedeaagro), la producción agrícola en el país, así como el consumo, han caído en

un 70%, y como una de las causas de esta caída de la producción de alimentos se señala la inseguridad en tenencia de la tierra⁶. La Federación Nacional de Ganaderos (Fedenaga), por su parte, estima que las expropiaciones, las invasiones y las ocupaciones de las fincas han conducido a una disminución de 60% de la oferta cárnica al país⁷. Cedice informa que durante el gobierno de Maduro se han ejecutado para el 2017 un total de 474 medidas en contra de la propiedad privada (medidas temporales, inmediatas, de urgencia, rescates de tierras, juntas administradoras, tomas por colectivos); y que en ese mismo año se produjeron 11.854 afectaciones al derecho a la propiedad en el país, mucho más que el promedio de violaciones contabilizadas en los últimos 11 años anteriores, lo que ha incidido en el empeoramiento de las condiciones de vida de los venezolanos. Y FEDENAGA señala que solo el 3% de 5,8 millones de hectáreas confiscadas han recibido indemnización.

La seguridad jurídica en la propiedad y tenencia de la tierra comprende el contar de forma continua y segura con la certidumbre y permanencia de los derechos a la tierra y de su propiedad y posesión, libre de interferencias irrazonables por parte del Estado o de personas ajenas y con la posibilidad de obtener beneficios por la actividad agraria y de emplear mano de obra y recuperar el capital invertido. Incluso, La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del Caso *Tibi Vs. Ecuador* del 7 de septiembre de 2004, considera que la seguridad jurídica del derecho a la propiedad comprende, entre otras cosas, la posesión de los bienes. Mientras que inseguridad jurídica en estos derechos es la exclusión o discriminación entre propiedades, la existencia de un poder político económico desigual ante una u otros tipos de propiedad, la apropiación arbitraria de tierras por parte del Estado o por intereses ideológicos o políticos y los despojos de las tierras y de la propiedad por la promoción de conflictos sociales⁸. O, el rechazo a la posesión agraria productiva como título de acceso al derecho de propiedad. En ese orden de ideas, según la Red Agroalimentaria de Venezuela, el Ministerio de Agricultura y Tierras dice haber recuperado para el estado, durante los primeros 15 años del régimen, 5.762.497 has y que la recuperación ha sido a través de confiscación, ocupación, expropiación y en muy contados casos de negociación. E, igualmente, que los propietarios de los predios ocupados por el Gobierno, en la gran mayoría de los casos, no han recibido pago alguno y en los predios intervenidos se interrumpió el proceso productivo y hoy están en estado de improductividad o abandono. Por tanto, se considera que la estimación de superficie

⁶ <https://talcualdigital.com/fao-en-toda-venezuela-se-registra-inseguridad-alimentaria-aguda/>

⁷ Minuta Agropecuaria: “Medidas de Maduro son un decreto de guerra a muerte contra la ganadería” [en línea] <<http://www.minutaagropecuaria.com/?s=%E2%80%9CMedidas+d+Maduro+son+un+decreto+de+guerra+a+muerte+contra+la+ganader+%C3%ADa%E2%80%9D>>

⁸ Salomón, Rene, “Conceptos y Definiciones: “Derecho Propietario y Tenencia de la Tierra”, Curso sobre Mejores Prácticas en la Tenencia de Tierras y la Gobernabilidad de Recursos Naturales en América Latina, USAID, Presentación junio 2011.

sembrada en las principales áreas de cultivo disminuyeron en 44%⁹. En este orden de ideas sobre la inseguridad jurídica de la propiedad, la Conferencia Anual 2017 sobre Tierra y Pobreza, realizada en el Banco Mundial, se debatió la importancia de garantizar los derechos sobre la tierra para reducir la pobreza e impulsar la prosperidad compartida a nivel nacional, comunitario y familiar, concluyéndose que, en el mundo, solo el 30 % de la población tiene un título de propiedad debidamente registrado de sus tierras¹⁰.

Por ejemplo, en Venezuela, según el Ministerio de Agricultura “del 2004 al 2011 en la lucha contra el latifundio 2.340 predios han entrado bajo la medida de rescate, para una superficie de 3.672.033,23 hectáreas”¹¹. Por su parte, FEDEAGRO, estima que por la llamada “guerra contra el latifundio”, desde 2005 han sido afectadas más de 5 millones de hectáreas y que están improductivas, y que “en lugar de producir alimentos para todos solo producen lastima”¹². Y según la FAO, para el 2019 Venezuela es uno de 10 países del mundo con un deterioro significativo de la situación actual de su seguridad alimentaria y la agricultura, con efectos potencialmente severos, puesto que solo dispone de 1/3 de alimentos necesarios para satisfacer las necesidades básicas. Y, en el Informe de Seguridad Alimentaria en el Mundo (SOFI) del 2020, se dice que se espera que en el 2021 la inseguridad alimentaria del país aumente por encima de 9.3 millones de venezolanos¹³. Por otra parte, de acuerdo con la Encuesta Encovi 2019-2021, la pobreza total en Venezuela alcanzó el 94,5 % y que las actividades económicas que reflejaron la mayor proporción de pobreza del 68% son las actividades agrícolas y que la compleja situación de pobreza de las zonas rurales del país se ubica en 95%. Por ello, entre otras razones, el Fondo Monetario Internacional indica que Venezuela registra una tasa de desempleo de 58,3% en 2020 y lo que va de 2021, la cifra más alta del mundo. Por último, según ENCOVI 2021, solo 3% de los hogares venezolanos tienen seguridad alimentaria¹⁴. Inseguridad alimentaria crítica esta, sin duda, que tiene como una de las causas principales la falta de seguridad jurídica de la tenencia de la tierra, si se tiene presente que de los 30 millones de hectáreas con potencial agrícola que posee Venezuela, se estima para agosto de este año, que unas 9 millones han sido intervenidas por el Estado,

⁹ <https://www.contextoganadero.com/internacional/la-disminucion-progresiva-de-la-frontera-agricola-en-venezuela>.

¹⁰ Banco Mundial, “Por qué es importante garantizar los derechos sobre la tierra” (<https://www.bancomundial.org/es/news/feature/2017/03/24/why-secure-land-rights-matter>

¹¹ <https://www.fao.org/in-action/agronoticias/detail/es/c/508828/>

¹² elnacional.com/economia/gobierno-expropio-mas-millones-hectareas-estan-improductivas_231096/

¹³ <https://miradorsalud.com/la-inseguridad-alimentaria-se-profundiza-en-el-mundo-segun-el-sofi-2021-y-en-venezuela/>

¹⁴ Para los datos anteriores pueden consultarse: (<https://elaragueno.com.ve/fedeagro-en-venezuela-la-pobreza-en-zonas-rurales-ronda-el-95/>). <https://www.cesla.com/detalle-noticias-de-venezuela.php?Id=21633>. Y, (<https://talcualdigital.com/encuesta-en-covi-793-de-los-venezolanos-no-tiene-como-cubrir-la-canasta-de-alimentos/>).

según datos ofrecidos la Federación Nacional de Ganaderos de Venezuela (Fedenaga)¹⁵, y que apenas 2.5 millones de estas has están acondicionadas con capacidad productiva actual. Por tanto, la seguridad jurídica de la propiedad y tenencia de la tierra es actualmente imprescindible en Venezuela para beneficiar el desarrollo económico rural, en base a la agricultura sustentable. Inseguridad jurídica de la propiedad que existe, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por la situación imperante en el mundo y por las ideas políticas de algunos países, que dificultan la intervención de organismos internacionales en los regímenes de propiedad de los Estado; no solo cuando se expropia ilegítimamente la propiedad, sino también cuando se regula su uso arbitraria e ilegítimamente¹⁶.

Los organismos internacionales especializados, por otra parte, han señalado que para alcanzar los niveles de producción que hagan posible garantizar la seguridad alimentaria, se requieren condiciones políticas, económicas y jurídicas que estimulen e induzcan a los agentes involucrados en el sector agrario a elevar la eficiencia productiva. Y una de esas condiciones es la seguridad de la tenencia de la tierra, porque incide en la producción de alimentos. Ahora bien, en cuanto a su régimen jurídico, en la actualidad se discuten dos tesis; la estructuralista y la jurídica. La primera, considera que es la desigualdad en la tenencia de la tierra la causa de la baja producción, porque la concentración de las mejores tierras en pocas manos obliga a los productores pequeños y de escasos recursos a ocupar y trabajar minifundios en tierras marginales o impide su acceso a la propiedad en las tierras de mejor uso. Y que, por ello, el énfasis de la política de tenencia de las tierras es la afectación y distribución de las tierras¹⁷. Mientras que la segunda tesis, llamada jurídica o legalista, parte de la idea de la influencia de la seguridad jurídica sobre los derechos de propiedad y tenencia de la tierra en la producción de alimentos y en general sobre el desarrollo rural, porque la incertidumbre sobre estos derechos conduce a la sobreexplotación de la tierra y sus recursos, y, por ende, a una reducción de la producción de alimentos. Por lo que los derechos de propiedad y de tenencia de la tierra deben estar claramente definidos y respetados¹⁸. Hoy día, se concluye, que, si bien la seguridad alimentaria depende de un

¹⁵ Crónica-Uno, Ariadna García, “Estado venezolano ha intervenido 9 millones de hectáreas con potencial agrícola” (<https://cronica.uno/estado-venezolano-ha-intervenido-9-millones-de-hectareas-con-potencial-agricola>)

¹⁶ Christian Federico Vargas García, “EL DERECHO A LA PROPIEDAD EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA” (https://dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/1445/0172_Vargas.pdf?sequence=1), 123

¹⁷ D.A. Allwood, “Land Registration in Africa. The impact on Agricultural Production, citado por Molina, Javier, en “Seguridad Alimentaria y Tenencia de la Tierra, Vinculo fundamental para alcanzar la autosuficiencia alimentaria”, Encuentro 41, pág. 45 (disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/35141665.pdf>).

¹⁸ Molina, Javier, en “Seguridad Alimentaria y Tenencia de la Tierra, Vinculo fundamental para alcanzar la autosuficiencia alimentaria”, ya citado, p. 46.

conjunto de factores, la garantía del acceso a la tierra y la seguridad de los derechos de propiedad son factores fundamentales en el mejoramiento de la producción y en su productividad y en empleo.

La falta de seguridad jurídica de la propiedad y tenencia de las tierras rurales en Venezuela, no hay duda, que ha agravado la crisis en este sector, que se evidencia en la reducción de las áreas productivas, la disminución de la producción, la pérdida de empleos y en el crecimiento de las importaciones, y, que ha hecho crecer también en forma sostenida y alarmante la pobreza rural. Y ello a pesar de unas cuantas leyes, como la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, la Ley Orgánica de Seguridad Alimentaria, la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas que creo las Zonas Económicas Militares¹⁹, entre otras, cuya aplicación ha generado mayor inseguridad jurídica en la propiedad y tenencia de la tierra. O, también la Ley de Alimentación para trabajadores de Venezuela y la Ley Cconstitucional del Comité Local de Abastecimiento y Producción, que establece la constitución, organización y funcionamiento de los CLAP, que por falta de alimentos no han sido solución alguna a la crisis alimentaria.

IV. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN Y LA RESERVA DE ZONAS AGRÍCOLAS Y LA PROTECCIÓN DE LAS PROPIEDADES AGRARIAS EN LOS PROYECTOS PARA GRANDES INVERSIONES

La FAO, sostiene que la vulnerabilidad de la inseguridad alimentaria es mayor cuando no hay seguridad en la tenencia de la tierra en las zonas rurales frente a la urbanización y a la gran inversión. como ha ocurrido, por ejemplo, en Venezuela en las zonas rurales aledañas al Lago de Valencia, del Valle del Rio Turbio y está ocurriendo en el Arco Minero del Orinoco. Y la misma FAO al referirse a los regímenes de propiedad en los que la tierra es propiedad estatal; o donde existe un sistema de tenencia mixto, es decir, un sistema estatutario y un sistema consuetudinario, a menudo se desconocen los derechos de uso, manejo y gestión eficiente sobre la tierra. Otras veces, los gobiernos catalogan como reservados ciertos territorios y los declaren no disponibles para usos agrícolas, para promover el urbanismo, la inversión nacional o extranjera para aumentar sus divisas, cuando en realidad corresponden a tierras de uso agrícola y que por lo tanto resultan indispensables para el acceso a los alimentos de la población. Ello ocurre, por ejemplo, en Venezuela, con las tierras del Sur del Orinoco las cuales se han declarada reservadas para grandes inversiones mineras. Tal régimen afecta el derecho a la alimentación de las poblaciones más vulnerables. Por ello, por ejemplo, la ordenación del territorio para la

¹⁹ Estas zonas, se definen en el artículo 25 de la Ley citada, como “como el espacio geográfico donde se identifican y ubican potencialidades, condiciones generales y especiales para realizar actividades productivas endógenas, sustentables y sostenibles dirigidas por la Fuerza Armada Nacional en unión cívico militar, con el objeto de satisfacer sus necesidades básicas, contribuir con el fortalecimiento de la industria militar y con el Desarrollo Nacional, dentro del ámbito de influencia de los Ejes de Desarrollo Económico Estratégico establecido por el Ejecutivo Nacional».

preservación de recursos naturales, como los suelos agrícolas, o las zonas agrícolas, resulta prioritario dentro de las políticas y la legislación, para proteger las prácticas de uso y manejo y gestión de la tierra y las viviendas de los propietarios y poseedores. Por ello, el derecho a la alimentación está más asegurado donde exista mayor seguridad en la estabilidad de la propiedad y tenencia agrarias en las zonas demarcadas como rurales, para evitar su pérdida o destrucción, de sus recursos e instalaciones, como ha ocurrido con los suelos rurales del Lago de Valencia y en los del Valle del Río Turbio, al igual como dije en la zona del Sur del Orinoco.

Aparte del cerramiento o sellado de los suelos agrarios que destruyen su calidad, ante los proyectos de urbanismo, inversión nacional o extranjera, en los países donde la protección de la propiedad agraria es débil, el desalojo forzoso de propietarios rurales, sin debida reparación de sus propiedades, afecta el acceso a los alimentos por parte de la comunidad, por lo que su traslado o desplazamiento debe considerarse únicamente en casos excepcionales y deberá ceñirse a requerimientos estrictos y a procedimientos previamente establecidos, así como al pago de las debidas indemnizaciones y compensaciones. Además de establecerse mecanismos administrativos y judiciales que brinden justicia y reparación efectiva a la vulneración del derecho de los propietarios agrarios y del derecho de alimentación de las poblaciones. Así lo ha considerado la ONU en los Principios Básicos y Directrices sobre los Desalojos y el Desplazamiento generado por el Desarrollo²⁰, en el sentido que si bien la inversión, pública o privada, en la agricultura es necesaria para incrementar la productividad en países en desarrollo y para generar beneficios económicos y sociales que contribuyan a la erradicación del hambre, sin embargo, en una perspectiva del derecho a la alimentación, los proyectos de inversión tendrán una mayor sostenibilidad si guardan plena coherencia con las estrategias de seguridad alimentaria y de desarrollo rural, además de garantizar la seguridad en la tenencia de la tierra, puesto que es una condición básica para el derecho a la alimentación y para evitar el desalojo forzoso de la población como consecuencia de los proyectos de inversión. Y que, por lo tanto, la garantía del derecho a la alimentación requiere un régimen jurídico que garantice la tenencia de la tierra²¹.

V. LA PROPIEDAD AGRARIA Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE

Es verdad que la Constitución garantiza el derecho de propiedad, pero asimismo exige el cumplimiento de su función social, que se traduce en sus usos productivos no solo para el libre desenvolvimiento de la personalidad de sus titulares, sino también, en el caso de la propiedad agraria para los fines del desarrollo rural y la seguridad alimentaria. Por tanto, la justificación para la

²⁰ https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Housing/Guidelines_sp.pdf

²¹ FAO, DERECHO A LA ALIMENTACIÓN INFORME TEMÁTICO 2, Inversión, tenencia de la tierra y derecho a la alimentación (disponible en: <http://www.fao.org/3/i2418S/i2418S.pdf>).

garantía del acceso y de la seguridad de la propiedad de la tierra y también para su tutela judicial, es su función económica social, definida en el derecho agrario, como posesión agraria, en tierras rurales, propias o ajenas, o en terrenos de uso agrícola permitido en los planes de ordenamiento territorial, es decir, el ejercicio de actividades agrarias en forma directa, regular y permanente²². Posesión que se ejerce a través de una actividad agraria sustentable que contribuya con la seguridad alimentaria y con la compatibilidad con el entorno ambiental. Ahora bien, es evidente la vinculación de la propiedad agraria a la producción, a la actividad agrícola, pecuaria, forestal y a la empresa agraria, de lo cual es determinante su naturaleza de derecho económico. Por ello, su ejercicio supone un proceso organizado para producir vegetales o animales destinados al consumo o al mercado, en su forma original o a través procesos de transformación, industrialización o comercialización de sus productos. Por tanto, la función económica de la propiedad se refiere a la obligación del propietario de cumplir con técnicas idóneas dentro del proceso organizado de la producción bajo un régimen agroambiental²³. No cabe duda de que a través de la propiedad rural se vinculan el propietario y su familia con ese proceso productivo y con el progreso de la sociedad, es decir con el desarrollo económico, de bienestar social y la calidad de vida. Por otro lado, para el cumplimiento de la función económica el propietario también debe mejorar el fundo y la empresa, por lo que no puede limitarse al autoconsumo, sino que debe colocar sus productos en el mercado, por cuanto mediante esta actividad complementaria de la actividad agraria de producción es como participa en el desarrollo rural y en la garantía de la seguridad alimentaria. Por ello, ha de recibir el apoyo y el fomento del Estado, como se desprende de los principios agrarios constitucionales, antes señalados, que condiciona la intervención del Estado en estas actividades en el sentido de que debe estar dirigida a promover las condiciones para el desarrollo rural integral, para generar empleo y garantizar a la población campesina un nivel adecuado de bienestar, así como su incorporación al desarrollo nacional. De este modo ha de entenderse, entonces, la política de seguridad de tenencia de las tierras, como contrapartida de la obligación subjetiva del propietario rural de cumplir con la función económica de la propiedad agraria. Puesto que el Estado tiene la obligación objetiva del Estado no solo de facilitar el acceso a las tierras aptas para la producción a quienes carezcan de ellas, o las tengan en forma insuficiente, sino también de promover su organización en unidades productivas y de proteger las propiedades que están cumpliendo con su función económica. Al incumplimiento de estas obligaciones del Estado, no hay duda, que se debe al fracaso de los pro-

²² Fundación Alberto Adriani, Anteproyecto de Código Orgánico Agrario (artículo 19), mayo de 2018 (disponible en: <http://redagroalimentaria.org/archivos/conte-nidos/articulos/agrolely20.pdf>)

²³ En este tema y en siguiente sigo la orientación de Zeledón, Ricardo, en su trabajo “Desarrollo Sostenible y Derecho Agrario” Disponible en: http://www.mag.go.cr/congreso_agronomico_xi/a50-6907-1_281.pdf.

cesos de reforma agraria que se limitaron a los procesos de afectación y dotación de tierras, sin vinculación con programas de verdadero desarrollo rural integral.

VI. LA AGRICULTURA SUSTENTABLE Y LA PROPIEDAD AGRARIA

En este contexto de la función económica de la propiedad rural y de la obligación del Estado de fomentar su organización económica en unidad productiva, surge el concepto de la agricultura sustentable, que constitucionalmente, en el artículo 305 de la Constitución se considera la base del desarrollo rural integral. Esta agricultura sustentable, o “nueva agricultura”, es la dimensión ambiental de la función económica social de la propiedad rural. Que no es otra cosa que el ejercicio de la actividad agraria en armonía con la naturaleza, en el sentido que no puede ser contaminada ni contaminante y que debe respetar el ciclo biológico. Y, además que los bienes han de estar destinados también para asegurar la alimentación, mejorar la salud y a prolongar la vida de las actuales y futuras generaciones. Esta “nueva agricultura” comprende no solo la agricultura productora de alimentos, sino también la convivencia del hombre en el hábitat natural de vegetales y animales, así como el tratamiento sostenible de los recursos naturales. Sobre la agricultura sustentable recae la responsabilidad de satisfacer la demanda mundial de alimentos vegetales, y además cada vez con más intensidad se constituye en un sector de servicios, de industrialización y de innovación²⁴. Y respecto de este concepto, Adolfo Coscia, sostiene que el contenido de la agricultura sustentable es especialmente dinámico, porque reúne tres categorías de requisitos: a) Ecológica, porque debe tender a asegurar de forma indefinida el potencial productivo de los recursos naturales que se emplean en la agricultura, así como la calidad del medio ambiente rural. b) Económica, puesto que debe ser competitiva, esto es, asegurar un nivel razonable de rentabilidad al agricultor. Y, c) Social, ya que debe asegurar un abastecimiento adecuado de alimentos, en cantidad, calidad y sanidad, para satisfacer lo que la sociedad demanda²⁵. Pues bien, en este contexto la intervención del Estado ha de prever la coparticipación de los propietarios agrarios en la promoción de la agricultura sustentable como base estratégica del desarrollo rural integral a fin de garantizar la seguridad alimentaria de la presente y futura población. A tales fines, establece el artículo 305, de la Constitución, que el Estado debe dictar las medidas de orden financiero, comercial, de transferencia tecnológica, de tenencia de la tierra, de infraestructura, de capacitación de mano de obra y otras que fueren necesarias para alcanzar niveles estratégicos de autoabastecimiento. E, igualmente, según el artículo 306, de la misma Constitución, el Estado debe fomentar la actividad agrícola y el uso óptimo de la tierra mediante la dotación de las obras de infraestructura, insumos, créditos, servicios de capacitación y asistencia técnica.

²⁴ Clara Fuentes, Elena Isabel, “El Derecho Administrativo y desarrollo sostenible del sector agroambiental”, citado, p. 114.

²⁵ Coscia, Alfredo, *Agricultura Sostenible*. Hemisferio Sur, Argentina, 1993 (112 pp.), pp. 26, 27

Por tanto, posteriormente me referiré a los contratos que en el derecho comparado se denominan “contratos de explotación territorial en zonas rurales o de explotación agraria”, mediante los cuales algunos estados promueven el mantenimiento y la mejora de las actividades agrícola, ganadera y forestal, compatibilizándola con la protección medioambiental y el desarrollo sostenible. Pero antes destacare el carácter multifuncional de la propiedad rural.

VII. EL PRINCIPIO DE LA MULTIFUNCIONAL DE LA PROPIEDAD AGRARIA Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

La actividad que califica a la propiedad como agraria o rural es el proceso productivo de vegetales y animales conforme un ciclo biológico y climático, que por definición tiene varias vertientes: la agrícola, la ambiental y la social. Asimismo, tal actividad está condicionada por las limitaciones del territorio. Por lo que las políticas públicas atinentes al sector agrario han de tener presentes la multifuncionalidad de la actividad agraria, en el sentido que no es solo producir alimentos, como se precisa en la reforma de la política agraria de la comunidad europea de 1999²⁶. Y, por otra parte, la agricultura es un proceso que tiene implicaciones en los recursos naturales del suelo, del agua y de los bosques y en la vida social, es decir, en el patrimonio cultural, la biodiversidad, el poblamiento y la calidad de vida en el medio rural. Por tanto, territorio rural es la conjunción de todos esos factores., que es algo más que las tierras fuera de los límites urbanos, por lo que las políticas públicas del sector rural han de tener presente la multifuncionalidad de la actividad agraria y el concepto de entorno ecológico del territorio. Y, además, por su multifuncionalidad estas políticas han de renovarse periódicamente, pues de lo que se trata es de su modernización para que la actividad agraria sirva de instrumento del desarrollo sostenible. Renovación que también debe comprender su normatividad. Por lo que se sostiene en la Unión Europea que la multifuncionalidad de la actividad agraria supone la construcción de un marco renovador para la definición de políticas públicas en los sectores agrícola y rurales. Ello para evitar que la fosilización legal conduzca a los excesos de sobreexplotación que generen daños ambientales y sociales, como la “desertización” de los campos, la contaminación de la capa freática, la crisis sanitaria y alimentaria. Hoy día, la concepción de la política y la normativa agrarias se fundamentan en un enfoque global que define la multifuncionalidad agraria, que han seguido, por ejemplo, los ordenamientos alemán, italiano y francés y en España, con la promulgación de Ley 45/2007, de 13 de diciembre para el desarrollo sostenible del

²⁶ Cossials Ubach, Andrés Miguel, “Régimen jurídico de la Propiedad Agraria sujeta a la nueva PAC”, trabajo para el grado de doctor, Universitat de Lleida, 2008, p. 53 (disponible en: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/8128/Tamcu1de.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).

medio rural²⁷. En este orden de ideas, me referiré al contrato territorial en zonas rurales llamado también de explotación agraria.

VIII. EL CONTRATO TERRITORIAL DE EXPLOTACIONES AGRARIAS Y EN ZONAS RURALES

Estos contratos tienen por objeto, por un lado, la promoción del desarrollo rural sostenible y la custodia o protección del territorio rural, que ya ha sido ensayados dentro de la política agraria común europea a través de los contratos territoriales de explotación franceses, de los convenios territoriales italianos y de los contratos territoriales de algunas autonomías españolas y del Estado del Reino de España. De manera breve hare referencia a estos contratos como experiencias de la participación conjunta de los propietarios rurales y del Estado en la promoción y ejecución de planes de agricultura sustentable y de desarrollo rural sostenible. Y que surgieron debido al principio de la multifuncionalidad de la propiedad rural, impulsados por la Unión Europea, a partir de la Agenda aprobada por el Consejo Europeo (Agenda 2000), a partir de 1999, que consagró la multifuncionalidad de la agricultura como principio rector de la política agraria europea²⁸.

Los contratos de explotación territorial como instrumentos de la política agraria y rural francesa fueron incorporados por la Ley de Orientación Agrícola de 1999, como una vía para introducir en la agricultura un nuevo pacto social inspirado en el principio de la multifuncionalidad de la agricultura y bajo una visión territorial en las estrategias del agricultor al nivel de su explotación y para abrir la agricultura y el mundo rural a una pluralidad de actores sociales y económicos. Estos contratos constituyeron una medida potencialmente innovadora, pero que, sin embargo, al principio no tuvo el suficiente apoyo social para contrarrestar la oposición y resistencia de las organizaciones profesionales mayoritarias en la agricultura francesa. Hoy, sin embargo, con la aprobación del nuevo Reglamento Europeo de Desarrollo Rural²⁹, los contratos de explotación territorial en zonas rurales recuperan su significado como instrumento de cambio y como vía para aplicar las nuevas orientaciones de la

²⁷ En este aspecto de la multifuncionalidad agraria he seguido el criterio de Velazco Arranz, Ana y Moyano Estrada Eduardo, “Los contratos territoriales de explotación en Francia. Hacia un nuevo pacto social en la agricultura”, Documentos de Trabajo, Instituto de Estudios Sociales Avanzados de Andalucía, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Junta de Andalucía, p. 216-218 (disponible en: <http://digital.csic.es/bitstream/10261/2068/1/14-06.pdf>).

²⁸ Rodríguez Chávez-Mimbrero, Blanca, “El contrato territorial y el contrato territorial de zona rural: dos instrumentos para promover el desarrollo rural sostenible en el medio rural” (https://www.mapa.gob.es/ministerio/pags/Biblioteca/Revistas/pdf_AM%2FAmbienta_2011_97_66_82.pdf)

²⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32013R1305&from=ES>.

política agraria y rural³⁰. Estos contratos “incentivan a los agricultores a desarrollar un proyecto económico global de sus explotaciones, concebido desde una lógica progresiva, es decir, en el marco de un proceso de cambio en el modo de gestionarlas y de definir sus estrategias productivas dentro de una visión amplia e integradora entre agricultura y territorio. Dichos proyectos deben ser coherentes y considerar los aspectos que desde la nueva Ley de Orientación Agraria se querían privilegiar para favorecer una agricultura sostenible (durable en francés), a saber: producciones de mayor calidad, creación o mantenimiento del empleo, diversificación de las actividades en la explotación y compromiso de respetar y preservar el medio ambiente”³¹.

En Italia se han incorporado como figuras convencionales los acuerdos alcanzados entre los empresarios agrícolas y la administración pública con la finalidad de la conservación efectiva del territorio desde una perspectiva medioambiental. Ello ha sido a través del Decreto Legislativo núm. 228, de 18 de mayo de 2001 de orientación y modernización del sector agrícola, en concreto mediante los contratos administrativos de colaboración con la administración pública y los convenios administrativos, por medio de los cuales se ha fijado una estructura convencional amplia que posibilita un marco de interrelación entre las entidades administrativas competentes y los propietarios para el desarrollo de zonas rurales. Los contratos administrativos de colaboración con la administración pública se enmarcan en el ordenamiento comunitario europeo en materia de ayudas del Estado a la agricultura y tienen su origen en el aseguramiento de una adecuada información a los consumidores y de facilitar el conocimiento de la procedencia de la materia prima y de las peculiaridades de la producción de calidad. Para ello la Administración Pública puede celebrar contratos de promoción con los propietarios agrícolas que, en el ejercicio de su actividad empresarial, se comprometan a tutelar los recursos naturales, la biodiversidad, el patrimonio cultural y el paisaje agrario y forestal. Mientras que las convenciones o convenios administrativos con los propietarios agrícolas territoriales son de una estructura más abierta, “a fin de favorecer el desarrollo de la actividad funcional vinculando la misma al sostenimiento y conservación del territorio, a la salvaguarda del paisaje agrario y forestal al cuidado y al mantenimiento del sustrato hidrogeológico y de promover prestaciones a favor de la tutela de la vocación productiva del territorio”. En el derecho

³⁰ Velazco Arranz, Ana y Moyano Estrada Eduardo, “Los contratos territoriales de explotación en Francia. Hacia un nuevo pacto social en la agricultura”, Documentos de Trabajo, Instituto de Estudios Sociales Avanzados de Andalucía, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Junta de Andalucía, p. 1. (disponible en: <http://digital.csic.es/bitstream/10261/2068/1/14-06.pdf>). La última reforma de la PAC, aprobada entre 2013 y 2014 y que entró en vigor en 2015, se caracteriza por una gran flexibilidad en su aplicación por parte de los Estados miembros. El elemento fundamental de esta reforma es el “pago básico” por explotación, al que se suman otra serie de conceptos en función del componente “verde”, es decir, aquellas explotaciones que realicen unas determinadas prácticas agrícolas beneficiosas para el clima y el medio ambiente ([http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/Politica Exterior Cooperacion/UnionEuropea/Paginas/Políticas-comunes-de-la-Unión-europea.aspx](http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/Politica%20Exterior/Cooperacion/UnionEuropea/Paginas/Políticas-comunes-de-la-Unión-europea.aspx)).

³¹ Velazco Arranz, Ana y Moyano Estrada Eduardo, *Loc. Cit.*, p. 8.

italiano, los contratos y convenciones, mencionados, sin embargo, no se les considera contratos privados sino contratos administrativos³².

En España, en virtud de la desconcentración de las competencias del Estado, algunas de las comunidades autónomas han incorporado a sus ordenamientos la figura francesa de los contratos territoriales de explotación, como Navarra, Cataluña, Galicia y Andalucía. Y el Estado español incorporó estos contratos por la Ley 45/2007, de 13 de diciembre para el desarrollo sostenible del medio rural³³, que fueron regulados reglamentariamente mediante el Real Decreto 1336/2011, de 3 de octubre, por el que se regula el contrato territorial como instrumento para promover el desarrollo sostenible del medio rural³⁴. Sobre estos contratos hare unos breves comentarios, como la parte final del presente trabajo. Primeramente, como lo advierte la profesora de derecho administrativo María del Mar Muñoz Amor, de la Universidad Rey Juan Carlos, aunque en España el Derecho Agrario ha analizado fundamentalmente en el derecho privado los contratos agrarios, sin embargo, dada la mayor intervención por parte de las Administraciones Públicas hacia la actividad agraria, y, que por tanto, es cada vez mayor intervención pública en el Derecho agrario, ha llevado a la administrativización de una actividad secularmente o tradicionalmente vinculada al Derecho privado, como lo es la actividad agraria contractual³⁵. En segundo lugar, debe destacarse que la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, contempló los contratos territoriales de explotación bajo la denominación de contratos territoriales de zona rural. Y, en tercer lugar, que los contratos mencionados se establecieron para el logro de los fines del mantenimiento y la mejora de una actividad agrícola, ganadera y forestal suficiente y compatible con un desarrollo sostenible en el medio rural, en particular en las zonas rurales prioritarias o calificadas como agricultura de montaña, cuyo contenido es la prestación de una atención preferente a los profesionales de la agricultura y en la aplicación de las medidas de desarrollo rural previstas en los reglamentos comunitarios europeos y los compromisos a cumplir en la explotación agraria por parte del beneficiario. El desarrollo reglamentario de estos contratos, que se enmarcan en las Directrices Estratégicas Territoriales de Ordenación Rural, corresponde al Real Decreto 1336/2011, de 3 de octubre³⁶, que califica los contratos territoriales de explotación agraria de instrumento del desarrollo sostenible; y que los define como un conjunto de compromisos

³² Arroyo Yáñez, Miguel Antonio, “El desarrollo sostenible del l medio rural: los contratos territoriales de explotación agraria”, Junta de Andalucía, pp. 22-223 (disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/-anuario/articulos/descargas/04_NOT_02_ARROYO.pdf)

³³ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-21493>

³⁴ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-15567>

³⁵ Muñoz Amor, María del Mar, “El contrato territorial en la Agricultura Multifuncional (Referencia bibliográfica: “https://www.editorialreus.es/static/pdf/primeraspaginas_9788429019902_elcontratoterritorialenlaagriculturamultifuncional_1hvvPuB.pdf)”

³⁶ Decreto 1336/2011, de 3 de octubre regula el contrato territorial como instrumento para promover el desarrollo sostenible del medio rural (BOE núm. 239, de 4 de octubre de 2011)

suscritos entre una Administración Pública y el titular de una explotación agraria para orientar e incentivar su actividad en beneficio de un desarrollo sostenible del medio rural. Según este Real Decreto los contratos territoriales han de preverse para las zonas rurales en el Programa de Desarrollo Rural Sostenible y podrán ser de carácter individual o de tipos homogéneos cuando persigan unas mismas finalidades específicas y estén dirigidos a explotaciones agrarias que compartan la misma tipología, zona rural u otras circunstancias, o tengan la misma financiación o normativa específica de regulación. Y sus beneficiarios son los titulares de las explotaciones agrarias, los titulares de la gestión y aprovechamiento de montes o terrenos forestales y las agrupaciones y asociaciones de titulares, las comunidades de bienes y cualquier otro tipo de unidad económica o patrimonio, que, aunque carezcan de personalidad jurídica, sin embargo, puedan llevar a cabo los compromisos del contrato. Por otro lado, previamente a la suscripción del contrato territorial, y especialmente en los de carácter individual, el titular debe presentar un diagnóstico de la situación de la explotación y de su capacidad para la asignación de finalidades específicas de desarrollo rural y para cumplir con los compromisos y las contraprestaciones.

Un aspecto importante, es que la duración de los contratos territoriales se fija en cada contrato a mediano o largo plazo; y las contraprestaciones que la Administración se compromete a otorgar al beneficiario del contrato son las que les permitan compensar los efectos que se deriven del cumplimiento de los compromisos adoptados, pudiendo añadir, a criterio de la Administración suscriptora, un incentivo para estimular la implantación de los contratos en el territorio y facilitar el logro de sus finalidades específicas. También un diferencial en dicho incentivo en función de la priorización por tipos de beneficiarios que realice la comunidad autónoma y un componente para la remuneración por los beneficios para la sociedad por las actividades de producción o consumo más allá de los costos, que técnicamente se definen como las externalidades positivas generadas por los propietarios rurales.

Finalmente, la doctrina calificada considera el contrato territorial de explotación agraria como un contrato administrativo, pues se celebra entre una Administración pública y un empresario físico o jurídico, y que, además, su suscripción queda enmarcada dentro del ámbito competencial propio de las Administraciones y su normativa es la propia del derecho administrativo. Se trata de contratos administrativos que pueden suscribirse entre las Administraciones concedentes de ayudas y las explotaciones dedicadas a las actividades citadas y mediante los cuales los Poderes públicos pueden comprometer a los sujetos privados en programas de protección ambiental al propio tiempo que se fijan mecanismos de control efectivo sobre el destino de las ayudas concedidas³⁷. Ese “enfoque administrativo” del régimen de lo agrario permite su factibilidad en la realidad, por lo que “la actividad administrativa concurrente

³⁷ Arroyo Yáñez, Miguel Antonio, “El desarrollo sostenible del medio rural: los contratos territoriales de explotación agraria”, Junta de Andalucía, citado, p. 227-228 (disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/articulos/descargas/04_NOT_02_ARROYO.pdf)

en estas materias de Derecho Agrario es demasiado cuantitativa como para poder menospreciarla”, dice José Luis Palma Fernández³⁸. En el sentido que la actividad de los propietarios rurales queda supeditada a la acción administrativa, en razón de las intersecciones de las situaciones jurídico-privadas y jurídico-públicas, con preponderancia de estas últimas³⁹. No obstante, que su objeto la agrariedad, se trata de contratos administrativos que pueden suscribirse entre las Administraciones concedentes y los particulares que contemplan ayudas y las explotaciones que deben emprenderse o mejorarse dedicadas a las actividades calificadas de explotación territorial para el desarrollo rural sostenible y mediante los cuales los Poderes públicos pueden comprometer a los sujetos privados en programas de protección ambiental al propio tiempo que se contemplan ayudas y se fijan mecanismos de control efectivo sobre el destino de las ayudas concedidas⁴⁰.

CONCLUSIÓN

Pienso que las reflexiones formuladas sobre los principios constitucionales, así como sobre la vinculación de la propiedad agraria al desarrollo sostenible, en base a una agricultura sustentable, para garantizar la alimentación de la población, que además de fines y cometidos que el constituyente señala al Estado venezolano, son criterios y orientaciones para el tratamiento moderno de la propiedad rural, la cual, por su multifuncionalidad que demanda la actualidad nacional y mundial, no solo ha de ser o reconocida y protegida, sino también estimulada como factor o instrumento importante del desarrollo rural integral, que aspira nuestra Constitución. Además, que su tratamiento como institución de ese desarrollo es parte del contenido programático y práctico del Estado democrático y Social de Derecho. En este orden de ideas, es necesario una Ley Marco sobre la Agricultura Sustentable, el Desarrollo Rural Sostenible y la Seguridad Alimentaria, que contemple las multidimensionales y transversales objetivos del desarrollo sostenible, vinculada de manera intrínseca a otros derechos humanos, como, por ejemplo, el derecho al agua, a la propiedad, al acceso a la tierra, el acceso a la energía no contaminante; a un ambiente adecuado y otros recursos productivos, y así mismo beneficios a la salud, al trabajo digno y a una remuneración justa, entre

³⁸ Palma Fernández, José Luis, “Hacia un Derecho administrativo agrario”, en *Actualidad Administrativa*, n.º 30, de 26 de julio a 1ro de agosto de 1999, pp. 821,829, 830.

³⁹ Clara Fuentes, Elena Isabel, “El Derecho Administrativo y desarrollo sostenible del sector agroambiental”, citado, p. 119.

⁴⁰ Pablo Amat Llombart, “Instituciones jurídicas para el desarrollo sostenible del medio rural: el modelo de agricultura territorial, el contrato territorial y el contrato territorial de zona rural”, en la obra colectiva “Un marco jurídico para un medio rural sostenible”, Gobierno de España, Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino, Esther Muñiz Espada (Coordinadora), Madrid 2011, p. 161-168 (https://www.mapa.gob.es/es/ministerio/servicios/informacion/IV_Foro_Observ_Leg_tcm30-102957.pdf)

otros, como lo recomienda la FAO⁴¹; puesto que sería un instrumento que atendería los problemas actuales de la propiedad y ayudaría a resolver sus viejos problemas. Sobre todo, cuando Venezuela es en la actualidad uno de los países que soportan una de las más complejas la crisis humanitaria, donde el 9.3 millones de venezolanos están en riesgo de inseguridad alimentaria, que según índices internacionales colocan a Venezuela con Yemen, República Democrática del Congo y Afganistán, en los países donde la mayor parte de la población padece hambre; y donde además la situación de pobreza de las zonas rurales del país se ubica en 95%. Y en donde 9 millones de has están bajo el control del estado de los 30 millones de hectáreas con potencial agrícola que posee Venezuela, y apenas 2.5 millones de has con capacidad productiva actual. Y, por si fuera poco, con más de 5 millones de venezolanos desplazados; internacionalmente.

⁴¹ <http://www.fao.org/3/cb0447es/CB0447ES.pdf>

EL CONVENIO DE UNIDROIT Y EL COMITÉ AMERICANO DE DERECHO AGRARIO (CADA): NUEVAS FRONTERAS PARA EL DERECHO COMPARADO EN EL CONTEXTO DEL FORO GLOBAL SOBRE SEGURIDAD ALIMENTARIA DE LA FAO Y EL FIDA¹

Exmo. Sr. Embajador Dr. Donato Di Santo, Secretario General del Instituto Ítalo Latinoamericano.

Exmo. Sr. Ing. Ronald Flores, Embajador de la República de Costa Rica Distinguido Dr. Carlo di Nicola, Oficial Jurídico de UNIDROIT

Distinguido Dr. Ricardo Zeledón Zeledón, Presidente del COMITÉ AMERICANO DE DERECHO AGRARIO (CADA).

Distinguida Dra. María Adriana Victoria, Presidente del Consejo Científico del COMITÉ AMERICANO DE DERECHO AGRARIO (CADA).

Distinguido Dr. Leonardo Fabio Pastorino, Presidente de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios (UMAU).

Distinguido, profesor Pietro Romano Orlando, invitado de honor, ex asesor del Instituto Ítalo Latinoamericano (IILA).

Apreciados colegas del COMITÉ AMERICANO DE DERECHO AGRARIO (CADA).

Señoras y señores:

En nombre del Presidente, demás directivos y miembros del COMITÉ AMERICANO DE DERECHO AGRARIO (CADA) y de la Presidente e integrantes de su Consejo Científico, expreso nuestra satisfacción, por el anuncio de la firma del Convenio de Cooperación entre el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y dicho Comité; y, a la vez, poner de manifiesto la relevancia e importancia de la suscripción del referido Convenio, por:

1º La consideración del derecho agrario latinoamericano como parte de la cooperación internacional para armonizar el derecho privado entre estados y grupos de estados; y dentro de los objetivos de UNIDROIT de modernizar y coordinar esta rama del derecho, bajo los principios del Convenio de su fundación de 1995.

¹ Palabras en el Instituto Ítalo Latinoamericano (IILA) (Vía Giovanni Paisiello 24, Sala Fanfani, Roma). 10 de septiembre de 2019 (5:00 PM)

2º La vinculación aún más estrecha del CADA con los trabajos de UNIDROIT, la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) y el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA), sobre los principios para la inversión responsable en la agricultura y los sistemas alimentarios, y con el Grupo de Trabajo que estudia el régimen jurídico aplicable a las operaciones de la agricultura por contrato y de elaboración y desarrollo de la Guía Jurídica sobre la Agricultura por Contrato, aprobada por el Consejo de Administración de UNIDROIT, durante su 94ª Sesión, de mayo de 2015. Vinculación esta que permitirá participar al CADA en el proceso de consulta que lleva a cabo UNIDROIT.

3º La difusión, extensión e investigación de las diversas áreas del derecho agrario a través de los mecanismos de cooperación de derecho comparado contemplados en el citado Convenio.

4º El reconocimiento de la autonomía científica del derecho agrario, que sin duda, significa la suscripción del Convenio; y su trascendencia para Latinoamérica cada vez más necesitada de un verdadero desarrollo rural integral, dentro de un régimen jurídico de libertad, de protección de la iniciativa de los agricultores y de un marco legal que encause con justicia y equidad los conflictos de la cuestión agraria sobre la propiedad y tenencia de la tierra, para evitar la violencia y garantizar la paz en el sector rural.

Debo, pues, en nombre del CADA y de sus miembros, agradecer a UNIDROIT su acogida y recepción del derecho agrario latinoamericano como parte de su objeto, y por las posibilidades de participación institucional que para el CADA representa el Convenio de Cooperación, en sus actividades, eventos y consultas internacionales.

Asimismo, debo destacar el apoyo institucional para este Convenio de Cooperación entre UNIDROIT y el CADA, que representa su suscripción en la sede del Instituto Ítalo Latinoamericano (IILA), en la Sala que lleva el nombre de su fundador, el ex canciller Amintore Fanfani, que, en 1996, como parte del gobierno del Primer Ministro Aldo Moro, lo fundó, en 1966, para que sirviera como puente de intercambio científico, cultural, técnico y social, entre Italia y América Latina, y, por tanto, con Europa.

Ciertamente que el Convenio que se anuncia hoy en Roma, entre UNIDROIT Y EL COMITÉ AMERICANO DE DERECHO AGRARIO (CADA), formará parte de la historia de la evolución científica del derecho agrario, particularmente de Latinoamérica; y de su modernización, cónsona con la presente época contemporánea de aumento de la productividad, de la seguridad alimentaria, de la multifuncionalidad de la agricultura; y de su armonización con el ambiente y de su consolidación como derecho agrario humanista y de la paz.

Muchas gracias y buenas noches.

DE LOS JURISTAS DEL DERECHO AGRARIO LATINOAMERICANO A S.S. EL PAPA FRANCISCO¹

Distinguidas profesoras Alessandra Di Lauro y Giuliana Strambi, del cuerpo docente de la Universidad de Pisa, presentadoras del presente Foro.

Profesor Dr. Ricardo Zeledón Zeledón, presidente del Comité Americano de Derecho Agrario.

Profesora Nancy Malanos, presidente de la Mesa Directiva.

Profesor Alfredo Massart. Ex presidente de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios.

Profesor Leonardo Fabio Pastorino, presidente de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios.

Profesores, María Adriana Victoria, Alba de Bianchetii, (en representación de Roy Ramón Philippón), y Santander Tristán Donoso, ponentes del tema “La influencia del Maestro Antonio Carroza el desarrollo derecho agrario latinoamericano”.

Colegas miembros del Comité Americano de Derecho Agrario.

Invitados especiales, señoras y señoras.

En este acto de clausura del XI Congreso del Comité Americano de Derecho Agrario y del Coloquio sobre el derecho agrario italiano y el derecho agrario latinoamericano, puede decirse, que “*las cosas buenas vienen todas juntas*”. En efecto, en primer término, que este acto tenga lugar en la primera universidad de las ciencias agrarias universales. En segundo término, que la sede del mismo acto de clausura de estos eventos sea la de la primera cátedra del derecho agrario en el mundo. En tercer lugar, que las palabras de las profesoras Di Lauro y Strambi, sirven de inspiración para mi exposición del cierre sobre el tema “*De los juristas del Derecho Agrario latinoamericano a S.S. el Papa Francisco*”, Y, en cuarto lugar que el profesor Ricardo Zeledón Zeledón, que me antecedió en la palabra, se refirió acertadamente al contenido del documento que el día 11 de septiembre,

¹ Intervención en el XI Congreso del Comité Americano de Derecho Agrario y del Coloquio sobre el Derecho Agrario Italiano y el Derecho Agrario Latinoamericano, pronunciadas en la Universidad de Pisa, en el Aula Magna Dipartimento di Scienze Agrarie, Alimentari e Agro-Ambientali, Pisa Via Borgetti 80, 14 de septiembre del 2019.

de este año, se entregó al Papa Francisco, lo que me permite ser breve para clausurar el Congreso y del Coloquio, mencionados. Además, aparte de destacar el significado histórico de este acto, ha de ponerse de relieve su nivel académico por la presencia de las profesoras Alessandra Di Lauro y Giuliana Strambi, catedráticas del Dipartimento di Scienze Agrarie, Alimentari e Agro-Ambientali de la Universidad de Pisa; y por la presencia del profesor Leonardo Fabio Pastorino, presidente de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios y del Profesor Alfredo Massart. Ex presidente de esta misma Unión Mundial de Agraristas Universitarios.

Mis palabras, por tanto, serán de resumen de este acto, recogiendo las ideas expuestas por la profesora Di Lauro, sobre la visión integral de lo agrario, del sentido del saber o conocer la actividad agraria, acerca del desarrollo de la creatividad individual en la agricultura y de la garantía de los derechos humanos en el sector rural, como la fuente del progreso agrícola; así como sobre la visión ética y humana de la actividad agraria, que llamó “*el calor del corazón del estudio del derecho agrario*”. Y también haciendo referencia al planteamiento de la profesora Strambi de la importancia en la formación del iusagrarismo mundial del intercambio cultural entre los países, y del estudio del asociativismo en las actividades productivas agrarias y la necesidad la actualización del estudio del derecho agrario en el contexto de las nuevas tecnologías y de la armonización de la actividad agraria con la ecología. Ideas estas que resultan ser el contenido fundamental del documento que se entregó a Su Santidad por los juristas agraristas latinoamericanos. Por lo que, por estas circunstancias afortunadas, y bajo la anterior inspiración, solo me cabe destacar dentro de ese documento el reconocimiento que hicimos los juristas agraristas latinoamericanos de la Encíclica *Laudato Si*, como el relanzamiento de la cuestión ambiental en el ámbito de la axiología o ética, después de Estocolmo 72, de Río 92, de Johannesburgo 02 y de Río + 20; por comprender una visión integral socio-agraria-ambiental, dentro de la ecología, por encima de la contradicción entre la ecología interna y la ecología natural. Ello dentro de lo que el Papa Francisco en su Encíclica llama “*la conversión ecológica*”, o la adecuación del conocimiento con el entorno natural; en el sentido de la evangelización sobre lo ecológico en los ámbitos privados, públicos, económicos, sociales, políticos e internacionales; puesto de manifiesto en el extraordinario instrumento de la Asamblea Especial para la Región Amazónica, denominado “*Amazonia: nuevos caminos para la Iglesia y para una ecología integral*”, titulado en el lenguaje vaticano como “*Instrumentum Laboris*, que fue anunciado por el mismo Papa Francisco el 17 de junio de este año.

Señoras y señores: Siendo el XI Congreso de Derecho Agrario Americano y el Coloquio del derecho agrario italiano y el derecho agrario latinoamericano, que hoy se clausura, un homenaje al profesor Antonio Carrozza, quisiera terminar estas palabras de cierre, citando la frase de Cicerón: “*Agricultor es la profesión propia del sabio, la más adecuada al hombre sencillo y la ocupación más digna para todo hombre libre*”. Frase esta que es toda una definición de la personalidad como lo fue el profesor Antonio Carrozza.

Gracias y buenas tardes.

DE LA AGRARIEDAD A LA INTEGRALIDAD DEL DERECHO AGRARIO¹

Distinguidas profesoras Alessandra Di Lauro y Giuliana Strambi del cuerpo docente de la Universidad de Pisa, moderaras del presente Foro “De los juristas del Derecho Agrario latinoamericano a S.S. el Papa Francisco”.

Profesor Dr. Ricardo Zeledón, presidente del Comité Americano de Derecho Agrario.

Profesora Nancy Malanos, presidente de la Mesa Directiva.

Profesor Alfredo Massart. Ex presidente de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios.

Profesor Leonardo Fabio Pastorino, presidente de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios.

Profesores, María Adriana Victoria, Alba de Bianchetii, (en representación de Roy Ramón Philippón), y Santander Tristán Donoso, ponentes del tema “La influencia del Maestro Antonio Carroza el desarrollo derecho agrario latinoamericano”.

Colegas miembros del Comité Americano de Derecho Agrario.

Invitados especiales, señoras y señoras.

En este acto de clausura del XI Congreso del Comité Americano de Derecho Agrario y del Coloquio sobre el derecho agrario italiano y el derecho agrario latinoamericano, puede decirse, que “*las cosas buenas vienen todas juntas*”. En efecto, en primer término, que este acto tenga lugar en la primera universidad de las ciencias agrarias universales. En segundo término, que la sede del acto de clausura de estos eventos sea la misma de la primera cátedra del derecho agrario dictada en el mundo, por el profesor Giangiastone Bolla en 1922. En tercer lugar, que las palabras de las profesoras Di Lauro y Strambi, sirven de inspiración para mi exposición del cierre sobre el tema “*De los juristas del Derecho Agrario latinoamericano a S.S. el Papa Francisco*”, Y, en cuarto lugar que el profesor Ricardo Zeledón, que me antecedió en la palabra, se refirió acertadamente al contenido del

¹ Palabras de clausura del XI Congreso del Comité Americano de Derecho Agrario y del Coloquio sobre el Derecho Agrario Italiano y el Derecho Agrario Latinoamericano, pronunciadas en la Universidad de Pisa, en el Aula Magna Dipartimento di Scienze Agrarie, Alimentari e Agro-Ambientali, Pisa Via Borgetti 80, 14 de septiembre del 2019.

documento que el día 11 de septiembre, de este año, se entregó al Papa Francisco, lo que me permite ser breve para clausurar el Congreso y el Coloquio, mencionados. Además, aparte de destacar el significado histórico de este acto, ha de ponerse de relieve su nivel académico por la presencia de las profesoras Alessandra Di Lauro y Giuliana Strambi, catedráticas del Dipartimento di Scienze Agrarie, Alimentari e Agro-Ambientali de la Universidad de Pisa; y por la presencia del profesor Leonardo Fabio Pastorino, presidente de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios y del Profesor Alfredo Massart. Ex presidente de esta misma Unión Mundial de Agraristas Universitarios. Así como de los presidentes de las principales asociaciones e instituciones del derecho agrario hispanoamericanas.

Mis palabras, por tanto, serán de resumen de este acto y del Congreso, recogiendo las ideas expuestas por la profesora Di Lauro sobre la visión integral de lo agrario, del sentido del saber o conocer la actividad agraria, acerca del desarrollo de la creatividad individual en la agricultura y de la garantía de los derechos humanos en el sector rural, como la fuente del progreso agrícola; así como sobre la visión ética y humana de la actividad agraria, donde se incluye lo ambiental, que llamó “*el calor del corazón del estudio del derecho agrario*”. Y también haciendo referencia al planteamiento de la profesora Strambi de la importancia en la formación del iusagrarismo mundial del intercambio cultural entre los países, y del estudio del asociativismo en las actividades productivas agrarias y la necesidad la actualización del estudio del derecho agrario en el contexto de las nuevas tecnologías y de la armonización de la actividad agraria con la ecología. Ideas estas que resultan ser el contenido fundamental del documento que se entregó a Su Santidad por los juristas agraristas latinoamericanos. Por lo que, por estas circunstancias afortunadas, y bajo la anterior inspiración, solo me cabe destacar dentro de ese documento el reconocimiento que hicimos los juristas agraristas latinoamericanos de la Encíclica *Laudato Si*, como el relanzamiento de la cuestión ambiental en el ámbito de la axiología o ética, después de Estocolmo 72, de Río 92, de Johannesburgo 02 y de Río + 20; por comprender una visión integral socio-agraria-ambiental, dentro de la ecología, por encima de la contradicción entre la ecología interna y la ecología natural. Ello dentro de lo que el Papa Francisco en su Encíclica llama “*la conversión ecológica*”, o la adecuación del conocimiento con el entorno natural; en el sentido de la evangelización sobre lo ecológico en los ámbitos privados, públicos, económicos, sociales, políticos e internacionales; puesto de manifiesto en el extraordinario instrumento de la Asamblea Especial para la Región Amazónica, denominado “*Amazonia: nuevos caminos para la Iglesia y para una ecología integral*”, titulado en el leguaje vaticano como “*Instrumentum Laboris*, que fue anunciado por el mismo Papa Francisco el 17 de junio de este año.

Señoras y señores: Siendo el XI Congreso de Derecho Agrario Americano y el Coloquio del Derecho Agrario Italiano y el Derecho Agrario Latinoamericano, que hoy se clausura, un homenaje al profesor Antonio Carroza, quisiera terminar estas palabras de cierre, citando la frase de Cicerón: “*Agricultor es la profesión propia del sabio, la más adecuada al hombre sencillo y la ocupación más digna para todo hombre libre*”. Frase esta que es toda una definición de la personalidad como lo fue el profesor Antonio Carroza.

Gracias y buenas tardes.

LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO AGRARIO¹

SUMARIO

El presente trabajo presentado al Seminario Internacional de Derecho Agrario y Derechos Humanos, correspondiente al 3^{er} Panel, organizado por la Academia Brasileira de Letras Agrarias, es parte del homenaje al profesor iusagrarista brasileiro Altir de Sousa Maia; tiene por objeto, además de destacar la estrecha e inescindible vinculación del Derecho Agrario con el Derecho de los derechos humanos, poner de relieve la importancia del acceso a la justicia, a nivel internacional, como garantía de la eficacia de estos derechos. Y, asimismo, destacar lo trascendente de la jurisprudencia líder en la región interamericana sobre esta materia.

I. INTRODUCCIÓN: RECONOCIMIENTO Y HOMENAJE AL PROFESOR ALTIR DE SOUSA MAIA, IUSAGRARISTA POST-MODERNO

Un evento internacional de derecho agrario, como este Seminario, dedicado al estudio de la relación entre este derecho y los derechos humanos, responde al justo homenaje que merece un iusagrarista como **Altir Sousa de Maia**, precursor, sin duda, junto con otros ilustres maestros, no solo del derecho agrario en Brasil sino en Latinoamérica y, además, es un reconocimiento para quien como él fue uno de los mejores doctrinarios de la modernización del derecho agrario en su etapa contemporánea, como llama **Ricardo Zeledón**, a la postmodernidad del derecho agrario después de la conceptualización de “*la agrariedad*”, propuesta por **Antonio Carroza**, como objeto de la especialidad de este derecho. En efecto, decía Zeledon que la etapa clásica del derecho rural o derecho de la agricultura, a que se refería **Gian Gastone Bolla**², fue superada por su etapa moderna, mediante este

¹ SEMINARIO INTERNACIONAL DE DERECHO AGRARIO Y DERECHOS HUMANOS Homenaje al iusagrarista brasileiro profesor Altir de Sousa Maia. 12 de agosto de 2021, Academia Brasileira de Letras Agrarias, Brasilia-Boa Vista, Brasil. Panel 3.

² Scritti di diritto agrario, Giufre, Milano, 1963.

nuevo concepto de la agrariedad dentro del objeto del derecho agrario, cuyo desarrollo se basó en el estudio de la actividad agraria y de sus actividades auxiliares o complementarias. Pero, Zeledón, decía igualmente, que al considerarse el derecho a la tierra como un derecho humano y al agricultor como sujeto de derechos propios por su condición de productor de alimentos y del derecho al desarrollo integral, inherente a la dignidad de toda persona, el derecho agrario evolucionó al estudio más allá de los derechos de propiedad y de tenencia de la tierra y de la actividad agraria, dando lugar a la “*etapa postmodernista del derecho agrario*”. Esta etapa consiste en la incorporación al estudio del derecho agrario de los derechos humanos, tanto de los agricultores, como de los grupos de población rural. En este contexto doctrinario del derecho agrario postmoderno puede situarse al profesor **Altir de Sousa Maia**, quien ya en el Congreso Mundial de Derecho Agrario, sobre “*La Agricultura ante el Tercer Milenio*”, celebrado en El Ejido, España, en su conferencia, se refería al derecho agrario en su proyección futura, según los Anales de dicho Congreso, publicado en el 2000³. Ciertamente, que Altir de Sousa Maia, fue, “*un líder dinámico del derecho agrario*”, en palabras del profesor **Darcy Walmor Zibetti**, presidente de la Unión Brasileira de los Agraristas Universitarios⁴. En su honor haré una disertación sobre La Protección Jurisdiccional Internacional de Derechos Humanos y el Derecho agrario.

II. LA ETAPA DE LA POSTMODERNIDAD DEL DERECHO AGRARIO: INCORPORACIÓN EN SU OBJETO DEL ESTUDIO DE LOS DERECHOS HUMANOS. INICIOS

Comienzo recordando, que en el Congreso Internacional de Derecho Agrario y Derechos Humanos, celebrado en Lima y en Cuzco, Perú, del 7 al 12 de septiembre de 1987⁵, un reconocido jurista en materia de derechos humanos, como lo fue el Dr. Héctor Gros Espiell, en el discurso inauguración, afirmó, que el derecho agrario no puede estudiarse sin vinculación con el derecho de los derechos humanos, porque, en primer lugar, en los sistemas políticos de Estados democráticos la actividad agraria está al servicio de la persona humana y no del estado, es decir, para la realización de todos los derechos que le son inherentes y que resultan de su dignidad como persona. Y si esto es así con referencia a todos los derechos humanos, ello tiene particular vinculación con los derechos económicos y sociales referidos al problema agrario, ya que el reconocimiento y efectividad de estos derechos constituye el objeto mismo del derecho agrario conforme la perspectiva del desarrollo rural integral. En segundo lugar, decía Gros Espiell, porque el espíritu humanista que necesariamente informa y da sentido a todo el Derecho, se proyecta en el derecho agrario, puesto que este derecho no puede ser concebido como un sistema normativo dirigido solo a regular la actividad agraria, sino como

³ <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=4201>

⁴ <https://www.ubau.org.br/site/pequeno-historico-agrarista-do-dr-altir-de-souza-maia/>

⁵ Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Universidad de Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Cultural Cuzco Editores, Lima, Perú, 1988, p. 11; Derecho Agrario y Derechos Humanos (Congreso Internacional).pdf

un instrumento para promover, en el ámbito de la actividad agraria, el progreso y el desarrollo integral, y, consiguientemente, el pleno desenvolvimiento de la personalidad y de los derechos de todos los que trabajan en el campo agrario y de los demás, que, a través o como consecuencia de la producción en este campo, están vinculados, económica o socialmente, a sus resultados. Por ello, en la Síntesis de este Congreso, el profesor español, **José Agustín Luna Serrano**, concluía que “*La interrelación entre Derechos Humanos y Derecho Agrario, no aparece como imaginaria, sino que se demuestra particularmente profunda*”⁶. Esta etapa postmoderna del derecho agrario la reconocía en el mencionado Congreso, el jurista italiano, **Antonio Carroza**, al calificar el derecho agrario como Derecho para la paz, en cuanto un Derecho de equidad en la regulación de la actividad agraria, de la propiedad, de los contratos, de las reformas agrarias y de composición satisfactoria de los conflictos sociales⁷. Puede decirse, que, en el Congreso Internacional de Derecho Agrario y Derechos Humanos, celebrado en Perú, en septiembre de 1987, se inició la etapa de la postmodernidad del derecho agrario, dentro de la cual cabe comprender al profesor Altir de Sousa Maia.

III. INFLUENCIA EN LA POSTMODERNIDAD DEL DERECHO AGRARIO DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA TIERRA COMO DERECHO HUMANO

Por otra parte, esa postmodernidad del derecho agrario es un resultado del reconocimiento del derecho a la tierra como un derecho humano, al cual antes no se le reconocía sino como un derecho real más de usar, gozar y disponer de la tierra, con exclusión de otras personas, por lo que se le consideraba que el objeto de las leyes de tierras era fundamentalmente procurar su afectación y distribución por causa de utilidad pública o social. Por ello, el derecho a la tierra no se vinculaba con los derechos humanos y tampoco, ningún tratado declara expresamente al derecho humano a la tierra. Apenas en el artículo 14 de la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, dedicado a los derechos de las mujeres rurales, se afirma que las mujeres deben tener acceso a los créditos y préstamos agrícolas, a los servicios de comercialización y a las tecnologías apropiadas, y recibir un trato igual en los planes de reforma agraria y de reasentamiento. Por su parte, la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, aprobada en 1965, más que el derecho a la tierra hace referencia al compromiso general de los Estados Parte de eliminar la discriminación racial y garantizar “*el derecho a ser propietario, individualmente y en asociación con otros*”. Asimismo, la *Convención Americana*

⁶ Derecho Agrario y Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Universidad de Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Cultural Cuzco, C. A., Editores, 1988, p. 423.

⁷ Derecho Agrario y Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Universidad de Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Cultural Cuzco, C. A., Editores, 1988, pp. 12-13; 23-33 y 424-425 (disponible en PNABI826.pdf (usaid.gov)).

de *Derechos Humanos*, en su artículo 21, se refiere al derecho de la propiedad privada en general; y el “*Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*”, o “*Protocolo de San Salvador*”, no contiene referencia al derecho de propiedad y al derecho a la tierra. Pero, de sus artículos 11 y 12, atinentes al derecho a un ambiente sano y al derecho a la alimentación, se desprende el criterio interpretativo que para la efectividad de estos derechos las personas han de tener derecho a la tierra como base del derecho al ambiente y de la producción de alimentos.

Sin embargo, la conceptualización de los derechos económicos y sociales como derechos humanos y las recomendaciones del **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (CDESC)**, permitieron que el derecho a la tierra se incluyera doctrinariamente en el concepto más amplio del derecho a un nivel de vida adecuado, partiendo de que la falta de acceso a la tierra incide fundamentalmente en la realización en este derecho, así como la falta de seguridad jurídica sobre la tenencia de la tierra. Por otro lado, se admitió internacionalmente que el derecho a la tierra constituye la base para el acceso a la alimentación, la vivienda y el desarrollo y, que, sin acceso a la tierra, muchos pueblos se encuentran en una situación de gran inseguridad económica⁸. Y, en el 2010 el Relator especial sobre el derecho a la alimentación, **Olivier de Schutter**, recomendó al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (CDESC) formular una observación general que aclarara la cuestión de la tierra como un derecho humano⁹. La **Organización Internacional del Trabajo (OIT)**, por su parte, a través de los Convenios Números 141 sobre las organizaciones de trabajadores rurales de 1975 y 169 sobre pueblos indígenas y tribales, contempla el derecho a la tierra y los recursos naturales. Derecho este que no solo es trascendente en casos de conflictos sociales violentos, sino también en situaciones postconflicto, puesto que el derecho a la tierra desempeña un papel catalizador en el crecimiento económico, el desarrollo social y la reducción de la pobreza. En este orden de ideas, **Jérémie Gilbert**, afirma que, “*Los derechos sobre la tierra no solo tienen un impacto directo sobre los derechos de propiedad individual, son también esenciales para la*

⁸ Ante la ausencia de un texto que consagre expresamente el derecho a la tierra como un derecho humano, la interpretación de los tratados y la doctrina del CDESC, fundamentalmente del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, son la fundamentación de las relaciones de este derecho a la tierra y otros recursos naturales, por un lado, y los derechos humanos y las obligaciones estatales, por otro. Entre los instrumentos interpretativos del CDESC figuran la Observación general N° 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada, la N° 7 sobre los desalojos forzosos, la N° 12 sobre el derecho a una alimentación adecuada, la N° 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, la N° 15 sobre el derecho al agua, la N° 16 sobre la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y la N° 21 sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural.

⁹ FIAN, “El derecho humano a la tierra. Documento de posición”, p. 24-27 (http://www.fian.org/fileadmin/media/publications_2017/Reports_and_Guidelines/FIAN_Position_paper_on_the_Human_Right_to_Land_esp_0611173web.pdf)

justicia social”¹⁰. Por último, un instrumento internacional reciente que reconoce el derecho a la tierra como el derecho a obtener de ella beneficios, más que como un derecho de propiedad privada, lo es las denominadas “*Directrices voluntarias sobre la Gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional*”, de la **Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO)** del 2012¹¹.

Hoy día, por consiguiente, se reconoce el derecho a la tierra como un derecho humano y su protección en el derecho internacional de derechos humanos, debido también, como lo reconoce Jérémie Gilbert por el creciente interés en la jurisprudencia internacional sobre el derecho a la tierra como una cuestión de derechos humanos¹². Reconocimiento este que se hizo más patente al vincular el derecho a la tierra con el derecho a la alimentación, cuando en *el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, se estableció que el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, incluye una alimentación adecuada, es decir, el **“derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre”**, para lo cual es necesario mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos, mediante el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales. Por tanto, el derecho de la tierra es reconocido como el derecho humano que tiene el individuo de trabajar y de alimentarse ya sea directamente, explotando la tierra productiva u otras fuentes naturales¹³; y no solo como el derecho de los propietarios. En este orden de ideas, el iusagrarista brasileiro **Lucas Abreu Barroso**, profesor de la Universidad Federal do Espírito Santo, propone una crítica sobre el sentido del derecho agrario en el actual tiempo, no solo por su verdadero sentido, como también por la posibilidad de su sentido adecuado, dada la disconformidad entre sus postulados y el momento histórico actual¹⁴. Y siguiendo al iusagrarista costarricense, Ricardo Zeledón, **Abreu Barroso**, afirma que el Derecho Agrario ha de comprometerse más con la realización del derecho en el medio social global¹⁵.

¹⁰ Ver, Gilbert Jérémie. “Derecho a la Tierra como Derecho Humano: argumentos a favor de un derecho específico a la tierra” (disponible en: r32491-1.pdf (cor-teidh.or.cr), p. 135-136

¹¹ FAO. *Directrices voluntarias sobre la Gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional* (fao.org)

¹² *Op., Cit.*, p. 125.

¹³ Ver, Gilbert Jérémie, citado anteriormente.

¹⁴ Abreu Barroso, Lucas, “El derecho agrario en los tiempos de crisis de la modernidad”, (disponible en: El derecho agrario en los tiempos de crisis de la modernidad - Dialnet (unirioja.es)

¹⁵ Ricardo Zeledón, (2009). “Introducción al derecho agrario contemporáneo”. San José: Guayacán.

IV. INFLUENCIA EN LA POSTMODERNIDAD DEL DERECHO AGRARIO DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA TIERRA COMO PARTE DEL DERECHO HUMANO AL AMBIENTE Y DENTRO DEL SISTEMA JURÍDICO DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL

A lo anterior se une la vinculación del derecho agrario con el derecho al ambiente, que ha llevado a incluir en el ejercicio del derecho de la propiedad de la tierra el correcto manejo de los recursos naturales y la responsabilidad por los daños ambientales, como lo ha sostenido el profesor **Alcir Gursen de Miranda**, con su obra “Derecho Agrario y Ambiental”¹⁶. Así, por ejemplo, la ONU, considera que un mayor nivel de seguridad en materia de tenencia y propiedad puede contribuir de forma decisiva en lograr avances sociales y económicos en los entornos rural y urbano, así como apoyar la reducción de la pobreza e impulsar la igualdad entre los géneros y la paz y la seguridad. La tenencia de la tierra, pues, como parte del derecho a un ambiente, se ha incluido como conjunto de tipos de tenencia adecuados a las condiciones y necesidades locales, como los derechos de propiedad comunitaria y la protección del patrimonio común, y además que, su garantía crea certidumbre acerca de lo que se puede hacer con la tierra o la propiedad y su utilización, y, que, por tanto, es un factor que permite aumentar las oportunidades y beneficios económicos mediante la inversión. Así mismo, la ONU ha señalado que la aplicación del estado de derecho en la explotación de los recursos naturales es esencial para asegurar un crecimiento y desarrollo económico inclusivo y sostenible y para respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos de las personas. En el sentido que los recursos naturales gestionados de forma sostenible y transparente, de conformidad con los principios del derecho ambiental internacional, pueden ser el motor para el bienestar económico y servir de base para sociedades estables y pacíficas¹⁷. Es por ello, que hoy día el concepto de “**agricultura sostenible**”, como parte del desarrollo sostenible, es objeto de estudio del derecho internacional¹⁸ y del derecho agrario, como lo ha sostenido Ricardo Zeledón¹⁹. Por otro lado, la entrada en vigor, en abril de este año 2021, del *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información a la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe*, o llamado **Acuerdo de Escazú**, suscrito en el 4 de marzo de 2018, refuerza la vinculación de la agricultura sustentable con los derechos humanos vinculados al derecho al ambiente. Tratado este que compendia los derechos humanos que son requeridos

¹⁶ Editor Forense, 2021.

¹⁷ La ONU y el Estado de Derecho. Tierra, propiedades y medio ambiente (Ver, Tierra, propiedades y medio ambiente - Naciones Unidas y el Estado de Derecho)

¹⁸ FAO. Agricultura sostenible | Objetivos de Desarrollo Sostenible | Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (fao.org)

¹⁹ Zeledón Ricardo, “Desarrollo Sostenible y Derecho Agrario”, v23n02_215.pdf (mag.go.cr)

para la vida y el entorno de las personas²⁰. Y también, *la Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra*, del 20 de abril del 2010, aprobada en Cochabamba, Bolivia, en la Conferencia Mundial de los Pueblos sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra, que interpreta estos derechos como el derecho a existir y respetar el derecho a la regeneración y restauración integral de los bienes de la naturaleza²¹. Asimismo, *la Carta de la Tierra*, que comenzó como proyecto de la ONU y se convirtió en una declaración de la sociedad civil a nivel internacional, contempla como principio general el respeto a la Tierra y la vida en toda su diversidad²². Y, por último *Las Directrices Voluntarias en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional*, aprobadas por el Consejo de la FAO en su 127º período de sesiones, en noviembre de 2004, compendian dentro de estas directrices a la tierra junto con las directrices relativas a la democracia y a los derechos humanos, concretamente con la sostenibilidad ecológica y la capacidad de carga de los ecosistemas a fin de asegurar la posibilidad de una mayor producción sostenible de alimentos para las generaciones presentes y futuras, impedir la contaminación del agua, proteger la fertilidad del suelo y promover la ordenación sostenible de la pesca y de los bosques. Y en las que se considera a los suelos y al agua como recurso genético para la agricultura y la alimentación²³. Tesis esta de la actualización del estudio del derecho agrario en el contexto de las nuevas tecnologías y de la armonización de la actividad agraria con la ecología, que se expuso en “La Carta De los juristas del Derecho Agrario latinoamericano a S.S. el Papa Francisco”, con motivo del XI Congreso del Comité Americano de Derecho Agrario y del Coloquio sobre el Derecho Agrario Italiano y el Derecho Agrario Latinoamericano, celebrado en Roma y en Pisa, en septiembre de 2019.

V. EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y SU INFLUENCIA EN LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO AGRARIO

Ahora bien, aparte de esa intrínseca vinculación entre el derecho agrario y los derechos humanos, se une el tema de su instrumentación, es decir, de su efectividad. En otras palabras, de su protección, que hoy día, es todo un sistema jurisdiccional, cuya fuente es el derecho internacional de los derechos humanos, que concibe esa protección como un orden de justicia universal; que las constituciones modernas de los estados democráticos incorporan a su derecho interno. En efecto, el fundamento del estado democrático y social de derecho, es la dignidad de la persona humana a través de una categoría de derechos, valores y principios, como la libertad, la igualdad y la pluralidad, que están en el concepto jurídico internacional de “derechos humanos”, los cuales deben ser garantizados y protegidos,

²⁰ https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf

²¹ [declaration-sp \(gaiacr.org\)](http://www.gaiacr.org/declaration-sp)

²² [12 - La Carta de La Tierra \(vitaetpax.org\)](http://www.vitaetpax.org/12-La-Carta-de-La-Tierra)

²³ FAO. *Directrices Voluntarias en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional* (fao.org)

cuando son desconocidos, violados o no protegidos por los estados, a través de los instrumentos jurídicos que no solo contemplan el acceso a la justicia nacional sino también el acceso a la justicia internacional. Lo cual es necesario, toda vez, que no debe olvidarse que derechos Humanos, si son respetados hacen posible la subsistencia del orden social en un Estado, Constitucional y Democrático de Derecho²⁴.

Pues bien, hoy día la protección de los derechos económicos, sociales y culturales ya se integra al derecho internacional de protección jurisdiccional de los derechos humanos, y, por lo tanto, de los derechos agrarios fundamentales. Ello en razón de la superación de la distinción entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales; debido a la indivisibilidad de los derechos humanos, tal como se proclama por la Asamblea General de la ONU, en diciembre de 1977 en la *Resolución 32/130 sobre “Medios Alternativos en el Sistema de Naciones Unidas para Perfeccionar el Goce Efectivo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”*, según la relación entre el lugar del individuo en la colectividad y los derechos de la colectividad con respecto de los individuos. Puesto que, entre los derechos individuales y los derechos sociales o colectivos no puede haber más que complementariedad y no antinomia. Ello en concordancia con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1969 y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988. Pacto este que abrió en la Región una vía de acción jurisdiccional en relación con la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, con la aplicación del sistema de peticiones individuales ante las instancias internacionales. Estas medidas abren una nueva perspectiva para la protección de estos derechos. En efecto, en palabras de **Antonio Augusto Cançado Trindade**, “Una vez reconocida y consagrada la indivisibilidad de los derechos humanos, el campo estaba en lo sucesivo abierto para buscar una solución”²⁵. Esta orientación ha influido en el reconocimiento constitucional del derecho de petición individual o de acceso, en relación con determinados derechos económicos, sociales y culturales, ante la jurisdicción internacional, llamado por algunos, en nuestra Región, “*amparo interamericano*”²⁶. Por su parte, **la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, en su *Declaración sobre el Covid-19 y Derechos Humanos*

²⁴ Antonio Luis Betancourt Sánchez, “Los derechos Humanos en Materia Agraria”, Conferencia Impartida en la Casa de la Cultura Jurídica en Colima Suprema Corte de La Nación, México, 21 de marzo de 2013 (disponible en: <https://antonio.luisbetancourt.blogspot.com/2013/03/conferencia-derechos-humanos.html>).

²⁵ La Protección Internacional de los Derechos, Económicos, Sociales y Culturales (disponible en: LA PROTECCION (ucipfg.com)).

²⁶ Ayala Corao, Carlos M., *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Caracas, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, 1998 (Ayala Corao, Carlos M., *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos* | García Ramírez | Cuestiones Constitucionales *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (unam.mx)).

del 9 de abril de 2020, confirmo la exigibilidad o el derecho de reclamar de los estados los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, fundamentalmente durante crisis, como la de la pandemia del Covid-19²⁷. Por su parte, la FAO considera el acceso a la justicia como un componente esencial del enfoque preconizado en las Directrices sobre el derecho a la alimentación y que, por lo tanto, el acceso a la justicia para reclamar el derecho a la alimentación es una realidad²⁸.

En concreto, en razón que el acceso a la justicia es un principio básico del estado de derecho, respecto de todos los derechos humanos, entre ellos el derecho al desarrollo, internacionalmente, como se establece en Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional de la ONU, del 24 de septiembre de 2012²⁹, hoy día es incuestionable la protección jurisdiccional de los derechos sociales y económicos, entre ellos los atinentes a los elementos esenciales de la seguridad alimentaria, entre ellos los el derecho al desarrollo rural, como se dio, lo reconoce la FAO³⁰.

Por otra parte, según el magistrado mejicano, **Antonio Luis Betancourt Sánchez**, la garantía de la tutela jurisdiccional de los derechos humanos comprende también el control de la convencionalidad por parte de los jueces de los estados, puesto que es una obligación ineludible de la autoridad jurisdiccional ejercerlo no solo en los casos de incumplimiento de mandatos constitucionales de respetar los derechos humanos, sino también cuando el estado no cumple con su responsabilidad internacional de proteger estos derechos. Porque por esa obligación de aplicar el derecho internacional que se admitió constitucionalmente, " *ahora el derecho constitucional se volvió internacional*"³¹, lo cual, evidentemente, que comprende también el derecho agrario constitucional.

VI. LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE EL DERECHO A LA TIERRA Y A LOS DERECHOS AGRARIOS

Dentro de este orden de ideas, me referiré a alguna doctrina jurisdiccional de interés sobre la protección de los derechos fundamentales agrarios referida a la

²⁷ Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20 9 de abril de 2020, Covid-19 y Derechos Humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales (disponible en: [declaracion_1_20_ESP.pdf](#) (corteidh.or.cr))

²⁸ FAO. Derecho a la alimentación. Derecho a la Alimentación y Acceso a la Justicia: Ejemplos a nivel nacional, regional e internacional, Estudio del Derecho a la alimentación, <http://www.fao.org/right-to-food/news/news-detail/es/c/80537/>

²⁹ A/RES/67/1 - S - A/RES/67/1 -Desktop (undocs.org)

³⁰ FAO. Derecho a la Alimentación y Acceso a la Justicia. [ww.fao.org/3/k7286s/k7286s.pdf](http://www.fao.org/3/k7286s/k7286s.pdf).

³¹ Los derechos humanos en el derecho agrario | Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades (udg.mx)

propiedad agraria individual y colectiva, fundamentalmente del sistema interamericano, en razón que el derecho a la propiedad está íntimamente ligado a otros derechos que de ser violentados afectan este derecho y el entorno social, cultural y económico en que se desenvuelven, como lo ha reconocido tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana en sus decisiones, como lo ha destacado **Christian Federico Vargas García** en su trabajo para la Universidad de Andalucía, denominado “EL Derecho a la propiedad en la jurisprudencia interamericana”³². Así mismo, por ejemplo, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha habido casos en los que la protección del derecho de propiedad, unida a la de otros derechos, ha supuesto también una salvaguarda, para el medio ambiente, como el caso específico de las personas que se han opuesto a que se desarrollen actividades de caza en terrenos de su propiedad por su interés de evitar daños ecológicos³³.

Por mi parte, me referiré a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que representa una regla de interpretación extensiva y progresiva del artículo 21 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que contempla el derecho de propiedad como el derecho al uso y disfrute de los bienes y no de propiedad privada, lo que le da un contexto más amplio al concepto de propiedad³⁴. Asimismo, esta jurisprudencia interpreta que el concepto de propiedad comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener valor, que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Y que el derecho de propiedad implica que los derechos de uso y disfrute de los bienes no pueden ser eliminados por el estado, sino por causas de utilidad pública e interés social establecidas en las leyes y mediante un debido proceso y el pago de una justa indemnización. Por ejemplo, cuando las medidas estatales sobre los bienes no son consecuencia de un proceso debido, o cuando no fue ordenado por un juez competente e imparcial; lo cual además de violar el derecho al trabajo produce un daño emergente³⁵, que en los casos de la propiedad agraria productiva representa la pérdida de la principal actividad del agricultor, puesto que el daño se produce sobre bienes que conforman el principal medio de subsistencia³⁶. Del énfasis de la jurisprudencia interamericana en el sentido que el derecho de propiedad es esencialmente el uso y disfrute de bienes de cualquier naturaleza, refuerza el principio de protección de

³² Ver., Microsoft Word - 0172_Vargas.doc (core.ac.uk)

³³ Caso Herrmann c. Alemania, de 26 de junio de 2012 (ver, Fernández Egea, Rosa M., “La Protección del Medio Ambiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: últimos avances jurisprudenciales”, p. 170-173 (disponible en: La protección del medio ambiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: últimos avances jurisprudenciales | Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid (uam.es).

³⁴ Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua sentencia sobre fondo, fundamentos 143 a 145.

³⁵ Caso Cesti Hurtado Vs. Perú, Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Parr. 179. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú Sentencia de 6 de febrero de 2001 (Reparaciones y Costas)

³⁶ Caso Matanzas de Ituango Vs. Colombia; Sentencia de 01 de julio de 2006, p. 193-197.

la propiedad productiva que cumple con su función social económica y ambiental, es decir, de la protección de la posesión agraria³⁷. Y la precisión de la jurisprudencia citada de que el derecho de propiedad comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor, permite la protección de la empresa agraria tanto respecto de su capital, como del fundo o hacienda agraria propiamente dicha. Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos admite que la posesión establece por sí sola una presunción de propiedad a favor del poseedor y, que, tratándose de bienes muebles, vale por título, por lo que el artículo 21 de la Convención mencionada, no solo protege el derecho a la propiedad en el sentido del uso y disfrute de los bienes, sino también, entre otras cosas, la posesión de los bienes³⁸. Por lo que, por ejemplo, la sustracción de ganado o la ocupación de las viviendas de las haciendas agrarias por el estado es una violación al derecho de propiedad y además del derecho a la vida privada y del derecho de respeto al domicilio, puesto que es el lugar donde el productor puede desarrollar libremente la vida privada³⁹. Razón, por la cual, por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha calificado de violación de los derechos de los agricultores, las medidas de ocupación de bienes productivos⁴⁰, como lo son los casos de rescate de tierras por parte del gobierno que ejerce el poder en Venezuela. Que la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ha considerado parte de una política de persecución y de intimidación del sector productivo agrario y como una violación grave de derechos humanos en Venezuela⁴¹.

Por otra parte, la jurisprudencia matriz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido como principio de interpretación del derecho de propiedad, que en una sociedad democrática deben existir, para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos, medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales; y que, por tanto, la función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y que por ello el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada,

³⁷ Sobre el concepto de posesión agraria puede verse mi libro "Procesos sobre la Propiedad y la Posesión", Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios, 89, Caracas, 2011, pp. 579-582. Y, la obra de Alcir Gursen de Miranda, O Instituto jurídico da posse agrária Imprenta: Belém, Cejup, 1992.

³⁸ Caso Tibi Vs. Ecuador; Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Parr. 218.

³⁹ Caso Matanzas de Ituango Vs. Colombia; Sentencia de 01 de julio de 2006; Párr. 178.

⁴⁰ Caso Tibi Vs. Ecuador; Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Párr. 218. Y Caso Cesti Hurtado; Hurtado Vs. Perú, Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Par. 179. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, Sentencia de 6 de febrero de 2001 (Reparaciones y Costas) Párr. 179. (Microsoft Word - Serie_c_74_esp.doc (corteidh.or.cr))

⁴¹ Por la reconciliación nacional y la justicia social en la República Bolivariana de Venezuela Informe de la Comisión de Encuesta instituida en virtud del artículo 26 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo para examinar la observancia por parte del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela del Convenio sobre los mét (ilo.org)

pero respetando siempre los límites contenidos en artículo 21 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos⁴². En este orden de ideas, la Corte mencionada ha interpretado de forma amplia el concepto de ‘uso y goce de bienes’ establecido en este artículo 21 y ha desarrollado una jurisprudencia sobre derechos indígenas y tribales sobre sus territorios ancestrales.

Respecto de la protección de la propiedad colectiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha consolidado toda una doctrina sobre los derechos de los pueblos indígenas, sobre la base que conforman sociedades diferenciadas de las dinámicas socioculturales de la sociedad occidental, poseedoras de derechos políticos, sociales y culturales colectivos⁴³. En este orden de ideas, la mencionada Corte ha establecido que, a la luz del artículo 21 de la Convención, ya citado, el Estado viola el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la población indígena, cuando no ha delimitado y demarcado su propiedad comunal, y cuando otorga concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes⁴⁴. Puesto que la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras⁴⁵. De manera de evitar, por ejemplo, la violación de sus derechos ancestrales y su cultura, como está ocurriendo con el proyecto llamado Arco Minero del Orinoco del gobierno que ejerce el poder en Venezuela, cuya destrucción ambiental y el daño producido ha sido calificado por la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, de “*muerte de la madre naturaleza*”⁴⁶, es decir, de un ecocidio.

Al respecto debe recordarse la trascendencia de la *Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*⁴⁷, que interpretó el artículo 11 del Protocolo de San Salvador, que consagra

⁴² Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador; Sentencia de 06 de mayo de 2008. Parr. 60

⁴³ Castrillón Orrego Juan Diego; La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Derechos de los Pueblos Indígenas; en Becerra Benítez, Manuel (coord.); *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*. México. UNAM. 2005; p. 157.

⁴⁴ Caso de la Comunidad (Mayagna Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001.

⁴⁵ Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni; Voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia de Fondo y Reparaciones; Párr. 13

⁴⁶ Ver “Informe de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “Independencia del Sistema de Justicia y acceso a la Justicia, incluyendo violaciones a los derechos económicos y sociales en la República Bolivariana de Venezuela y situación de los derechos humanos en la región del Arco Minero del Orinoco”, A/HRC/44/54, Distr. General del 15 de julio de 2020. Disponible en: <http://onu.org.ve/segundo-informe-de-la-alta-comisionada-de-las-naciones-unidas-para-los-derechos-humanos-en-referencia-a-venezuela/>

⁴⁷ https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_23_esp.pdf

el derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. Y que contempla la obligación de los Estados de promover la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente. En el ejercicio de este derecho la Corte mencionada reconoció además de ese derecho a vivir en un ambiente sano y a contar los bienes necesarios, la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, como el derecho al desarrollo sostenible. Pues, señaló, que el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio, que comprende los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, donde evidentemente se encuentran los derechos agrarios vinculados al derecho a la tierra. Esta consideración parte del criterio de que en el derecho a un nivel de vida adecuado que asegure la alimentación, la vivienda y los medios de subsistencia, como lo establece el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se incluye la protección de los derechos de quienes realizan la actividad agraria, como lo afirma el profesor peruano, **Luis Dongo Denegri**⁴⁸.

De lo expuesto respecto de la protección jurisdiccional de los derechos humanos y de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puede extraerse, para nuestra Región, como un principio general con relación al derecho agrario, que la propiedad, la titulación y el reconocimiento del Estado, se sitúan en segundo término, dejando paso a la tenencia efectiva, uso y goce de los bienes, es decir, a la posesión agraria, y que el derecho a la propiedad se aproxima a la tutela de la vida o la dignidad humana, a un derecho a un juicio justo, a la inviolabilidad del domicilio y a la libertad de asociación y tránsito y de empresa. Y que, por otro lado, la propiedad de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios ancestrales requiere las mismas garantías que la propiedad titulada y reconocida por el Estado. Lo que puede conseguirse evitando enajenaciones fraudulentas y titulaciones de terrenos catalogados como vacantes por la falta de título de propiedad válido de sus tenedores⁴⁹.

Por último, por los llamados “*Principios Pinheiro*” de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU para los casos de despojos sistemático y masivo de sectores sociales del 28 de junio del 2005, los procedimientos de restitución de las tierras son un medio esencial de la justicia retributiva⁵⁰. Principios estos que, si bien no son una convención o tratado internacional, sin embargo, se ubican dentro

⁴⁸ Ver, “Tutela Jurisdiccional de los Derechos Humanos en el campo del Derecho Agrario”, p. 417, Derecho agrario y derechos humanos - Biblioteca de la Corte IDH.

⁴⁹ Ver, Christian Federico Vargas García, “El Derecho a la Propiedad en la Jurisprudencia interamericana”, *Op., Cit.*, p. 143.

⁵⁰ Principios Básicos y Directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo, aprobados por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, el 28 de junio de 2005, en su 57° período de sesiones. A/HRC/4/18 07-10631 (ohchr.org).

del innumerable número de documentos internacionales entre los que se encuentran resoluciones, recomendaciones, informes, conferencias, programas, estándares y códigos de conducta para la interpretación del derecho internacional⁵¹

VII. REFLEXIÓN FINAL Y REMEMBRANZA DEL PROFESOR ALTIR DE SOUSA MAIA

Concluyo señalando, como lo dije en el Congreso Internacional de Derecho Agrario y Derechos Humanos, celebrado en el Perú, en 1987, que el derecho agrario hoy día, en razón de su vinculación a los derechos humanos, requiere del encuadre del derecho de acceso a la justicia y de tutela jurisdiccional efectiva en un sistema unitario nacional e internacional para la protección y efectividad del derecho de la garantía de la propiedad que cumpla con su función social, del derecho al trabajo productivo y estable, del derecho a la organización asociativa de las explotaciones agrarias, del derecho al respeto del domicilio agrario, del derecho a un medio ambiente adecuado y sano, del derecho a beneficiarse de la explotación de los recursos naturales renovables, del derecho a la seguridad social en el campo y del derecho a una buena nutrición⁵². E, igualmente, del derecho de los pueblos indígenas a la delimitación y demarcación de su propiedad ancestral comunal, y de la garantía de que no se otorguen contratos o concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en sus territorios y del derecho a ser informados y de participar en las decisiones que puedan afectar estos derechos. Y, del derecho de responsabilizar a los estados por los daños causados a su territorio, como, por ejemplo, los pueblos indígenas Kayapó y Suruí de la Amazonía brasileña, que presentaron ante la Corte Penal Internacional una denuncia formal contra el gobierno de Brasil, en el marco del artículo 15 del Estatuto de Roma por crímenes de lesa humanidad y piden que se reconozca el ecocidio por la destrucción del ambiente a un nivel que compromete la vida humana como delito a ser examinado por esta Corte⁵³. Al igual que 30 etnias indígenas de la Región del Sur del Orinoco de Venezuela, que denunciaron ante la ONU, el ecocidio que se está

⁵¹ Ver, Maritza Pérez Amaya, John Wilmer Barrera Estupiñán, Belkis Alejandra Forero Gelvez, "Principios Pinheiro aplicados al tratamiento de los segundos ocupantes en los procesos de restitución de tierras en Colombia", Universidad Libre Seccional Cúcuta, Facultad de Derecho, especialización en derechos humanos Cúcuta, Colombia 2018.

⁵² Duque Corredor, Roman J, "La Tutela Jurisdiccional de los Derechos Humanos en el campo del Derecho Agrario" (Especial referencia a Venezuela). Derecho Agrario y Derechos Humanos (Congreso Internacional).pdf, p. 379-388. ([https:// biblioteca.corteidh.or.cr/documento/4711](https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/4711)). Derecho Agrario y Derechos Humanos (Congreso Internacional).pdf

⁵³ Bourdon & Associés Avocats, Comunicação nos termos do artigo 15 do Estatuto de Roma Contra o presidente da República do Brasil Jair Bolsonaro, membros de seu governo, assim como qualquer autor e cúmplice que a investigação venha a estabelecer. (v-finale-portugais-amazonie-projet-de-communication-cpi-v5-confiden-tiel-copie.pdf (apublica.org))

llevando a cabo en su territorio⁵⁴. Depredación que ha sido reconocida por la Alta Comisionada de los Derechos Humanos de la ONU, en el Informe presentado el 15 de julio de 2020, ante el Consejo de Derechos Humanos, que representa la **destrucción** del ecosistema que ha sostenido históricamente a esas comunidades⁵⁵.

Y, finalizo diciendo, que con este Seminario no termina el homenaje al profesor **Altir de Sousa Maia**, puesto que las personas como el, siempre serán recordadas, por haber hecho historia y por eso nunca son olvidadas.

BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN

ABREU BARROSO, Lucas, “El derecho agrario en los tiempos de crisis de la modernidad”, (disponible en: El derecho agrario en los tiempos de crisis de la modernidad - Dialnet (unirioja.es))

Alta Comisionada de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “Independencia del Sistema de Justicia y acceso a la Justicia, incluyendo violaciones a los derechos económicos y sociales en la República Bolivariana de Venezuela y situación de los derechos humanos en la región del Arco Minero del Orinoco”, A/HRC/44/54, Distr. General del 15 de julio de 2020. Disponible en: <http://onu.org.ve/segundo-informe-de-la-alta-comisionada-de-las-naciones-unidas-para-los-derechos-humanos-en-referencia-a-venezuela/>.

AYALA CORAO, Carlos M., *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Caracas, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, 1998 (AYALA CORAO, Carlos M., *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos* | García Ramírez | “Cuestiones Constitucionales”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (unam.mx)).

BETANCOURT SÁNCHEZ, Antonio Luis. “Los derechos Humanos en Materia Agraria”, Conferencia Impartida en la Casa de la Cultura Jurídica en Colima Suprema Corte de La Nación, México, 21 de marzo de 2013 (disponible en: <https://antonioluisbetancourt.blogspot.com/2013/03/conferencia-derechos-humanos.html>).

⁵⁴ “30 etnias indígenas en peligro por ecocidio del Arco Minero”, La Prensa del Táchira (30 etnias indígenas en peligro por ecocidio en arco minero: La Prensa Táchira (laprensatachira.com)).

⁵⁵ Notiespartano.com. La ONU denuncia la explotación y los abusos en el Arco Minero del Orinoco (La ONU denuncia la explotación y los abusos en el Arco Minero del Orinoco - Notiespartano. The World News. La Subcomisionada Presidencial para las Relaciones Exteriores por la Asamblea Nacional democrática y Enviada Especial de Venezuela en Francia, Isadora Zubillaga, que denunciaron en la conferencia del cambio climático de la ONU el ecocidio del arco minero (Isadora Zubillaga: Denunciamos ecocidio del arco minero en la COP (theworldnews.net))

Bourdon & Associés Avocats, Comunicação nos termos do artigo 15 do Estatuto de Roma Contra o presidente da República do Brasil Jair BOLSONARO, membros de seu governo, assim como qualquer autor e cúmplice que a investigação venha a estabelecer. (V-finale-portugais-amazonie-projet-de-communication-cpi-v5-confidentiel-copie.pdf (apublica.org))

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, “La Protección Internacional de los Derechos, Económicos, Sociales y Culturales (disponible en: LA PROTECCION (ucipfg.com)).

CASTRILLÓN ORREGO, Juan Diego; “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Derechos de los Pueblos Indígenas”; citado en: Becerra Benítez, Manuel (coord.); *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*. México. UNAM. 2005.

CEPAL. Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe.

https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Declaración 1/20 9 de abril de 2020, Covid-19 y Derechos Humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales (disponible en: [declaracion_1_20_ESP.pdf \(corteidh.or.cr\)](#)). OPINIÓN CONSULTIVA OC-23/17 DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2017 SOLICITADA POR LA REPÚBLICA DE COLOMBIA MEDIO AMBIENTE Y DERECHOS HUMANOS (seriea_23_esp.pdf (corteidh.or.cr)).

DE MIRANDA, Alcir Gursen, *Derecho agrario y Ambiental*, Editor Forense, 2021. *O Instituto jurídico da posse agrária*, Imprensa Belém, Cejup, 1992.

DE SOUSA Maia, Altir, “O direito agrário naprojeção do futuro”, (O direito agrário na projeção do futuro - Dialnet (unirioja.es)).

DONGO DENEGRI, Luis, *Tutela Jurisdiccional de los Derechos Humanos en el campo del Derecho Agrario*, p. 417. Derecho agrario y derechos humanos - Biblioteca de la Corte IDH.

DUQUE CORREDOR, Roman J. “La Tutela Jurisdiccional de los Derechos Humanos en el campo del Derecho Agrario” (Especial referencia a Venezuela). Derecho Agrario y Derechos Humanos (Congreso Internacional).pdf, p. 379-388. (<https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/4711>. Derecho Agrario y Derechos Humanos (Congreso Internacional).pdf

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Universidad de Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Cultural Cuzco Editores, Lima Perú, 1988, p. 11; Derecho Agrario y Derechos Humanos (Congreso Internacional).pdf

FERNÁNDEZ EGEA, Rosa M., “La Protección del Medio Ambiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: últimos avances jurisprudenciales” (La protección del medio ambiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: últimos avances jurisprudenciales | *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* (uam.es)).

IDEARIO JURÍDICO Y POLÍTICO SOCIAL

FIAN Internacional, “El derecho humano a la tierra. Documento de posición”, pp. 24-27 (http://www.fian.org/fileadmin/media/publications_2017/Reports_and_Guidelines/FIAN_Position_paper_on_the_Human_Right_to_Land_esp_0611173web.pdf)

GILBERT, Jérémie, “Derecho a la Tierra como Derecho Humano: argumentos a favor de un derecho específico a la tierra” (disponible en: r32491-1.pdf (cor-teidh.or.cr), p. 135-136

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Universidad de Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Cultural Cuzco Editores, Lima Perú, 1988, p. 11; Derecho Agrario y Derechos Humanos (Congreso Internacional).pdf

La Prensa del Táchira (30 etnias indígenas en peligro por ecocidio en arco minero: La Prensa Táchira (laprensatachira.com).

LUNA SERRANO, Agustín, “Relación de Síntesis”, Derecho Agrario y Derechos Humanos Instituto Interamericano de Derechos Humanos Universidad de Lima Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

PÉREZ AMAYA, Maritza, BARRERA ESTUPIÑÁN, John Wilmer, FORERO GELVEZ, Belkis Alejandra, “Principios Pinheiro aplicados al tratamiento de los segundos ocupantes en los procesos de restitución de tierras en Colombia”, Universidad Libre Seccional Cúcuta, Facultad de Derecho, especialización en derechos humanos Cúcuta, Colombia 2018

ONU. La ONU y el Estado de Derecho. Derecho Ambiental. (Ver, Tierra, propiedades y medio ambiente - Naciones Unidas y el Estado de Derecho). Principios Básicos y Directrices sobre Los Desalojos y El Desplazamiento Generados por El Desarrollo (A/HRC/4/18 07-10631 (ohchr. org). Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional de la ONU, del 24 de septiembre de 2012 (A/RES/67/1 - S - A/RES/67/1 -Desktop (undocs.org)

Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) Raíces de la resiliencia: Política de tierras para la transición agroecológica en Europa | FAO. Directrices voluntarias sobre la Gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional (fao.org). Derecho a la Alimentación y Acceso a la Justicia. (Ww.fao.org/3/k7286s/k7286s.pdf).

Organización Internacional del Trabajo (OIT), (Por la reconciliación nacional y la justicia social en la República Bolivariana de Venezuela Informe de la Comisión de Encuesta instituida en virtud del artículo 26 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo para examinar la observancia por parte del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela del Convenio sobre los métodos (ilo.org)

VARGAS GARCÍA, Christian Federico, “El derecho a la propiedad en la jurisprudencia interamericana”, Universidad Internacional de Andalucía, Puebla, México abril de 2010 (Microsoft Word - 0172_Vargas.doc (core.ac.uk)).

ZELEDÓN, Ricardo, (2009). Introducción al derecho agrario contemporáneo. San José: Guayacán

ZIBETTI, Darcy Walmor, “Pequeño Agrarista Histórico del Dr. Altir de Souza Maia.” (<https://www.ubau.org.br/site/pequeno-historico-agrarista-do-dr-altir-de-souza-maia/>)

Jurisprudencia citada

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas) (Seriec_79_esp (corteidh.or.cr)).

Caso Cesti Hurtado Vs. Perú. Sentencia de 29 de septiembre de 1999 (Fondo) (Microsoft Word - seriec_56_esp.doc (corteidh.or.cr)).

Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001 (Reparaciones y Costas). (Microsoft Word - Seriec_74_esp.doc (corteidh.or.cr))

Caso de Las Masacres de Ituango vs. Colombia, Sentencia de 1 de julio de 2006 (Microsoft Word - seriec_148_esp.doc (corteidh.or.cr))- Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 22: Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales / Corte Interamericana de Derechos Humanos. -- San José, C.R.: Corte IDH, 2021. p. 65.

Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). (seriec_114_esp.pdf (corteidh.or.cr)).

Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Sentencia de 6 de mayo de 2008 (Excepción Preliminar y Fondo). (https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_179_esp.pdf). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 22: Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales / Corte Interamericana de Derechos Humanos. -- San José, C.R.: Corte IDH, 2021. p. 70.

EL APOORTE DE LA LEY DE JURISDICCIÓN AGRARIA DE COSTA RICA AL DERECHO PROCESAL AGRARIO COMPARADO¹

La duración de la vigencia de un estatuto legal dice mucho de la institucionalidad de un país. Si bien modernamente se acepta que el derecho ha de irse transformando, lo cierto es que a veces las sucesivas modificaciones integrales de los textos legales no son sino demostración de su deficiente formulación. Y si a ello se agrega que por virtud de una interpretación judicial prospectiva de los instrumentos jurídicos la jurisprudencia va moldeando la legislación vigente a una realidad cambiante, de modo que en un sentido sirve de legislador suplente, se entiende el por qué una ley como la Ley N° 6.734 de 1982 de Jurisdicción Agraria Costarricense puede exhibir una vigencia de tres décadas, con reformas parciales como la de la Ley N° 6.975 del 30 de noviembre de 1984. Ley ésta cuya aplicación e interpretación ha ido en el tiempo perfilando iniciativas y propuestas de reformas de una Ley o de un Código Agrario Ambiental para mejorar y modernizar la jurisdicción agraria como la de la ampliación de su competencia a lo ambiental, cuando interese a la actividad agraria o cuando ésta interese a lo ambiental, la de excluir de esa competencia lo penal, la incorporación plena de la oralidad, la mediación y conciliación judiciales, la regulación de las fuentes del derecho agrario, la realización de los juicios orales y públicos ordinarios por el Tribunal Superior Agrario a través de secciones en los lugares de conflicto y de los juicios no ordinarios y de las fases preparatorias de los juicios orales y públicos por los juzgados agrarios en las zonas de mayor conflictividad.

Testigo como he sido de la procreación, nacimiento y crecimiento de esta Ley, así como de la doctrina que la fecundó y de la jurisprudencia que la alimentó en su primera época y que la sigue fortaleciendo en su madurez, sin exageración, puedo afirmar que dentro del derecho comparado es el sistema procesal agrario más completo. Ha de señalarse que, sobre una base científica de definición del objeto de este derecho, como actividad agraria, se ha cimentado, un verdadero proceso con sus elementos principales: Un orden jurisdiccional organizado, como función especial del Poder Judicial administrado por jueces agrarios y un tribunal superior agrario, e integrada a la organización vertical de este Poder, bajo la casación de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Una competencia material

¹ Discurso pronunciado en San José Costa Rica en el Colegio de Abogados el día 29 de marzo de 2012 con motivo de la celebración de los XXX años de la promulgación de la Ley N° 6.734 de Jurisdicción Agraria del 29 de marzo de 1982.

exclusiva de ese orden jurisdiccional y de un procedimiento ordinario y de procedimientos especiales. Vale la pena señalar que a diferencia de otras legislaciones, el proceso agrario costarricense tiene su propia entidad legislativa en una ley especial e independiente de la legislación de tierras, agroreformista o desarrollista. Y como un hecho histórico, para el derecho agrario comparado, también puede ponerse de relieve, que esta Ley fue promulgada el mismo día en que se promulgó la Ley N° 6.735 del Instituto de Desarrollo Agrario, cuyos treinta años de vigencia se celebra igualmente en esta fecha. Pero, la circunstancia que la Ley de Jurisdicción Agraria lo fuera unos minutos antes que esta última Ley, que regula la materia sustantiva de aquella jurisdicción, y no a la inversa, es un episodio inédito para la historia del Derecho, porque el proverbio del célebre procesalista Calamandrei, “*el proceso sigue al Derecho como la sombra sigue al cuerpo*”, en este caso, resultó lo contrario, “*el derecho siguió al proceso*”.

Esto que parece anecdótico es, sin embargo, una impronta del derecho procesal agrario costarricense, puesto, que sus doctrinarios, frente a la tendencia de la codificación de lo agrario, sostuvieron la tesis que dada la diversidad y la complejidad de lo agrario, que hace necesario la existencia de varias leyes especiales, desde el punto de vista científico, es más apropiado definir en la ley procesal el objeto del derecho agrario, dentro de la definición de la competencia objetiva y funcional de los jueces agrarios, y sobre esa base ir jurisprudencialmente consolidando la dogmática jurídica agraria. Ello es tan cierto que los institutos del derecho agrario: la empresa, los contratos agrarios, la propiedad y posesión agraria, la usucapción agraria y las servidumbres agrarias, por ejemplo, se han ido formando a través de la jurisprudencia definitiva de la materia agraria atribuida a los jueces agrarios por los artículos 1º, 2º y 3º de la treintañera Ley N° 6.734; y de la precisión del concepto de predio rústico a que se contrae su artículo 4º. Tesis ésta que se acredita en las Obras “*Derecho Agrario Jurisprudencial*” de Ricardo Zeledón² y “*Jurisprudencia de Derecho Agrario y Ambiental*” de Ricardo Ulate Chacón³. Estos autores y eméritos magistrados judiciales partieron de la misma preocupación que manifestaba Alberto Germanó, de que “*el problema procesal del derecho agrario no es otro que una manifestación del más vasto problema de la autonomía de esta rama del derecho*”⁴. Es así, entonces como el derecho agrario costarricense ha alcanzado a través del proceso agrario, su carta de ciudadanía como rama jurídica. Aparte del anterior aporte del proceso agrario costarricense al derecho agrario comparado, desde el punto de vista de la ciencia procesal, la Ley N° 6.734 contiene el desarrollo de todos los elementos de un verdadero sistema procesal, es decir, de una estructura dotada de un orden interno en que sus elementos se relacionan entre sí armónicamente conjugados, como señalaré a continuación.

En efecto, en primer término, la función especial encomendada a los jueces agrarios, en forma exclusiva, de conocer y resolver definitivamente los conflictos

² Zeledón, Ricardo, *Derecho Agrario Jurisprudencial*, ILANUD, San José, Costa Rica.

³ “Ulate Chacón, Enrique, *Jurisprudencia de Derecho Agrario y Ambiental*, Institutos Agrarios Institutos Ecológicos Casación Agraria, San José, C. R., 1997, Prólogo.

⁴ Germanó, Alberto, *Il Processo Agrario*, Studio Comparativo sul Diritto Europeo Occidentale, Milano- Dott. Giuffrè Editore, Milano-1973, p. 3.

derivados de las actividades agrarias, dentro del Poder Judicial, define la condición judicialista de esta jurisdicción, en forma independiente de la actividad administrativa. Esta definición significa una toma de posición frente a las tesis de fueros privativos o de justicia administrativa de otras jurisdicciones agrarias. En segundo lugar, la definición genérica de la materia de los jueces agrarios como las actividades de producción, transformación, industrialización y enajenación de productos agrícolas, que es el objeto del derecho agrario, así como la definición de predio rústico como explotación agraria, coloca a este derecho costarricense en la modernidad del derecho agrario, que va más allá de los conflictos de tierras o de su afectación, expropiación y distribución. E, igualmente, la descripción enunciativa de los principales asuntos agrarios, incluyendo en ellos acciones como las reivindicatorias, posesorias, de usurpación de daños, de interdictos, de deslinde y amojonamiento, de desahucios de predios rústicos, de particiones hereditarias, de localización de derechos pro indiviso; de las expropiaciones agrarias y los conflictos derivadas de los contratos en que sea parte un empresario agrario; evita la conflictividad de los jueces agrarios con jueces de otras jurisdicciones e impide controversias con la Administración Pública respecto de la solución de algunos asuntos agrarios. Materia agraria ésta que comprende también el contencioso administrativo de las resoluciones del Instituto de Desarrollo Agrario, lo que garantiza el control de las interpretaciones de la legislación agraria conforme los principios del derecho agrario, por parte de la Administración, cuya constitucionalidad ha sido avalada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. En este orden de ideas, el proceso agrario costarricense, por su jurisprudencia, ha acercado las fronteras del derecho agrario y del derecho ambiental, a través de la consideración que los fallos de los jueces agrarios, de su tribunal superior y de la Sala de Casación, han dado a la protección del derecho fundamental a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, de donde han surgido los institutos agrarios ecológicos de la actividad agraria conservacionista o la actividad agraria de conservación, de la propiedad agraria forestal, la posesión ecológica, como los califica esa misma jurisprudencia; y de conceptos como la de empresa agroambiental, es decir, de explotación sostenible del ambiente para proteger, conservar y mejorar, racionalmente, los recursos naturales renovables. Este desarrollo transversal de lo ambiental en la actividad agraria justifica la jurisdicción agraria ambiental, que por el desarrollo que los tribunales agrarios han dado a los principios y valores ambientales, constitucionales y legales, para proteger los recursos naturales, es una realidad material en Costa Rica. Por ello, con justeza se propugna, desde 1997, en este país, la jurisdicción agraria y ambiental, como función especializada del Poder judicial de conocer y resolver los conflictos derivados en el ejercicio de actividades agrarias y de la protección del medio ambiente y los recursos naturales. Planteamiento que ha servido de antecedente para que Ecuador y Bolivia en sus recientes Constituciones le hayan dado jerarquía constitucional a la jurisdicción agraria y ambiental. Y que ya se reconocía en la Ley de Biodiversidad costarricense de 1998 al atribuir a la jurisdicción agraria las controversias entre particulares en esta materia. Un aspecto resaltante del influjo del proceso agrario es la inclusión en la dogmática de su estudio de los diferentes

aspectos del desarrollo sostenible y de la tutela ambiental, que en el ámbito procesal se traduce en la posibilidad de la aplicación de medidas cautelares agroambientales, para asegurar la sostenibilidad de la actividad agraria respecto de los derechos ambientales, como lo expone la Magistrada de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica Carmen María Escoto Fernández en su ensayo “*Retos en el agro a la luz de la sostenibilidad del ambiente del Siglo XXI*”⁵.

El tercer elemento del sistema procesal agrario costarricense es la organización de la jurisdicción agraria, como un orden especial dentro del Poder Judicial, que si bien es vertical sin embargo es descentralizada estructural y funcionalmente, apartándose de las instancias únicas judiciales centralizadas. En este proceso agrario, en comento, la jurisdicción agraria está distribuida territorialmente entre los jueces agrarios de primera instancia, con asiento en los cantones centrales de cada una de las provincias, y el Tribunal Superior Agrario, en la Ciudad de San José, que ejerce su función como segunda instancia. La descentralización administrativa y funcional de la jurisdicción agraria es otro aporte del proceso agrario costarricense al derecho agrario comparado. A lo cual debe agregarse que en los recursos de esta jurisdicción se admite el de casación, pero solo para las sentencias definitivas de primera instancia y que al tribunal de casación se le permite apreciar pruebas y decidir el asunto sin reenvío. Pienso, que, si bien es importante una adecuada organización judicial para la efectividad del acceso a la justicia, con jueces accesibles y cercanos y de reducción de las instancias y con una casación como tercera instancia rogada; más importante es la idoneidad profesional y moral de los jueces agrarios. En este aspecto la Ley N° 6.734 es otro aporte al derecho procesal agrario contemporáneo. Estos jueces por definición han de ser profesionales reconocidos por lo menos con cinco años de práctica profesional; y los jueces colegiados del Tribunal Agrario, además de esa práctica profesional deben ser especialistas en Derecho Agrario, o profesores por lo menos de tres años de derecho agrario. A todos los jueces se les garantiza una estabilidad de cuatro años y la posibilidad de su reelección. Son pues jueces en propiedad e inamovibles, lo que garantiza su independencia, a diferencia de los jueces provisorios, temporales y hasta portátiles y subordinados de amargas experiencias de otras jurisdicciones agrarias. Mención aparte merece la preparación y profesionalización de los jueces agrarios, que es un complemento indispensable para la funcionalidad de la jurisdicción, por lo que es digno destacar la preocupación de la Corte Suprema de Costa Rica por la consolidación de la especialización judicial agraria a través de su Escuela Judicial “Edgar Cervantes Villalta”, y de la Comisión de Asuntos Agrarios y Ambientales, y que se patentiza con la publicación de la Colección “Derecho Agrario y Justicia. Derecho Agrario y Derecho Procesal Agrario”, que recoge trabajos científicos de destacados miembros de la judicatura agraria. Cónsono con el propósito de facilitar el acceso a la jurisdicción agraria, la Corte Plena, en el “*Plan para combatir la morosidad judicial*” previó la creación de juzgados agrarios en todo el territorio costarricense para reducir la duración de los procesos

⁵ Ver Colección de Derecho y Justicia “Derecho Agrario y Derecho Procesal Agrario”, Escuela Judicial “Edgar Cervantes Villalta”, San Joaquín de Flores, Costa Rica, 2010, pp. 28-30.

agrarios⁶. De modo que puede concluirse que para garantizar la tutela judicial efectiva además de contemplar jurisdicciones especiales es necesario contar con jueces idóneos y diseñarse e implementarse infraestructuras y procurarse recursos financieros, es decir, políticas públicas judiciales, dentro de una política de Estado que facilite el acceso a la jurisdicción, en lo cual también Costa Rica ha sido un modelo.

En este aspecto, vale la pena destacar las reglas prácticas para facilitar el acceso a la justicia de la población indígena, dictadas por el Consejo Superior del Poder Judicial, a que se contrae la Circular N° 10-09 del 5 de febrero de 2009⁷, que instruye a las Autoridades Judiciales para que promuevan “la realización de diligencia *“in situ”*, en aquellos lugares donde existan territorios indígenas”; y que establecen que “dentro de cada presupuesto de los distintos programas presupuestarios, se contemplará el rubro de viáticos tanto para los y las (sic) indígenas como para las y los (sic) funcionarios, quienes desarrollan sus diligencias *“in situ”*. Ello resulta significativo para la eficacia de la jurisdicción agraria, por cuanto su jurisprudencia trata dentro su competencia las acciones sobre la propiedad y posesión agraria indígena⁸, cuando conforme la Ley Indígena N° 6172, se presenten entre poseedores indígenas y no indígenas. Lo cual representa una garantía de una tutela judicial efectiva para la fase jurisdiccional en los casos de conflictos de tierras entre indígenas o con personas o familias no indígenas, a los cuales se refiere el proyecto de Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas, en los que muchas de las veces ha de aplicarse el derecho consuetudinario indígena⁹.

El cuarto elemento del sistema procesal agrario costarricense que representa un aporte al derecho procesal agrario comparado lo constituyen sus principios, reglas e instituciones procesales, que lo definen como un proceso donde se destaca la definición de los sujetos procesales, y la inclusión entre ellos de la Procuraduría Agraria, el poder oficioso de los jueces de dirección del proceso para evitar las nulidades procesales; el juicio verbal; la apreciación a conciencia de las pruebas, que recibió el aval de la Sala Constitucional¹⁰; la inapelabilidad de las sentencias no resolutorias o sin fuerza de definitiva. Así como la regulación de procedimien-

⁶ Sesión 30-2000 del 7 de agosto del 2000, artículo XXI.

⁷ Esta Circular informa a las autoridades judiciales estas reglas aprobadas por el Consejo Superior del Poder Judicial en su Sesión 77-08 del 14 de octubre de 2008.

⁸ Por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Agrario 00304, Expediente 97-160129-0465-AG, del 29 de marzo de 2006; y 00468, Expediente 01.000103-0417 –AG, del 30 de junio de 2004.

⁹ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, Comisión Permanente Especial de Redacción, Expediente N° 14352, Dictamen de Mayoría, 12-09-2011, Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas.

¹⁰ Exp: 03-00456-0007-CO. Res: 2003-03657, Redacción: Magistrado Solano Carrera (Acción de inconstitucionalidad promovida por Jorge Arturo Morice Rodríguez vs. Artículo 54 de la Ley de la Jurisdicción Agraria

tos especiales expropiatorios, de rescate de tierras poseídas en demasías y de reglas especiales en los procedimientos de división material de universalidad de bienes cuando los bienes agrarios sean de valor superior a los otros bienes. Merece destacarse la atribución al Tribunal Superior Agrario de la competencia dirimente entre los jueces agrarios y entre éstos y los jueces de otras jurisdicciones. En este contexto procesal, es indiscutible la influencia decisiva de la jurisprudencia agraria en el desarrollo de la teoría del poder cautelar atípico de los jueces agrarios para la protección de la producción agraria y de los recursos naturales, y de la aplicación analógica de las medidas de arraigo y embargo a estos fines, con el fundamento en una avanzada y progresista interpretación de los valores y principios constitucionales del debido proceso y de la tutela judicial efectiva, como con acierto lo destaca el estudioso y tratadista juez agrario costarricense Carlos Adolfo Picado Vargas¹¹. Merece destacarse, por su significado no solo para el proceso agrario sino también para el derecho procesal, la propuesta de reforma de la Ley Nº 6.734 de distinguir en el proceso ordinario la fase preparatoria a cargo de juzgados agrarios y el juicio oral y público por parte del Tribunal Superior Agrario, que concentra en una sola instancia la actuación de dos tribunales de diferentes jerarquía en la resolución de una causa, que reduce el proceso agrario a una primera instancia y a una casación. E igualmente la proposición de incluir en la reforma, entre los procesos agrarios fundamentales, a los interdictos agrarios, el desahucio de fundos rústicos y los ejecutivos, como lo ha propuesto el miembro del Tribunal Superior Agrario Enrique Ulate Chacón¹², contribuye con la especialidad del orden jurisdiccional agrario. Con palabras de este autor, vista la treintena de la referida Ley, y las reformas propuestas por los agraristas costarricenses, puede afirmarse, que *“el proceso agrario costarricense ha servido de instrumento del derecho agrario para que éste pueda cumplir su fin último, es decir, garantizar la justicia agraria en el campo”*¹³.

Los momentos en que se cumple un anhelo no admiten desperdicio ni pérdida. Sé, como decía mi Padre, que *“la brevedad es un manjar del cual no gustan ni jueces ni abogados”*. Pero, degustar de ese postre en este momento me haría perder la oportunidad de hacer memoria para honrar a quienes debo haber sido copartero de ese ser que hoy arriba a sus treinta años. Permítaseme, este testimonio para hacer justicia. En las Primeras Jornadas Iberoamericanas y Europeas de Derecho Agrario, de Zaragoza y Jaca, España, en 1976 hice mi primer contacto con el derecho agrario costarricense a través de un abogado joven y aventajado estudiante de postgrado de la Universidad de Pisa, Ricardo Zeledón, con quien hicimos un planteamiento crítico por la no inclusión en el temario de estas Jornadas del proceso agrario. Ya Zeledón había conocido a Alberto Germanó que con su

¹¹ Picado Vargas, Carlos Adolfo, “Medidas Cautelares Agrarias”, 1º edición, Editorial Investigaciones Jurídicas S. A., San José, C. R., mayo 2005, p. 106.

¹² Ulate Chacón, Enrique, “Tratado de Derecho Procesal Agrario”, Tomo III Procesos Sumarios y la Jurisprudencia, Editorial Sapiencia, Editorial Jurídica Dupas, San José, C R, febrero 2202, pp. VIII.

¹³ Ulate Chacón, Enrique, Obra citada, página VII.

Obra “El Proceso Agrario en el derecho europeo”, sin duda, lo estimuló a que impulsara su estudio en su país. Más tarde en 1977, en Mérida, Venezuela, con ocasión de la II Reunión de Iusagraristas del Área Iberoamericana, me reencuentro con Zeledón, donde retomamos el compromiso de seguir promoviendo la instauración de una jurisdicción agraria, y procuramos discusiones sobre el Anteproyecto de Ley de Justicia Agraria de 1959, del venezolano, Dr. Manuel Ángel Palma Labastida, y el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Agraria que había elaborado en 1.969 la Consultoría Jurídica del Instituto Agrario Nacional de Venezuela, que estaba a mi cargo. Pude conocer el Proyecto de Ley de creación de la Jurisdicción Agraria que había enviado el Poder Ejecutivo de Costa Rica a la Asamblea Legislativa en enero de 1977 y por Zeledón tuve en mis manos dicho Proyecto así como el Dictamen N° 7.745 del 4 de julio de 1977 de Mayoría Afirmativa de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración de dicha Asamblea, firmada por su Presidente Manuel Antonio González Flores, por el cual se recomendaba al pleno la aprobación de dicho Proyecto de Ley. Coincidentalmente este Dictamen apareció publicado en el Alcance N° 52 a la Gaceta N° 61 del miércoles 29 de marzo de 1978. Es decir, hoy hace treinta y cuatro años. Dos celebraciones nos reúnen hoy: los 30 años de la promulgación de la Ley de Jurisdicción Agraria y 34 años de su conformidad parlamentaria que permitió su promulgación cuatro años después. Posteriormente presencié la promulgación bajo el N° 6.734 de la Ley de Jurisdicción Agraria el 29 de marzo de 1982, por el Presidente Rodrigo Carazo.

Pero la Providencia me aquerenció más con la jurisdicción agraria costarricense al invitárseme a participar junto con los Doctores Luis Paulino Mora y Edgar Cervantes Villalta, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en la Sesión de la Comisión Permanente de Asuntos Agropecuarios y de Recursos Naturales de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, de fecha 6 de junio de 1984, para exponer, por proposición del Diputado Jorge Arturo Monge Zamora, con motivo de mi asistencia al Segundo Congreso de Derecho Agrario Costarricense, mis reflexiones sobre el Proyecto de Ley de creación de Tribunales Agrarios, distinguido con el Expediente N° 9.714 y sobre la reforma constitucional que se planteaba de los artículos 45 y 69 de la Constitución Política de este hermano país y sobre el Proyecto de Ley de reforma de la Ley N° 6.734 de Jurisdicción Agraria del 29 de marzo de 1982. Proyecto éste que había sido elaborado por un grupo de estudio compuesto por Ricardo Zeledón y los dos ilustres Magistrados quienes me honraron acompañándome en aquella oportunidad y que fue promulgada como la Ley N° 6.975 del 30 de noviembre de 1984, la cual arribará a los 28 años de su vigencia el próximo mes de noviembre de este año. En esa oportunidad, el Diputado Rivera Bianchini, conecedor que había tenido la oportunidad de leer el Proyecto de reforma mencionado, me solicitó que hiciera unos comentarios sobre su contenido, los cuales aparecen en el Acta de aquella Sesión. Más tarde por invitación del gobierno colombiano, Zeledón y quien les habla, colaboramos en la redacción de un proyecto de ley de jurisdicción agraria colombiana en donde se hizo sentir la influencia procesal agraria costarricense.

Por ello, para concluir estas palabras, más llenas de sentimientos, recuerdos y de afectos, que, de ciencia, voy a permitirme, con su venia, leer lo que en aquella oportunidad dije en la Asamblea Legislativa de Costa Rica sobre el proceso agrario costarricense y acerca de su aporte para la consolidación de un moderno derecho agrario y para el funcionamiento de la jurisdicción adecuado a los fines y principios constitucionales y de este derecho. Dije, como aparece del Acta N° 31 de fecha 5 de junio de 1984 de la Comisión Permanente de Asuntos Agropecuarios de Recursos Naturales de dicha Asamblea, presidida en aquel momento por el Diputado Garrón Salazar, el siguiente testimonio, que resultó profético: “*Con la Ley de Jurisdicción Agraria del 29 de marzo de 1982 y con su reforma, Costa Rica se inscribe en la corriente procesalista agraria moderna y seguramente que pasará a estar a la cabeza de la misma. La Ley y su proyecto de reforma, no solo significará un gran aporte al ordenamiento jurídico costarricense, sino que también viene a enriquecer al Derecho Agrario Comparado*”¹⁴.

Señores, la Providencia da satisfacciones. Una, la de haber nacido en un bello país, en mi caso, Venezuela, en donde actualmente lucho por el rescate del Estado democrático de Derecho. Otras, la de tener una bella familia, por la cual vivo y me desvivo para garantizarles un futuro mejor para que no se repita un pasado errático y no se prologue un presente incierto e inseguro. Y la de conocer una nación, en que no solo su litoral es rico, sino toda ella, como lo es Costa Rica y la de tener la oportunidad de compartir con su gente episodios de su historia que son también parte de mi vida, como la de estar de cuerpo presente, pero vivo, en los 30 años de una Ley como la N° 6.734 de 1982 de Jurisdicción Agraria Costarricense, cuyo alumbramiento, en esas vivencias es uno de mis momentos más imperecederos. Gracias, Dios mío, por haberme dado esta otra gran satisfacción en mi vida.

¹⁴ Me permití transcribir el Acta N° 31 del 6 de junio de 1984 de la Comisión Permanente de Asuntos Agropecuarios y de Recursos Naturales de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, en mi Obra *Derecho Agrario Instituciones*, Editorial Jurídica ALVA, S. R.L., Caracas, Venezuela, julio 2001, pp. 239-248

SISTEMÁTICA PARA LA TEORÍA Y LA INTERPRETACIÓN Y EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS AGRARIOS¹

I. FUNDAMENTOS PARA UNA SISTEMÁTICA DE LA TEORÍA DE LOS CONTRATOS AGRARIOS EN EL DERECHO AGRARIO

En forma breve y esquemáticamente esos fundamentos son:

1. La agricultura sustentable, el desarrollo rural sostenible y la modernización de las formas de explotación de las tierras para promover la inversión en el sector rural.

2. La promoción de formas de participación o asociación particulares para que la propiedad garantice la producción nacional

3. La libre contratación de la explotación agropecuaria como manifestación del ejercicio del derecho de propiedad y del principio de la libre iniciativa y del sistema de economía mixta, como garantías constitucionales, y las formas agrarias asociativas particulares como medios de sustitución del latifundismo y de garantía de la seguridad agroalimentaria

II. LA NUEVA CONCEPCIÓN PRODUCTIVA DE LOS CONTRATOS AGRARIOS Y DE EXPLOTACIÓN O DE EMPRESA AGRARIA

Con el abandono de la concepción tradicional del contrato agrario, que sólo tiene en cuenta su objeto, es decir, el fundo rústico, sin importarle su finalidad productiva, aparte de proteger al productor directo y a la empresa agraria, trata de conseguir la modernización y la multifuncionalidad de la agricultura. En la nueva concepción de estos contratos se atiende más la actividad productiva que a la titularidad de los bienes. Es decir, los usos y empleo de los bienes y su organización, constitución y funcionamiento, procurando la profesionalización de esa actividad.

¹ IX CONGRESO AMERICANO DE DERECHO AGRARIO, Panamá 15 y 17 de julio de 2015.

Desde este punto de vista, al identificarse la agricultura con la actividad de producción, ya el objeto de los contratos no es el fundo rústico, sino el complejo de actos y de relaciones dirigidos a garantizar la organización y permanencia de esa actividad. Por ello, siguiendo esa tendencia en la teoría moderna del derecho agrario se toma en cuenta la distinción de los contratos agrarios entre contratos para la organización de empresas agrarias y contratos para el ejercicio de la empresa agraria ya constituida y en funcionamiento. Entendiéndose por empresa agraria no propiamente una de tipo mercantil, sino la organización de la explotación, es decir, de los bienes productivos y de los recursos y servicios necesarios para hacer producir adecuadamente una tierra rural. Por eso es que interesan los fines productivos del contrato, lo cual supone la corrección del uso del suelo, la protección de la biodiversidad y la compatibilidad de la actividad que constituye su objeto con el ambiente y los planes surgidos de la planificación democrática y participativa de la seguridad agroalimentaria. Por esta razón, para que no se desvirtúe la nueva orientación de los contratos agrarios han de establecerse disposiciones relativas a su definición y a su régimen general, en donde se destaque el papel de la costumbre, los principios para su interpretación y ejecución, su formalidad escrita, las estipulaciones nulas, y la inembargabilidad de los bienes productivos, con sus excepciones. Asimismo, en el contexto de la colaboración y de la cooperación de las partes, la teoría moderna de los contratos agrarios debe prever sistemas alternos de solución de conflictos, como principio general entre estos contratos, previendo la posibilidad de arbitrajes obligatorios para los conflictos que afecten intereses colectivos.

En ese orden de ideas, en el derecho agrario moderno se definen como contratos agrarios, las convenciones entre dos o más personas para la organización de una explotación o empresa agraria o para su ejercicio o funcionamiento. Y como explotación o empresa agraria, se entienden las unidades económicamente productivas constituidas por el propietario de las tierras u otras personas, mediante contratos agrarios, con la finalidad principalmente de concurrir al mercado, diversificar y aumentar la producción, mejorar la estructura productiva y los rendimientos y con el objeto de cubrir sus necesidades personales y satisfacer las demandas sociales de alimentos, la conservación del medio ambiente y promover el carácter multifuncional de la actividad agraria. Por otra parte, se exceptúan del concepto de contratos agrarios los contratos de prestación de servicios subordinados en predios agrícolas o pecuarios, los que se rigen por las disposiciones que regulan el contrato de trabajo; y los actos y contratos para constituir asociaciones cooperativas porque están regidos por la ley que regula la materia de las cooperativas².

² En este aspecto he seguido las definiciones contenidas en el Proyecto de Ley de Contratos Agrarios de Mejoramiento y Modernización de Unidades Productivas para el Fomento del Desarrollo Rural y la Seguridad Agroalimentaria del año 2006, que elaboré para el grupo parlamentario socialcristiano que se presentó a la Asamblea Nacional pero que ésta no ha discutido. Ver mi trabajo "LA NUEVA TEORÍA SISTEMÁTICA DE LOS CONTRATOS AGRARIOS PARA EL DERECHO AGRARIO

III. SISTEMÁTICA DE LOS CONTRATOS AGRARIOS Y LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN AGRARIA

La competencia de la jurisdicción agraria se refuerza en lo relativo a los contratos agrarios cuando se régimen jurídico se basa en una sistemática de sus principios y reglas. Así, por ejemplo, la consagración de la naturaleza agraria de los contratos de financiamiento cuando tienen por objeto el desarrollo agrícola y los contratos de asociación de los productores agropecuarios para concertar condiciones de comercialización de sus productos amplía el ámbito material de dicha competencia. Asimismo, la definición de predio rústico de las tierras susceptibles o destinadas a la actividad agraria productiva, independientemente de su localización, para definir los contratos que tengan por objeto estas tierras, refuerza también la competencia de la jurisdicción agraria. Y en general, también, por ejemplo, atribuir naturaleza agraria y no civil ni mercantil a la organización de productores agropecuarios para la información de los mercados y la colocación de la producción, a través de bolsas de productos agropecuarios.

IV. FUENTES Y PRINCIPIOS PROPIOS DE LA INTERPRETACIÓN Y EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS AGRARIOS

La costumbre, cuando es conocida y notoria, y la ley, en caso de ausencia de estipulaciones contractuales, son fuentes supletorias de los contratos agrarios, como todo contrato. Y los principios que rigen para su interpretación y ejecución atienden al propósito e intención de las partes de colaboración para constituir o mejorar empresas agrarias, o de consolidar sus estructuras. Y, además, son parte del contrato las exigencias que se deriven de los principios que inspiran la ley agraria; la verdad y la buena fe y no solo las obligaciones que las partes hubieren pactado expresamente. Igualmente, dentro de estos principios, son propiamente de la interpretación y ejecución de los contratos agrarios, la protección de la producción agropecuaria y de las tierras de vocación agraria; la compatibilidad de las actividades agrarias con el ambiente y los recursos naturales renovables; el ciclo biológico; la intangibilidad de las cosechas y de las situaciones productivas de las explotaciones, así como la protección de la biodiversidad. En ese orden de ideas, son obligaciones implícitas de los contratos agrarios, además de la buena fe, las consecuencias que se deriven de la equidad, la costumbre y la ley, que es lo tradicional en la teoría de los contratos; al igual que la no ejecución de actos de destrucción de la estructura física y biológica de las tierras y de los procesos ecológicos y que perjudiquen la biodiversidad³. De esos principios se deriva la importancia para los contratos agrarios de la obligación de cada parte de cooperar con

VENEZOLANO (Trabajo especial para la Revista del Comité Americano de Derecho Agrario) *Revista Iberoamericana de Derecho Agrario* N° 1, marzo 2014).

³ Un antecedente normativo de este principio para el derecho agrario comparado lo es el artículo 203 del Reglamento de la Ley de Reforma Agraria venezolana del 8 de febrero de 1967, cuyo texto era el siguiente: “En la interpretación y ejecución de los

la otra. Y ello porque estos contratos son de duración o de tracto sucesivo, y donde el cumplimiento de las obligaciones de cada parte depende del cumplimiento o colaboración de la otra parte. Por ello, a lo anterior, se puede agregar el principio que obliga a las partes a actuar con la diligencia debida de un buen agricultor, es decir, del productor o empresario agrario, que de manera normal y diligente realiza actividades de producción y aprovechamiento de bienes agropecuarios y de mitigación de las consecuencias del laboreo continuo, la falta de rotación de cultivos y consecuente degradación de los suelos y del ambiente y recursos naturales renovables. Por ejemplo, en lo relativo a la ejecución e interpretación del contrato de arrendamiento rural, se entiende por buen cultivo la restitución de nutrientes del suelo, su manejo y empleo por implementos adecuados, la ausencia de quema de rastrojos, el mejoramiento de la posibilidad productiva de las tierras, la realización de cultivos que eviten el agotamiento, alterándolos o variando su explotación, la ejecución de actos de conservación de los recursos naturales renovables y que resguarden la diversidad biológica; y la realización de mejoras que aumenten la producción, la rentabilidad o el valor del predio. Todos estos elementos son criterios para determinar la buena fe, o la conducta del buen agricultor, en los contratos agrarios, como un estándar de conducta objetiva. Por supuesto que lo relativo a las fuentes de los contratos agrarios y los principios para su interpretación y ejecución han de comprenderse en un estudio sistemático de las fuentes del derecho agrario, en el contexto de las fuentes del derecho en general, como lo plantea el profesor cubano, Juan Ramón Pérez Carrillo, en su reciente obra “Las fuentes del Derecho y del Derecho Agrario, Cubano”, por cuanto su desarrollo y sistemática de sus fundamentos teóricos y normativos y la jerarquización de sus principios y su reconocimiento expreso en el derecho positivo, contribuye a configurar el Derecho, y en particular, el derecho agrario, como un verdadero ordenamiento jurídico⁴.

CONCLUSIÓN

He pretendido con esta breve relación presentar un desarrollo sistemático de los contratos agrarios para la modernización del derecho agrario, a través del estudio de sus fuentes y principios generales, elementos estructurales y sus diferentes tipos y hasta los criterios para su interpretación y ejecución.

contratos de tenencia no se podrá atentar contra la intangibilidad de las cosechas y de las otras situaciones productivas del fundo, ni efectuar actos de destrucción que afecten la estructura física y biológica de las tierras”. Este texto se debe al Dr. Alí José Venturini Villarroel, quien es el precursor en Venezuela de una teoría y sistemática de los contratos agrarios. Ver mi trabajo “LA NUEVA TEORÍA SISTEMÁTICA DE LOS CONTRATOS AGRARIOS PARA EL DERECHO AGRARIO VENEZOLANO (Trabajo especial para la Revista del Comité Americano de Derecho Agrario) *Revista Iberoamericana de Derecho Agrario* N° 1, marzo 2014).

⁴ Pérez Carrillo, Juan Ramón, “Las Fuentes del Derecho y del Derecho Agrario, Cubano Dykinson E-Book 2015, p. 213) (<http://dykinson.es>. <http://dykinson.com>).

LA NUEVA TEORÍA SISTEMÁTICA DE LOS CONTRATOS AGRARIOS PARA EL DERECHO AGRARIO VENEZOLANO¹

Al Dr. Allí José VENTURINI VILLARROEL, propugnador de la teoría de los contratos agrarios en Venezuela.

I. LA NECESIDAD DE UNA TEORÍA Y SISTEMÁTICA DE LOS CONTRATOS AGRARIOS EN EL DERECHO AGRARIO VENEZOLANO. LA AUSENCIA DE SU REGULACIÓN EN LA LEY DE TIERRAS Y DESARROLLO AGRARIO. EL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS AGRARIOS DE MEJORAMIENTO Y MODERNIZACIÓN DE UNIDADES PRODUCTIVAS PARA EL FOMENTO DEL DESARROLLO RURAL Y LA SEGURIDAD AGROALIMENTARIA DEL AÑO 2006

Cuando escribí en 1975, mi tesis de doctorado “*Contratos Agrarios*”, postulaba la sistematización de su regulación legal que partiendo de sus principios generales se completara con el estudio de sus diferentes tipos para consolidar el desarrollo doctrinario de una teoría de estos contratos para el derecho agrario venezolano². Ello por cuanto su regulación en la Ley de Reforma Agraria de 1960³ resultaba parcial porque se limitaba a enunciar sus tipos y a un desarrollo de los contratos de tenencia y de los contratos agroindustriales, pero a los fines agro reformistas de proteger los arrendatarios y a los productores, pero sin llegar a constituir una verdadera base para la sistematización de su estudio. Sin embargo, el

¹ Trabajo especial para la *Revista del Comité Americano de Derecho Agrario*, 2019

² “*Contratos Agrarios*”, E. Jurídica ALVA S. R. L., Caracas 1986. PP 33-34. Esta tesis fue presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello para optar al título de Doctor en Derecho, aprobada con calificación de excelente por el Jurado Examinador integrado por los doctores Manuel Ángel Palma Labastida, Víctor Giménez Landinez y Allan Brewer Carías, en veredicto de fecha 17 de octubre de 1977. Y mi Tutor fue el Profesor Dr. José Guillermo Andueza, quien rindió su dictamen favorable expresando que “constituye un esfuerzo laudable del autor para aclarar conceptos en una materia tan importante como los contratos agrícolas” (Op. Cit, PP IX-XII y XII y XIV).

³ Gaceta Oficial N° Extraordinario del 19 de marzo de 1960.

Título VIII, De la Regulación de los Contratos Agrícolas, de la citada Ley⁴, permitía elaborar las bases para una teoría para la sistematización, ya no de los contratos agrícolas, sino de los contratos agrarios en una visión del derecho agrario contemporáneo. Este es el propósito de este trabajo, el cual es mucho más comprometedor. En efecto, el Decreto con fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, publicado en la Gaceta Oficial N° 37.323 del 13 de noviembre de 2001, derogó en su totalidad la Ley de Reforma Agraria⁵ y dejó sin regulación los contratos de tenencia, agroindustriales y otras formas asociativas de explotación de la tierra. Dicho decreto ley fue reformado por la Ley de reforma parcial publicada en la Gaceta Oficial N° 5.591 de fecha 29-07-2010, que citaré como la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario vigente. Ello resultaba una involución, porque, por ejemplo, los contratos de arrendamiento rural, al derogarse las normas que lo regulaban en la Ley de Reforma Agraria, ante la ausencia de una legislación especial, volvieron a regirse por las normas bicentenarias del Código Civil de 1942, en materia de arrendamientos de predios rústicos, según su artículo 1.611, cuyo antecedente histórico lo es el Código Napoleónico de 1.804, que regula la explotación de la tierra como fuente de rentas sin tener en cuenta su naturaleza productiva y la protección de los recursos naturales renovables y del ambiente. Por otra parte, es verdad que respecto de los contratos agroindustriales la Ley de Reforma Agraria derogada reconocía a los productores derechos irrenunciables de verificación de los mecanismos de comprobación de la calidad del producto y de aplicación de los precios, pero, sin embargo, no contempló otros tipos de contratos, porque para la época no existía un desarrollo de los agro negocios. Y, con relación a las otras formas de tenencia de la tierra la Ley de Reforma Agraria de 1960, mencionada, disponía que se regularan por las normas aplicables de los contratos de arrendamientos rurales, por lo que la aparcería no contaba con un régimen propio sino supletorio. El Reglamento de la Ley de Reforma Agraria, promulgado el 8 de febrero de 1967, complementó la regulación de los diferentes tipos de contratos que dicha Ley llamaba agrícolas, con una disposición que estableció como principios de interpretación y ejecución de los contratos de tenencia a la intangibilidad de las cosechas y de las situaciones productivas de los fundos y la prohibición de destrucción de la estructura física y biológica de las tierras⁶. Esta disposición puede decirse que fue la primera que en el derecho agrario venezolano atendía al tema de los principios y a los factores agro técnicos como criterios para la interpretación y ejecución de los contratos agrarios, que como destacó Alí Venturini Villarroel, consiste en la conexión entre las fuentes materiales del Derecho Agrario y sus fuentes formales⁷.

⁴ Los artículos 140 a 153 regulaban estos contratos.

⁵ Disposición Derogatoria Primera: “Se deroga la Ley de Reforma Agraria promulgada por el Congreso de la República el 5 de marzo de 1960”.

⁶ Artículo 203: En la interpretación y la ejecución de los contratos de tenencia no se podrá atentar contra la intangibilidad de las cosechas y de las otras situaciones productivas del fundo, ni efectuar actos de destrucción que afecten la estructura física y biológica de las tierras.

⁷ Venturini Villarroel, Alí José, *Derecho Agrario Venezolano*, Ediciones MAGON, Caracas 1976, pp. 137-139.

La derogación de las anteriores normas de la Ley de Reforma Agraria referentes a los contratos agrarios, por parte del Decreto con fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario de 2001, se hizo sin prever su regulación en adelante. En efecto, este instrumento legal no contempla sino normas aisladas de protección a los explotadores directos de la tierra y no contiene norma alguna respecto de la protección de los productores que suministran materia prima a la agroindustria. En efecto, el Decreto Ley mencionado, hoy Ley de Tierras y Desarrollo Agrario de 2010, únicamente se refiere a los arrendatarios y medianeros para garantizarles su permanencia en las tierras que han venido cultivando, mediante actos administrativos dictados por el Instituto Nacional de Tierras, y en los casos en que sus explotaciones sean objeto de rescate de tierras o de juicios expropiatorios⁸, sin atender a los aspectos fundamentales de los arrendamientos, como son los derechos y obligaciones de las partes, principalmente de los arrendatarios respecto de la introducción de mejoras, el plazo de duración de los contratos, su prórroga y los motivos de extinción que dan lugar a su resolución y terminación, como si se regulaban en la Ley de Reforma Agraria derogada⁹. Por otra parte, la Ley de reforma parcial de 2010, es decir, la Ley vigente, asimila, en su artículo 7º, al latifundio lo que dicha Ley denomina “tercerización”, es decir, “*toda forma de aprovechamiento de la tierra con vocación de uso agrícola mediante el otorgamiento a un tercero del derecho de usufructo sobre ésta o el mandato de trabajarla, bien sea a través de la constitución de sociedades, arrendamientos, comodatos, cesión de derechos, medianería, aparcería, usufructo o, en general, cualquier forma o negocio jurídico, oneroso o no, con los cuales el que se atribuye la propiedad de la tierra efectúa su aprovechamiento con la intermediación de un tercero, o lo delega en él*”. El mismo texto legal deja a salvo de la llamada “tercerización”, los contratos celebrados con el objeto de realizar obras de infraestructura, mecanización de suelos, nivelación, riesgo, extracción, fumigación y cualquier otra actividad que sólo pretenda incorporar, reparar o mejorar las condiciones de agro soporte producto de las tierras (Sic). Sin embargo, en ninguna de sus disposiciones se regula estos contratos de obras o de servicios agrarios, por lo que quedan librados a la voluntad de las partes y a las normas supletorias del Código Civil. Además de lo anterior el referido artículo 7º, no atiende a si el aprovechamiento de las tierras es o no compartido, porque, por ejemplo, en los casos de los contratos paritarios o de base asociativa, en los que propietario no está exonerado de los riesgos de la explotación, no se puede hablar de tercerización. Y por supuesto, los contratos agroindustriales, entre los productores y las empresas procesadoras de productos agropecuarios no caben en esa figura de “tercerización”, ya que son contratos de suministros de productos agropecuarios. Asimismo, si lo que propiamente determina la tercerización de una negociación es la simulación de un contrato de explotación indirecta, el legislador no ha debido incluir entre esas formas al usufructo, puesto que este es un contrato gratuito, según el artículo 583, del Código Civil, en razón que el propietario no recibe compensación alguna del usufructuario. Y, en todo caso, la “tercerización”, que en el fondo es una prohibición

⁸ Artículos 17, 18 y 19.

⁹ Artículos 142 a 149.

de contratar arrendamientos no asociativos y de aparcerías simples, solo regiría partir del 29 de agosto de 2010, fecha de promulgación de la Ley de reforma parcial de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, en razón del principio de la no retroactividad de las leyes, a que se contrae el artículo 24 de la Constitución, puesto que anteriormente ni el Decreto con fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario de 2001, ni su reforma parcial por la Ley de 2005, establecía la prohibición alguna de la denominada tercerización¹⁰.

La ausencia de un régimen de contratos agrarios determinó que un grupo de parlamentarios socialcristianos me solicitaran la elaboración de un Anteproyecto de ley sobre esta materia, que después, en el 2006, convertí en el Proyecto de Ley de Contratos Agrarios de Mejoramiento y Modernización de Unidades Productivas para el Fomento del Desarrollo Rural y la Seguridad Agroalimentaria, que fue presentado a la Asamblea Nacional, que no obstante haber sido admitido, sin embargo, hasta el presente no ha sido objeto de ningún estudio o discusión por parte de dicha Asamblea. Con la elaboración de este Proyecto pretendí que legislativamente se estableciera una sistemática para su estudio, de modo que sirviera para que doctrinariamente se desarrollara una teoría de los contratos agrarios en el derecho agrario venezolano, como parte del objeto del estudio del derecho agrario venezolano. Por tratarse de mi autoría, es que he escrito este ensayo para la Revista del Comité Americano de Derecho Agrario, sobre dicho Proyecto, en virtud de que considero que ese esfuerzo debe ser conocido por el derecho agrario latinoamericano y comparado, que recoge la preocupación, entre otros autores venezolanos, del Profesor José Alí Venturini, quien desde 1965 venía planteado el desarrollo sistemático de los contratos agrarios, a través de sus principios generales, sus elementos estructurales, sus diferentes tipos y hasta sus principios para su interpretación y ejecución¹¹.

II. FUNDAMENTOS PARA UNA SISTEMÁTICA DE LA TEORÍA DE LOS CONTRATOS AGRARIOS EN EL DERECHO AGRARIO VENEZOLANO

1. *La agricultura sustentable, el desarrollo rural sostenible y la modernización de las formas de explotación de las tierras para promover la inversión en el sector rural*

La vigente Constitución venezolana¹², en su artículo 305, postula como política para el sector rural la agricultura sustentable. Es decir, la que de manera per-

¹⁰ Sobre la tercerización y su aplicación, puede verse mi obra *Procesos sobre la Propiedad y la Posesión*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 98, Caracas 2011, pp. 464-466.

¹¹ Ver Venturini Villarroel, Alí José, “El año agrícola como modalidad temporal en los contratos agrarios” en *Revista El Agricultor Venezolano*, 2da. Época, N° 225 junio 1965, pp. 53-54. Y *Derecho Agrario Venezolano*, Ediciones MAGON, Caracas 1976, pp. 137-139.

¹² Gaceta Oficial N° 36.860, del 30-12-1999, reimpresa por “errores materiales del ente emisor” (Sic) en la Gaceta Oficial Extraordinario, de fecha 24-03-2000.

manente permite una actividad agraria compatible con la protección de los recursos naturales renovables y que garantice el progreso económico de los productores y la seguridad agroalimentaria de la Nación. Esa agricultura sustentable es la base del desarrollo rural sostenible que para ese sector promueve la actual Constitución. En otras palabras, el fomento de una actividad agraria a largo plazo que permita la compatibilidad del crecimiento económico, con el bienestar social y con la defensa y conservación del ambiente. Por ello, el constituyente no sólo señala al Estado el cometido de llevar a cabo medidas de transformación de las tierras incultas u ociosas en unidades económicas productivas como la eliminación de los latifundios o el tributo sobre las tierras improductivas, sino también otras medidas de desarrollo rural, como la promoción y fomento de la producción nacional, y las de orden financiero, comercial, tecnológico e infraestructura. Por tanto, en verdad, las medidas de tenencia por si solas son insuficientes para conseguir el objetivo que aspira el constituyente para el sector rural. Efectivamente, en el artículo 306 de la Constitución se le señala al Estado la obligación de promover las condiciones para el desarrollo rural integral, con el propósito de generar empleo y garantizar a la población rural un adecuado bienestar y su incorporación al desarrollo nacional, para lo cual deberá fomentar la actividad agrícola y el uso óptimo de la tierra, créditos, servicios y asistencia técnica. En otras palabras, que a la par de medidas de afectación y de distribución de las tierras, que únicamente se refieren a las tierras que el Estado adquiera o que les pertenezcan, la Constitución exige que se contemplen medidas para la modernización de la agricultura como un medio para lograr el desarrollo integral de todo el sector rural, donde ciertamente caben los modernos contratos agrarios. Por tanto, la sistemática de estos contratos debe seguir esa orientación, de promover las inversiones en el campo, mediante un régimen contractual que permita la asociación o coparticipación de los dueños de las tierras y quienes puedan aportar conocimientos, bienes o capitales para organizar o poner en funcionamiento explotaciones agrarias modernas y eficientes. De este modo, principalmente, las explotaciones familiares, pequeñas y medianas, pueden convertirse en modernas empresas agrarias para que cumplan con su función productiva de alimentos y de materias primas y puedan diversificarse conforme a las demandas sociales. Es decir, que la sistematización de los contratos agrarios ha de ajustarse a las finalidades constitucionales de promover la agricultura sustentable como base del desarrollo rural sostenible y de modernización de las explotaciones agrarias mediante su reestructuración productiva, así como la asociación entre la tierra, el capital y la tecnología para que pueda elevarse su capacidad productiva en los mercados y facilitarse la diversificación de sus actividades.

2. *La promoción de formas de participación o asociación particulares para que la propiedad garantice la producción nacional*

En el tratamiento sistemático de la teoría de los contratos agrarios parto de la idea de la actividad agraria económica desarrollada principal y habitualmente por el propietario de las tierras y por quienes se participan con él a los fines de la producción y del cambio de bienes y servicios. En efecto, pienso que el objeto

social de los contratos agrarios es promover la formación de organizaciones suficientes para asegurar su viabilidad, fomentando el asociativismo para la formación y consolidación de explotaciones agrarias, favoreciendo la incorporación en ellas de quienes no tienen tierras pero que poseen medios y recursos para participar con los propietarios en la conducción y dirección de la empresa, asumiendo junto con él los riesgos que le son propios. Y uno de los medios de modernizar la agricultura es la de promover y proteger formas asociativas y particulares que permitan que la propiedad de la tierra garantice la producción agrícola nacional, como se señala en el artículo 307 de la misma Constitución, que, además, ha de ser privilegiada y desarrollada. Esa modernización comprende, entre otras medidas, la modernización de las formas contractuales de producción agropecuaria, para que las actividades productivas primarias, de autoconsumo, de ciclo cerrado y de escasa tecnología, evolucionen hacia sistemas de relaciones económicas dinámicas, multifuncionales, con una orientación hacia el mercado, adaptando sus producciones a la demanda y a la planificación democrática y participativa agroalimentaria del país. Por ello, con la regulación legal de los contratos agrarios se debe buscar el atraer inversiones en el sector rural, mediante una tendencia, en la regulación de estos contratos, hacia el asociativismo, la colaboración y coparticipación de las partes en los riesgos en una actividad estrechamente dependiente del medio natural y del carácter incierto de los ciclos biológicos, como lo es la actividad productiva agraria, cuyos productos, además, presentan una oferta rígida y poco adaptable a la demanda. Ello, además, facilita el acceso al crédito de las empresas pequeñas y medianas. Dentro de esa tendencia, que se percibe en los artículos 305 a 307 de la Constitución, en concordancia con su artículo 299, se inscribe la orientación de las legislaciones que persiguen fomentar relaciones económicas y diferentes operaciones entre los sectores productivos y los de transformación y comercialización de los productos agropecuarios, y favorecer la transparencia del mercado y la concurrencia en el mismo. La teoría de los contratos agrarios que se propone en este trabajo cabe en el propósito del constituyente de promover formas asociativas y particulares para el ejercicio del derecho de la propiedad de la tierra, que se postula en el artículo 307 de la Constitución, como medio de garantizar la producción agrícola. En esa teoría se parte del criterio que en el concepto de explotación agraria cabe no solo la que llevan a cabo los explotadores indirectos, como los arrendatarios y aparceros, sino también el ejercicio del derecho de propiedad por el propietario de la tierra para organizar paritariamente, por sí mismo o con otras personas, la actividad productiva, mediante la constitución y funcionamiento de unidades económicas, principalmente para concurrir al mercado y diversificar su producción para satisfacer las nuevas demandas sociales de conservar el medio ambiente y el carácter multifuncional de la actividad agraria.

3. *La libre contratación de la explotación agropecuaria como manifestación del ejercicio del derecho de propiedad y del principio de la libre iniciativa y del sistema de economía mixta, como garantías constitucionales, y las formas agrarias asociativas particulares como medios de sustitución del latifundismo y de garantía de la seguridad agroalimentaria*

En Venezuela constitucionalmente se garantiza el derecho de propiedad y se garantiza como parte de ese derecho el derecho al uso, goce, disfrute y disposición de los bienes¹³. Ahora bien, estos derechos se ejercen, entre otros modos, a través de los contratos agrarios que son formas jurídicas de usar, gozar, disfrutar y de disponer de los bienes agropecuarios por parte de sus propietarios. Esa libertad de contratación se inscribe en la garantía constitucional de la libre iniciativa, que conforme la misma Constitución el Estado debe promover, bajo formas justas de creación y distribución de la riqueza, y cómo medios para la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población y la libertad de empresa y de industria¹⁴. Libertades estas de libre iniciativa y de empresa, que son congruentes con el régimen constitucional socioeconómico y con la función del Estado en la económica, que aparte de consagrar el rol del Estado como promotor del desarrollo armónico de la económica nacional y sus facultades de planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país, así como su facultad de reservarse actividades, industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y estratégico, reconoce también la libre competencia como parte de esa régimen constitucional socioeconómico¹⁵. Régimen este que, según la Exposición de Motivos de la vigente Constitución, no es una forma rígida y que se consagra “fuera de cualquier dogmatismo ideológico con relación a la ya superada disputa sobre los roles del mercado y el Estado”, para evitar, de acuerdo con la citada Exposición de Motivos, “una visión extrema y excluyente de los contenidos sociales de todo sistema económico, pero sentando las bases de una economía de respeto a la acción individual”. En concreto, el sistema económico constitucional “plantea un equilibrio entre Estado y mercado, en razón que el problema no es más Estado o mercado, sino un mejor Estado y el mercado no es un fin en sí mismo, sino un medio para satisfacer las necesidades colectivas”, donde debe prevalecer el equilibrio “entre productividad y solidaridad, entre eficiencia económica y justicia social, dando libertad a la iniciativa privada y preservando el interés colectivo”¹⁶. Por tanto, en este régimen la libre contratación agraria es de base constitucional, e, incluso, el derecho de propiedad de los productores agropecuarios y las formas asociativas particulares, bajo los principios de la agricultura sustentable, son medios para garantizar la seguridad alimentaria

¹³ Artículo 115 de la Constitución.

¹⁴ Artículo 112.

¹⁵ Artículos 299 y 112

¹⁶ Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Título VI Del sistema económico, Capítulo I Del régimen y de la función del Estado en la economía (LEGIS, 2006, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Códigos Básicos, Tercera Reimpresión junio 2006, p. 108-109.

de la población, por lo que en la sustitución del régimen latifundista, como se establece en el artículo 307, de la Constitución, tales formas contractuales, entre otras medidas, han de ser promovidas por el Estado.

III. LA NUEVA CONCEPCIÓN PRODUCTIVA DE LOS CONTRATOS AGRARIOS Y DE EXPLOTACIÓN O DE EMPRESA AGRARIA

La modernización de la agricultura, aparte de proteger al productor directo y a la empresa agraria, se trata de conseguir con el abandono de la concepción tradicional del contrato agrario que sólo tiene en cuenta su objeto, es decir, el fundo rústico, sin importarle su finalidad productiva. En la nueva concepción de estos contratos se atiende más la actividad productiva que a la titularidad de los bienes. Es decir, los usos y empleo de los bienes y su organización, constitución y funcionamiento, procurando la profesionalización de esa actividad. Desde este punto de vista, al identificarse la agricultura con la actividad de producción, ya el objeto de los contratos no es el fundo rústico, sino el complejo de actos y de relaciones dirigidos a garantizar la organización y permanencia de esa actividad. Por ello, siguiendo esa tendencia en la teoría moderna del derecho agrario se toma en cuenta la distinción de los contratos agrarios entre contratos para la organización de empresas agrarias y contratos para el ejercicio de la empresa agraria ya constituida y en funcionamiento. Entendiéndose por empresa agraria no propiamente una de tipo mercantil, sino la organización de la explotación, es decir, de los bienes productivos y de los recursos y servicios necesarios para hacer producir adecuadamente una tierra rural. Por eso es que interesan los fines productivos del contrato, lo cual supone la corrección del uso del suelo, la protección de la biodiversidad y la compatibilidad de la actividad que constituye su objeto con el ambiente y los planes surgidos de la planificación democrática y participativa de la seguridad agroalimentaria. Por ello, para que no se desvirtúe la nueva orientación de los contratos agrarios, han de establecerse disposiciones relativas a su definición y a su régimen general, en donde se destaca el papel de la costumbre, los principios para su interpretación y ejecución, su formalidad escrita, las estipulaciones nulas, y la inembargabilidad de los bienes productivos, con sus excepciones. Asimismo, en el contexto de la colaboración y de la cooperación de las partes, la teoría moderna de los contratos agrarios debe prever sistemas alternos de solución de conflictos, como principio general entre estos contratos, previendo la posibilidad de arbitrajes obligatorios para los conflictos que afecten intereses colectivos.

En ese orden de ideas, en el Proyecto, en comentarios, se definen como contratos agrarios, “las convenciones entre dos o más personas para la organización de una explotación o empresa agraria o para su ejercicio o funcionamiento”. Y como explotación o empresa agraria, “las unidades económicamente productivas constituidas por el propietario de las tierras u otras personas, mediante contratos agrarios, con la finalidad principalmente de concurrir al mercado, diversificar y aumentar la producción, mejorar la estructura productiva y los rendimientos y con el objeto de cubrir sus necesidades personales y satisfacer las demandas sociales

de alimentos, la conservación del medio ambiente y promover el carácter multifuncional de la actividad agraria”. Por otra parte, se exceptúan del concepto de contratos agrarios los contratos de prestación de servicios subordinados en predios agrícolas o pecuarios, los que se rigen por las disposiciones que regulan el contrato de trabajo; y los actos y contratos para constituir asociaciones cooperativas porque están regidos por la ley que regula la materia de las cooperativas.

IV. LOS CONTRATOS PARA LA ORGANIZACIÓN Y CONSTITUCIÓN DE EMPRESAS AGRARIAS DE BASE ASOCIATIVA O DE PARTICIPACIÓN

1. La nueva concepción del arrendamiento rural

En el Proyecto de Ley de Contratos Agrarios de Mejoramiento y Modernización de Unidades Productivas para el Fomento del Desarrollo Rural y la Seguridad Agroalimentaria, que elaboré, en 2006, como señalé anteriormente, se distinguen los contratos de tenencia para la organización o constitución de explotaciones o empresas agrarias, cuyo objeto si bien es la cesión del uso o goce de un predio rural, su finalidad, sin embargo, no es propiamente la renta o contraprestación sino la de explotarlo mediante una empresa agraria, para lo cual resulta determinante la participación de ambas partes en los riesgos propios de la explotación, y en la dirección de la empresa. Tal concepción aleja, por ejemplo, el arrendamiento rural de la regulación legal del arrendamiento de predios rústicos tradicional o civil, en el cual, como un simple contrato de cambio, el arrendador se conforma con la renta de la tierra, sin participar en la dirección de la explotación y sin asumir ningún riesgo. A ello contribuye la regla rígida propia de este contrato que establece que la renta o contraprestación debe ser obligatoriamente en el pago del canon arrendaticio en dinero, y que no toma cuenta la naturaleza productiva sino de renta del predio rústico y que no atribuye importancia a la finalidad de producción del contrato. Esta regla en situaciones inflacionarias y de desvalorización de la moneda, aparte de injusta, le quita vitalidad y dinamismo al arrendamiento como medio de atraer inversiones al sector rural, hasta el punto que este tipo de contrato en algunos países de desarrollo agrícola ha desaparecido y ha sido sustituido por otro contrato de arrendamiento en los cuales la renta puede consistir en un precio en dinero y también en la entrega de una cantidad fija de frutos o su equivalente en dinero. En estos casos, ha de regularse, en beneficio del arrendatario, compensaciones para los casos de pérdida total o parcial de la cosecha por caso fortuito o fuerza mayor, con el derecho a pedir la remisión del precio o la resolución del contrato. Igualmente, para evitar especulaciones, que desvirtúan la finalidad productiva del arrendamiento rural, ha de considerarse nula la estipulación que obligue al arrendatario a pagar, además del canon de arrendamiento o de una cantidad fija de productos, un precio adicional por la producción obtenida, en dinero o en especie, o con trabajos ajenos a la explotación del predio. Contratos estos que se han dado en llamar “*contratos canadienses*”, que resultan leoninos porque el arrendador se beneficia con el mayor volumen de la cosecha o la mejor cotización del producto sin correr con los riesgos de la explotación.

Respecto del régimen de las mejoras claramente en el Proyecto, en comentarios, conforme la teoría moderna, se reconoce al arrendatario el derecho a efectuar las mejoras para su utilidad y comodidad, así como las mejoras útiles y necesarias, y de edificar una casa si no existiere o si la que existiere no fuere habitable. En cuyo caso deberá mediar un acuerdo con el arrendador sobre su ubicación y a falta de éste el Juez Agrario ha de resolver sobre su situación. Este derecho de introducir mejoras tiene en cuenta que el arrendatario es quien está al frente de la empresa agraria y, además, que su obligación principal es de mejorar el predio rústico. En otras palabras, el arrendatario es quien elige el tipo de cultivo, de manera que aparte del deber de mejorar la explotación, tiene la facultad de mejorar la explotación para obtener de su trabajo y su inversión los máximos beneficios que el predio puede producir. Por esta razón, han de considerarse nulas las estipulaciones que obliguen al arrendatario a realizar determinadas siembras sin que el arrendador esté obligado a una contra prestación. Por otra parte, basándose el contrato moderno del arrendamiento rural en una coparticipación o colaboración entre las partes, antes de la ejecución de las mejoras, el arrendatario debe presentar con antelación un plan detallado, para que el propietario exprese sus observaciones, y en caso de oposición quien decide es el Juez Agrario, salvo que las partes acudan a un medio alterno de solución de conflictos. Igualmente, por esa misma consideración, el arrendador tiene el derecho de participar total o parcialmente en la realización de las mejoras, previéndose una reducción del canon arrendaticio en favor del arrendatario mientras duren las obras y mejoras, así como el derecho del arrendador a elevar el canon de arrendamiento en proporción a la mayor productividad o rentabilidad obtenida. En todo caso, ante el nuevo canon debe reconocerse al arrendatario la opción de continuar con el contrato o de solicitar su resolución. Por otra parte, al arrendador corresponde la obligación de realizar las obras y reparaciones necesarias para mantener el predio en estado de productividad, porque debe conservarse en el mismo estado en que se cedió, durante el tiempo de duración del contrato, para mantener la proporcionalidad entre la renta y la producción. Y, también de correr con los gastos para mantener el predio libre de plagas y malezas, si existieren para el tiempo de celebrarse el contrato. Ambas partes, deben correr con la mitad de esos gastos, mientras dure el contrato, si las plagas y malezas, aparecieren después de celebrado el contrato. En cuanto los efectos de la terminación del contrato respecto del régimen de las mejoras, el arrendatario tiene el derecho de retirar las realizadas por él, si el fundo no sufre deterioro, o exigir el mayor valor por causa de las mejoras introducidas en el predio, o su valor actual, para lo cual se ha de prever la intervención del Juez Agrario en caso de desacuerdo entre las partes por la indemnización a recibir por el arrendatario. En el régimen de mejoras del arrendamiento rural, en el Proyecto, en comentario, se parte de la importancia que para la producción y rentabilidad del predio tienen todas las mejoras que permitan una mejor explotación y aprovechamiento del fundo, lo que implica que en su regulación deben contemplarse normas que permitan realizarlas y un sistema de indemnización de carácter residual y supletorio. En este aspecto, en el Proyecto en cuestión, se tuvo en cuenta la Ley de Arrendamientos Rústicos española, que reconoce al arrendatario el derecho a introducir mejoras al fundo y al arrendador, a participar en su planificación y a elevar el canon en proporción de la mayor productividad o rentabilidad. E, igualmente, que contempla el derecho del arrendatario, en este último caso, a continuar o no con el contrato.

Con relación a la duración del contrato de arrendamiento, en el citado Proyecto de Ley, se tuvo en cuenta que tratándose de un contrato de tracto sucesivo o de ejecución continuada, por su finalidad productiva tiene que proyectarse en el tiempo, ya que la agricultura no depende de las partes, pues la explotación, que es la causa del contrato, está ligada a un ciclo biológico. Por otro lado, la rotación de cultivos, la amortización de capital, la estabilidad de la explotación y la conservación del suelo y de los demás recursos naturales, así como la protección de la biodiversidad, requieren una duración de la explotación superior al ciclo biológico, por lo que se debe establecer una duración mínima, que asegure la ocupación del predio por ciclos agrícolas o ganaderos completos. Pero, para hacer compatible el interés de la explotación con el del propietario, es necesario también prever una duración máxima para que por el transcurso del tiempo el derecho del arrendatario no se convierta en un derecho real. En este orden de ideas, si la duración de los contratos de tenencia en general, fueran cortos, el arrendatario no tendría estímulo para trabajar eficientemente la tierra. Técnicamente tampoco se podrían alternar cultivos o variar la explotación, y el arrendatario estaría impedido de recuperar de las mejoras incorporadas el rendimiento esperado, y se afectaría también la función múltiple que se le atribuye a la actividad agraria modernamente. Igualmente, la duración de los contratos de tenencia tiene que ver con la conservación del suelo. En efecto, su corta duración, por ejemplo, en los contratos de agricultura continua o de cultivos de cosecha anuales, o estacionales, por un año o por cultivos, no favorece la estabilidad de las relaciones contractuales, con riesgo para la degradación, la erosión y el agotamiento del suelo, sin restitución de sus nutrientes, por el excesivo trabajo, la utilización de implementos inadecuados y la quema de rastrojos, entre otras prácticas nocivas propias de la inestabilidad de la explotación. Igualmente, por la brevedad de la duración de los contratos de tenencia los propietarios se limitan a gozar de la renta, sin preocuparse por la conservación del suelo de sus tierras. Por estas razones, en el Proyecto comentado, se propone un plazo mínimo de cinco (5) años y opcionales para el arrendatario o explotador de dos (2) o tres (3) años, así como la tácita reconducción, o el tiempo adicional por cosechas pendientes. Pero, también se considera como duración máxima quince (15) años y de veinte (20) años, en este caso para los contratos para desarrollar tierras completamente incultas, denominados “**contratos ad melliorandum**”. Iguales razones se tienen en cuenta para fijar en las aparcerías agrícolas los mismos plazos mínimos y máximos, En las aparcerías pecuarias y de producción de leche se fija una duración mínima de tres (3) años. Mientras que por el tipo de operación en el contrato de pastaje o pasturaje, en donde el propietario de los pastos no entrega la tenencia del predio al ganadero, su plazo es breve y variable. Las experiencias comparadas más recientes permiten considerar el plazo mínimo de cinco (5) años como el más apropiado. Por ejemplo, En la Ley 203 de 1982 de Italia el plazo es de 15 años. En la Ley N° 83 de Arrendamientos Rústicos de España de 1.980 es de 6 años, con prorrogas sucesivas de 3 años. En la Ley N° 19/95 de Modernización de las Explotaciones Agrarias de España se acortó el plazo a 5 años mínimo. En el Código Rural de Francia es de 9 años. Y en el Anteproyecto de la Ley General de Contratos Agrarios de la Universidad Nacional del Litoral de Argentina de 1.996 es de 5 años mínimo.

Cónsono con el artículo 305 de la Constitución, en concordancia con su artículo 127, se define en el Proyecto que he venido comentando, las reglas del buen cultivo, que el arrendatario está obligado a realizar en virtud del contrato, estableciéndose como principio de interpretación y ejecución del contrato de arrendamiento, la regla de que la explotación ha de realizarla el arrendatario con arreglo a las reglas del buen cultivo. El cual se define como la restitución de nutrientes del suelo, su manejo y empleo de implementos adecuadamente, la ausencia de quema de restos, el mejoramiento de la posibilidad productiva de las tierras, la realización de cultivos que eviten su agotamiento, y la ejecución de actos de conservación de los recursos naturales renovables y que resguarden la biodiversidad biológica y la realización de mejoras que aumente la producción, la rentabilidad o el valor del predio.

Para proteger la estabilidad del arrendatario durante la ejecución del contrato, en el citado Proyecto de Ley se establecen taxativamente los únicos motivos que pueden dar lugar a la terminación del contrato y al desalojo¹⁷. Igualmente, se reconoce al arrendatario, en caso de terminación del contrato por cualesquiera motivos, o al vencimiento de los términos legales de duración, su derecho de permanencia en predio arrendado y de continuar con la explotación del predio hasta el vencimiento del año agrícola o ganadero. Asimismo, se establece la vigencia del arrendamiento por todo el tiempo de su duración en los casos de enajenaciones del predio. También se reconoce a los herederos del arrendatario el derecho a continuar con el contrato, o el derecho a ponerle término, mediante la notificación del arrendador. Y, para garantizar el derecho preferente de adquisición en favor del arrendatario, se le reconoce el derecho de preferencia o tanteo ofertivo y el retracto legal arrendaticio, para lo cual se remite a la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios y supletoriamente al Código Civil, por cuanto contienen una regulación expresa y apropiada respecto de estos derechos de preferencia.

Finalmente, para la seguridad jurídica de las transacciones inmobiliarias y la protección de los derechos del arrendatario en el Proyecto se impone como formalidad obligatoria de los arrendamientos rurales y de las aparcerías agrícolas, y de la producción de leche la escritura y la inscripción del contrato en el registro inmobiliario. Mientras que para los contratos de aparcería pecuaria y de pastaje o pasturaje, solo se exige la autenticación del contrato.

¹⁷ El artículo 40 del Proyecto en comento señala como motivos de terminación del contrato de arrendamiento rural: vencimiento del término legal o del término pactado, si este fuere mayor; abandono injustificado de la explotación por el arrendatario; falta de pago del canón, o de la entrega de los frutos pactados, o su equivalente en dinero, en los plazos establecidos en el contrato; resolución por incumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley o en el contrato; imposibilidad u opción de los herederos del arrendatario de no continuar con el contrato.

2. *La modernización de los contratos de aparcería como contratos de participación*

La aparcería tradicional no es sino un contrato de cesión de uso de la tierra a cambio de la entrega de un porcentaje de los productos, sin tener en cuenta los aportes efectuados por las partes y sin que el cedente asuma riesgo alguno. En la legislación moderna se concibe la aparcería como un contrato para la constitución de explotaciones o empresas agrarias. La nueva consideración de la aparcería toma en cuenta, por el contrario, la fijación del porcentaje evitando la arbitrariedad para que guarden relación con las aportaciones de las partes. En otras palabras, no puede ser cualquier porcentaje sino el que guarde proporción con los aportes del aparcerero propietario y del aparcerero asociado. Así en el Proyecto de referencia se tuvo el cuidado en definir con precisión la aparcería y la medianería¹⁸. Precisándose también los derechos y obligaciones de cada parte, tanto en las aparcerías agrícolas como en las pecuarias, para evitar la especulación del concedente en perjuicio del aparcerero asociado y para asegurar la coparticipación en la dirección y en los riesgos de la explotación, así como la equitativa repartición de los frutos y los gastos, durante la ejecución del contrato o a su terminación. Se atiende también a la duración de las aparcerías para proteger la estabilidad del aparcerero asociado, estableciendo términos legales mínimos, renovaciones y subrogaciones, remitiéndose a las reglas de los contratos de arrendamiento. Por otra parte, se distinguen en el Proyecto la aparcería pecuaria simple de la aparcería pecuaria parciaria, según que los aportes de ganado sea o no de una sola de las partes. También se aclara lo relativo a la propiedad del ganado aportado que la conserva el concedente o ambas partes, si la aparcería es parciaria. Finalmente, se establecen de manera taxativa los motivos de terminación del contrato, para evitar los desalojos intempestivos del aparcerero asociado, parecidos a los casos de terminación de los contratos de arrendamiento rural.

En el Proyecto que he venido comentado, se introduce en la legislación agraria venezolana el contrato de aparcería de producción de leche, que en otros países ha contribuido a la producción y la agroindustria lecheras, que se caracteriza por la asociación del dueño de las instalaciones y de animales y los productores para la producción lechera. Su objeto consiste en la entrega de animales y de instalaciones al productor para producir y comercializar leche. Por participar del género de las aparcerías pecuarias se rige también por las normas contempladas para el

¹⁸ Artículo 51, Mediante el contrato de aparcería una de las partes, llamada aparcerero propietario, se obliga a entregar a otra, denominada aparcerero asociado, animales, o un predio o fundo rural con o sin plantaciones, sembrados o con animales, maquinarias, herramientas o enseres de trabajo para la explotación agropecuaria, con el objeto de repartirse los frutos y gastos de la explotación. Artículo 52. La aparcería es medianería cuando el propietario se obliga a aportar un predio o fundo rural para que el aparcerero asociado lo destine a la explotación agropecuaria, contribuyendo ambos en forma equivalente con el capital necesario y con los gastos de explotación, con igualdad de facultades en la dirección y administración de la explotación o empresa agraria y con el objeto de repartirse los frutos también iguales.

contrato de aparcería. Igualmente, se regula lo atinente a su plazo mínimo¹⁹, su comercialización, las obligaciones de las partes, los motivos de extinción, las indemnizaciones en casos de incumplimientos y la desocupación de la vivienda por el productor.

En algunas regiones de Venezuela se celebran contratos de “*préstamos de pastos*”, entre el dueño de las tierras y los ganaderos para que éstos pasten su ganado, a cambio de un precio por cabeza de animal y por un plazo variable. Estos contratos son los denominados en la doctrina agrarista “*contratos de pastaje o pasturaje*” que se definen en el Proyecto en su artículo 83²⁰. Este contrato se rige fundamentalmente por los usos y costumbres locales, por lo que las éstas suplen las normas contenidas en el Proyecto. En estos contratos tiene jerarquía la costumbre, por lo que en su interpretación y ejecución habrá que atenerse a las reglas de aplicación de la costumbre, como se consagra en el artículo 2° del Proyecto²¹.

V. LOS CONTRATOS AGROINDUSTRIALES Y LOS CONTRATOS AGROALIMENTARIOS

Ante la falta de regulación de los contratos agroindustriales por la derogación de la Ley de Reforma Agraria por el Decreto con fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, en el Proyecto que elaboré en 2006, se retoman las disposiciones generales que se contenían en la referida Ley, en cuanto a su definición como el convenio de suministro celebrado entre los productores de materia prima y las empresas industriales que los utilizan. Pero, por su carácter de contratos de grupos o de agrupación, su reglamentación se deja a los acuerdos generales que celebren los sectores interesados, que deberán ser promovidos por el Ministerio del ramo. Previéndose, al igual que en la Ley de Reforma Agraria de 1960, el arbitraje obligatorio para el caso de conflictos que perjudiquen o amenacen perjudicar intereses colectivos de superior entidad.

¹⁹ Artículo 62. Si en el contrato no se establece término, la aparcería pecuaria tiene una duración de tres (3) años.

²⁰ Artículo 83. Existe contrato de pastaje o pasturaje cuando el propietario concedente de los pastos, sin entregar la tenencia del predio, le concede a otro, llamado ganadero, el derecho de hacer pastar su ganado mediante el pago de un precio en dinero por cabeza de animal y por un plazo determinado que puede ser diario, mensual y hasta anual.

²¹ Artículo 2. Las disposiciones sobre los contratos agrarios contenidas en este Ley son aplicables a todo contrato, cualquiera sea la denominación que las partes le hayan dado, siempre que tengan finalidad agroeconómica. Las costumbres suplen el silencio de la ley, o de las partes, cuando las prácticas que las constituyen son uniformes, públicas, reiteradas durante un espacio suficiente de tiempo y ejecutadas en el territorio nacional o localmente y no resulten contrarias a la Ley, al orden público y las buenas costumbres. Salvo que la costumbre constituya un hecho notorio, quien solicite su aplicación debe probar su existencia ante el juez agrario de mérito. El juez para apreciar la costumbre puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia.

El Proyecto, en comentarios, introduce la figura de los contratos agroalimentarios para la comercialización de productos, como una forma de integración dentro de sistemas agroalimentarios del conjunto de sectores productivos y los de transformación y comercialización de estos productos agroalimentarios. En este aspecto el Proyecto se inspiró en la Ley española 2/2000 de 7 de enero que regula los Contratos Tipo de Productos Agroalimentarios. Con esta nueva forma asociativa se persigue que los sectores primarios evolucionen de una actividad productiva con un elevado nivel de auto consumo, en ciclo cerrado y escasa tecnología, a un sistema de relaciones económicas dinámico, en donde los sectores productivos se orienten totalmente al mercado, adaptando sus producciones a su demanda. En efecto, por un lado, los sectores productivos soportan un grado de incertidumbre en su actividad, por los riesgos que comportan su estrecha relación y dependencia del medio natural. Además, la actividad productiva es un proceso biológico y la producción es estacional y los productos son perecederos, por lo que su oferta presenta rigidez y falta de adaptación a la demanda. Y, por el otro, la industria transformadora de los productos agrarios y alimentarios está condicionada por las oscilaciones de la oferta que se dan en los sectores primarios de los que reciben suministros, lo cual influye negativamente en la adecuada utilización de su capacidad productiva. Todo ello ocurre entre sectores que se relacionan y son interdependientes. En esas relaciones es difícil el conocimiento de las transacciones que los distintos sectores realizan, por lo que se produce una falta de transparencia del mercado, impidiendo una adecuada competencia. Pues bien, en los países de mercado integrado, se ha promovido la figura de los contratos agroalimentarios cuyo objeto son las operaciones de tráfico comercial de productos entre los diferentes sectores productivos agrarios y pesqueros y los sectores de transformación y comercialización de sus productos. A ese conjunto de operaciones y relaciones se le denomina sistema agroalimentario.

Estos contratos se definen en el Proyecto²² y se destaca la participación de los sectores interesados en el establecimiento de sus condiciones para cada contrato por tipo de producto, mediante la promoción por parte del Ministerio del ramo. En su régimen jurídico es fundamental la calificación de agroalimentario de estos contratos por dicho Ministerio, pero sus proponentes son las organizaciones representativas de los sectores interesados. Igualmente, en el régimen de los contratos agroalimentarios es importante la definición de su contenido: definición de las partes, plazo, objeto, precios y condiciones de pago; formas de resolución las controversias, comisiones de seguimiento, promoción, vigilancia y control del contrato; y auditoría externa y la regulación de las comisiones de seguimiento, promoción, vigilancia y control de estos.

²² Artículo 95. Para operaciones de comercialización de productos agroalimentarios los productores o sus asociaciones pueden celebrar contratos agroalimentarios. Estos contratos tienen por objeto el tráfico comercial de estos productos en sistemas agroalimentarios que comprendan el conjunto de sectores productivos agrario y pesquero y los de transformación y comercialización de sus productos.

VI. LAS SOCIEDADES AGRARIAS DE GESTIÓN

El Proyecto que he venido comentando, introduce también las sociedades agrarias de gestión entre los pequeños y medianos productores pequeños y medianos para la realización de operaciones de transformación, de comercialización y empaque de productos perecederos para fortalecer sus economías familiares y facilitar su acceso a los mercados nacionales, extranjeros y de integración y el aprovechamiento por los productores del valor agregado de sus productos. El objeto de estas sociedades es exclusivamente el desarrollo de actividades posteriores a las cosechas y la comercialización de productos perecederos de origen agropecuario o pesquero y la prestación de servicios comunes para estas actividades. Las sociedades agrarias de gestión se alejan de las sociedades mercantiles por su carácter personal, por cuanto solo los productores agrarios pueden ser sus socios, o sus empresas, y además por la prohibición de repartir utilidades y por las limitaciones al control del capital social²³. En el Proyecto de mi autoría, que he venido comentando, se mencionan los principales elementos estructurales de estas sociedades y para flexibilizar su regulación legal se deja al reglamento de la ley completar su régimen jurídico²⁴. Para estas sociedades se previó en el Proyecto en cuestión un registro especial en las Oficinas Subalternas de Registro Público correspondiente al Municipio que sirve de domicilio social.

No se contempló un régimen sucesoral en el Proyecto de referencias, pero, sin embargo, recomendé a los parlamentarios que me solicitaron su redacción que

²³ Artículo 104. La sociedad agraria de gestión tendrá una duración indefinida y no podrán repartir utilidades, sino las provenientes de la enajenación de sus activos por el acuerdo de su asamblea con la aprobación del setenta y cinco por ciento (75%) representativo de las cuotas de los asociados. El aporte de sus asociados sólo será en dinero hasta el máximo que fije el reglamento de la Ley. Ninguno de ellos, por sí, o por interpuesta persona, podrá poseer más del treinta por ciento (30%) del capital social. Por su carácter personal la responsabilidad de los socios se limita al valor de sus aportes y la responsabilidad de las sociedades agrarias de gestión para con terceros se limita al monto del patrimonio social. El número de socios mínimo es de diez (10) socios, personas naturales, titulares de explotaciones agrarias, quienes tendrán derecho de participación en las decisiones sociales, de admitir y excluir socios y el de ceder sus cuotas sociales, de obtener beneficios económicos a través del precio recibido por los productos que vendan las sociedades y el reembolso de sus aportes en caso de retiro y a fiscalizar la marcha de la sociedad. Su domicilio será el Municipio donde se lleva a cabo sus actividades principales.

²⁴ Artículo 105. El reglamento será supletorio de los estatutos sociales y en todo caso, definirá el régimen general relativo a la formalización, domicilio, libros, ingreso y retiro de socios y derechos de adquisición preferente de los aportes, derechos y deberes de los socios, incumplimiento de las obligaciones de los socios y exclusión forzosa de socios, reembolsos de aportes, régimen de responsabilidad limitada, capital social y cuotas sociales, distribución de excedentes, cuentas y reservas, órganos directivos y administrativos, obligatoriedad de las decisiones sociales, e impugnaciones, quórum sociales, disolución y liquidación, régimen contable y de supervisión y vigilancia.

en materia de sucesiones se siguiera el régimen de las sociedades civiles, pero con las siguientes modificaciones: A) Que en caso de muerte de uno de los socios que continúe la sociedad con sus herederos que son productores agropecuarios o que se comprometan a continuar con la explotación agropecuaria de su causante. B) Que en el caso de que ninguno de los herederos continúe en la sociedad, éstos no tienen derecho a que se haga partición y que sus derechos se reducen a los créditos que su causante tuviere para con la sociedad derivados de actividades ejecutadas antes de la muerte del socio a quien suceden. C) Que el heredero o herederos que continúen a la sociedad responderán frente a los otros herederos por estos créditos. Y D) Que a los efectos societarios los herederos que continúen en la sociedad designarán a uno de ellos como su representante.

VII. PRINCIPIOS Y REGLAS GENERALES DE LOS CONTRATOS AGRARIOS

En el Proyecto se refuerza la competencia de la jurisdicción agraria en lo relativo a los contratos agrarios y promueve el arbitraje institucional para la solución de los conflictos surgidos de estos contratos agrarios. También resuelve la laguna legal existente en el Ley de Tierras y Desarrollo Agrario sobre el régimen de los contratos de tenencia existentes sobre fundos sometidos a expropiación, en el sentido que estos contratos seguirán vigentes hasta tanto quede definitivamente firme la sentencia que acuerde la expropiación. Y ratifica la naturaleza agraria de los contratos de financiamiento que tienen por objeto el desarrollo agrícola y reconoce el derecho de los productores agropecuarios a asociarse para concertar condiciones de comercialización de sus productos, para que no se les aplique las prohibiciones establecidas en la Ley de Promoción y Protección de la Libre Competencia. El Proyecto define como predio rústico, las tierras susceptibles o destinadas a la actividad agraria productiva, independientemente de su localización. Y establece el cometido al Ejecutivo Nacional de estimular la organización de productores agropecuarios para la información de los mercados y la colocación de la producción, a través de bolsas de productos agropecuarios.

VIII. FUENTES Y PRINCIPIOS PROPIOS DE LA INTERPRETACIÓN Y EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS AGRARIOS

En el Proyecto en comentarios, se señala el carácter supletorio de la costumbre y de la ley como fuentes supletorias de los contratos agrarios. Y como principios para su interpretación y ejecución se indica al propósito e intención de las partes, las exigencias de la ley, la verdad y la buena fe, como parte del contrato, como ley entre las partes, y no solo lo que éstas hubieren pactado expresamente, que rigen para todo contrato; sino que además se señalan igualmente dentro de esos principios, la protección de la producción agropecuaria y de las tierras de vocación agraria; la compatibilidad de las actividades agrarias con el ambiente y los recursos naturales renovables; el ciclo biológico; la intangibilidad de las cosechas y de las situaciones productivas de las explotaciones, así como la protección de la biodiversidad. En ese orden de ideas, se establecen como principios

para su ejecución, como obligaciones implícitas de los contratos agrarios, además de la buena fe, las consecuencias que se deriven de la equidad, la costumbre y la ley, que es lo tradicional en la teoría de los contratos; al igual que la no ejecución de actos de destrucción de la estructura física y biológica de las tierras y de los procesos ecológicos y que perjudiquen la biodiversidad. De esos principios se deriva la importancia para los contratos agrarios de la obligación de cada parte de cooperar con la otra. Y ello porque estos contratos son de duración o de tracto sucesivo, y donde el cumplimiento de las obligaciones de cada parte depende del cumplimiento o colaboración de la otra parte. Por ello, a lo anterior, se puede agregar el principio que obliga las partes a actuar con la diligencia debida de un buen agricultor, es decir, del productor o empresario agrario, que de manera normal y diligente realiza actividades de producción y aprovechamiento de bienes agropecuarios y de mitigación de las consecuencias del laboreo continuo, la falta de rotación de cultivos y consecuente degradación de los suelos y del ambiente y recursos naturales renovables. Por ejemplo, en lo relativo a la ejecución e interpretación del contrato de arrendamiento rural, se entiende por buen cultivo *“la restitución de nutrientes del suelo, su manejo y empleo por implementos adecuados, la ausencia de quema de rastrojos, el mejoramiento de la posibilidad productiva de las tierras, la realización de cultivos que eviten su agotamiento, alterándolos o variando su explotación, la ejecución de actos de conservación de los recursos naturales renovables y que resguarden la diversidad biológica; y la realización de mejoras que aumenten la producción, la rentabilidad o el valor del predio”*²⁵.

Todos estos elementos son criterios para determinar la buena fe, o la conducta del buen agricultor, en los contratos agrarios, como un estándar de conducta objetiva.

IX. CONCLUSIÓN: DEFINICIÓN, FUENTES, ELEMENTOS, TIPOS Y PRINCIPIOS DE UNA TEORÍA DE LOS CONTRATOS AGRARIOS PARA EL DERECHO AGRARIO VENEZOLANO

Con el presente trabajo he pretendido presentar un desarrollo sistemático de los contratos agrarios para la modernización del derecho agrario venezolano, ciertamente atrasado en esta materia, a través del estudio de sus principios generales, elementos estructurales, sus diferentes tipos y hasta sus principios para su interpretación y ejecución, así como para que en el derecho agrario comprado se dé cuenta del Proyecto de Ley de Contratos Agrarios de Mejoramiento y Modernización de Unidades Productivas para el Fomento del Desarrollo Rural y la Seguridad Agroalimentaria, que se elaboró en Venezuela en el año 2006, como un antecedente dentro de la teoría del moderno contrato agrario, que fundamentalmente se inspiró en el pensamiento del insigne agrarista venezolano, Profesor Alí José Venturini Villarroel.

²⁵ Artículo 34 del Proyecto en comentarios.

LA EMPRESA AGRARIA EN LA NUEVA DOGMÁTICA JURÍDICA¹

I. RECURRENCIA Y PERMANENCIA DEL TEMA

- El trinomio suelo, propiedad y empresa es una constante en el Derecho Agrario. Puede decirse que su recurrencia es una característica de esta Ciencia. **Santander Tristán Donoso** dice que la empresa agraria es un desafío insalvable, que reclama una organización científica².

La razón de ese trinomio es triple:

A) Desde sus orígenes el suelo agrícola y la propiedad fueron su objeto.

B) La importancia que comenzó a adquirir la conceptualización de la explotación o hacienda agraria como factores definitorios de la actividad agraria.

C) La continúa revisión del tema de la empresa agraria en busca de una noción jurídica de la misma, como se verá al examinar la evolución de su dogmática jurídica.

II. VINCULACIÓN DE LA EMPRESA AGRARIA CON EL SUELO Y LA PROPIEDAD

- Todos los conceptos de empresa agraria se entrelazan con el elemento territorial o material del suelo y con el elemento jurídico de la propiedad, porque ella depende, como lo expresó, **Jao Paulo Bittencourt** del fundo agrícola y de la seguridad jurídica de su tenencia o propiedad³.

¹ Colaboración especial para el Segundo Diplomado de Derecho Agrario del Instituto Panameño de Derecho Agrario, Ambiental e Indígena, dictado en el Centro Regional Universitario de Coele, de la Universidad de Panamá, que constituye la versión escrita de la conferencia audiovisual dictada desde Caracas, Venezuela, el 15 de marzo de 2014.

² “*Código Agrario Panameño: Un proyecto de esperanza*” (Relación para el V Congreso Americano de Derecho Agrario; Guatemala, agosto, 2007) (<http://www.momografias.com/trabajos89/codigoagrario-panameño>).

³ Bittencourt, J. Paulo, “La Empresa Agraria”, citado en mi Libro *Derecho Agrario Instituciones*, Editorial Jurídica ALVA, Caracas, Venezuela (2001), Tomo I, p 341.

- La unión directa o indirecta con el fundo para el cultivo o la cría de ganado, o para que sirva de asiento a actividades conexas a estas actividades, es decisiva para definir la actividad de una empresa como agraria.

- Para **Santander Tristán Donoso**, la propiedad es la base instrumental de la empresa agraria.

III. SU INCLUSIÓN COMO PARTE DEL OBJETO DEL DERECHO AGRARIO

Desde los comienzos del Derecho Agrario se destaca su papel determinante para el estudio de este Derecho.

Para Bolla la empresa agraria permite un vínculo entre empresarios y el suelo y los consumidores.

Ballarín Marcial considera que es la protagonista de dicho Derecho.

Carrozza y Zeledón consideran que la empresa agraria le da un perfil especial al Derecho Agrario para diferenciarlo del derecho mercantil y que se sobrepone al concepto puro de propiedad fundaria.

Vattier Fuenzalida destaca el influjo de la empresa agraria en la génesis del Derecho Agrario hasta llegar a su conceptualización moderna.

Para **Zeledón**, es el instituto primero y fundamental del Derecho Agrario.

Ulate Chacón la concibe como la actividad económicamente organizada dirigida profesionalmente por el empresario agrario, que forma parte del objeto del Derecho Agrario.

Para **Santander Tristán Donoso**, es la actividad económica organizada de la propiedad agraria y cuya regulación es el desafío del Derecho Agrario.

Este es el tema de mi exposición la empresa agraria y su tratamiento como institución jurídica.

IV. LA CONSOLIDACIÓN DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA DE LA EMPRESA AGRARIA

Su evolución, a través del derecho agrario comparado, permite hablar de **una dogmática jurídica de la empresa agraria en desarrollo** que apuntala al lado de la noción económica una noción jurídica, que se aproxima en su tratamiento legislativo al de una institución jurídica al regularse todos sus elementos estructurales subjetivos, objetivos y funcionales y la complejidad de relaciones que implica.

V. PARTICULARIDADES DEL PROBLEMA DE SU TRATAMIENTO

Se debe partir de **un hecho objetivo**. La empresa es una organización económica que a pesar de su influencia en el Derecho Agrario no se le considera per se cómo un sujeto de este Derecho, como por ejemplo ocurre con la familia o el matrimonio en el derecho civil, sino a través de su titular o de su forma societaria.

Por otro lado, para su estudio jurídico ha de tenerse presente que **sus presupuestos** han sido y son el suelo, la propiedad, su titular y sobre todo su objeto que es la actividad agraria. Sin embargo, la empresa agraria es más que una organización y un patrimonio, porque en ella se dan plurales relaciones jurídicas internas y externas.

En ese orden de ideas, la empresa agraria puede ser tratada desde **un punto de vista estático** y desde **un punto de vista dinámico**. Por el primero es un conjunto de elementos materiales organizados y por el segundo es una actividad de producción vinculada al suelo agrícola, que da origen a una gama de relaciones de quien organiza esos elementos con el suelo y de éste con terceros.

Originariamente no se contemplaba una empresa agraria sin una vinculación con un suelo rural, por la vinculación estrecha de esta noción con la propiedad agraria, que es su base. Sin embargo, modernamente se admite que pueden darse empresas agrarias “**extra-fundo**” en bienes diversos que por sus sustancias nutritivas permiten la siembra y el sostenimiento de especies vegetales o animales, como los que pueden darse en cajones o en el agua, o fuera del ambiente natural como el caso de los invernaderos. Ejemplo de esta evolución lo es el artículo 1° del Decreto Legislativo del 18 de mayo de 2001, de la República italiana, que modificó el antiguo artículo 2.135 del Código Civil y Comercial Italiano, al considerar que la empresa agraria puede tener por objeto no solo el cultivo del fundo, la silvicultura, la cría de animales como actividad principal y las actividades conexas, sino también el cuidado y desarrollo de **ciclos biológicos** de carácter vegetal o animal, en aguas dulces o marinas. Es decir, que se tuvo en cuenta el aspecto dinámico de la empresa agraria y no su aspecto estático. Hoy día, como ha expresado **Massart**, por cultivo debe entenderse no sólo el de la tierra, sino el cultivo de plantas cualquiera que sea el modo o medio de desarrollarse su ciclo biológico⁴.

Soldevilla advierte que “el fundus” tiene cada vez más amplios espectros de procesos biológicos que van más allá del normal cultivo de la tierra y del cuidado de los animales, hasta comprender todos los procesos biológicos de la naturaleza viva para aprovechar el potencial de los recursos que posee y ofrece⁵.

La moderna legislación agraria europea incluye dentro de las actividades agrarias conexas a la agroindustria y el mercadeo de productos agrícolas y los llamados servicios rurales de proximidad, como el turismo rural y el agroturismo.

VI. SU UBICACIÓN DENTRO DE LOS DERECHOS REALES, DEL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES O DE LA REGULACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE LA HACIENDA AGRARIA O COMO UN FONDO DE COMERCIO

Un aspecto de la dogmática jurídica de la empresa es su colocación o no dentro de los derechos reales o del derecho de las obligaciones o los contratos o dentro

⁴ Citado por Brebbia, Fernando, en su Obra *Introducción al Derecho Agrario Comparado*, UNR Editora, Universidad Nacional de Rosario (Argentina, agosto 2202) p. 285.

⁵ Soldevilla, Antonio D., *La Empresa Agraria* (su regulación jurídica); Valladolid 1982, p. 86.

de la regulación de los elementos de la hacienda agraria o del fondo de comercio. En efecto, en esta cuestión están envueltos aspectos fundamentales como: la relación entre empresa agraria y propiedad. ¿Puede existir sin propiedad agraria? ¿Qué significan en la empresa los otros elementos de la explotación? Si es una noción económica, ¿cómo se cumple su función económica y la función social empresarial? Si se quiere avanzar en la elaboración jurídica de la empresa agraria: el empresario, la actividad y los fines económicos y sociales tienen que ser comprendidos. En este contexto es meritoria la reforma de 2003 del Código Civil Brasileño de 1916 al comprender estas cuestiones en el derecho de las obligaciones como disciplina jurídica de la actividad económica agraria y al trasladar la noción económica de empresa, que es un hecho técnico, al plano jurídico⁶.

VII. LA EMPRESA AGRARIA: UNA INSTITUCIÓN ECONÓMICA EN PROCESO DE ELABORACIÓN COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA SOBRE LA BASE DE UNA ESTRUCTURA PROFESIONAL, ORGANIZADA Y RESPONSABLE

La idea de empresa entró al Derecho para sustituir la noción aislada de acto de comercio, y para sustituir la noción de propietario por la noción de empresario. Este elemento subjetivo y la organización cumplida por él para llevar a cabo actividades económicas son los factores esenciales de la empresa que se trasladan al campo jurídico.

Pero lo cierto es que apenas se ha comenzado con la definición de sus perfiles para darle una categoría jurídica a la empresa. Cabe, en ese orden de ideas, al Derecho italiano el mérito de haber iniciado la labor de la juridificación de la empresa en general y de la empresa agraria en particular, al regular su elemento subjetivo y material. Es decir, el empresario y su elemento objetivo, como lo es la hacienda mercantil o la hacienda agraria y su finalidad, es decir, la actividad agraria, como elemento catalizador de la empresa agraria.

En efecto, el Código Civil y Comercial italiano de 1942, después de definir genéricamente al empresario, en su artículo 2.082, como el que realiza profesionalmente una actividad organizada para fines de producción y el intercambio de bienes y servicios, diferencia por el **objeto** de su actividad profesional al empresario agrario, en su artículo 2.135, que define como quien ejercita una actividad dirigida al cultivo del suelo, la silvicultura, a la crianza de ganado, es decir, a la producción, y a las actividades conexas. Es decir, el referido Código define, en su artículo 2.135, al **empresario agrícola** como quien ejercita profesionalmente esas actividades.

Por otra parte, el citado Código en su artículo 2.555 considera como **hacienda** el conjunto de bienes organizados por el empresario para el ejercicio de

⁶ Watanabe, Kassia, “Empresa e Estructuras Agrarias no novo Código Civil Brasileiro e a Questao da Reforma Agraria”, Ponencia presentada al VIII Congreso de Derecho Agrario de la UMAU, Ciudad de Boca del Río, Veracruz, México (23-27 septiembre 2003) p. 4.

la empresa, lo cual es válido tanto para la empresa mercantil como para la empresa agraria. Este concepto es un concepto unitario o universal que distingue la hacienda de los bienes singulares que la integran.

Debe recordarse que en la reforma del artículo 2.135, por el artículo 1º del Decreto Legislativo de 2001, en este concepto de empresario agrario entran las actividades de cultivos o de cría realizados fuera de los fundos rústicos. En otras palabras, que la dogmática jurídica de la empresa agraria comenzó con la definición de empresario agrario y de la hacienda agraria y se fue completando con la ampliación del concepto de actividad agraria como un ciclo biológico productivo, directamente en suelos rurales o en elementos nutritivos que permiten la realización de esos ciclos biológicos extra-fundo, y de las actividades conexas, necesarias y complementarias para la venta de sus especies, su procesamiento o transformación.

Se ha venido imponiendo el criterio de que la empresa es algo más que simples relaciones jurídicas, es decir, un puro contrato, y que, por el contrario, que en su configuración se da una estructura duradera, compleja, integrada y organizada, y surgen una pluralidad de relaciones entre personas y bienes, cuyos fines satisfacen no solo necesidades propias, sino también sociales, y que para su cumplimiento pueden establecerse controles por el Estado.

Autores muy calificados como Ripert y Sabatier, en Francia; Messineo, Greco, Santi Romano, Galloni, Romagnoli y Cavazzuti, en Italia, y De Los Mozos, Amat Escandell, Sanz Jarque, Ballarín y Vatie Fuenzalida, en España, se inclinan por darle a la empresa el tratamiento de una institución jurídica⁷. Es decir, de un ente que por sus funciones es centro de derechos y obligaciones. Así como Zeledón en Latinoamérica⁸, Vivanco, Bribia, Malanos, Pastorino, se inclinan por esta tesis. Santander Tristán Donoso estima que lo importante es la regulación de la empresa agraria a través de sus elementos subjetivos, objetivos y funcionales.

No obstante, existen diferencias en el énfasis que los diferentes autores otorgan en el tratamiento jurídico a los diversos componentes de la empresa agraria, de su titularidad, de la organización de los bienes y respecto de su función social o ambiental o agroalimentaria.

Por mi parte, estimo que la opinión que sostiene que la empresa agraria tiene una naturaleza jurídica compleja, donde resalta la actividad profesional y la organización de los bienes de distinta naturaleza para la producción y distribución de bienes y animales, y la responsabilidad ambiental empresarial, resulta más conveniente para establecer sus bases positivas y doctrinales⁹. Pienso, que lo determinante es la consagración del empresario agraria como sujeto de derecho agrario y de la hacienda agraria como su base organizativa y la definición de la actividad agraria como su objeto y del fundo rústico como su base territorial.

⁷ Citados por Soldevilla, Antonio D., Obra citada, p. 58-61.

⁸ “Derecho Agrario Contemporáneo”, 2ª edición, revisada y actualizada, Juruá Editorial, Curitiba, Juruá, Brasil 2013, pp. 154-157

⁹ Soldevilla, Antonio D., *Op. Cit.*, p. 84-86.

VIII. LA EMPRESA AGRARIA EN EL DERECHO AGRARIO COMPARADO

Las leyes de reforma agraria de la década de los años sesenta regularon las cooperativas agrarias o las uniones de producción dentro de los procesos reformistas agrarios, pero no se refirieron al empresario y a la empresa agraria como tales.

En el proceso de elaboración de la empresa agraria como institución jurídica, el **Derecho Agrario Brasileño** ocupa un puesto destacado, después del Código Civil italiano de 1942, en la evolución de ese proceso.

En efecto, el **Estatuto de la Tierra Brasileño de 1964** contiene una regulación de la empresa rural, colocándose Brasil como el primer país latinoamericano que se adelantó en la juridificación de la empresa agraria, si bien vinculada a la reforma agraria. Este Estatuto tiene el mérito de haber introducido en la reforma agraria el concepto de empresa agraria, sobre la base de la explotación, del rendimiento y por la extensión del inmueble que le sirve de asiento.

El Derecho agrario brasileño vincula los elementos subjetivos y materiales de la empresa agraria que venían del Derecho italiano, con límites máximos y mínimos de los terrenos y el nivel de productividad, así como con la función social. Es decir, introduce en su configuración elementos valorativos como su nivel de productividad y territoriales, como superficies máximas y mínimas, y sus finalidades sociales.

Sin embargo, se destaca el **aspecto fundiario**, en otras palabras, la vinculación de la empresa agraria con un inmueble rural. Ese concepto fundiario de la empresa agraria se ratifica en el **Decreto 84.685 de 6 de mayo de 1980**, cuando a los efectos de la calificación de una explotación como empresa agraria, se señala que la empresa rural es la explotación de una persona jurídica, pública o privada, que explote económicamente y racionalmente un inmueble rural, pero que cumpla con la función social de la tierra. Otro aspecto relevante de la regulación brasileña de la empresa rural es haber incluido como actividades agrarias de esta empresa a **la actividad extractiva agrícola**, atendiendo a las peculiaridades del territorio de Brasil que cuenta con una gran cobertura arbórea y una gran masa de vegetación natural, de modo que es posible concebir una actividad empresarial organizada de recolección de productos nativos del agro, como actividad esencial agraria, según lo expresa **Raymundo Laranjeira**¹⁰.

Más recientemente, Brasil retorna al protagonismo en lo relativo al proceso de tratamiento de la empresa como institución jurídica, al incorporar en su **Código Civil de 2003**, “**El Derecho de Empresa**” en “**El Derecho de las Obligaciones**”, por lo que se destaca el aspecto de las relaciones obligatorias del empresario derivadas de su empresa. En forma amplia el referido Código comprende **al empresario individual, las sociedades empresariales personificadas o no personificadas, el establecimiento y los institutos complementarios**.

¹⁰ Laranjeira, Raymundo, “Propedéutica do Direito Agrario”, 2ª Edición, Edicoes LTR, Sao Paulo (1981), citado por Brebbia, Frenando Obra mencionada, p. 306.

En este sentido, el Código en comentarios siguió el criterio de **Miguel Reale** de que el derecho de empresa es una proyección natural e inmediata del derecho de las obligaciones, razón por la cual el Libro “Derecho de Empresa”, surge como consecuencia inmediata del derecho de las obligaciones¹¹.

Como particularidad de este instrumento jurídico puede señalarse **que no se define la empresa, sino al empresario y a su actividad**, y se limita a reconocer **la empresa como noción de actividad económica, regulando estructuralmente sus elementos subjetivo (empresario), funcional (actividad empresarial), patrimonial u objetivo (establecimiento) y corporativo (institución)**¹².

En ese contexto el Código Brasileño atiende al empresario rural para darle un tratamiento más favorable, entre otros beneficios, simplificando los requisitos de inscripción de su empresa, para diferenciarlo del empresario mercantil.

Por ejemplo, se admite **la sociedad rural sin personalidad jurídica**, lo que permite concluir que la personalidad jurídica no es un elemento de la empresa agraria. Lo cierto es que el referido Código parte de una realidad de que el empresario agrario se preocupa por acopiar capital, trabajo, bienes y servicios, para su explotación, sin mayor preocupación porque a ese establecimiento se le reconozca formalmente personalidad jurídica. Ello implica consecuencias civiles y mercantiles, porque además de exonerarse de las formalidades de la personalidad jurídica a la empresa agraria, la condición de empresario agrario tendrá efectos en materia de contratos, de créditos y de garantías.

El Derecho agrario español ocupa el tercer lugar en este proceso de la regulación jurídica de la empresa agraria. En efecto, hasta **la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias de 1995**, la empresa agraria simplemente era la empresa que no podía ser calificada como mercantil porque su actividad no era objetivamente actos de comercio, sino de producción de frutos o de animales o las ventas que los mismos productores realizaban de sus cosechas y ganados. Esta Ley define la explotación agraria, la actividad agraria y al empresario agrario, cuyos antecedentes son las **Leyes de Arrendamientos Rústicos, de Explotación Familiar Agraria y Agricultores Jóvenes y de Fincas Manifiestamente Mejorables**.

La Ley española de 1995 define la explotación agraria, la actividad agraria y al empresario agrario, teniendo presente que se trata de actividades organizadas y profesionales que se ejercitan para el mercado, y en donde surge como elemento de la empresa **la imputabilidad** de las relaciones jurídicas que se derivan de dicha actividad. El Derecho Agrario Español, entonces, introduce **la responsabilidad empresarial** como un elemento de la empresa agraria, por lo que se ponen de relieve las obligaciones asumidas por el empresario. En otras palabras, que empresario es quien lleva a cabo una explotación y a la vez es el responsable directo

¹¹ Watanabe, Kassia, “Empresa e Estructuras Agrarias no novo Código Civil Brasileiro e a Questão da Reforma Agrária”, ponencia presentada al VIII Congreso de Derecho Agrario de la UMAU, Ciudad de Boca del Río, Veracruz, México (23-27 septiembre 2003), N° 3, p. 4.

¹² Asquini, Roberto, citado por Watanabe, Kassia, trabajocitado, N° 3, p. 4.

de los riesgos y obligaciones de la empresa agraria, confundiendo con el concepto de **cultivador directo** que se contemplaba desde la **Ley de Arrendamientos Rurales de 1940**. Por ello, en el Derecho español se incluye dentro de la explotación los derechos y obligaciones que correspondan a su titular y vinculados o afectados por ella. Por esta razón, en esta especie de Código de la empresa agraria, como llamó a la Ley de 1995 el autor español **Ballestero Hernández**¹³, se hace énfasis en la **profesionalidad del titular de la explotación** como elemento de la empresa agraria, dependiendo no solo de la dedicación habitual a actividades agrarias, sino del mayor o menor porcentaje de renta obtenido por el titular de la explotación de dichas actividades y del mayor o menor del tiempo hábil dedicado a las mismas.

Por ello, se ha señalado que el legislador español estructura la empresa agraria sobre la base de los siguientes elementos: 1) **Actividad económica agraria**. 2) **Organización de esa actividad por su titular**. 3) **Imputación o responsabilidad de los riesgos y obligaciones**, Y 4) **Profesionalidad**. En otras palabras, que, para el Derecho Agrario español, en palabras de **Soldevilla**, la empresa agraria es la unidad orgánica-jurídica y técnico económica de una explotación con profesionalidad y con las más amplias actividades comprensivas del mundo agrario¹⁴.

En la evolución de la dogmática jurídica de la empresa agraria se debe mencionar al **Derecho Agrario Argentino**, porque la empresa agraria es una sus realidades más patentes, aunque no se pueda hablar de un estatuto de la empresa, y porque siempre ha estado presente en las definiciones que los diferentes autores han dado del Derecho Agrario, ya sea porque consideran al Derecho Agrario como el derecho de la empresa agraria o porque tratan de adaptar el modelo italiano a la realidad argentina, como lo señala **Leonardo Fabio Pastorino**¹⁵. Aún más, autores argentinos como **Vivanco**, han destacado en el Derecho Agrario la empresa agraria como “entidad autónoma” y que prefería denominar “**fundo agropecuario**”¹⁶. O como **Brebbia y Malanos**, quienes plantearon el problema existencial de la relación empresa-derecho, es decir, si se le debe considerar como un sujeto de derecho, como un objeto del derecho o como una actividad de organización de la explotación del suelo agrícola¹⁷. E, igualmente por la referencia frecuente a la “**explotación agropecuaria**” en leyes como la de Colonización de 1950; o de “**establecimiento agrícola o ganadero**”, de la Ley 14.394 de Menores y Familia; o de “**empresario agrario**” o de “**establecimiento agrario**”, en la Ley 22.428 de trabajo agrícola; o de “**empresario-titular**”, en la Ley 25.169 de contrato asociativo de explotación tambrera; o de “**explotaciones directas y de integración ver-**

¹³ Citado por Brebbia, Fernando, en su Obra mencionada, p. 293.

¹⁴ *Op. Cit.*, p. 84-86.

¹⁵ Pastorino, Leonardo Fabio, *Derecho Agrario Argentino*, Abeledo Perrot, Buenos Aires (2009), p. 511.

¹⁶ Vivanco, Antonino, *Teoría de Derecho Agrario*, Librería Jurídica La Plata, 1965, p. 45 y ss.

¹⁷ Brebbia, Fernando, *Manual de Derecho Agrario*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 71.

tical ganaderas”, de la Ley de Recuperación de la Ganadería Ovina; o, por último, de “empresas o explotaciones de plantaciones forestales” de la Ley 24.857 de estabilidad fiscal para bosques nativos¹⁸.

La Ley N° 6734 de Jurisdicción agraria costarricense del 26 de marzo de 1982, hace aportes importantes al derecho agrario comparado, al definir la materia que corresponde conocer a los jueces agrarios, porque introduce como elemento definitorio de la empresa agraria las actividades de producción, transformación, industrialización y enajenación de productos agrícolas, que ha servido a la jurisprudencia para elaborar los conceptos de empresario y de empresa agrarias y de contratos en que sea parte un empresario agrícola, como los originados en el ejercicio de las actividades de producción, transformación, industrialización y enajenación de productos agrícolas, así como el concepto de la explotación agropecuaria, equivalente al de hacienda agraria. Asimismo, el **Proyecto de Ley de Jurisdicción Agraria y Agroambiental de 2012**, en discusión en la Asamblea Legislativa de Costa Rica define la empresa agraria vinculándola al ejercicio de las actividades de producción agropecuarias y conexas, admitiendo como tales a las cooperativas de agricultores y sus consorcios que los empresarios agrarios utilicen para el desenvolvimiento de las actividades agrarias o para suministrar bienes y servicios a sus socios dirigidos al cuidado y desarrollo del ciclo biológico. É, igualmente, resultan novedosos los conceptos de empresa agroambiental, agroalimentaria y contempla una de las mejores definiciones de hacienda agraria, como “el conjunto de bienes productivos, muebles e inmuebles, materiales o inmateriales, organizados por el empresario para la producción”.

En el derecho agrario colombiano la Ley 811 del 2 de julio de 2001, sobre Organizaciones de Cadenas en el Sector Agropecuario, Forestal, Acuícola y las Sociedades de Transformación, es una referencia importante. En efecto estas sociedades denominadas SAT, tienen por objeto actividades de postproducción o postcosechas, por lo que su objeto es el procesamiento y comercialización de productos perecederos, para lo cual incluso pueden constituirse agrupaciones de SAT, para la comercialización. Aunque se definen como sociedades mercantiles, sin embargo, tienen características que las separan de estas sociedades, porque, por ejemplo, los socios solo pueden ser empresarios agrarios o trabajadores rurales; o empresas dedicadas a la comercialización de productos agropecuario perecederos; y por cuanto, su capital no es accionario sino aportes personales y por definición su régimen es de responsabilidad limitada.

Más recientemente **la Ley N° 55 de mayo de 2011, panameña, o Código Agrario**, que define la empresa agraria, los contratos agrarios y que consagra las sociedades agrarias de transformación, es un valioso aporte al derecho agrario comparado de la empresa agraria.

Y, en el derecho agrario venezolano, **el Proyecto de Contratos Agrarios para el Mejoramiento y Modernización de Unidades Productivos para el Fomento del Desarrollo Rural y la Seguridad Agroalimentaria en Venezuela, de 2006**, que lamentablemente la Asamblea Nacional no ha discutido, introduce en

¹⁸ Ver Pastorino, Leonardo Fabio, *Derecho Agrario Argentino*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2009, p. 513 -515.

el derecho agrario comparado, las sociedades agrarias de gestión entre pequeños y medianos productores para la realización de operaciones de transformación, de comercialización y empaque de productos perecederos para facilitar su acceso a los mercados.

VIII. EL ELEMENTO AMBIENTAL EN LA DOGMÁTICA JURÍDICA DE LA EMPRESA AGRARIA

Un último aspecto, fruto del carácter transversal del ambiente como valor del Derecho, o de lo que **José Luis Gordillo** llama “*la ecologización del Derecho*”, es decir, como consecuencia de la incorporación de los principios ambientales de la precaución, prevención y sostenibilidad en las normas jurídicas o de la reinterpretación con fines ecológicos de los conceptos y categorías jurídicas en todas las ramas del Derecho¹⁹, el empresario agrario soporta los riesgos ambientales de la actividad agraria por tratarse la agricultura de una acción potencialmente degradante de los recursos naturales. Por ello, en el tratamiento jurídico de la empresa agraria se incluye la regulación de las responsabilidades ambientales del empresario y su control a través de auditorías ecológicas, de certificaciones ecológicas y de estudios obligatorios de impactos ambientales²⁰.

IX. LA DOGMÁTICA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA DE LA EMPRESA AGRARIA

Hoy día puede decirse que la dogmática jurídica se inclina **por un estatuto legal de la empresa agraria**, o de un capítulo especial en un código agrario, pero en el cual lo determinante no es la consideración de esta empresa como un sujeto de derecho, e, incluso, puede señalarse que el tema de su personalidad jurídica no es el determinante, como sí lo son la definición de empresario agrario, de la actividad que lo caracteriza como tal y la definición de su objeto, es decir, de la hacienda agraria, o explotación o establecimiento agrario o fundo agrario y de la responsabilidad directa de sus riesgos y obligaciones, económicas, jurídicas, laborales y ambientales, en otras palabras, de la imputabilidad empresarial.

Además, la profesionalidad toma vigencia cuando se trata de establecer un tratamiento más favorable para el empresario agrario, pero, no como un elemento esencial para la calificación como empresario agrario al titular de los bienes que componen la explotación. Por el contrario, la habitualidad o permanencia de la

¹⁹ Ver, Gordillo, José Luis, “A vueltas con lo común (A modo de presentación”, en la Obra colectiva *La protección de los Bienes Comunes de la Humanidad. Un desafío para la Política y el Derecho del Siglo XXI*, José Luis Gordillo (coordinador), Editorial Trotta, Madrid, 2006, p. 18.

²⁰ Ver, Ost, Francois, “La auto-regulación ecológica de las empresas”, en la Obra citada “La protección de los Bienes Comunes de la Humanidad. Un desafío para la Política y el Derecho del Siglo XXI”, José Luis Gordillo (coordinador), pp. 97-102.

actividad es más importante que la calificación profesional de dicho titular. Asimismo, la funcionalidad social, respecto del ambiente y de la colectividad, impregnan su tratamiento jurídico.

En la dogmática actual se aprecia la empresa agraria como una institución con fines económicos, puesto que lo que se regula es su estructura, es decir, sus componentes, pero no como verdadera categoría jurídica, como si se regula la propiedad como derecho real, si acaso en la definición de la explotación o hacienda agraria se incluyen los derechos reales y personales que integran o desarrollan la organización de la actividad agraria.

Asimismo, **las formas sociales de la empresa agraria** no se confunden con ésta, sino, por el contrario, la empresa agraria puede darse sin una forma asociativa determinada, o como una realidad de hecho representada por el conjunto de bienes organizados a través de la cual lleva a cabo actividades agrarias en forma habitual el titular de los bienes.

En este orden de ideas **la empresa agraria es pluriforme**, porque el empresario puede escoger o no escoger cualesquiera forma asociativa para su explotación. Tampoco es imprescindible la propiedad agraria como asiento de la empresa agraria, porque además de servir como tal los derechos reales de usufructo o enfiteusis, también los arrendamientos, sobre todo los de base asociativa, pueden constituir su asiento material.

Asimismo, el suelo rural ya no es indispensable para la caracterización de la empresa agraria, desde que se admite que son actividades agrarias empresariales los ciclos biológicos de producción de especies vegetales y animales en ambientes extra-fundos, que se organicen para cultivos de plantas o criaderos de animales en aguas, cajones o invernaderos, según el caso.

En ese orden de ideas, en algunas realidades se considera como empresa rural la organización de las actividades extractivas de los frutos nativos de los bosques, así como las organizaciones verticales de los productores para realizar actividades agroindustriales.

Las legislaciones que han atendido el tema se preocupan por deslindar las empresas agrarias de las sociedades mercantiles por la importancia del carácter personal sobre el del capital, así, se establecen límites a la repartición de las utilidades, controles sobre la formación del capital social por los aportes de quienes no son empresarios agrarios y porque no se les somete a los regímenes concursales de atrasos o quiebras.

Por último, el tratamiento jurídico de la empresa agraria se acerca más al de una institución al asignarle una función social y ambiental.

El Código Agrario Panameño de 2011, en lo relativo a la regulación de las sociedades agrarias de transformación constituye un paso de avance en la consolidación de la dogmática jurídica de la empresa agraria. No tanto por constituir un tipo de contrato agrario, sino principalmente por la atención que presta a las ca-

racterísticas particulares que las diferencias de las sociedades mercantiles de producción, transformación y comercialización. No obstante su definición como sociedades civiles, no solo por su objeto, sino por sus finalidades de mejoramiento del medio rural, de promoción del desarrollo agrario y la prestación de servicios comunes y por la limitación de la responsabilidad de los socios a lo adeudado por su cuenta de participación, exceden de lo estrictamente privado de la obtención de lucro para sus miembros, y del régimen de responsabilidad de las sociedades civiles, por lo que también se diferencian de las tradicionales sociedades civiles del derecho privado.

CONCLUSIÓN

En conclusión, no es posible separar la concepción económica de la empresa agraria, por lo que no podrá ser únicamente un concepto jurídico, y, por lo tanto, al Derecho, sin criterios clientelísticos o ideológicos, lo que le corresponde es estructurar e integrar sus elementos subjetivos, materiales y finalidades, y darles permanencia, para que el hecho técnico que representa tenga una identidad que permita distinguirlos de otros hechos similares en el área comercial e industrial.

LOS MODERNOS CONTRATOS DE APARCERÍA Y MEDIANERÍA¹

I. LA AUSENCIA DE UNA REGULACIÓN LEGAL EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA Y LO CONVENIENTE DE SU REGULACIÓN PARA PROMOVER FORMAS ASOCIATIVAS PARA MODERNIZAR LA AGRICULTURA

El Decreto con fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, publicado en la Gaceta Oficial N° 37.323 del 13 de noviembre de 2001, y reformado por Ley publicada en dicha Gaceta N° 771 Extraordinario del 18 de mayo de 2005, derogó en su totalidad la Ley de Reforma Agraria (Disposición Derogatoria Primera) y dejó sin regulación, entre otros contratos agrarios, a los contratos de tenencia para la explotación de la tierra. Sin embargo, el Decreto Ley mencionado reconoce a los arrendatarios y medianeros el derecho a permanecer en las tierras denunciadas señaladas como ociosas o incultas o sometidas a expropiación. Es decir, da por supuesto la existencia de estos contratos sin atender a sus aspectos fundamentales como son los derechos y obligaciones de las partes, principalmente de los arrendatarios y medianeros respecto de la introducción de mejoras, el plazo de duración de los contratos, su prórroga y los motivos de extinción que dan lugar a su resolución y terminación. A nuestro entender se trata de los contratos tradicionales de arrendamiento y aparcería, que considera a la tierra como un factor de renta y no como base para la constitución o consolidación de una empresa agraria mediante la asociación de la tierra, el capital, tecnología, servicios y otros bienes productivos.

En otro orden de ideas, la vigente Constitución, en su artículo 305, postula como política para el sector rural la agricultura sustentable, es decir, aquella que de manera permanente permita una actividad agraria compatible con la protección de los recursos naturales renovables y que garantice el progreso económico de los agricultores y la seguridad agroalimentaria de la Nación. Esa agricultura sustentable es la base del desarrollo rural sostenible que para ese sector promueve la actual Constitución. En otras palabras, el fomento de una actividad agraria a largo plazo que permita la compatibilidad del crecimiento económico con el bienestar

¹ Conferencia dictada en el Taller sobre Contratos Agrarios en el Curso de Especialización de Derecho Agrario y Ambiental de la Universidad Nacional Experimental de los Llanos Occidentales Ezequiel Zamora (UNILLEZ), Barinas, el día 15 de julio de 2005.

social y con la defensa y conservación del ambiente. Por ello, el constituyente no sólo señala al Estado el cometido de llevar a cabo medidas de transformación de las tierras incultas u ociosas en unidades económicas productivas como la eliminación de los latifundios o el tributo sobre las tierras improductivas, sino también otras medidas de desarrollo rural, como la promoción y fomento de la producción nacional, y las de orden financiero, comercial, tecnológico e infraestructura. En verdad, las medidas de tenencia por sí solas son insuficientes para conseguir el objetivo que aspira el constituyente para el sector rural. Efectivamente, en el artículo 306 de la Constitución se le señala al Estado la obligación de promover las condiciones para el desarrollo rural integral, con el propósito de generar empleo y garantizar a la población rural un adecuado bienestar y su incorporación al desarrollo nacional, para lo cual deberá fomentar la actividad agrícola y el uso óptimo de la tierra, créditos, servicios y asistencia técnica. En otras palabras, que a la par de medidas de afectación y de distribución de las tierras, que únicamente se refieren a las tierras que el Estado adquiera o que les pertenezcan, la Constitución exige que se contemplen medidas para la modernización de la agricultura del sector privado como un medio para lograr el desarrollo integral de todo el sector rural. Es decir, la Constitución se inscribe dentro de esa orientación de la agricultura sustentable como base del desarrollo rural, que aparte de la redistribución equitativa de la tierra tiene como propósito promover inversiones en el campo, y uno de esos medios es la regulación de un régimen contractual que permita la asociación o coparticipación de los dueños de las tierras y de quienes puedan aportar conocimientos, bienes, servicios o capitales para organizar o poner en funcionamiento explotaciones agrarias modernas y eficientes. De este modo se aspira a convertir, principalmente a las explotaciones familiares, pequeñas y medianas, en modernas empresas agrarias para que cumplan con su función productiva de alimentos y de materias primas y que puedan diversificarse y producir conforme a las demandas sociales. En definitiva, las finalidades de ese régimen, como se ha demostrado en la Unión Europea, y en los Países del Río de La Plata, son las de modernizar las explotaciones agrarias mediante su reestructuración productiva, con la promoción de la asociación entre la tierra, el capital y la tecnología, para que eleven su capacidad productiva en los mercados y la diversificación de sus actividades, y para hacer compatible la actividad agraria con la protección del ambiente y respetar los procesos ecológicos.

II. EL ASOCIATIVISMO COMO INSTRUMENTO DEL DESARROLLO RURAL

Uno de los medios de modernización de la agricultura consiste en promover y proteger formas asociativas y particulares que permitan que la propiedad de la tierra garantice la producción agrícola nacional, como se señala en el artículo 307 de la Constitución vigente, que, además, ha de ser privilegiada y desarrollada. Esa modernización comprende, entre otras medidas, la actualización de las formas contractuales de producción agropecuaria, para que las actividades productivas primarias de autoconsumo, de ciclo cerrado y de escasa tecnología, evolucionen hacia sistemas de relaciones económicas dinámicas, multifuncionales, con una

orientación hacia el mercado, adaptando sus producciones a la demanda y a la planificación democrática y participativa agroalimentaria del país. Por ello, se busca atraer inversiones en el sector rural, mediante una tendencia, en la regulación de los contratos agrarios, hacia el asociativismo, la colaboración y coparticipación de las partes en los riesgos en una actividad estrechamente dependiente del medio natural y del carácter incierto de los ciclos biológicos, como lo es la actividad productiva agraria, cuyos productos, además, presentan una oferta rígida y poco adaptable a la demanda. Ello, además, facilita el acceso al crédito de las empresas pequeñas y medianas. Dentro de esa tendencia, que se percibe en los artículos 305 a 307 de la Constitución, en concordancia con su artículo 299, se inscribe la orientación de las legislaciones que persiguen fomentar relaciones económicas y diferentes operaciones entre los sectores productivos y los de transformación y comercialización de los productos agropecuarios, y favorecer la transparencia del mercado y la concurrencia en el mismo.

Con la modernización de las formas contractuales de la agricultura, aparte de proteger al cultivador y al productor directo y a la empresa agraria, se abandona la concepción tradicional del contrato agrario que sólo tiene en cuenta su objeto, es decir, el fundo rústico, sin importarle su finalidad productiva. En la nueva concepción de estos contratos se atiende más a la actividad productiva que a la titularidad de los bienes. Es decir, los usos y el empleo de los bienes y su organización, constitución y funcionamiento, procurando la profesionalización de esa actividad. Desde este punto de vista, al identificarse la agricultura con la actividad de producción, ya el objeto de los contratos no es el fundo rústico, sino el complejo de actos y de relaciones dirigidos a garantizar la organización y permanencia de esa actividad.

III. LA NUEVA CONCEPCIÓN DE LOS CONTRATOS DE TENENCIA Y SU CONSTITUCIONALIDAD

Modernamente se regulan los contratos de tenencia para la organización o constitución de explotaciones o empresas agrarias, como se ha hecho en la Unión Europea, cuyo objeto si bien es la cesión del uso o goce de un predio rural, su finalidad no es propiamente la renta o contraprestación sino la de explotarlo mediante una empresa agraria, para lo cual resulta determinante la participación de ambas o varias partes en los riesgos propios de la explotación, y en la dirección de la empresa. Tal concepción aleja, por ejemplo, la aparcería asociativa de la aparcería tradicional, en la cual, como un simple contrato de cambio, el dueño de la tierra se conforma con la renta de la tierra, sin participar en la dirección de la explotación y sin asumir ningún riesgo. Por el contrario, modernamente, los contratos de tenencia y dentro de ellos las aparcerías son los convenios mediante los cuales una parte cede o concede el uso y goce de un predio rural para su explotación, a cambio de una contraprestación variable o con el objeto de repartirse sus frutos y en cuya explotación coparticipan ambas partes o ambas partes. Dichos contratos caben dentro del principio agrario constitucional de la promoción de formas asociativas particulares para los agricultores a que se contrae el artículo 307 de la Constitución, y se adecuan al derecho de disposición y disfrute de la

propiedad que se garantiza en el artículo 115 de la Constitución y dentro la libertad de contratación que se garantiza dentro de la libertad económica que se reconoce en el artículo 299 de la misma Constitución y conforme el principio de la autonomía de la voluntad que se inscribe en la garantía del libre desenvolvimiento de su personalidad que el artículo 20 constitucional reconoce a toda persona.

IV. LA NUEVA CONCEPCIÓN DE LAS APARCERÍAS. ASPECTOS GENERALES

Dentro de esa concepción de contratos para la organización o constitución de empresas agrarias se modifican modernamente los contratos de aparcería tradicionales para convertirlos en contratos asociativos de participación. En efecto, la aparcería tradicional no es sino un contrato de cesión de uso de la tierra a cambio de la entrega de un porcentaje de los productos, sin tener en cuenta los aportes efectuados por las partes y sin que el cedente asuma riesgo alguno. En la legislación moderna se concibe la aparcería como un contrato para la constitución y funcionamiento de explotaciones o empresas agrarias. La nueva consideración de la aparcería toma en cuenta, por el contrario, la fijación del porcentaje evitando la arbitrariedad para que guarden relación con las aportaciones de las partes. En otras palabras, no puede ser cualquier porcentaje sino el que guarde proporción con los aportes del aparcerero propietario y del aparcerero asociado. Así se tiene cuidado en definir con precisión la aparcería de medianería, regulándose los derechos y obligaciones de cada parte, tanto en las aparcerías agrícolas como en las pecuarias, para evitar la especulación del concedente en perjuicio del aparcerero asociado y para asegurar la coparticipación en la dirección y en los riesgos de la explotación, así como la equitativa repartición de los frutos y los gastos, durante la ejecución del contrato o a su terminación. Se atiende también a la duración de las aparcerías para proteger la estabilidad del aparcerero asociado, estableciendo términos legales mínimos, renovaciones y subrogaciones. Por otra parte, se distinguen la aparcería pecuaria simple de la aparcería pecuaria parciaria, según que los aportes de ganado sean o no de una sola de las partes. También se aclara lo relativo a la propiedad del ganado aportado que la conserva el concedente o ambas partes, si la aparcería es parciaria. Finalmente, se establecen de manera taxativa los motivos de terminación del contrato, para evitar los desalojos intempestivos del aparcerero asociado.

Se ha avanzado en algunas legislaciones agrarias, como la argentina, regulándose el contrato de aparcería de producción de leche, que en otros países ha contribuido a la promoción de la producción y de la agroindustria lecheras, que se caracteriza por la asociación del dueño de las instalaciones y de animales y los productores para la producción lechera. Su objeto consiste en la entrega de animales y de instalaciones al productor o explotador para producir y comercializar leche. Por participar del género de las aparcerías pecuarias se rige también por las normas generales contempladas para el contrato de aparcería. Igualmente, se regula lo atinente a su plazo, la comercialización de los productos, las obligaciones específicas de las partes, los motivos de extinción, las indemnizaciones en casos de incumplimientos, y la desocupación de la vivienda por el productor.

En algunas regiones del país se celebran contratos de “préstamos de pastos”, entre el dueño de los pastos y los ganaderos para que éstos pasten su ganado, a cambio de un precio por cabeza de animal y por un plazo variable. Estos contratos son los denominados en la doctrina agrarista “contratos de pastaje o pasturaje”, que no pueden asimilarse a los contratos de parecería pecuaria porque carecen de base asociativa o de participación. Este contrato se rige fundamentalmente por los usos y costumbres locales, por lo que las éstas suplen las normas contenidas en la ley. En estos contratos tiene jerarquía la costumbre, por lo que en su interpretación y ejecución habrá que atenerse a las reglas de aplicación de la costumbre. Las costumbres, conforme al artículo 7° del Código Civil, suplen el silencio de la ley, o de las partes, cuando las prácticas que las constituyen son uniformes, públicas, reiteradas durante un espacio suficiente de tiempo y ejecutadas en el territorio nacional o localmente y no resulten contrarias a la Ley, al orden público y las buenas costumbres. Salvo que la costumbre constituya un hecho notorio, en este caso, quien solicite su aplicación debe probar su existencia ante el juez de mérito. El juez para apreciar la costumbre puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o en máximas de experiencia. Finalmente, en las legislaciones que han regulado estos contratos exigen que consten por escrito y en forma auténtica.

V. ASPECTOS PARTICULARES DE LOS CONTRATOS TIPOS DE APARCERÍAS AGRARIAS

Según la más reciente doctrina y legislación comparada, estos contratos presentan características totalmente diferentes a la tradicional aparcería, que constituía principalmente un contrato renta o de prestación y pago de servicios. En las legislaciones que siguen la nueva orientación de los contratos asociativos o parciarios, en el contrato de aparcería una de las partes, llamada aparcero propietario, entrega a otra, denominada aparcero asociado, animales, o un predio o fundo rural con o sin plantaciones, sembrados, animales, maquinarias, herramientas o enseres de trabajo para organizar o para continuar una explotación agropecuaria, con el objeto de repartirse los frutos y los gastos de la explotación, en base a un esquema de distribución de aportes, gastos y ganancias. La aparcería es de medianería cuando el aparcero propietario se obliga a aportar un predio o fundo rural para que el aparcero asociado lo destine a la explotación agropecuaria, contribuyendo ambos en forma equivalente con el capital necesario y con los gastos de explotación, y con igualdad de facultades en la dirección y administración de la explotación o empresa agraria, y con el objeto de repartirse los frutos también iguales. En las aparcerías agrícolas el porcentaje de distribución de los frutos que las partes conengan repartirse deberá guardar proporción con los aportes que las mismas realicen para la explotación. El porcentaje sólo será revisable cuando por cualquier causa extraña se produzca un desequilibrio en la proporcionalidad de los aportes. En caso de desacuerdo el Juez competente decide. La pérdida de los frutos por caso fortuito o de fuerza mayor es soportada por las partes en la misma proporción establecida para el reparto de aquéllas.

El aparcero propietario asume las siguientes obligaciones:

- 1) Contribuir con un porcentaje o con el cincuenta por ciento (50%) de los gastos que se requieran para erradicar las malezas y las plagas, si el predio las tuviera al tiempo de la celebración del contrato.
- 2) Contribuir con un porcentaje o con el cincuenta por ciento (50%) de los gastos que demande la realización de una agricultura sostenible
- 3) Contribuir con el porcentaje pactado de los gastos de explotación.

Mientras que el aparcerero asociado corre con las siguientes obligaciones:

- 1) Llevar a cabo personalmente o junto con el aparcerero propietario la dirección y administración de la explotación.
- 2) Dar a la casa de habitación y a los bienes comprendidos en el contrato el destino convenido.
- 3) Realizar la explotación con sujeción a las normas conservacionistas y de protección del ambiente.
- 4) Practicar una agricultura sostenible resguardando la diversidad biológica.
- 5) Contribuir con el porcentaje pactado o con el cincuenta por ciento (50%) de los gastos que demande la explotación.
- 6) Participar al aparcerero propietario con la debida anticipación la fecha en que comenzará la percepción de los frutos y separación de los productos a dividir, no pudiendo disponer de los mismos hasta tanto se proceda a su separación.
- 7) Mantener el predio libre de plagas y malezas si lo ocupó en esas condiciones y contribuir con el porcentaje pactado o con el cincuenta por ciento (50%) de los gastos que requiera la erradicación de las mismas, si éstas existieran al momento de la celebración del contrato.
- 8) Rendir cuentas del resultado de la explotación, si se le ha delegado la administración.

Respecto de los plazos, son aplicables a los contratos de aparcería agrícola las reglas de los contratos sucesivos, con relación a la continuación de la explotación al vencimiento del término legal o pactado del contrato, y sobre la prohibición de los subcontratos o cesiones del contrato, y sobre la forma obligatoria escrita del contrato.

VI. LA APARCERÍA PECUARIA Y SUS TIPOS

En las legislaciones modernas, la aparcería es pecuaria cuando las partes se asocian mediante aporte recíprocos para la crianza y explotación de ganado y para el ejercicio de las actividades conexas, a fin de distribuirse los gastos y el aumento del precio del ganado y de los otros productos y utilidades que de él se deriven. El aumento puede consistir tanto en las crías que se hayan producido como en el mayor valor que el ganado tenga al término del contrato. La aparcería pecuaria puede ser simple o parciaria. En la simple el ganado es aportado solo por el concedente o propietario para que el aparcerero asociado los críe. Y en la parciaria el aporte del ganado lo realizan ambas partes. La estimación del ganado al celebrarse el contrato no transfiere la propiedad al aparcerero asociado. La estimación debe indicar la cantidad, la raza, el sexo, el peso y la edad del ganado y el respectivo precio en el mercado. La estimación servirá de base para determinar lo que tiene derecho a tomar el aparcerero propietario o concedente al final de la terminación

del contrato. Si en el contrato no se establece término, la aparcería pecuaria tiene una duración mínima de tres (3) años. Al vencimiento del plazo, el contrato no cesa de pleno derecho y la parte que no quiera renovarlo debe dar aviso al menos seis (6) meses antes del vencimiento o en el término mayor fijado por la convención o por los usos o costumbres del lugar. Si no se ha dado aviso, el contrato se entiende renovado de año en año. La dirección de la explotación o empresa corresponde al aparcerero asociado, o ambas partes; y debe realizarse según las reglas de la buena técnica de la crianza del ganado. La selección de los trabajadores subordinados extraños a la familia del aparcerero asociado debe efectuarse con el conocimiento del aparcerero concedente o propietario. El aparcerero asociado debe prestar el trabajo necesario para la custodia y crianza del ganado entregado por el aparcerero concedente, para la elaboración de los productos y para el transporte hasta los lugares de depósito ordinario. El aparcerero asociado debe usar la diligencia del buen ganadero. El aparcerero asociado no responde del ganado que perezca que ha perecido por causas que no le sean imputables a él, pero debe rendir cuenta del despojos recuperable. En la aparcería pecuaria estipulada por un tiempo no inferior a tres (3) años, cuando durante la primera mitad del periodo contractual pereciera la mayor parte del ganado, inicialmente aportado por causas no imputables al aparcerero asociado, éste puede solicitar su reemplazo con otras cabezas de valor igual a aquél que los animales percidos tenían al inicio del contrato, teniendo en cuenta el número, la raza, la calidad, el sexo, el peso y la edad. Si el aparcerero concedente o propietario no cumple con pagar el reintegro, el aparcerero asociado puede considerar resuelto de pleno derecho el contrato. Si la propiedad o el goce del ganado dado en aparcería es transferido a otros, el contrato no se extingue, y si la transferencia comprende la mayor parte del ganado, el aparcerero asociado puede en el término de un mes desde que haya obtenido conocimiento de ella, considerar resuelto el contrato con efecto a la finalización del año en curso.

Los aumentos, los productos, las utilidades y los gastos se dividen entre las partes de acuerdo a la proporción establecida en el convenio o en los usos. Es nulo el pacto por el cual el aparcerero asociado debe soportar las pérdidas en una proporción mayor que las ganancias. A la terminación del contrato las partes deben proceder a una nueva estimación del ganado. El aparcerero concedente retira, de acuerdo con el contrato, un conjunto de cabezas igual a las que haya aportado, de acuerdo al número, a la raza, al sexo, al peso, a la calidad y a la edad que corresponda, el resto se divide de acuerdo a lo establecido en el encabezamiento de este artículo. Si no existen cabezas suficientes para igualar la estimación inicial, el aparcerero concedente toma la que queda. La aparcería pecuaria no se disuelve por la muerte del aparcerero concedente. En caso de muerte, incapacidad o imposibilidad física de uno de los aparcereros, los herederos pueden continuar con el contrato, previa notificación formal a la otra parte dentro de los treinta (30) días siguientes, salvo que opten por su terminación. La falta de notificación se entiende como que los herederos optaron por poner fin al contrato. Las cosechas pendientes, en todo caso, pertenecen a los aparcereros o a sus herederos, según el caso de muerte o de incapacidad o imposibilidad física. En la aparcería pecuaria parciaria el ganado es aportado por ambas partes en la proporción convenida. En la aparcería estipulada por un tiempo no inferior a tres (3) años, cuando durante la primera mitad del

período contractual pereciere por causa no imputable al aparcero asociado, la mayor parte del ganado inicialmente aportado, y los contratantes no se acuerdan sobre el reintegro del mismo, cada uno de ellos tiene derecho a considerar resuelto el contrato. Salvo convención en contrario la resolución del contrato tiene efectos al fin del año en curso. El ganado restante debe ser dividido entre las partes en proporciones equitativas. El aparcero concedente retira, de acuerdo con el contrato, un conjunto de cabezas igual a las que haya aportado, de acuerdo al número, a la raza, al sexo, al peso, a la calidad y a la edad que corresponda, el resto se divide de acuerdo a lo pactado. Si no existen cabezas suficientes para igualar la estimación inicial, el aparcero concedente toma la que queda

Para estos contratos se prevén como disposiciones comunes los siguientes casos de extinción:

- 1) El vencimiento del término legal o del término pactado, si éste fuere mayor.
- 2) La muerte, incapacidad o imposibilidad física del aparcero asociado. No obstante, en este supuesto, podrá continuarse el contrato por sus herederos, descendientes, ascendientes, cónyuge o colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad, en el orden sucesorio, siempre que hayan participado en forma directa en la explotación, previa notificación al aparcero propietario o concedente en un plazo de treinta (30) días. El contrato no terminará por la muerte del aparcero propietario o concedente, salvo que el aparcero asociado opte por su resolución. Tampoco se terminará el contrato en los casos de enajenación del predio.
- 3) Por resolución en el caso de incumplimiento de las obligaciones que la ley o el contrato pusieran a cargo del arrendatario.
- 4) Por resolución del contrato en los casos de abandono injustificado de la explotación por el aparcero asociado, o por incumplimiento en la entrega de la parte de los frutos que correspondan al aparcero concedente o propietario.

En estos casos puede pedirse el desalojo del predio y la restitución de las cosas objeto del contrato, de negarse la autorización de desalojo por la autoridad competente continuará el contrato hasta por un plazo máximo improrrogable de tres (3) años. En casos de ocurrir durante ese período forzoso un nuevo motivo de desalojo el propietario concedente puede acudir directamente a desalojar al aparcero.

Un tipo de aparcería pecuaria son las aparcerías participativas de producción de leche, que es un contrato de participación entre el propietario de la explotación y la persona que la tiene a su cargo, y se rige por las normas del contrato de aparcería, en cuanto sean aplicables. En el contrato de aparcería de producción de leche, una parte llamada concedente, propietaria o poseedora a cualquier título de un predio y ganado, o de instalaciones destinadas a la producción de leche, y otra parte, llamada productor, que lleva a cabo la explotación, con o sin aportes de equipos, maquinarias o enseres propios de la explotación, convienen en producir leche de origen animal, cualquiera fuera la raza del ganado mayor o menor del que se obtenga, y en distribuirse entre ellas la producción en el porcentaje pactado en el contrato. En cuanto a su plazo el contrato de aparcería de producción de leche se rige por lo dispuesto en las mismas reglas de la aparcería pecuaria en

general. La leche obtenida de la explotación será comercializada donde el propietario concedente disponga, debiéndose en todos los casos garantizar al productor el precio que la industria láctea pague por la misma, incluidos los porcentajes que correspondan de acuerdo con las normas vigentes para la calificación de la leche. El propietario concedente deberá entregar al productor una copia de la liquidación que se le otorgue por quien comercialice el producto. El productor tiene derecho al control del análisis, volumen, peso, valor de producción y precio.

Son obligaciones del propietario concedente:

- 1) Facilitar al productor o explotador y a su familia vivienda adecuada en condiciones de habitabilidad e higiene.
- 2) Facilitar habitación higiénica y adecuada a los trabajadores.
- 3) Construir y mantener instalaciones de ordeño.
- 4) Construir y mantener las instalaciones necesarias para refrescar la leche.
- 5) Entregar al productor o explotador copias de las liquidaciones de la comercialización de la leche.

Son obligaciones del productor o explotador:

- 1) Residir en el predio y dirigir personalmente la explotación de acuerdo a una buena técnica ganadera.
- 2) Cuidar los animales, instalaciones, mejoras, herramientas y maquinarias de trabajo que se le confían para la explotación
- 3) Cumplir con las leyes laborales con relación al personal a su cargo.
- 4) Mantener en condiciones de higiene las instalaciones e implementos de ordeño y los del predio.

Cumplir con las instrucciones que le importa el productor concedente para incorporar nuevas técnicas a la explotación pecuaria.

El contrato de aparcería de producción de leche se extingue:

- a) Por vencimiento del plazo, siendo aplicable lo dispuesto para los contratos de tracto sucesivo respecto de la prórroga (en el artículo 62.)
- b) Por muerte, incapacidad, imposibilidad física del productor, (siendo aplicable lo dispuesto en el artículo 70, Numeral 2).
- c) Por resolución del contrato por incumplimiento de las partes de las disposiciones de la presente Ley y del contrato.

En caso del incumplimiento del propietario concedente, éste deberá abonar al explotador o productor la indemnización pactada o equivalente al cincuenta por ciento (50%) del promedio mensual de lo percibido por éste en los últimos doce (12) meses, multiplicado por cada año o fracción mayor de seis (6) meses, si tuviera una antigüedad mayor de un (1) año. Deberá pagar igualmente las indemnizaciones de los trabajadores contratados por el explotador, como intermediario, de acuerdo con las leyes laborales. Si el contrato se resuelve por incumplimiento del explotador, éste no tiene derecho a la indemnización señalada anteriormente. Si el contrato se rescinde, sin causa, por el propietario concedente, éste deberá abonar al explotador o productor, una indemnización igual a la señalada para el

caso de resolución por incumpliendo del propietario concedente. Si fuere por decisión del explotador éste debe dar aviso con una anticipación mínima de un mes al propietario concedente. Si no diere el aviso deberá abonar al propietario concedente una indemnización pactada o igual al promedio de lo obtenido durante los últimos doce (12) meses, o al término de la explotación, si fuere menor de un (1) año. En los casos de extinción del contrato de acuerdo con lo expuesto, el explotador debe entregar de inmediato al propietario concedente el predio o las instalaciones, mejoras, maquinarias y útiles de trabajo. La vivienda deberá desocuparla el explotador dentro del término de un (1) mes después de notificada la resolución del contrato, y en caso contrario, el propietario puede solicitar su desocupación mediante el procedimiento previsto en las leyes.

Algunas legislaciones legislan en particular sobre el contrato de pastaje o pasturaje, y consideran que existe cuando el propietario concedente de los pastos, sin entregar la tenencia del predio, le concede a otro, llamado ganadero, el derecho de hacer pastar su ganado mediante el pago de un precio en dinero por cabeza de animal y por un plazo determinado que puede ser diario, mensual y hasta anual. El ganadero debe limitarse a hacer pastar los animales y a suministrarle la bebida necesaria sin poder realizar ningún acto de utilización o explotación del fundo. Podrá entrar a los potreros en que se encuentran los animales para proveer a su cuidado, encerramiento y la bebida del ganado. El dueño del ganado sólo podrá exigir el cuidado o custodia de los animales si así lo ha consentido expresamente el propietario de los pastos. Sin embargo, se presume que existe esta obligación si éste habita en el predio con el personal encargado de atender el ganado, y de darles de beber y de cambiarlos de potrero cuando sea necesario. La persona que tiene a su cargo la custodia del ganado, de conformidad con lo anterior, es responsable de los daños y perjuicios que los animales puedan causar a terceros estando el predio debidamente cerrado. El propietario del predio se obliga a mantenerlo en condiciones para el destino convenido en el contrato y a mantener los sembrados en buenas condiciones. El propietario del predio no es responsable por la muerte o desaparición de los animales que pasten en el predio por causas naturales o por cualquier otras causas que no le sean imputables. Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, dando aviso previo a la contraparte con quince (15) días anticipación. En este supuesto el dueño del ganado está obligado a retirarlo dentro de los quince (15) días siguientes al aviso de resolución. Caso contrario el propietario del predio está facultado para hacerlo por cuenta del dueño del ganado.

VI. COMENTARIOS FINALES ACERCA DE LA NATURALEZA DE LOS MODERNOS CONTRATOS DE APARCERÍA

En verdad que estos contratos, salvo el de pastaje o pastoreo, no pueden ser considerados contratos de rentas de tierras o de pagos de cuotas por servicios o de comisiones, puesto que su objeto es constituir u organizar una explotación o empresa agraria, es decir, de cultivo, de cría o de alimentación de ganados de las partes. Luego la actividad a mi juicio es una actividad agraria de producción primaria. Pero tampoco no llegan ciertamente a construir contratos de sociedades, porque forman una empresa agraria sin firma social. Tampoco es una comandita

porque los participantes son responsables de las pérdidas en proporción a sus aportes. No hay un patrimonio social. Por ejemplo, en el caso de las aparcerías pecuarias parciarias, cada uno de los aparceros conserva la propiedad de sus ganados. En estos contratos, el objeto es constituir u organizar una empresa agraria y de dividir con ese objeto las ganancias y los gastos, cuando concluyan las operaciones de comercialización de la producción; por eso uno de los derechos principales de las partes consiste en obtener cuenta de los bienes o fondos que han aportado y de las pérdidas y ganancias y a participar paritariamente en ellas. Parece, pues, que se acercan a las llamadas “asociaciones en participación”, que son aquellas en que una parte da una o más personas participación en las utilidades o pérdidas de una o más operaciones o de todas las de su explotación. Sin embargo, a diferencia de estas asociaciones, los aparceros si conservan la propiedad de los bienes aportados. Aspectos todos estos que habrá que tenerse en cuenta a los efectos contables y fiscales, si los agricultores y productores llegan a celebrar estos contratos, en base a sus derechos individuales y garantías constitucionales de disfrute de sus propiedades, de libre contratación, de asociación y de autonomía de su voluntad que les asegura la vigente Constitución.

DOCTRINA Y DECÁLOGO DEL DESARROLLO RURAL SUSTENTABLE: PROPUESTA PARA UN PACTO SOCIAL AGRARIO¹

I. BASES CONCEPTUALES NECESARIAS PARA EL PACTO

El desarrollo rural integral: La política pública que promueve y sirve de base a una agricultura sustentable cuyo fundamento es el derecho de acceso a la propiedad de la tierra y el derecho al desarrollo integral de las personas.

La Agricultura sustentable: Actividad agraria económicamente viable y rentable; técnicamente factible y eficiente; ecológicamente compatible; financieramente saludable y suficiente; y socialmente justa, que se prolonga en el espacio y en el tiempo como resultado de una política pública estratégica, democrática y participativa.

II. LA SEGURIDAD JURÍDICA DE LA VIDA Y DE LA PROPIEDAD COMO VALORES FUNDAMENTALES DEL DESARROLLO RURAL SUSTENTABLE

La seguridad personal y del derecho de propiedad resultan esenciales caracteres para trabajar y producir en libertad y en la democracia. Un país sujeto a sicarios y a expoliaciones ilegítimas del fruto del trabajo productivo y familiar, es un país secuestrado.

Cuando la vida de las personas y sus bienes de trabajo están sometidos a una constante y creciente inseguridad no existe ni libertad, ni democracia, ni desarrollo económico ni social.

El derecho de vivir en paz y de obtener y conservar los bienes necesarios para su progreso es un derecho reconocido a todos los venezolanos en el artículo 55 de la actual Constitución.

Por un principio universal que ningún ciudadano puede vivir en paz y mejorar en su desarrollo social bajo la constante amenaza de la pérdida de su libertad, de su vida y sin el derecho de adquirir y mantener los bienes necesarios para su bienestar y su progreso social y económico.

¹ Charla dictada sobre Desarrollo Rural en el Ateneo Alberto Adriani de El Vigía, estado Mérida, el 14 de junio de 2007.

En ello se diferencian los regímenes democráticos, por su empeño en protegerlo, de los regímenes no democráticos, que los desconocen o los vulneran o fomentan su violación.

Por ello, la protección de los productores, como ciudadanos, frente a las situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo para su integridad física, sus propiedades y el disfrute de sus derechos y para el cumplimiento de sus deberes. Es presupuesto y condición de la seguridad jurídica sin la cual no puede existir Estado de Derecho ni una efectiva democracia. Y es la base del sistema socioeconómico justo, democrático, eficiente, libre, productivo y solidario que para nuestra República proclama nuestra Constitución ajeno a cualquier extremismo.

Por, ende, la seguridad jurídica es la que determina si en verdad el Estado se comporta como un Estado de Derecho o sin Derecho. Dentro de esa seguridad jurídica la protección del derecho a la vida y a la libertad es fundamental, porque se trata de una exigencia propia de la condición humana. Por esta razón, la desprotección de los productores agropecuarios por causa del secuestro de sus personas y familiares, no sólo de las zonas fronterizas sino también de zonas céntricas del país es violatoria del derecho a la paz.

Por tratarse estos secuestros de atentados a la integridad personal y a los bienes de los productores reclama una política pública firme de seguridad de protección de los productores agropecuarios, sus familias y sus propiedades.

El derecho a la tierra y al trabajo para los productores impone al Estado venezolano una política de seguridad jurídica en la tenencia y la propiedad agrarias. Esta seguridad es la base estructural del desarrollo rural integral que implica no sólo la eliminación del latifundio sino su sustitución por un sistema justo de respeto de la propiedad productiva y de acceso a la propiedad de la tierra para quien la trabaja, que es la verdadera garantía de la seguridad alimentaria de la población.

La seguridad en la tenencia de la tierra obliga a resguardar la propiedad productiva y a defenderla frente a actos de violencia de grupos de invasores o vías de hecho de las autoridades, que privan arbitrariamente de sus propiedades o posesiones a los productores agropecuarios. En particular, las autoridades judiciales, dentro de su autonomía e independencia, están obligadas a proteger las propiedades y posesiones en producción, para evitar la violencia y facilitar la paz social en el campo.

Asimismo, el derecho a la seguridad jurídica de la tenencia de la tierra impide a las autoridades administrativas y militares privar ilegítimamente a los productores de sus bienes, prescindiendo del debido proceso y sin reconocer la justa y debida indemnización constitucionalmente exigida cuando la propiedad deba sacrificarse en beneficio del interés colectivo.

El derecho de propiedad, no obstante, su función social, sigue siendo un derecho fundamental de la persona, porque de su vigencia depende el bienestar de las personas y, por ende, este derecho sólo existe en los sistemas políticos donde se garantice la libertad y la democracia a sus ciudadanos. Por el contrario, en los regímenes políticos donde este derecho es eliminado no existe democracia ni li-

bertad. Por esta razón, la defensa de este derecho y su legitimidad, en consideración a su función social es condición de la indispensable autonomía personal y familiar cuyo respeto determina el carácter democrático de los gobiernos y de los regímenes políticos.

La falta de seguridad jurídica existente en el sector agrario ha agravado la crisis en este sector, que se evidencia en la reducción de las áreas de producción, la disminución de la producción, la pérdida de empleos en la agricultura y en el crecimiento de las importaciones, y, que ha hecho crecer también en forma sostenida y alarmante la pobreza rural.

III. CARACTERÍSTICAS DE LA AGRICULTURA SUSTENTABLE COMO BASE DEL DESARROLLO RURAL SUSTENTABLE

1) **Democrática:** por la consulta, participación y la libre iniciativa de su formulación y ejecución.

2) **Eficiente:** porque persigue el mejoramiento de la estructura productiva del país y no su destrucción.

3) **Libre,** porque para su ejecución se requiere de un mercado flexible y de unidades productivas y competitivas.

4) **Ecológica:** porque debe compatibilizarse con la protección del suelo, de los recursos naturales y del ambiente, y;

5) **Solidaria:** porque obliga a eliminar las exclusividades y a compartir oportunidades, riesgos y beneficios.

Fines del desarrollo rural sustentable: 1) Garantizar la seguridad alimentaria de la población. 2) Protección y preferencia de la producción agropecuaria interna. 3) Alcanzar niveles estratégicos de autoabastecimiento. 4) Promoción de acciones para compensar de las desventajas propias de la actividad agraria.

Metas y objetivos a conseguir: 1) Generación de empleo permanente. 2) Garantizar un nivel adecuado de bienestar a la población campesina. 3) Incorporación de la población campesina al desarrollo nacional. 4) Fomento de la actividad agraria. 5) Fomento del uso óptimo de la tierra. 6) Protección de la producción nacional. 7) Seguridad personal de los productores; y 8) Seguridad Jurídica para la actividad agraria

Política pública estratégica de desarrollo rural integral: Comprende políticas sectoriales de tenencia de la tierra, de orden financiero y comercial; de transferencia tecnológica; de infraestructura; de capacitación de mano de obra; de fomento del asociativismo; de integración agroindustrial; y de ordenación sustentable de las tierras de vocación agrícola para asegurar su potencial agroalimentario y de estímulo a rubros prioritarios.

Políticas sectoriales y medidas de la política pública de desarrollo rural sustentable. Medidas y planes agropecuarios por regiones y sectores de producción dentro de una coordinación y dirección interinstitucional y participativa, con apoyo a la descentralización del sector agrario.

IV. DECÁLOGO PARA UNA PROPUESTA DE UN PACTO SOCIAL AGRARIO DE SUSTITUCIÓN DEL LATIFUNDISMO POR UN SISTEMA JUSTO DE PROPIEDAD, TENENCIA Y EXPLOTACIÓN DE LA TIERRA

1. Demarcación por Municipio o Municipios homogéneos de **zonas de desarrollo rural sustentable y declaratoria de prioridad en estas zonas del catastro** para definir patrones de propiedad o de tenencia en materia de eliminación de latifundios, de asignación y de regularización de la tenencia de las tierras y de mejoramiento de las unidades productivas.

2. Bases para **la descentralización de la política desarrollo rural sustentable** mediante el ejercicio de las competencias agrarias concurrentes por los Estados y Municipios en las tierras baldías y ejidos y en las tierras que administran.

3. **Planes sectoriales de eliminación del latifundio** en las zonas declaradas de desarrollo rural sustentable de y su sustitución por un sistema justo de propiedad, tenencia y explotación de la tierra.

4. **Planes sectoriales de distribución y redistribución de tierras** mediante su asignación en propiedad u otras formas de adjudicación a campesinos y productores y a sus asociaciones.

5. **Aplicación del impuesto sobre tierras ociosas** en atención a la información catastral sobre calidad de las tierras, limitaciones técnicas, ambientales y agrológicas y tierras productivas no trabajadas, para no desestimar la inversión.

6. **Planes sectoriales de regularización de la tenencia de la tierra pública** mediante la asignación de la propiedad agraria plena a campesinos o productores ocupantes de tierras baldías o del INTI, arrendatarios de tierras ejidas, exadjudicatarios del IAN y campesinos beneficiarios de prendas o cartas agrarias.

7. **Reconocimiento de inafectabilidad de las tierras declaradas productivas, mejorables o inferiores a los módulos de tenencia** definidos para cada zona de desarrollo rural sustentable como latifundios, salvo cuando se justifique su expropiación para la realización de planes de desarrollo rural declarados de utilidad pública.

8. **Planes sectoriales de producción, transformación, empaque y comercialización de productos perecederos** mediante la regulación jurídica de las relaciones contractuales de la cadena agroalimentaria y de promoción de asociaciones o cooperativas a estos fines.

9. **Planes sectoriales de ordenación del territorio** atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, económicas y políticas a través de la información, consulta y participación ciudadana.

10. Plan integral de seguridad de la vida y de los bienes a productores agropecuarios y Promulgación de una Ley de Desarrollo Rural Sustentable para la eliminación del latifundio, la seguridad jurídica de la propiedad agraria productiva y la regularización de la tenencia de la tierra a campesinos y productores.

SEXAGENARIO ANIVERSARIO DE LA LEY DE REFORMA AGRARIA VENEZOLANA

Caracas, 5 de marzo de 2020.

Hoy se cumplen 60 años de la promulgación de la Ley de Reforma Agraria en el Campo de Carabobo el 5 de marzo de 1960, por el presidente Rómulo Betancourt. Pocas veces pueden encontrarse ejemplos de legitimidad y de legalidad democráticas en la elaboración de las leyes como en el proceso de sanción de esta Ley. De su elaboración debe destacarse su naturaleza interdisciplinaria y el aporte universitario en su redacción. Una nota determinante de su contenido, lo fue, como se dijo, su *“legitimidad y legalidad democráticas”*, por la previa y amplia discusión de su contenido y por la participación de los diversos sectores interesados en su elaboración, así como por el procedimiento parlamentario incluyente que se siguió para su sanción, en lugar de los medios extraordinarios de los decretos ejecutivos o del decreto ley por parte de la Junta Revolucionaria de Gobierno o por el Gobierno de Rómulo Betancourt. Su orientación resumió el pensamiento nacional respecto del problema agrario, puesto que su discusión fue abierta, pública y no excluyente de ningún sector económico, social y político. En esta legitimidad democrática fue determinante el pensamiento y la dirección del Ministro de Agricultura, el demócrata cristiano, Dr. Víctor Giménez Landínez; quien sostuvo que una ley de reforma agraria debía partir del *“enfoque integral del problema agrario en toda su complejidad sin visiones parciales”*. Y que habría de fundamentarse en *“una definida filosofía cual no es otra que la de la función social de la tierra, que al mismo tiempo que reconoce e implanta la justicia social en el medio rural crea estímulos y garantías necesarias para el hombre que dedica su esfuerzo a las empresas del campo”*.

Desde el punto de vista de la política agraria, la Ley, en comentarios, contribuyó al diseño de un modelo exhaustivo de un proceso agroreformista precursor del actual concepto de desarrollo rural, que se caracterizó por tratarse de una reforma agraria masiva, integral, democrática, prevalentemente campesina, que contó con un marco jurídico institucional para la legitimidad de los cambios y transformaciones de las estructuras agrarias cónsono con un Estado de Derecho; y que sirvió de modelo para las leyes de reforma agraria latinoamericanas que se dictaron durante las décadas de los años sesenta y setenta. La Ley de Reforma Agraria tuvo como principio general el de la adecuación de las relaciones de producción en el agro y el de que la tierra debe estar al servicio no del Estado sino de

la persona y no la persona al servicio del Estado y de la tierra. Se reconocieron expresamente, en dicho texto legal, derechos a la tierra, a un trabajo asalariado justo en el campo, a un tipo de crédito especial, a la asistencia técnica, social y cultural, con lo que la extensión agrícola se elevó a la categoría de derecho; al igual que los derechos al justo precio de los productos adquiridos o vendidos; a la seguridad de los mercados, a la empresa familiar, a una vivienda adecuada y en especial a los pequeños y medianos productores el derecho a permanecer en las tierras que cultivan y a los venezolanos que forman parte de las poblaciones indígenas que guarden el estado comunal o de familia extensiva el derecho al disfrute de las tierras, bosques y aguas que ocupan o le pertenezcan en los lugares donde habitualmente moran. Su aplicación contribuyó al fenómeno que han reconocido organismos internacionales, de “*La medianización de la propiedad*”, al duplicarse la mediana propiedad durante su aplicación respecto de la estructura productiva que existía para antes de 1960; al igual que contribuyó con el aumento de la producción agrícola y del PIB; al mantenimiento de la paz social en el sector agrario; a una mayor atención a los indígenas dedicados a las actividades agrícolas y al incremento de la participación política y gremial del campesinado.

También es cierto que el olvido de sus principios de integralidad y humanistas de su concepción y la partidización y el tratamiento sectario y electoralista de los programas de afectación y dotación de tierras, así como la falta de una adecuada planificación, llevaron en la práctica a la no aplicación de lo fundamental de dicha Ley. Asimismo, la falta de decisión política y de interés por los sectores campesinos y productores, no permitió su mejoramiento como lo recomendó el Programa de Cooperación Técnica de la FAO, en 1996. No obstante, contrasta su contenido ordenado, sistemático y democrático con el de las sucesivas leyes de tierras de desarrollo agrario durante los 20 años del presente régimen, bajo cuya vigencia ha habido un ataque masivo y sistemático contra la propiedad productiva que ha afectado el derecho de alimentación de la población. En efecto, según la FAO, en su Informe 2019, Venezuela es el país donde más ha subido la desnutrición de 2,9 millones de personas entre 2013 y 2015 a 6.8 millones de 2016 a 2018. Y que además el 80 % de los hogares venezolanos sufren de inseguridad alimentaria. Todo ello, junto con la gran corrupción, conforma un factor determinante de la crisis humanitaria compleja que afecta a Venezuela. Por lo que reconstrucción del sector productivo agrario debe pasar por la reparación del derecho de propiedad agraria como base del desarrollo rural integral, como lo señaló la FAO, en abril de 2019; por cuanto Venezuela es uno de 10 países del mundo con un deterioro significativo de la situación actual de su seguridad alimentaria y la agricultura, con efectos potencialmente severos; puesto que solo dispone del 1/3 de alimentos necesarios para satisfacer las necesidades básicas. Por lo que la reconstrucción del sector productivo agrario y un plan agroalimentario eficiente es un compromiso impretermitible del proceso de transición hacia la democracia.

COMENTARIOS AL ENSAYO DE JOSÉ SANTOS DITTO SOBRE LA LEY ORGÁNICA DE TIERRAS RURALES Y TERRITORIOS ANCESTRALES ECUATORIANA DE 2016¹

I. INTRODUCCIÓN

Con motivo de este X Congreso Internacional sobre Derecho Agrario que el profesor ecuatoriano José Santos Ditto, agrarista destacado, presentó un ensayo denominado “*Análisis de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales Ecuatoriana de 2016*”, que vendría a ser el desarrollo legislativo de los principios que en materia agraria y ambiental pueden derivarse de los artículos 282 y 335, de la Constitución de la República ecuatoriana, sobre el cual me permito formular algunos comentarios, como Secretario Académico adjunto de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios, que representa el producto de la experiencia reformista agraria de más de 50 años y fundados en los valores y fines del derecho agrario latinoamericano moderno. Mis comentarios, siguiendo la sistemática trazada por el profesor Santos Ditto, son los siguientes:

II. PRESUPUESTOS GENERALES

El ensayista, en la parte introductoria denominada “*Antecedentes*”, destaca lo que en el derecho agrario comparado se denomina “*sistema constitucional agroambiental*”, que son las fuentes del orden normativo que el Estado ha de desarrollar en lo relativo a la planificación, coordinación y funcionamiento de las actividades agrarias y ambientales, así como del régimen de la propiedad de la tierra y su vinculación con la soberanía alimentaria, que además de los tradicionales mecanismos de acceso a la propiedad y del control de concentración de la tierra y de su función social y ambiental, es la base constitucional de la transformación del sector rural cuyo instrumento de política pública vendría a ser la reforma agraria integral. De esta apreciación del Profesor Santos Ditto se desprende, sin duda, como característica del sistema constitucional agroambiental el carácter transversal del tema de la propiedad y tenencia de la tierra y de su función socioambiental, no solo en lo estrictamente agrario sino también en la seguridad alimentaria, por

¹ Trabajo presentado en X Congreso Internacional sobre Derecho Agrario, La Habana, Cuba, el 20 de septiembre de 2016.

lo que en el régimen jurídico de esta seguridad no puede dejar de ser tratado o regulado el tema del acceso a la propiedad agraria y el control del cumplimiento de su función socioambiental.

III. PRIORIDAD DE LA REFORMA AGRARIA DENTRO DEL DESARROLLO RURAL INTEGRAL

El profesor Santos Ditto, si bien reconoce que a partir de los años sesenta en América Latina surgió una tendencia agroreformista, sin embargo, por la falta de voluntad política o indecisión política no cumplió con los mandatos constitucionales de constituir a la reforma agraria como base del desarrollo rural integral que comenzaba a apuntalar la FAO. La ausencia de políticas públicas rurales integrales de orientación y planificación de la reforma agraria respecto de su programación, disponibilidad de recursos técnicos, económicos y administrativos, incidieron en la decadencia del proceso agroreformista y hasta en la pérdida de su sentido social. Como dato de tal constatación histórica el profesor Santos Ditto señala la constante modificación de las leyes agrarias en el Ecuador, a lo cual pudiera agregarse en la mayoría de nuestros países. Particular, a mi juicio, es el caso de Venezuela, que, si bien su Ley de Reforma Agraria mantuvo su vigencia desde 1960 hasta el 2001, sin embargo, dejó de tener prioridad frente a las políticas públicas energéticas. Proceso este que durante los 20 años de los 40 años de régimen democrático redujo significativamente el índice de concentración de la propiedad y del precarismo y que sirvió de base a lo que se llamó “la mediatización de la propiedad”, con el surgimiento de una fuerte clase media de productores agropecuarios cuya producción permitió disminuir la importación de alimentos. Lamentablemente a partir de los años noventa la reforma agraria dejó de ser considerada prioritaria como política de Estado frente al impulso que se le dio a los planes energéticos. Con posteridad, a partir de 1999, la reforma agraria se le sustituyó por una política de simple afectación de tierras, sin una planificación, que afectó el sector productivo medio, haciendo de Venezuela un país, que, en la actualidad, importa más del 80% de los alimentos en perjuicio de la estructura productiva nacional. Ello confirma el aserto del Profesor Santos Ditto que el meollo de la reforma agraria es el de armonizar el control de la estructura agraria por el Estado con planes de aumento de la producción y de bienestar social.

IV. EL LIMITE DEL LATIFUNDIO Y LOS PLAZOS PARA LA EFICIENCIA PRODUCTIVA

El profesor Santos Ditto objeta que en la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales no se contemple un límite superficial a la propiedad agraria, que permita la expropiabilidad de los latifundios eficientemente explotados cuando el grado de concentración de la tierra es excesivo, sino que solo prevé la expropiación de los latifundios deficientemente explotados. Al respecto recuerda que en la Ley de Reforma Agraria ecuatoriana de 1964 si se establecían límites superficiales para la costa y la sierra pero que en la práctica no se aplicaron para

acabar con los latifundios. Santos Ditto considera como un defecto de la Ley citada que solo defina como latifundio la extensión de tierra deficientemente aprovechada, por lo que se excluye la extensión eficientemente aprovechada aun cuando su superficie implique un oligopolio o monopolio de la tierra. Al respecto el prenombrado profesor considera, que a tenor de los artículos 282 y 335, de la Constitución ecuatoriana, la Ley, en comentarios, debió establecer límites a las extensiones privadas de las tierras, encuéntrase deficiente o eficientemente explotadas. Al respecto, la experiencia venezolana de reforma agraria bajo la vigencia de la Ley de 1960 pudiera ser un bien precedente a tener en cuenta la propuesta de Santos Ditto de establecer límites a las extensiones privadas. En efecto, la Ley de Reforma Agraria de Venezuela del año señalado fijaba límites de inexpropiabilidad y los excesos podían ser afectados si estaban deficientemente aprovechados y en los casos de extensiones eficientemente explotadas, si la presión social medida por índices de concentración de la propiedad representaba una grave injusticia social, tales extensiones podían afectarse para lo cual se exigía un proyecto de desarrollo rural integral, para cuya ejecución la afectación de estas extensiones era necesario o imprescindible. Así se expropiaron latifundios eficientemente explotados, cuyo caso más famoso fue el de la Finca de caña de azúcar Montaña Verde, en el estado Lara. A partir del 2001, en Venezuela la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, que derogó la Ley de Reforma Agraria, fijo límites a las extensiones de tierras, sin criterios racionales para su determinación, dejando a la discrecionalidad de las oficinas regionales del Instituto Nacional de Tierras su fijación, lo que trajo como consecuencia corrupción y un desorden y anarquía respecto a la calificación o no de latifundio.

Aparte de lo anterior, Santos Ditto advierte que la Autoridad Agraria Nacional para los latifundios definitivamente explotados otorga plazos para que cumplan con exigencia de su eficiencia productiva, que son o muy generosos o se otorgan permanentemente, lo que impide su expropiabilidad. De modo que a su juicio por la ausencia de límites territoriales y por la concesión de plazos continuos para que los latifundios deficientemente explotados lleguen a ser eficientemente aprovechados, en el Ecuador no se han afectados. En verdad, que los plazos para que los latifundios dejen de ser ineficientes y pasen a ser eficientes, al igual que los certificados de fincas mejorables sujetos a plazos renovables, no resultan ser eficaces en el control de los latifundios. En efecto, o se les extiende o renuevan los plazos o certificados de manera indefinida, o nunca se controla su ejecución, de modo que ni los latifundios llegan a ser eficientes y tampoco son expropiados.

V. PROCESO AGRARIO, PAGO DE LA EXPROPIACIÓN, NATURALEZA DE LA EXPROPIACIÓN Y CAUSALES DE EXPROPIABILIDAD

Santos Ditto considera errado que para que la Autoridad Nacional Agraria acuerde la expropiación es necesario que exista la correspondiente partida y la certificación de su disponibilidad para pagar la indemnización expropiatoria. Por supuesto que de no preverse presupuestariamente tal pago para determinado latifundio la indicada Autoridad no podrá decretar su expropiación. Al respecto, soy

del criterio, que legalmente debe fijarse una partida global con un porcentaje mínimo en el presupuesto anual para el pago de estas indemnizaciones, de modo que siempre se cuente con una partida para ello cuya disponibilidad pueda certificarse, aparte de establecerse de determinados impuestos, por ejemplo, de la actividad petrolera, una afectación parcial para cubrir estos pagos. Y, por supuesto, si el estado de las finanzas públicas lo permiten la emisión de bonos de la deuda pública agraria es otra solución. En el mismo orden de ideas, el requisito de la cancelación de la indemnización expropiatoria de contado, en los casos en que no se cuente con una partida global como la mencionada o con bonos de la deuda agraria, como lo advierte Santos Ditto que impide la expropiación de los latifundios. Yo considero, por ejemplo, en el caso de Venezuela muy lamentable, por ejemplo, que se prevean partidas globales para la compra y el pago de contado de armamento, o que se emitan bonos para el aumento de las inversiones petroleras en casos en que el mercado está reducido, en lugar de arbitrar recursos para el desarrollo rural. Por otro lado, concuerdo con Santos Ditto que considerar como factor del avalúo los precios comerciales convierte el pago de la expropiación en una venta y no en una indemnización que ni enriquezca ni empobrezca, sino que reemplace el valor del bien.

Por otro lado, arguye Santos Ditto que la determinación de causales taxativas de expropiabilidad de los latifundios, cuando no cumplen con su función social y ambiental, dificulta su expropiación, aparte que para que se establezca la existencia de tales causales no se prevé mecanismos de investigación. En mi concepto, tales causales con conceptos jurídicos indeterminados por lo que es preferible que la expropiabilidad venga dada por la necesidad de ejecutar planes de desarrollo social y de manejo sustentable del ambiente, conforme señalan en el artículo 282, de la Constitución ecuatoriana. Y respecto del precarismo como causal de expropiabilidad, considero, que más que motivo de expropiación debería ser un factor correctivo negativo del monto de la indemnización.

VI. OMISIÓN DEL DESALOJO Y PROCEDIMIENTO DE LAS INVASIONES

Critica Santos Ditto que se la Ley en comentarios solo regule el procedimiento de invasión de tierras y que omita la sanción al desalojo, que había sido eliminada desde la Ley de Fomento y Desarrollo Agropecuario de 1979. Además, objeta que para el trámite de la invasión se aplique el procedimiento pautado para la función ejecutiva que para su sustanciación se contemplan cuatro instancias y plazos muy largos y centralizados en la Capital, lo que contraría la brevedad que debe caracterizar los procedimientos agrarios. Al respecto, pienso que la invasión debería contemplarse como un conflicto colectivo y no como una simple controversia entre supuestos invasores y propietarios, para cuya solución, más que castigos o sanciones, deben contemplarse medios alternos de solución que resuelva el conflicto de manera concertada, como la reubicación, o, en último caso, la expropiación para la ejecución de planes de desarrollo rural.

VII. FONDO NACIONAL DE TIERRAS COMO AGENTE INMOBILIARIO

Una cosa es que el estado prevea créditos especiales para que familias campesinas u organizaciones de economía solidaria o los campesinos adquieran propiedades y otra cosa es que el estado se desempeñe como un intermediario entre compradores y vendedores de tierras. Aparte de mercantilizar la adquisición de propiedades agrarias, la intermediación es fuente de corrupción y de especulación. Por ello, sistemas crediticios para la adquisición de extensiones de superficies dentro de los límites de inexpropiabilidad y la fijación de valores catastrales por zonas como referencia son más adecuados que mecanismos de intermediación o de agencias inmobiliarias.

DERECHO DEL AMBIENTE

EL AMBIENTE COMO VALOR JURÍDICO¹

Trataré este tema desde un punto de vista de la Teoría General del Derecho y en parte del Derecho Comparado como aporte para una sistemática del derecho ambiental. Igualmente, conforme la filosofía de los valores coloco el ambiente como uno de los valores jurídicos de carácter ético social porque es uno de los fines del Derecho. Y asimismo porque el ambiente expresa uno de los grandes principios que orienta el ordenamiento jurídico positivo, hoy día por su constitucionalización como garantía constitucional.

I. LO AMBIENTAL COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL

La constitucionalización de los derechos ambientales, y de la protección ambiental como un principio constitucional, en la evolución del Estado de Derecho hacia un Estado social, en las más recientes reformas constitucionales, reforzó la tendencia o corriente “ambientalista” en el ordenamiento jurídico, que, a mi juicio, al igual de lo ocurrido con la justicia social, informa transversalmente la evolución y desarrollo de todas las ramas jurídicas. La protección del ambiente es hoy día un valor y un fin que inflama la totalidad de la Ciencia del Derecho al lado de la libertad, justicia, el orden, el bien común y la seguridad jurídica.

Lo ambiental, es un valor, de fuente constitucional, que inspira las ciencias jurídicas directamente vinculadas a la producción, al comercio de bienes y servicios, a la industria y al aprovechamiento de los recursos naturales renovables. Desde este punto de vista más general, la defensa del ambiente es una corriente que inflama el contenido de las ramas jurídicas que regulan las actividades que pueden originar contaminación o las actividades que pueden degradar o deteriorar bienes cuyo manejo y aprovechamiento afectan la ecología, la calidad de vida, la biodiversidad y los recursos naturales renovables como bienes ambientales, así como el derecho al agua y a la alimentación. Mientras que, estrictamente hablando, derecho ambiental es el estudio sistemático de los derechos ambientales y de los principios que se derivan de su consagración como “derechos-deberes” de los ciudadanos y como “deberes prestacionales”

¹ Charla dictada en el Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Buenos Aires, agosto de 2009.

del Estado. Por la noción del equilibrio ecológico y el concepto de bienes jurídicos ambientales; el ambiente es “un criterio axiológico” que orienta la interpretación de las disposiciones constitucionales y la aplicación de las leyes en armonía con los principios que supone el derecho a un ambiente sano.

II. APROXIMACIÓN A UN CONCEPTO DEL OBJETO DEL DERECHO AMBIENTAL CONFORME CON LA VISIÓN ANTROPOCÉNTRICA DEL DERECHO

El objeto científico del derecho ambiental es el estudio de aquéllos principios y derechos, a lo cual hay que agregar el estudio de la normativa, ya sea pública o privada, que desarrolle los deberes, obligaciones y derechos del Estado, de los ciudadanos y de las comunidades referentes a su entorno ambiental, así como la legislación que prevé las instituciones, procedimientos, la gestión ambiental y participación ciudadana, las responsabilidades, sanciones y jurisdicción establecidas por el Estado para la conservación, mejoramiento y protección del ambiente.

Esta orientación responde a lo que se ha dado en llamar la superación de la visión exagerada antropocéntrica del Derecho, que sólo tiene en cuenta la tutela del hombre y de sus actividades, pero que olvida que la humanidad, como se proclama en la Carta Mundial de la Naturaleza de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 28 de octubre de 1982, “*forma parte de la naturaleza*”. Por ello, en las relaciones jurídicas entre los hombres, y sus bienes, además se debe atender a cualquier forma de vida con ocasión de la apropiación, aprovechamiento, utilización, transformación y conservación de los bienes que integran la biosfera². Es decir, el “biocentrismo”³, que según los Principios Números 1, 3 y 4 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, parte del derecho de los seres humanos a una vida saludable y productiva, pero en armonía con la naturaleza y de su derecho al desarrollo, pero en forma que responda equitativamente a las necesidades de las generaciones presentes y futuras, para cuya sostenibilidad la protección del ambiente debe constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no en forma aislada. Derechos éstos que se agrupan dentro de los llamados derechos colectivos.

III. LOS DERECHOS-GARANTÍAS AMBIENTALES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Las Constituciones modernas que recogen la tendencia moderna que supera la concepción del conservacionismo clásico; y que se basa en el principio del desarrollo sustentable, que es un valor fundamental en el Derecho moderno, internacional y nacional, y que obliga a regular todo lo que rodea a los seres humanos. El constitucionalismo moderno parte del concepto, que uno de los fines que debe

² Meier, Henrique, *El Derecho Ambiental y el Nuevo Milenio*, Ediciones Homero, Caracas, 2003, p. 46 y 47.

³ *Ibidem*, p. 46.

promover la sociedad es la protección del equilibrio ecológico y de los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad. Se incorpora así en el derecho comparado constitucional como base axiológica del ordenamiento jurídico el concepto de bienes ambientales. Por ello, aparte de la soberanía, la seguridad, la defensa y la identidad nacional, la preservación de la diversidad y del ambiente el ambiente debe forma parte de la política integral de los espacios fronterizos, insulares y marítimos. Al igual que dentro del cometido de la seguridad y defensa de la Nación, constituye una especial protección la relativa a los parques nacionales, al hábitat de los pueblos indígenas allí asentados, y de las demás áreas bajo régimen de administración especial. Y, dentro del régimen socio-económico la protección ambiental es uno de los principios rectores, lo cual justifica que legalmente se limite la libertad de empresa o económica por esta causa.

Sobre esta base axiológica, el constitucionalismo moderno desarrolla los derechos y deberes ambientales de cada generación, y reconoce el derecho que ellas tienen a un medio ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado, destacando la necesidad de mantener un eficaz desarrollo de la seguridad ambiental en las fábricas y complejos industriales. Por ello, se impone al Estado, como obligaciones ambientales, el cometido de garantizar un desarrollo, ecológico, social y económicamente sustentable; de proteger el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica; y de velar por un medio ambiente libre de contaminación, para que el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono y las especies vivas gocen de especial protección. Asimismo, se asigna al Estado el cometido de desarrollar una política y una legislación de ordenación del territorio atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales culturales, económicas y políticas, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, que incluya la información, la consulta y la participación ciudadana, cuyos principios y criterios.

Como obligación, el constitucionalismo moderno, impone tanto al Estado como a los particulares, la obligación de acompañar todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas de estudios previos de impacto ambiental y socio cultural, y le señala al Estado la obligación de impedir la entrada al país de desechos tóxicos y peligrosos, así como la fabricación y uso de armas nucleares, químicas y biológicas, y de regular legislativamente el uso, manejo, transporte y almacenamiento de las sustancias tóxicas y peligrosas. Y le prohíbe igualmente al Estado la patentización del genoma de los seres vivos, exigiéndole legislaciones conforme a los principios bioéticos.

Algunas constituciones para garantía de la protección del ambiente consagran cuando no estuviere expresamente consagrada, como cláusula implícita de los contratos públicos, que puedan afectar los recursos naturales, la obligación de conservación del equilibrio ecológico, de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenidas y de restablecer

el ambiente a su estado natural, si éste resulta afectado⁴. Merece destacarse asimismo que algunas constituciones contemplan la obligación del Estado de incluir la educación ambiental en los diversos niveles y modalidades educativos⁵.

IV. LA TRANSVERSALIDAD DEL PRINCIPIO AMBIENTAL

Los principios del desarrollo ecológico, social y económicamente sustentable, son valores que se desarrollan constitucionalmente. Por ejemplo, la obligatoriedad en la educación de la educación ambiental, ya señalada; las limitaciones a la libertad económica por razones de protección del ambiente⁶, el carácter de bienes del dominio público que se atribuye a las aguas⁷, la agricultura sustentable como base estratégica del desarrollo rural integral⁸ y la protección del hábitat de los pueblos indígenas⁹, y la integración a las políticas de fronteras, de seguridad y defensa de la protección ambiental¹⁰.

Como manifestación de esa orientación transversal ambientalista puede señalarse la inclusión en el derecho constitucional de acceso a la justicia, de las acciones en defensa de los derechos colectivos¹¹, donde caben los procesos en protección de los bienes ambientales.

Todo lo anterior, permite afirmar, que, en el constitucionalismo moderno, al igual que la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, la preeminencia de los derechos humanos, y el pluralismo político, la vida o medio ambiente es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico del Estado democrático y social de Derecho¹².

V. EL PRINCIPIO DEL DESARROLLO SUSTENTABLE Y EL CONTENIDO DEL DERECHO AMBIENTAL

La clave de esta conceptualización es el principio del desarrollo sustentable o sostenible, proclamado desde la Conferencia de Estocolmo de 1972 y con mayor fuerza en la Conferencia de Río en 1992, que al incorporar al desarrollo económico parámetros políticos, sociales, culturales y ambientales, en una visión global o de conjunto, da lugar al desarrollo humano integral que supera el simple crecimiento cuantitativo de la sociedad. En efecto, de acuerdo con esta orientación el

⁴ P.e., el artículo 130 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del 30-12-1999 (Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario del 24-03-2000).

⁵ Ver Artículo 107 de la Constitución citada.

⁶ Artículo 112 ibidem.

⁷ Artículo 304 ibidem

⁸ Artículo 305 ibidem

⁹ Artículo 119 ibidem

¹⁰ Artículos 15 y 326 ibidem.

¹¹ Artículo 26, ibidem.

¹² Artículo 2° de la citada Constitución.

régimen económico ha de fundarse en los principios de libertad, justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, precisamente para asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad¹³. Por esta razón, el Estado debe dar prioridad a los sectores que garanticen dinamismo, sustentabilidad y equidad al desarrollo económico, tales como la actividad agropecuaria, la pequeña y mediana industria, la pequeña y mediana propiedad, el turismo, el sector de cooperativas y demás formas de economía social¹⁴. Y, asimismo, por igual razón la producción de alimentos el constitucionalismo moderno la considera como esencial, y consagra la seguridad alimentaria en función del acceso oportuno y permanente de alimentos por parte de los consumidores¹⁵.

En la constitucionalización de los principios del desarrollo sustentable y del desarrollo humano integral, ha tenido una gran influencia el derecho internacional, surgido de las diferentes Conferencias o Reuniones, sobre el medio humano, el medio ambiente y el desarrollo sustentable, donde apareció la preocupación de armonizar la economía con la protección del ambiente, y de superar el concepto de desarrollo como simple crecimiento económico cuantitativo material, precisamente para compaginar este desarrollo con la justicia social, la seguridad alimentaria y la protección ambiental. En este contexto, por ejemplo, en Venezuela, se le señala al Estado que debe promover el desarrollo rural integral, promoviendo el derecho a la propiedad de la tierra y a la asociación libre, y la protección de la producción nacional, dentro de planes de una agricultura sustentable¹⁶.

Conforme con esos fundamentos del constitucionalismo comparado, el Derecho Ambiental, metodológicamente, tiene como contenido el estudio de los principios y de los derechos y obligaciones individuales y colectivas, respecto de los bienes ambientales, en cada una de las ramas jurídicas, con la finalidad de armonizar su aprovechamiento con su protección, de modo de protegerlos y de asegurar su utilización equitativamente por las generaciones actuales y las futuras, y de facilitar el desarrollo humano integral. Así como el estudio de las acciones, procesos y orden jurisdiccional especial en esta materia ambiental.

En este contexto, la responsabilidad del Estado es factor determinante en el logro de esos fines. Así, la organización administrativa e institucional, las contribuciones parafiscales, la planificación territorial de las diferentes actividades, para atender la protección ambiental y para corregir las desviaciones del desarrollo económico, es parte importante de ese contenido metodológico. De manera que el desarrollo legislativo de esa parte administrativa vendría a ser **el derecho administrativo ambiental**. Al igual, que, por ejemplo, el establecimiento por el Estado de la responsabilidad penal derivada de delitos contra el ambiente, constituiría **el**

¹³ P. e., la definición contenida en el artículo 299 de la Constitución citada.

¹⁴ Ver Artículos 305, 306, 307, 308, 309 y 310, *ibidem*.

¹⁵ P. e., Artículo 305, de la Constitución citada.

¹⁶ Artículos 305, 306 y 307.

derecho penal ambiental. Asimismo, el desarrollo legislativo de la cuestión agraria de lo ambiental, que procura compaginar la agricultura con la protección del ambiente, es decir, la agricultura sustentable, sería **el derecho agrario ambiental.** O, **el derecho agroambiental,** como lo denomina el Profesor José Santos Ditto porque proviene de la unión especializada de los contenidos tanto del Derecho Agrario como del Derecho Ambiental¹⁷. Estas serían la parte pública del derecho ambiental. Pero, frente a ésta surge también la normativa de la responsabilidad civil por causas ambientales; de seguros para responder por riesgos ambientales; de regulaciones de las empresas y las personas, dedicadas a la utilización de bienes ambientales o de los patronos por el medio ambiente del trabajo; que vendría a ser la impronta de lo ambiental en el derecho civil, comercial y laboral. Es así como la responsabilidad civil en esta materia ya no es subjetiva sino objetiva, y cómo la carga de la prueba se invierte en estos casos de responsabilidad, para quienes están obligados legal o contractualmente a prevenir los daños ambientales, en razón del carácter riesgoso de las actividades que realizan.

El estudio sistemático, de estas manifestaciones de lo ambiental en el mundo del Derecho, es el derecho ambiental, metodológicamente hablando. Derecho este que ha de desarrollar los principios rectores que según el derecho internacional ambiental esquemáticamente son los siguientes:

1) El principio de la equidad intergeneracional, que consiste en el deber de cada generación de proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y de las futuras generaciones¹⁸.

2) El principio del desarrollo sustentable como armonización de la economía y la ecología¹⁹

3) El principio del daño permisible o tolerable, aplicable a las actividades degradantes del ambiente en forma no irreparable o irreversible, que se autorizan porque resultan necesarias para el bienestar económico y social y que obliga además a la evaluación previa de los impactos ambientales²⁰.

4) El principio de la regulación jurídica integral, que implica que la tutela jurídica del ambiente debe comprender todos los componentes de la biosfera, es decir, el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los recursos naturales, los procesos ecológicos, las áreas de importancia ecológica y las especies vivas.

5) El principio de la primacía del interés público ambiental, que surge de la constitucionalización del derecho individual y colectivo a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado, y del deber del Estado

¹⁷ Santos Ditto, José. *Derecho Agroambiental en América Latina*, Editorial de la Universidad de Guayaquil, 1999, p. 52 y 53.

¹⁸ Declaración de Estocolmo sobre Medio Humano de 1972. Declaración de Río sobre Ambiente y Desarrollo de 1992. Convención de Berna sobre Flora y Fauna de 1979 y Convenio sobre Diversidad Biológica de 1992.

¹⁹ Declaración y Plan de Acción de la Cumbre Hemisférica sobre Desarrollo Sostenible, Santa Cruz, Bolivia. Y Declaraciones de Estocolmo y de Río anteriormente citadas.

²⁰ P. e., Ley Orgánica del Ambiente de Venezuela, artículos 21, 22 y 23.

de proteger el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y las áreas de especial importancia ecológica; y que jerarquiza la tutela de los valores y bienes ambientales.

6) El principio de la participación ciudadana en la conservación, defensa y mejoramiento ambiental; o de la corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad civil²¹.

7) El principio “Quien contamina paga”, derivado, a su vez, del principio del daño permisible o tolerable, que admite la compensación del daño ambiental mediante el pago de una contribución²².

8) El principio de prevención y de precaución, para proteger el ambiente en los casos de peligro de daño grave o irreversible, sin que quepa aducir para la no adopción de medidas precautelares la falta de certeza científica absoluta sobre la degradación del medio ambiente²³.

9) El principio de la responsabilidad por los daños ambientales, que comprende la responsabilidad civil, la responsabilidad penal y la responsabilidad administrativa por los daños causados sobre bienes ambientales, y que sigue la regla: “a mayor poder potencial de destrucción, o a mayor riesgo para la preservación del ambiente, mayor ha de ser la responsabilidad”.

Estos principios permiten seguir una metodología de estudio del contenido ambiental de las diferentes ramas jurídicas, para sistematizar el contenido del derecho ambiental, que es una ciencia en formación.

VII. DEFINICIÓN DE MI PENSAMIENTO HUMANISTA ECOLÓGICO

Finalmente, creo que debo hacer una definición de mi pensamiento ecológico humanista para que se pueda entender mejor mi exposición. En primer término, a diferencia del ecologista puro, pienso que no existe una contradicción entre el desarrollo económico y la protección del Medio Ambiente, puesto que la complementariedad de estos valores es la que permite aspirar a un mundo mejor para las actuales y futuras generaciones. En segundo lugar, creo que el desarrollo sustentable es la base real para encontrar el equilibrio entre estos dos valores, desarrollo y medio ambiente, a los cuales debe incorporarse la ética, puesto que el derecho al medio ambiente es de carácter moral, por tratarse del derecho a la vida o de vivir dignamente y a la alimentación. En tercer lugar, que existiendo una conexión natural del ser humano con el medio ambiente, no existe desarrollo y bienestar sino se atienden las necesidades físicas y espirituales de la persona humana. En cuarto lugar, pienso que existe una integración entre Ecología, Sociedad y Desarrollo, por lo que considero que el medio ambiente es también una conquista social de la sociedad al priorizar y gestionar sus recursos en forma participativa para obtener el mejoramiento de sus integrantes. Y, por último, estimo que el equilibrio

²¹ Declaración de Río de 1992 (Principios 10, 20 y 21).

²² Declaración de Estocolmo de 1972 y Declaración de Río de 1992.

²³ Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 (Principio 15).

del desarrollo económico con la protección del ambiente y la calidad de vida no necesariamente ha de pasar por la contaminación cero, sino por un equitativo avance de la producción, al cual deben incorporarse los costos ambientales y de la justicia social, para evitar los excesos y peligros para la naturaleza y las personas, y para lograr la superación de la pobreza. Y; por supuesto, la libertad y la democracia plena y el respeto a los derechos humanos, es entorno del derecho ambiental, para que el desarrollo integral, es decir, de la persona y de todas las personas.

Quisiera terminar manifestando, como lo afirma la Profesora Susana Pozzolo de la Universidad de Génova, que “las constituciones valen más por su contenido que por quien las hace”. Y, además, que considero que el gran problema del constitucionalismo moderno es el constaste que existe entre “la Constitución formal”, que está en los textos y “la Constitución real”, que está en la práctica y que corresponde a los poderes públicos, Y, por último, estimo que la mejor forma de superar esta contradicción es llenar de contenido axiológico sus formas jurídicas, al interpretar y aplicar sus disposiciones en la realidad.

APORTE DEL HUMANISMO CRISTIANO AL HUMANISMO AMBIENTAL

Caracas, 3 de agosto de 2020

En el magisterio de la cátedra de Roma es posible distinguir como fuentes del humanismo cristiano diversos documentos pontificios, entre encíclicas, cartas y discursos. Estas fuentes son caracterizadas por su contenido. Así, por ejemplo, las Encíclicas **Rerum Novarum** de León XIII (1891) se distingue por la cuestión social en razón del impacto político que generaba la revolución industrial y que transformó las relaciones de trabajo en el mundo; la **Humani Generis** de Pío XII (1950) sobre las falsas opiniones contra los fundamentos de la doctrina católica; la **Pacem in Terra** de Juan XXIII (1963) sobre la promoción de la paz entre todas las naciones y de condena a la carrera armamentista; la **Populorum Progressio** de Paulo VI (1967) sobre el progreso de los pueblos mediante el desarrollo social para alcanzar la paz entre los pueblos; la **Laborem Excersens** de Juan Pablo II (1981) acerca de la dignidad del trabajo humano; la **Caritas in Veritate** de Benedicto XVI (2009) dedicada a examinar la globalización y recientemente la **Laudato Si** del Papa Francisco (2015) que se refiere a aspectos ambientales y a la invitación a salvar el planeta. De estos documentos es posible deducir nociones y principios no solo para el humanismo cristiano, sino también para la confluencia de la doctrina del humanismo contemporáneo. Una de esas fuentes es la Encíclica **Laudato Si**, del Papa Francisco, de 24 de mayo de 2015, que, junto con su Mensaje ante la 70ª Sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 25 de septiembre del mismo año, con motivo de la Cumbre sobre la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, constituyen las fuentes del humanismo cristiano respecto del derecho al ambiente, la biodiversidad y la ecología. Es decir, desde el punto de vista del derecho humano al desarrollo y de la conservación de la naturaleza como principio ‘ético, más allá de lo técnico y conservacionista. Por su importancia para la doctrina humanista, vale la pena destacar el contenido de lo que podría llamarse “el ecologismo cristiano”.

Para el humanismo cristiano existe un verdadero «derecho del ambiente», por dos razones. Primeramente, porque los seres humanos son parte del ambiente y, por tanto, viven en comunión con él. Por ello, el ambiente comporta límites éticos que la acción humana debe reconocer y respetar, puesto que trascienden más allá del ámbito físico y biológico del adelanto de la ciencia, de la técnica, de

la industria y el consumo, por las capacidades de progreso del hombre. Es decir, la humanidad es un cuerpo formado por elementos físicos, químicos y biológicos, que solo puede sobrevivir y desarrollarse si el ambiente ecológico le es favorable. De allí que cualquier daño al ambiente es un daño a la humanidad. Y, en segundo lugar, el ambiente es un verdadero derecho, porque cada una de las creaturas, especialmente las vivientes, tiene un valor en sí misma, de existencia, de vida, de belleza y de interdependencia con las demás creaturas. Por esta razón, los cristianos, junto con las otras religiones monoteístas, creen que el universo proviene de una decisión de un creador, que permite al hombre servirse de la creación para el bien de sus semejantes y para gloria del creador, pero que no puede abusar de ella y mucho menos está autorizado a destruirla. De este planteamiento se deduce que el humanismo el ambiente es un bien fundamental.

Por otra parte, para el humanismo cristiano el abuso y la destrucción del ambiente generan un imparable proceso de exclusión social. Porque abusar de los recursos materiales disponibles excluye de su aprovechamiento a los más débiles y con menos habilidades. Esta exclusión económica y social por el abuso ambiental es una negación de la fraternidad humana y un gravísimo atentado a los derechos humanos y, por supuesto al ambiente, como bien fundamental. Por ello, en el humanismo la “cultura del descarte”, o la cultura de exclusión a todo aquel y aquello que no esté en capacidad de producir, excluye a los seres humanos no solo del creador, sino también de las cosas, de los animales y de los bienes de la naturaleza. Por tanto, para el humanismo los procesos de exclusión económica social y ambiental atenta contra el derecho básico a la vida, la libertad y la propiedad.

En ese orden de ideas, los compromisos asumidos internacionalmente solemnemente, si bien son necesarios para el derecho al ambiente, la noción clásica de justicia de *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*, debe acompañar esos compromisos como elemento esencial de una voluntad constante y perpetua de cumplir esos compromisos o declaraciones. Es decir, para el humanismo el nominalismo declaracionista, como un efecto tranquilizador en las conciencias es ineficaz, en la lucha contra todos los flagelos de la “cultura del descarte”. Parte de esa voluntad es la de promover la cultura y la educación ciudadana para proteger y recuperar el ambiente.

En ese contexto del derecho al ambiente como parte del derecho al desarrollo, existe la obligación internacional de los estados de garantizar una mínima base material y espiritual para las personas de ejercer su dignidad y para formar y mantener una familia, que es la célula primaria de cualquier desarrollo social. Es decir, materialmente: techo, trabajo y tierra; y la libertad de espíritu, que comprende el ejercicio pleno de los derechos fundamentales de la persona humana. Asimismo, el derecho del desarrollo humano integral tiene como fundamento el derecho a la vida, es decir, el derecho a la existencia de la misma naturaleza humana. En consecuencia, para el humanismo la protección del ambiente es parte del derecho a la vida.

En el mismo orden de ideas, para el humanismo cristiano la crisis ecológica, y la destrucción de la biodiversidad, atentan contra la existencia misma de la especie humana. Puesto que “El hombre no es solamente una libertad que él se crea

por sí solo. El hombre no se crea a sí mismo. Es espíritu y voluntad, pero también naturaleza» (Benedicto XVI, citado en Laudato Si). De modo que la defensa del ambiente, de la biodiversidad y la lucha contra la exclusión son principios ‘éticos inscrita derivados de la naturaleza humana, que comprende el absoluto respeto de la vida en todas sus etapas y dimensiones. Para el humanismo cristiano y para el humanismo, en general, la aplicación de estos principios ayuda a resolver los graves desafíos de la degradación ecológica y de la exclusión y a garantizar el derecho al ambiente como parte del derecho al desarrollo integral.

De acuerdo con lo expuesto en el humanismo cristiano, y, a mi juicio, en la doctrina humanista, existe una ética medioambiental que comprende diversos principios filosóficos, criterios normativos y de acción, que definen un pensamiento doctrinario humanista ambiental.

Como principios o ideas básicas, son los siguientes¹:

1. La Tierra es nuestra casa común dónde habita la familia humana, que como un gran ecosistema en el que estamos inmersos se debe cuidar en interés de todos. En esta “casa común” quien habita es la humanidad o la “familia humana”.

2. Los problemas ecológicos incluyen al ser humano, los cuales son: la creciente contaminación del aire, de las aguas y del suelo, la acumulación de basura y la cultura del descarte, el cambio climático, la escasez de agua y la pérdida de la biodiversidad, pero también la destrucción del ambiente humano, con problemas de deterioro de la calidad de la vida humana, degradación social, la inequidad mundial y la debilitación de las relaciones humanas.

3. La naturaleza ha de ser vista como un bien de la creación que nos refleja su hermosura y bondad, donde cada criatura tiene un valor y un significado y donde todos los seres están interconectados.

4. En los problemas ecológicos si bien la cultura y las estructuras socioeconómicas tienen influencia, también hay responsabilidad humana contra la creación, puesto que dependen de la conducta de las personas y de los gobiernos, que manifiesta en los síntomas de enfermedad en el suelo, en el agua, en el aire y en los seres vivientes.

5. Existe una íntima relación entre los pobres y la fragilidad del planeta, puesto que a aquellos son quienes más afectan la contaminación, la escasez de agua, la explotación desmesurada de recursos naturales y los basureros descontrolados.

Aparte de los anteriores principios éticos ambientales el humanismo cristiano ecológico y para la doctrina humanista ambiental, se pautan como criterios normativos o de orden, los siguientes:

A. Hay un orden natural en el medio ambiente y en la vida humana que debe ser respetado como un orden o derecho natural propio, por lo que se debe respetar las leyes de la naturaleza y los delicados equilibrios entre los seres de este mundo.

¹ En este tema sigo a Domènec Melé, en su artículo “Medio ambiente: doce ideas claves del Papa Francisco (IESE Business School University of Navarra, 24 de junio 2015 (<https://blog.iese.edu/eticaempresarial/2015/06/24/medio-ambiente-doce-ideas-claves-del-papa-francisco/>))

B. La tierra es esencialmente una herencia común y sus frutos deben beneficiar a todos y que nos lleva a vernos como administradores responsables de la creación y no como propietarios y dominadores autorizados a expoliarla en búsqueda de los propios intereses. Además, la preocupación por las futuras generaciones obliga también a la consiguiente solidaridad intergeneracional que ha de armonizarse con la solidaridad con los desfavorecidos actuales.

C. Existe una “deuda ecológica” generada a lo largo del tiempo con daños ecológicos locales relacionados con exportaciones de algunas materias primas, con desequilibrios comerciales y con la contaminación global creada por países desarrollados.

Y, los anteriores principios y criterios de orden o normativos, se desprenden los siguientes criterios para la acción:

- a. La promoción de una “ecología integral” ambiental, económica y social.
- b. Recuperar una visión profunda de la naturaleza y reconocer el valor propio de cada criatura, trascendiendo el lenguaje de las matemáticas o de la biología, que contemple la naturaleza en conexión con la esencia de lo humano.
- c. Las soluciones ecológicas han de incluir diálogo, actuaciones tanto institucionales como personales y el recurso a la cultura y a la espiritualidad, que van desde el grupo social primario, la familia, pasando por la comunidad local y la nación, hasta la vida internacional. Y, acciones cotidianas, de educación, creatividad; y de presión sobre el poder político, económico y social: y de atención a las diversas riquezas culturales de los pueblos, al arte y a la poesía, a la vida interior y a la espiritualidad.
- d. Promover una “conversión ecológica” como estilo de vida” sin obsesionarse por el consumo y que desarrolle en los seres humanos la creatividad y su entusiasmo para resolver los dramas del mundo, y a entender su superioridad no como motivo de gloria personal o de dominio irresponsable, sino como una capacidad diferente, que a su vez le impone una grave responsabilidad que brota de los principios ‘éticos ambientales.

Puede decirse, de lo expuesto, que el humanismo cristiano aporta principios filosóficos, criterios normativos y de acción que definen un pensamiento doctrinario humanista ambiental que cada vez cobra vigencia y que se ha venido imponiendo el orden internacional.

EL DERECHO AGROAMBIENTAL Y SUS RETOS ANTE LA CRISIS HUMANITARIA¹

Pareciera que no habría que explicar relación alguna entre el Derecho y la crisis humanitaria. Pero, si por esta se entiende una situación de emergencia que atenta contra derechos fundamentales como a la vida y la salud, es decir, al derecho humano al desarrollo; por sus fines, la igualdad, la no discriminación, la participación, la transparencia, así como de la solidaridad, son también retos contemporáneos para todo Derecho. Porque representan compromisos y obligaciones del estado, de la sociedad y de los individuos; y porque corresponde al Derecho establecer sus relaciones y su regulación, y porque de tales principios depende vivir con dignidad. Y, la segunda razón, es la de que este derecho al desarrollo no se satisface con beneficencia, sino con participación y empoderamiento y con prestaciones materiales del estado, de la sociedad y de la comunidad internacional. Y, por eso, es necesario contemplar un sistema que garantice el desarrollo humano y lo materialice. La vía, para ello, es jurídica, mediante la Constitución, las leyes, los tratados internacionales y, a través de mecanismos que lo implementen, como las acciones y recursos, y de instituciones que los ejecuten, como la administración pública y el Sistema de Justicia. Y, el entronque del Derecho y el desarrollo humano es el tratamiento jurídicamente que se le da a este derecho dentro de los derechos fundamentales, que son reconocidos y son exigibles, conforme la ciencia jurídica o el Derecho.

Debe recordarse que la Asamblea General de las Naciones Unidas, desde el 4 de diciembre de 1986, considera el desarrollo humano como un derecho inalienable, al declarar que todos los seres humanos «están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él». Por esta integralidad, el desarrollo humano y el Derecho comparten una misma visión y un mismo objetivo: garantizar para todo ser humano un entorno de libertad, bienestar y dignidad en las diferentes

¹ Disertación en el Circulo de Conferencias del Foro Tópicos Selectos de Derecho Agroambiental de Abogados Ambientalistas y del Seminario de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México, 27 de noviembre de 2020

etapas y en los diversos ambientes y escenarios de la vida, normales o extraordinarios, para que el desarrollo económico, social, cultural y político sea una realidad. Por eso, hoy día el desarrollo humano es parte intrínseca del Derecho, del mismo modo que el Derecho es un medio para realizar el desarrollo humano. Es decir, el medio de realce de la capacidad humana para ampliar las opciones y oportunidades, de manera que cada persona pueda vivir y reclamar una vida de respeto y de valor, de acuerdo con las diferentes situaciones de la vida humana.

El desarrollo humano aporta para el Derecho los principios de responsabilidad, de justicia social, de solidaridad y de vivir una vida digna. Cuando el desarrollo humano y el Derecho avanzan juntos se refuerzan recíprocamente, aumentando la capacidad y el libre desenvolvimiento de cada persona. Y protegiendo sus derechos y libertades fundamentales al dotarlos de garantías y de exigibilidad.

Alianza esta que es de mayor compromiso en los casos de crisis humanitaria, por tratarse de circunstancias de emergencia en la que están en riesgo la vida, la salud, el bienestar o la seguridad de una comunidad en un país o en un territorio. Y porque el estado en donde se está padeciendo no dispone de la suficiente capacidad de respuesta para enfrentarse a ella. Por ello, la solución de esta crisis, subsidiariamente, es responsabilidad de la comunidad internacional, porque se trata de la preservación y el amparo de la dignidad humana, es decir, de salvar la vida o de atenuar el sufrimiento de la humanidad. Por lo que la ausencia jurídicamente de este compromiso, nacional o internacionalmente, puede desembocar en un colapso humanitario, de ahí que sea vital que la comunidad mundial asuma su responsabilidad y ofrezca una respuesta adecuada que permita solventarla, si los estados son incapaces o no quieren resolverla.

En este contexto de compromiso quiero ubicar los retos del Derecho Agroambiental ante la crisis humanitaria. Primeramente, cuando sus causas son principalmente de esencia natural, como, por ejemplo, cuando por el cambio climático, la contaminación o por ecodios hay un incremento significativo de personas damnificadas al combinar sus efectos con la vulnerabilidad socioeconómica estructural existente. O, cuando, la economía globalizada condiciona la volatilidad del costo de los productos básicos cuyo incremento determina el nivel de las crisis alimentarias. Asimismo, cuando la inseguridad en el entorno humanitario afecta negativamente el acceso de la población a los medios de satisfacción de las necesidades básicas, como el agua, la alimentación, la sanidad y la calidad de vida digna. Por supuesto, que cuando estos factores negativos son determinados por cuestiones políticas, como conflictos bélicos o guerras civiles, desencadenan desplazamientos masivos de los habitantes y pueden generar crisis de refugiados. Los efectos de estas crisis son el desplazamiento masivo de la población, el hambre y la desnutrición, el deterioro del entorno ecológico y la grave ausencia de servicios básicos, principalmente sanitarios.

Con dolor debo decir que, entre las quince principales crisis humanitarias actuales, según la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios de la ONU, se encuentra mi país, Venezuela, junto con Afganistán, Camerún, Etiopía, Irak, Lago Chad, Malí, República Centroafricana. República Democrática del Congo,

Somalia, Sudán del Sur, Ucrania y Yemen. En efecto, el éxodo de 3 millones de venezolanos desde 2014 hasta 2020 supone el mayor éxodo registrado por la región en su historia moderna y según las previsiones de ACNUR, habida cuenta de la situación interna en Venezuela, es que el flujo se mantenga y que para finales de 2020 sea de 5 millones de venezolanos desplazados en la región, principalmente en Colombia, Perú, Ecuador y Brasil².

Según la última Encuesta de Condiciones de Vida de los venezolanos el 96% de la población venezolana es pobre, del cual un 80% está en pobreza externa, lo que significa que los ingresos percibidos son insuficientes para cubrir la canasta alimentaria. Y de acuerdo con un nuevo indicador llamado pobreza de consumo, el 68% de la población venezolana consume menos de 2.000 calorías diarias por día, que es el grado mínimo que necesita el cuerpo humano para garantizar el funcionamiento de todos los órganos. Y, además, Caritas de Venezuela indica que, según la investigación realizada en septiembre de 2019, se registró que, el 66% de los niños evaluados tenían algún grado de déficit nutricional o estaban en riesgo de tenerlo³. Según el Informe de la FAO, de julio de 2020, en Sudamérica y el Caribe, el cálculo es que llegue a casi a 50 millones de personas que padecen de hambre, y de ellas en Sudamérica a 36 millones. Y el aumento se debe principalmente a la situación en Venezuela, donde el porcentaje de población que pasa hambre ha aumentado de un 2,5% entre 2010 y 2012 a un 31,4% entre 2017 y 2019⁴. Y de acuerdo con el informe publicado del Programa Mundial de Alimentos de Naciones Unidas de febrero de 2020, casi un tercio de la población venezolana (un 32,3%) padece inseguridad alimentaria y necesita ayuda. Asimismo, se asienta que 2,3 millones de venezolanos se encuentran en una situación de inseguridad alimentaria severa⁵. Un nuevo informe de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe de la ONU y la FAO proponen un “Bono contra el Hambre” además de un ingreso mínimo de emergencia para evitar que la crisis sanitaria del COVID-19 se convierta en una crisis alimentaria que haga retroceder a la región 20 años de desarrollo y empuje a millones más al hambre y la pobreza⁶.

² Las 15 principales crisis humanitarias que marcarán 2019”, Europa press internacional, Madrid 11 de enero 2020. Las 15 principales crisis humanitarias que marcarán 2019 (europapress.es)

³ Caritas Venezuela, “Monitoreo Centinela de la Desnutrición Infantil y la Seguridad Alimentaria Familia”, Octubre - Diciembre 2019, (disponible en: Presentación de PowerPoint (caritasvenezuela.org)

⁴ Noticias ONU, Cerca de 50 millones de personas sufren hambre en América Latina y el Caribe (<https://news.un.org/es/story/2020/07/1477361>).

⁵ “Crisis en Venezuela: 3 datos del informe de la ONU que revela la “preocupación” por el hambre en el país sudamericano”, BBC News Mundo, Venezuela 26 de febrero de 2020 (Crisis en Venezuela: 3 datos del informe de la ONU que revela la “preocupación” por el hambre en el país sudamericano - BBC News Mundo).

⁶ Noticias ONU. La ONU propone la creación de un “bono contra el hambre” en América Latina, 16 de junio de 2020 (La ONU propone la creación de un “bono contra el hambre” en América Latina | Noticias ONU)

En Venezuela, la inseguridad alimentaria y la precariedad de los servicios se han convertido en factores igualadores a la baja en el país, por lo que ya no hay notables diferencias entre los sectores más pobres y más ricos en estos aspectos⁷. A lo anterior se une, la desigualdad que se ha disparado durante los últimos años, que según el índice Gini marcó 0,65 en 2017; que es el registro más alto de toda Latinoamérica, por lo que no solo todos los venezolanos se han, empobrecido en un 46%, sino que las rentas más bajas se han empobrecido mucho más de un 46%⁸.

En estas crisis humanitarias, el efecto que más propiamente compete al Derecho Agroambiental es la inaccesibilidad a los alimentos, que afecta la seguridad alimentaria, por la severa carencia de alimentos que perjudica a una gran cantidad de personas, cuya consecuencia es la morbilidad y mortalidad. En efecto, hay seguridad alimentaria cuando en todo momento todas las personas pueden acceder físicamente y económicamente a alimentos seguros y nutritivos, de modo que satisfagan sus necesidades y lleven una vida sana. En cambio, hay inseguridad alimentaria cuando no se ingieren suficientes alimentos. Ello puede ser algo transitorio, estacional o crónico. Por ejemplo, se estima en 850 millones de seres hambrientos en el mundo, una cifra que aumenta a los 1.100 millones de personas que no tienen acceso al agua potable y servicios de saneamiento, y alcanza los 2000 millones de seres humanos cuya dieta carece de micronutrientes esenciales para su desarrollo.

Por otra parte, el acceso a la alimentación puede ser físico y/o económico. Si allí donde se precisan para su consumo no hay alimentos disponibles en suficiente cantidad, no hay acceso físico. Si no hay posibilidad de pagar su precio, no hay acceso económico. A esta inseguridad además de causas naturales o ambientales y ecodios, se agregan también la ausencia de una política de seguridad alimentaria, por la falta un sistema jurídico de desarrollo rural y de agricultura sustentable. Es decir, el incumplimiento del derecho a la alimentación por la falta de la seguridad alimentaria por la ausencia de una estrategia y de un sistema integral del desarrollo rural y ambiental, que incentive la producción, promueva la agricultura sustentable y la organización de la producción y comercialización de los alimentos.

El Derecho Agroambiental no puede ser indiferente a los desastres naturales o ecológicos, a las crisis alimentarias y a las emergencias complejas, por lo que su finalidad, dentro de una estrategia del desarrollo rural, con visión nacional y regional, ha de ser la de la promoción y sistematización de los instrumentos de política agraria para garantizar el derecho a la alimentación y prever la garantía de este derecho en situaciones de crisis humanitarias Instrumentos estos que son

⁷ La pobreza extrema roza el 80% en Venezuela. Economía y Libertad. Encuesta Nacional de Condiciones de Vida 2019-2020 (La pobreza extrema roza el 80% en Venezuela - Economía y Libertad (econolibertad.com))

⁸ Rallo, Juan Ramón: “El desastre de la tiranía socialista de Venezuela, en cinco gráficos”, El Confidencial, Opinión, 24/01/2019. Disponible en: Noticias de Venezuela: El desastre de la tiranía socialista de Venezuela, en cinco gráficos (elconfidencial.com).

fundamentalmente de carácter jurídico y su adecuada aplicación no excluyente, depende, en gran medida, de la voluntad política de los estados y de la Comunidad Internacional. Por lo que en su desarrollo han de contemplarse instrumentos de prevención y alerta para la hora de posibles escenarios para que el derecho a la alimentación, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, no sea quebrantado. Se trata de modo sistemático de precisar y garantizar la obligación del Estado de respetar, proteger y facilitar el ejercicio del derecho a la alimentación. Y ello bajo la orientación del papel crucial de los compromisos de la Declaración del Milenio, que se incluyen en los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) y de la interdependencia que existe entre los derechos humanos, el desarrollo y la seguridad integral. Es decir, que, conforme los principios de la solidaridad, equidad y justicia del Derecho internacional humanitario que hoy son factores transversales de todo Derecho, el Derecho Agroambiental debe procurar un sistema jurídico de desarrollo rural, ambiental y de agricultura sustentable, administrativo, económico, judicial, financiero y de proyección internacional.

Por lo que el reto es el de convertir el Derecho Agroambiental como fuente y soporte institucional del desarrollo rural, de la seguridad alimentaria y de la calidad de vida. Es decir, convertirlo de un derecho programático a un derecho imperativo. En este orden de ideas, el iusgrarista brasileiro Lucas Abreu Barroso, profesor de la Universidad Federal do Espírito Santo, propone una crítica sobre el sentido del derecho agrario en el actual tiempo, no solo por su verdadero sentido, como también por la posibilidad de su sentido, dada la disconformidad entre sus postulados y el momento histórico actual. Y siguiendo al iusgrarista costarricense, Ricardo Zeledón, afirma que el Derecho Agrario ha de comprometerse más con la realización del derecho en el medio social global⁹

En concreto, se trata del desarrollo holístico normativo del derecho a una alimentación adecuada, del derecho al desarrollo rural y de un ambiente sano y productivo, mediante normas imperativas e instituciones y de un sistema judicial para desarrollar progresivamente los contenidos esenciales del desarrollo humano. Esto implicaría, en términos legales, dos tipos de medidas. En primer lugar, en el ámbito nacional, el desarrollo de una legislación que faculte a los tribunales de justicia para tutelar el ejercicio del derecho a la alimentación y de los derechos involucrados en el desarrollo rural. En segundo lugar, en el ámbito internacional, la ampliación de los procedimientos de quejas individuales ante instancias internacionales por violaciones del derecho a la alimentación adecuada a los mecanismos convencionales y tratados y de reclamos de la asistencia o ayuda por parte de la comunidad internacional.

Al respecto, a título de diálogo jurisprudencial, puede citarse la jurisprudencia pionera en este particular. Por ejemplo, en 1966, la Corte Federal Suiza, reconoció como derecho de las condiciones básicas de la vida humana: la alimentación, el agua, la vestimenta y la vivienda. Y la Suprema Corte India, en el 2003,

⁹ Abreu Barroso, Lucas, “El derecho agrario en los tiempos de crisis de la modernidad”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 44, N° 120 / p. 117-127 Medellín - Colombia. Enero-junio de 2014 (disponible en: v44n120a05.pdf (scielo.org.co))

decidió que es deber del estado garantizar a cada ciudadano el derecho a un nivel de vida digna y dentro de ese nivel de vida el incrementar el nivel de nutrición estándar y el mejoramiento de la salud pública. Por lo que confirmó la justicialidad, o el acceso a la justicia de este derecho, para obligar al estado a tomar las medidas necesarias que eviten crisis que pongan en peligro ese derecho de un nivel de vida digno¹⁰. Y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Declaración sobre el Covid-19 y Derechos Humanos del 9 de abril de 2020, afirmó la exigibilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales durante la pandemia por todas las personas sin discriminación alguna, incluyendo a los adultos mayores, las personas migrantes, refugiadas y apátridas, y los miembros de las comunidades indígenas y aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad y de pobreza¹¹.

En este escenario de crisis humanitaria se pone de manifiesto que ignorar a la naturaleza y su entorno, siempre acarrea serias consecuencias. Por ejemplo, siendo el cambio climático un riesgo sistémico que afecta a la economía mundial y al sistema financiero en general, su tratamiento jurídico e institucional, no puede desconocerse. Porque se ha determinado que los modos de vida, sus beneficios y servicios depende de forma elevada de la naturaleza, por lo que el desarrollo humano se afecta por los riesgos derivados de los daños que sufre la naturaleza. Y, por tanto, tales daños impactan la actividad humana, por sus efectos graves, generalizados e irreversibles para las personas y los ecosistemas.

En mi criterio, el reto actual del Derecho Agroambiental, nutrido con el factor de la ecología integral, es del de construir un sistema dinámico e indispensable para insertar el desarrollo humano, un crecimiento económico equitativo, la seguridad alimentaria y el ambiente, en el logro del objetivo de un desarrollo rural permanente y sostenible sobre la base del crecimiento del sector agrícola como clave para el crecimiento económico total.

Este sistema integral ha de comprender, entre otros aspectos¹²:

1. La seguridad alimentaria mediante la regulación del uso sustentable de los recursos naturales; la equitativa regulación de la titulación de los derechos de

¹⁰ Cf. (PDF) La aplicación del derecho a la alimentación en las crisis humanitarias (researchgate.net)

¹¹ Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20 9 de abril de 2020, Covid-19 y Derechos Humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales (disponible en: [declaracion_1_20_ESP.pdf](#) (corteidh.or.cr))

¹² Respecto a los elementos del Sistema Integral de desarrollo Rural y Seguridad Alimentaria he seguido la orientación de la FAO sobre las recomendaciones para un proceso de institucionalización de este sistema Cf., Seguridad Alimentaria como Estrategia de Desarrollo Rural, Capítulo VII, 28ª Conferencia Regional de la FAO para América Latina y el Caribe, Ciudad de Guatemala (Guatemala), 26 al 30 de abril de 2004 (Disponible en: FAO - 28ª CONFERENCIA REGIONAL DE LA FAO PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE)

IDEARIO JURÍDICO Y POLÍTICO SOCIAL

tierra, el estímulo y fortalecimiento de las diversas formas de propiedad de recursos naturales, incluyendo la responsabilidad social por su uso.

2. El enlace de las fuentes de ingresos tanto agrícolas como no-agrícolas, y también en la infra estructura para facilitar el acceso a las oportunidades de trabajo, y para disponer de alternativas amplias para satisfacer las necesidades básicas, a objeto de diversificar y aumentar la calidad y cantidad de sus recursos.

3. El establecimiento de estrategias de alerta temprana y programas de seguridad alimentaria para las emergencias que se pueda presentar.

4. El establecimiento de alianzas en una estrategia de seguridad alimentaria en las áreas rurales, para fortalecer la organización a nivel comunitario, promover el desarrollo de empresas asociativas agroindustriales de microempresas, empresas medianas y grandes empresas y el desarrollo de mercados financieros que promuevan el ahorro y faciliten las inversiones para el establecimiento de un sistema de desarrollo dinámico y sostenible.

5. La consagración de formas o modos de la participación ciudadana en la planificación gestión y control de los asuntos agrarios y en la política ambiental. Y,

6. La consagración del derecho de reclamar ante instancias trasnacionales la asistencia y apoyo de la comunidad, internacional en los casos de crisis humanitarias, en casos de inseguridad alimentaria.

Concluyo señalando que, así como el Acuerdo de Escazú, que entra en vigencia con la firma de México, es un paso adelante en el fortalecimiento de la democracia ambiental en América Latina y el Caribe al reconocer la interdependencia entre los derechos humanos y el medio ambiente y el acceso a la justicia para la defensa de estos derechos. Y que refleja el compromiso de los países de la región de actuar de manera coordinada para una mayor protección del medio ambiente y el fortalecimiento de los derechos ambientales, en particular para las poblaciones más vulnerables¹³. Podría pensarse igualmente en un Acuerdo vinculante de un sistema de desarrollo humano para el sector agrario que integre el crecimiento económico, la seguridad alimentaria, el ambiente sano y el desarrollo rural permanente y sostenible. Es decir, en un Acuerdo sobre los derechos de acceso a la información, de participación pública en los procesos de toma de decisiones y acceso a la justicia y la protección del derecho de la población al desarrollo rural sostenible y de seguridad alimentaria.

¹³ Disponible en: Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (cepal.org)

LA MAFIA Y LA COSA NOSTRA DEL ARCO MINERO DEL ORINOCO Y EL ECOCIDIO DEL SIGLO XXI

Caracas, 9 de febrero de 2019

El Diario Curacao Chronicle, en su edición de 15 de enero de 2018, denunció contrabando de oro a gran escala desde Venezuela hacia el Caribe, incluyendo Curacao y Aruba, según investigación que realizó en nuestro país el periodista y criminólogo internacional, Bram Ebus, financiada por Pulitzer Center on Crisis Reporting, sobre la extracción ilegal de oro en el Sur de Venezuela, y que suministró a NPO Radio 1 en Bureau Buitenland (VPRO). Ebus señala que docenas de aviones realizan vuelos, las 24 horas del día, “*bajo las narices*”, o complacencia de los miembros de las Fuerzas Armadas e indica como su fuente al Mayor General Cliver Alcalá Cordones, que tuvo a su cargo el control de áreas mineras hasta el 2013 y quien asevera que militares se aseguran de que las aeronaves permanezcan fuera del radar y que se enriquecen; y que el 80% del oro venezolano sale del país como contrabando, es decir, miles de kilos por mes. Ebus visitó durante tres meses el área llamada Arco Minero para investigar la minería ilegal, por lo que fue detenido por la Guardia Nacional durante 24 horas.¹ La investigación de Bram Ebus, denominada “*Explorando el Arco Minero. La destrucción de 110 mil kilómetros cuadrados en el proyecto minero más grande de Venezuela*”, aparece publicada por arcominero.infoamazonia.org.² según la cual “*el afán de las fuerzas armadas por los minerales se traduce en un visible militarización de las zonas mineras*”, o áreas decretadas por el gobierno como “*Arco Minero del Orinoco*”, como un proyecto contra la minería ilegal y de solución a la crisis económica, que coinciden con muchos territorios indígenas y ambientales legalmente protegidos y en las cuales poco importa si el oro tiene un origen legal o no: o, si es extraído por compañías o por bandas armadas o “pranes”. Dichas zonas son: **Área 1:** Bauxita, coltán, tierras raras y diamantes. **Área 2:** Oro y hierro. **Área 3:** Bauxita, oro y hierro y **Área 4:** Bauxita, oro, cobre, dolomita y caolín. La intención del gobierno, ante su déficit, con la creación de esta extensa zona minera, es reducir la dependencia del petróleo mediante la extracción de oro, diamantes y coltán. Ebus afirma que “*el oro ilegal extraído allí se contrabandea a gran escala hacia el*

¹ El Diario Curacao Chronicle, en su edición citada

² <https://arcominero.infoamazonia.org/sttory>

Caribe es un secreto público “, y que “soldados, mineros, políticos, todos lo saben”. Y que el Arco Minero resultó “un gran desastre: la zona está llena de cráteres, con agua envenenada por mercurio y la supervivencia de las comunidades indígenas está en juego” y que “todo tipo de negocios oscuros, en parte está en manos del gobierno”; “todo esto tiene lugar bajo la atenta mirada del ejército”. Según el diputado Elías Mata han sido detenidos barcos pesqueros con cargamento de barras de oro que salen del país hacia las islas del Caribe, específicamente, Aruba y Curazao y que por contrabando de oro Venezuela ha perdido alrededor de 20.000 millones de dólares. Sobre este particular informó el diputado Mata que el miembro de la Segunda Cámara del Parlamento holandés Ronald Van Raak, había solicitado a su gobierno informe sobre este contrabando de oro. De acuerdo con el informe elaborado por el mencionado diputado Mata, de acuerdo con el atlas de economía de la Universidad de Harvard, en el año 2015 Curazao exportó 514 millones de dólares, que representa el 32% del total de sus exportaciones. Y que en Venezuela el 80% del oro sale por la vía del contrabando y que para 2015 aparecen 883 millones de dólares exportados por el país, es decir, apenas 2,3%. Asimismo, destacó que en ese año el país produjo alrededor de 4.415 millones de dólares, alrededor de 110 toneladas de oro, y si se le disminuye lo que supuestamente exportó legalmente en el 2015 salieron de contrabando 88 toneladas de oro del país. Pero, que, si se atiende a las denuncias de los diputados oficialistas Juan Barreto y Adel El Zabayar, no serían 88 toneladas de contrabando sino 200 toneladas.

“Una mafia disfrazada de sindicato está al mando del yacimiento de oro más grande de Venezuela”, se titula una investigación de Edgar López, publicada en arcominerodelorinoco.com³, que resume su contenido, como “el auge de la delincuencia organizada en los pueblos del sur del estado Bolívar ha sido directamente proporcional al abandono estatal de la zona. Los jefes de las bandas criminales imponen el terror con los mismos métodos de violencia extrema que usan los líderes de las prisiones venezolanas los pranes y han convertido el negocio minero en una red hamponil que subyuga y corrompe a todos”. En la zona de Las Claritas, por ejemplo, que es el centro poblado más cercano a la principal reserva de oro en Venezuela, su mercado está determinado por el mercado negro. El precio de venta del oro lo fija, a modo de cartel, el Sindicato en 90.000 bolívares el gramo y si alguien intenta superarlo es maltratado o asesinado. Un caso paradigmático de la mafia organizada y de la impunidad en el Arco Minero, al que se refiere la investigación de Edgar López, lo es el caso del teniente del ejército bolivariano Jesús Leonardo Cúrvulo, a quien le incautaron 33.034.920 bolívares en efectivo, embalados en 31 cajas de cartón, cuando pasaba por el puesto de control de la Guardia Nacional Bolivariana, La Romana, en la carretera Troncal 10. Las investigaciones del Ministerio Público determinaron que Cúrvulo y el conductor, Pedro Rafael Goitia Salazar, formaban parte de una organización criminal y que

³ La mafia y la Cosa Nostra del Arco Minero del Orinoco y el ecocidio del siglo XXI | Agenda Venezuela 2030

el dinero provenía de las organizaciones gubernamentales relacionadas con programas sociales: Mercal, Pdval, Red de Abastos Bicentenario y Gas Comunal, cuyas sedes están en instalaciones militares. Cúrvulo, estuvo 14 años de servicio como asistente personal del General Julio César Fuentes Manzulli, Comisionado de la Gobernación del Estado Bolívar para los Pueblos del Sur, cuya función era la de combatir las mafias mineras. Cúrvulo obtuvo casa por cárcel después de 106 días detenido, hasta el 3 de febrero de 2016 y huyó del país hacia Portugal. Ya desde fuera en un informe fechado el 28 de septiembre de 2016, que dirigió al diputado Américo de Grazia, Cúrvulo afirma que el dinero incautado era una encomienda de Fuentes Manzulli y que sería empleado para la compra de oro por Juan Gabriel Rivas Núñez (Juancho), el jefe del Pran del Sindicato Minero “*Las Claritas*”⁴. Posteriormente, Cúrvulo, en entrevista telefónica del 17 de enero de 2017, admitió que había realizado otras operaciones delictivas y que la última remesa de dinero que intentó llevar al jefe del pranato en Las Claritas se frustró porque no hubo coordinación entre los jefes militares destacados en los pueblos del sur del estado Bolívar. Igualmente señaló que el día de su detención recibió una llamada telefónica del teniente coronel de la Guardia Nacional Bolivariana, Eduardo Gámez Flores, que dijo era sobrino de la primera dama Cilia Flores y que le participó que ya estaban resolviendo su problema. En su entrevista Cúrvulo afirma que sabía que estaba transportando dinero de origen ilícito, pero que por estar trabajando por 14 años con un general no tenía más que preguntar y que se sentía tranquilo, “*porque mi jefe tenía conocimiento de esto*”. Admitió también que además de dinero, suministró armas de fuego a los jefes de bandas criminales vinculadas con la minería. El periodista, Edgar López, termina su investigación diciendo: “*En el expediente del caso Cúrvulo no aparecen mencionados, ni siquiera referencialmente, el general Fuentes Manzulli ni el teniente coronel Gámez Flores. Después de la huida del teniente del ejército a Portugal, el asunto quedó en el olvido. La Fiscalía no avanzó en la identificación de los integrantes ni en la precisión de otras operaciones de la organización criminal que respaldó al acusado y que, podría continuar sacado provecho del tráfico de oro, dinero y armas en los pueblos del sur del Estado Bolívar*”.

Por su parte, la Asamblea Nacional, en Acuerdo de fecha 14 de junio de 2016, declaró contrario a los intereses de la República y a los derechos ambientales el decreto N° 2.248 de fecha 24 de febrero de 2016, de creación del Arco Minero del Orinoco, que comprende una extensión de 111.846, 70 kilómetros cuadrados, y, que por ende lo desconocía y desautorizaba su creación, por atentar contra las reservas de agua dulce no contaminadas, del país, ubicadas al sur del Río Orinoco, la biodiversidad de la Reserva Forestal de Imatáca, de El Caura, La Paragua y las zonas protectoras de la Cuenca del Río Caroní, los Tepuyes, que son formaciones biogeografías únicas en el mundo, y porque atenta contra el hábitat de los pueblos indígenas y las Áreas bajo Régimen de Administración Especial, Áreas Protegidas o de Especial Importancia Ecológica. Áreas estas para cuya desafectación se requería la autorización de la Asamblea Nacional. En dicho Acuerdo se denuncia

⁴ Ver Nota 148 sobre la definición de “Pran” y de “Pranato”.

igualmente que con citado decreto el gobierno pretende otorgar los contratos y concesiones para la explotación de los recursos de esa extensión, sin la debida autorización de la Asamblea Nacional. El gobierno de Maduro, con fundamento en el cuestionado decreto, anuncio el 5 de agosto de 2016, la firma de una serie de acuerdos por 4,5 millones de dólares con empresas nacionales e internacionales, entre otros con la empresa Faoz, para la explotación de yacimientos de tantallo⁵ y niobo⁶ y la constitución de una empresa mixta, con la compañía Gold Reserve, a quien con anterioridad el gobierno de Chávez había revocado el contrato para la exploración de oro y cobre de la minas Las Brisas y Las Cristinas, en el municipio Sifontes, del Estado Bolívar. Posteriormente, en septiembre de 2016, Maduro autorizó la creación de *la empresa mixta Siembra Minera*, constituida por la Corporación Venezolana de Minería y GR Mining de Barbados. Asimismo, Maduro anuncio que se invertirían más de 4 millardos de dólares en la zona y que se instalarían con alianzas internacionales, tres (3) empresas mixtas para la explotación del coltán, mineral refractario imprescindible para la industria electrónica, militar y aeroespacial. Por otra parte, a finales del 2017, Maduro anuncio la delimitación de 23 áreas para uso minero en una extensión de 3.409 kilómetros cuadrados, es decir, el 3% del Arco Minero, de las cuales 22 están destinadas a la explotación de oro y la otra a la de diamante, lo cual se acordó en el decreto N° 3.189, por el que transfirió a la citada Corporación y a la Empresa Nacional Aurífera el derecho de desarrollar la explotación de oro y minerales estratégicos en dichas extensiones, para cuyo desarrollo el gobierno incorporaría más de 10.000 personas, mediante un Plan llamado Chamba Juvenil, es decir, minería a pequeña escala, cuyas consecuencias para el ambiente y la salud de las personas, por equipos que arrasan el suelo y que necesitan mercurio, que contamina y envenena las aguas, los peces y las personas.

El gobierno, por decreto N° 2.413 del 5 de agosto de 2016, declaró elemento estratégico para su exploración y explotación al niobio (Nb) y al tantallo (Ta), y mediante los decretos Nos. 2.538, 2539 y 2540, publicados en la Gaceta Oficial N° 41.026, creo, sin la autorización de la Asamblea Nacional, como lo exige el artículo 150, de la Constitución, tres (3) empresas mixtas para la exploración y explotación del coltán, en las que la Corporación Venezolana de Minería tendría la mayoría de las acciones. La primera de ellas con Energold Minerals Inc., canadiense, que, según Bloomberg, dedica a la explotación de diamante y bauxita, denominada *Empresa Mixta Minera Metales del Sur*. La segunda, con la Corporación Faoz C. A., sobre la cual se desconoce su actividad, llamada *Empresa Mixta Minera Ecosocialista Parguaza*. Y, la tercera, con Supracal C. A., empresa venezolana del estado Lara dedicada a la fabricación y distribución de cal, denominada *Empresa Mixta Oro Azul*. A la Empresa Mixta Parguaza, mediante decreto N°

⁵ Metal blanco plateado (Ta) de número atómico 73, muy duro y de apesto semejante al del acero.

⁶ O columbio que se emplea principalmente aleado en aceros para conferirles una alta resistencia, por ejemplo, en la construcción de turbinas de aviones y propulsores de cohetes espaciales.

2.683, publicado en la Gaceta Oficial N° 41.078 del 19 de enero de 201, le transfirió el gobierno el derecho a la exploración y explotación de coltán, ilmenita, casiterita, estaño circón, cuarzo granito, diamantes y oro, en un área de 10.201 hectáreas en el municipio Cedeño del Estado Bolívar. Ahora bien, la Corporación Faoz no tiene experiencia en el área y tampoco aparece en el Registro de Contratistas y su página web está vacía al momento de la firma de la constitución de la empresa mixta, y, sin embargo, según el mismo Maduro deberá invertir por lo menos 2.250 millones de dólares en el proyecto que contempla una inversión de 5.000 millones de dólares. Por esta razón, se dijo “*Arco Minero: Autorizan a empresa de maletín para explotar coltán en Parguaza*”⁷. Al respecto, Carlos Tablante, en un artículo titulado “*Las Minas de la Corrupción*”, señala que los acuerdos ilegales celebrados, sin licitación pública, con las empresas canadiense, italiana, suiza, china y congoleña representan más de 10.000 millones de dólares, y que de esas empresas, con anterioridad el gobierno le había revocado sus contratos, supuestamente a Gold Reserve por prácticas contra el medio ambiente y que la empresa suiza Glencor, tiene un oscuro historial en Guayana en la explotación de níquel. Asimismo, dice Tablante, en su artículo mencionado, que las empresas que firmaron los contratos con Maduro y el Ministro de Desarrollo Minero y Ecológico, Roberto Mirabal, no tienen ninguna experiencia, ni el capital, ni los recursos humanos para emprender la explotación de los yacimientos, en especial, el coltán, y que por lo tanto son “empresas de maletín”⁸. Fedor Linares, en su artículo “*El Arco Minero del Orinoco: fraude y catástrofe*”, afirma que con la implementación del proyecto de este Arco, aparte de las razones oficiales, como la de atender sus obligaciones, las razones reales es la de mantener el gobierno sus políticas clientelares, su sistema de corrupción interno y externo y su política de influencia internacional y que “*es una nueva fuente ilícita de recursos e ingresos*”, y que el proyecto responde básicamente a un interés privado: “*la satisfacción de los intereses de la élite gobernante*”. Y, que desconoce “*derechos y principios constitucionales*” para favorecer los intereses de esta élite, “y del capital extranjero (inescrupuloso), en perjuicio grave del bienestar, la seguridad y el desarrollo sostenible de nuestra nación”⁹. Por otro lado, el Banco Central de Venezuela, que centraliza las operaciones, no presenta registros sobre las compras de oro.

Por los daños masivos al medio ambiente, que determinan destrucción o pérdida de ecosistemas en las zonas del llamado Arco Minero del Orinoco, así como el riesgo grave que supone para sus habitantes al contaminar sus aguas y cultivos, a la luz de la comunidad internacional, su creación se puede calificar de “ecocidio” y, por ende, de un delito contra la humanidad. En efecto, se entiende por ecocidio el daño masivo o destrucción medioambiental de un territorio o zona, de tal mag-

⁷ Arco Minero: Autorizan a empresa de maletín para explotar coltán en Parguaza – Cuentas Claras Digital, enero 17, 2027

⁸ carlos Tablante: Las Minas de la Corrupción – Carlos Tablante

⁹ Fedor Linares: El Arco Minero del Orinoco: fraude y catástrofe /www.lapattilla.com/2018/04/27/fedor-linares-el-arco-minero-del-orinoco-fraude-y-catastrofe/

nitudo que puede poner en peligro la supervivencia de sus poblaciones. La Asamblea Nacional, en su Acuerdo de fecha 14 de junio de 2016, por el que declaró contrario a los intereses de la República y a los derechos ambientales el decreto N° 2.248 de fecha 24 de febrero de 2016 de creación del Arco Minero del Orinoco, señalaba los daños que las actividades mineras permitidas, así como los contratos a otorgar en dicha zona, en su extensión de 11.846, 70 kilómetros cuadrados, a 150 empresas de 30 países diferentes, que represente el 12,2% del territorio nacional, afecta los frágiles ecosistemas de los estados Amazonas, Bolívar y Delta Amacuro. Decreto este que por sus consecuencias, no solo violenta los artículos 127 a 129 y 304 y 327 de la Constitución, sino también la normativa internacional ambiental suscrita por Venezuela, como el Convenio sobre Diversidad Biológica, la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América o Convención de Washington, la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de la UNESCO, y el Protocolo relativo a las Áreas, Flora y Fauna Silvestres y el Convenio para la protección y el Desarrollo del Medio Ambiente en la Región del Gran Caribe; y el Tratado de Cooperación Amazónica, del 3 de julio de 1978, suscrito Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú, Surinam y Venezuela, cuyo propósito es el desarrollo armónico de la Amazonia y lograr un desarrollo integral de sus respectivos territorios mediante el equilibrio entre el crecimiento económico y la preservación del medio ambiente. En efecto, la actividad minera en gran escala, en 22 zonas y en una de minería primaria, construyen serias amenazas de contaminación con mercurio y cianuro y la deforestación de bosques tropicales, lo que además impacta la salud y proliferan enfermedades como la malaria. Estos daños serían irreversibles por su incapacidad de regeneración. Tales son los daños que internacionalmente se le considera “el quinto crimen perdido contra la paz”¹⁰, por no encontrarse previsto expresamente entre los cuatro crímenes internacionales en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, limitándose siempre a situaciones de guerra y a daños intencionales, pero, si los daños son de tal magnitud, extensos, duraderos y graves, que afectan a poblaciones como las indígenas y a la mayor reserva de agua del país, y desproporcionados a sus supuestos fines y ventajas, se alega, si quienes actúan lo hacen consciente e intencionalmente, de los daños que provocan, porque por ejemplo, no se elaboraron antes los estudios ambientales que imponen las leyes nacionales e internacionales y porque permiten la pequeña minería, o brigadas socialistas, que utilizan mercurio, podría hablarse de que tales hechos cabrían en la competencia de la Corte Penal Internacional, conforme el artículo 30, de su Estatuto¹¹. En ese orden de ideas, se ha manifestado el profesor Alexander Luzardo, proyectista de las normas ambien-

¹⁰ Gauger, Anja (2012), “Ecocide is the Missing 5th crime against Peace” (saspace.sas.ac.uk, Human Rights Consortium, School of Advanced Study, University of London)

¹¹ Soler Fernández, Rosel, “El ecocidio: ¿crimen internacional?”. Ieee.es (Instituto Español de Estudios Integrales), Documento Opinión, DIEEE0128-2017_Ecocidio

tales de la Constitución y profesor titular de derecho ambiental y desarrollo sustentable de la Universidad Central de Venezuela, que ha denominado al Arco Minero del Orinoco, como “el ecocidio del Siglo XXI”¹².

Recientemente, la Coordinación de Consejo de Caciques Generales del Pueblo y Comunidades Indígenas del Municipio Gran Sabana del Estado Bolívar, en un Comunicado da la opinión pública nacional e internacional, ante la acusación que hiciera el General de Reserva Activa Roberto González Cárdenas, en el Programa Dossier transmitido por el canal nacional Venezolana de Televisión y por el canal internacional TELESUR, en contra del Pueblo Pemón, calificándolo de promotor de un movimiento secesionista, además de rechazar tal calificación se denunció al referido General como cómplice de los grupos armados colombianos de las zonas con yacimientos auríferos del sur del país, y afirmaron: “*Asimismo alertamos al Estado venezolano y al Presidente Nicolás Maduro sobre la complicidad que mantiene la FANB en la Región con el sistema de Pranato de dominación*¹³ *que se traduce en paramilitarismo colombiano que tienen el control de las zonas con yacimientos auríferos en el Dorado, 88, Callao, Tumeremo y San Martín de Turumbang. Y por consecuencia de la misma se han visto una movilización forzada de las comunidades indígenas violando sus derechos humanos, y, por ende, el silencio ante esta situación lo consideramos TRAICIÓN A LA PATRIA (sic) por parte de los cuerpos de seguridad de la Nación*”.

¹² <https://www.larazon.net2016/07/pro-alenxander-luzardo-el-mal-llamado-ArcoMinero>

¹³ *Pranato*, es un neologismo, supuestamente de la subcultura delictual colombiana, de un sistema dominación de una prisión dirigida un líder carcelario, que controla la población de reclusos y que llega hasta administrar la prisión. Y que ha llegado hasta surgir fuera de las cárceles en los barrios como una organización de pandilleros bajo el control de un líder o “*pran*” que acumula el dominio de la población. Palabra que se construye bajo la idea de padre, padrino, profeta, maestro, (“El Pran: ¿Símbolo o significado”, Prensa OVV Mérida), ([https://observatoriodeviolencia.org.ve /el-pran-simbolo-o-significado/](https://observatoriodeviolencia.org.ve/el-pran-simbolo-o-significado/))

LA AMAZONIA: GOBERNANZA E INSTITUCIONALIDAD COMO COMUNIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL¹

En su mensaje de presentación de este Foro, dirigido a los académicos de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, su presidente, Dr. Humberto Romero Mucci, señaló que su objetivo es dejar constancia de la posición técnica y científica de cada academia frente a una situación de tan grave daño al medio ambiente, la salud y los derechos humanos de las poblaciones indígenas de la zona, así como de todos los venezolanos. Y, con ello, facilitar las ideas que permitan la reivindicación de la dignidad de la protección del ambiente, que es la lucha por el restablecimiento del Estado de Derecho y por la Democracia en nuestro país.

En ese contexto, se me ha indicado como tema de mi exposición “La Amazonia: gobernanza e institucionalidad como comunidad jurídica internacional”, que fue tratado en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Foro “Primeras Jornadas de Derecho Ambiental”, en homenaje al profesor Henrique Meier Echeverría, el 17 de octubre de 2019. En esta oportunidad el tema mencionado se vincula a un aspecto concreto: **“ECOCIDIO Y MINERÍA ILEGAL AL SUR DEL ORINOCO”**. De modo que primeramente es necesario vincular este aspecto al tema sobre el cual he de hacer mi exposición, cual es la tras nacionalidad de La Amazonia de la cual es parte el Sur del Orinoco; y, en segundo término, tratar sobre lo que vendría ser una propuesta de una gobernanza e institucionalidad internacional para su regulación y protección jurídica.

La Reserva de Biosfera Alto Orinoco Casiquiare es el área protegida más grande de Venezuela y una de las mayores de la Amazonía, abarcando más de 8 millones de hectáreas (ha) al sureste del estado Amazonas, que incluye 3 parques nacionales, y 4 monumentos naturales y es una de las zonas de mayor riqueza biológica del mundo, puesto que comprende uno de los espacios geográficos de mayor diversidad cultural de toda la Amazonía, donde conviven comunidades indígenas de 17 grupos étnicos diferentes, cada uno con un patrimonio cultural y lingüístico único, formando en conjunto un extraordinario universo de diversidad.

¹ FORO INTER ACADÉMICO SOBRE “ECOCIDIO Y MINERÍA ILEGAL AL SUR DEL ORINOCO Palacio de Las Academias, Caracas, 24 de septiembre de 2020.

Por tanto, constituye un irremplazable aporte a la humanidad y para la conservación de la sociadiversidad y la biodiversidad². Esta Reserva integra la Región Amazónica repartida entre ocho (8) países, Brasil, Perú, Bolivia, Colombia, Ecuador, Guayana Francesa, Surinam y Venezuela. Sin embargo, falta una organización mancomunada de los países llamados amazónicos, orientada a hacer un uso racional de los recursos naturales y del agua y que evite políticas bilaterales o unilaterales que permitan la rapidación de sus recursos naturales que acaban con su biodiversidad biológica y cultural. Tal como acontece en Venezuela con la creación del Arco Minero del Orinoco por el gobierno de Nicolas Maduro mediante el decreto N° 2.248 de fecha 24 de febrero de 2016, que comprende una extensión de 111.846, 70 kilómetros cuadrados y que ha permitido la firma de una serie de acuerdos con empresas nacionales e internacionales para la explotación de yacimientos minerales en cielo abierto, que ha originado una minería extractiva depredadora y un ecocidio. Por cuanto, como lo declaro la Asamblea Nacional democrática, en su Acuerdo de fecha 14 de junio de 2016, atenta contra las reservas de agua dulce no contaminadas, del país, ubicadas al sur del Río Orinoco; la biodiversidad de la Reserva Forestal de Imatáca, de El Caura, La Paragua y contra las zonas protectoras de la Cuenca del Río Caroní, los Tepuyes, que son formaciones biogeografías únicas en el mundo, y porque atenta contra el hábitat de los pueblos indígenas y las Áreas bajo Régimen de Administración Especial, Áreas Protegidas o de Especial Importancia Ecológica. Áreas estas para cuya desafectación se requería la autorización de la Asamblea Nacional. El Sur del Orinoco es, pues, uno de los ambientes tropicales de la Región Amazónica, desigualmente dividida entre los países amazónicos, que, si bien es una Región, sin embargo, no es región homogénea, en la que, además, se intercalan otros ecosistemas, sometidos a un modelo extractivo de exportación. Y, que como dice Eduardo Gudynas, del Centro Latinoamericano de Ecología Social, se percibe la visión de una región “vacía” y retrasada que debe ser “colonizada”, y que por lo tanto debe recibir colonos y pioneros, como Estrategia de desarrollo. Además se señala que esta Estrategia, a su vez, estos procesos son fruto de un contexto de debilidad institucionalidad internacional con síntomas de autoritarismo y populismo, lo cual, según el experto Eduardo Gudynas, antes citado, limita las opciones para las demandas políticas que se generan desde los territorios amazónicos, puesto que en muchos

² https://sosorinoco.org/wpcontent/uploads/2020/08/InformeActualizacio%CC%81nRBAOC_20200824.pdf

casos se excluye la participación ciudadana, y se debilitan de esta manera los mecanismos democráticos para generar una renovación política³, como ocurre precisamente en el Sur de Orinoco, como reiteradamente lo confirman los Informes de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU.⁴

Este ecocidio en el Sur del Orinoco ha sido posible por la falta de un consenso de los países amazónicos para poder aplicar estrategias de sostenibilidad que garanticen el bienestar de los pueblos indígenas de la región, la integridad de sus territorios y de los ecosistemas que allí se encuentran. Es verdad que desde 1978 existe un Tratado de Cooperación Amazónica pero que no contiene ni una gobernanza, ni una institucionalidad que obligue a los Estados a cumplir con sus obligaciones internacionales de la utilización racional de los recursos naturales, la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica de la humanidad. Por ello, comienza a platearse la propuesta de la necesidad de una mancomunidad para la región amazónica, o Panamazonica, con una gobernanza e institucionalidad transnacional. Incluso, Alexandra Moreira, secretaria de la Organización del Tratado de la Región Amazónica, recientemente afirmó, que, “La Cuenca Amazónica demanda una estrecha cooperación y coordinación a nivel político, nos permite trabajar en conjunto, como países unidos, cumplir nuestros objetivos que es la promoción del desarrollo sostenible armónico de nuestra región”⁵.

La ausencia en el marco del derecho Internacional para los países a los que corresponde una parte del territorio amazónico ha permitido a sus estados destruir progresivamente la Amazonía mediante políticas que tienen el propósito de incrementar su Producto Integral Bruto, que, como afirma la economista Mariana Mazucato, se centran en la extracción de valor en lugar de su creación o protección⁶.

³ Eduardo Gudynas, “La nueva geografía amazónica: entre la globalización y el regionalismo” (Od-Observatorio del Desarrollo, Centro Latinoamericano de Ecología Social-CLAES). Disponible en: <http://ambiental.net/wp-content/uploads/2000/01/GudynasNuevaGeogAmazoniaOdelD2007.pdf>

⁴ Ver “Informe de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “Independencia del Sistema de Justicia y acceso a la Justicia, incluyendo violaciones a los derechos económicos y sociales en la República Bolivariana de Venezuela y situación de los derechos humanos en la región del Arco Minero del Orinoco”, A/HRC/44/54, Distr. General del 15 de julio de 2020. Disponible en: <http://onu.org.ve/segundo-informe-de-la-alta-comisionada-de-las-naciones-unidas-para-los-derechos-humanos-en-referencia-a-venezuela/>

⁵ Ponencia en el Panel sobre Cooperación Transfronteriza en la jornada uno: Interdependencia y Solidaridad “Trabajo entre socios que se necesitan”, el Foro “Expandiendo la Cooperación Sur-Sur en un mundo interdependiente”, realizado en Brasilia, el 10 de septiembre en la celebración “Día de las Naciones Unidas sobre la Cooperación Sur-Sur”. (Ver, <http://www.otca-oficial.info/news/details/973>).

⁶ Citada por Paulo Magalhães, Will Steffen y Alessandro Galli, en “La Amazonia no es un bien común”. Es Global Política, economía e ideas sobre el mundo en español, 2 de octubre de 2019, Disponible en: <https://www.esglobal.org/la-amazonia-no-es-un-bien-comun/>

Por supuesto, que esta propuesta lleva a la discusión sobre si la Amazonia por la invisibilidad de los recursos naturales intangibles, es o no un bien común de la humanidad. Discusión esta que surge del enfrentamiento entre el concepto de soberanía territorial tangible, que tiene límites territoriales claramente definidos, y el funcionamiento global del sistema terrestre, que es global, indivisible, no respeta los límites territoriales, e intangible desde el punto de vista jurídico. Ante esa discusión, surge el concepto de bienes planetarios, desde un punto de vista jurídico, y como obligación moral, la de establecer como objeto inmaterial de Derecho Internacional el estado estable y en buen funcionamiento del sistema terrestre, el cual, por su carácter global e indivisible, habría de pertenecer a toda la humanidad. Sin embargo, por un sentido ético sobre el sistema terrestre, como “nuestra casa”, que es la esencia de la ecología integral sostenida por el Papa Francisco en su Encíclica *Laudato Si*, del 2015, se postula como obligación moral de los estados la conservación del planeta en beneficio de la humanidad, y no como un bien aprovechable libremente, Concepción está bajo la cual debe conceptuarse el verdadero valor de la Amazonía como bien de la humanidad y no como bien aprovechable por todo el mundo. Es decir, lo que podría considerarse como un activo global intangible de la humanidad que debe ser reconocido en los sistemas jurídicos, políticos y económicos⁷.

Es verdad, que la UNESCO ha desarrollado el concepto de patrimonio natural común de la humanidad, sobre la base de diversos hábitats naturales y de una diversidad biológica, que ciertamente se aplica a toda la biomasa amazónica. Sin embargo, la Amazonía en su totalidad no ha sido categorizada como un patrimonio natural de la humanidad, sino determinadas áreas que se encuentran dentro de sus bosques. En la Amazonas venezolana, por ejemplo, entre otras, Parque Nacional Yacapana, Serranía La Neblina, y la formación de Tepuyes de Roraima. Pero en su totalidad, la Amazonía no es un **patrimonio natural de la humanidad** asignado por la Unesco, por lo que hoy día existe la discusión sobre si se debería darse a la Amazonia de la categoría de un bien planetario o de “nuestra casa”. Lo cierto es que la Amazonia es un patrimonio natural compartido por ocho países, en la cual se encuentra la selva tropical más grande del planeta, de la cual depende el ecosistema de sus territorios. En efecto, de la superficie de Sudamérica de 18.200.000 Km² La Amazonia ocupa 7,4 millones de Km², en la cual viven 34 millones de personas, además constituye una reserva de un millón de reservas de agua, representa el 50% de bosques del planeta y el 10% de carbono almacenado. Esta condición natural de La Amazonia impone su consagración internacional como un bien global compartido de la humanidad, más que el de un bien común, cuya protección es para los estados amazónicos una obligación moral y jurídica que deben cumplir, en protección de la humanidad.

Este aspecto ético del tratamiento de la Amazonia como un bien global de la humanidad terrestre compartido, es propio de la ecología integral que predica el

⁷ Paulo Magalhães, Will Steffen y Alessandro Galli, en “La Amazonia no es un bien común”, Loc. Cit.

Papa Francisco; quien en su Exhortación Apostólica Postsinodal “Querida Amazonía”, del 2 de febrero de este año 2020, expresó lo siguiente: “La Amazonia es una totalidad plurinacional interconectada, un gran bioma compartido por nueve países: Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú, Surinam, Venezuela y Guayana Francesa. No obstante, dirijo esta Exhortación a todo el mundo. Por un lado, lo hago para ayudar a despertar el afecto y la preocupación por esta tierra que es también “nuestra” e invitarles a admirarla y a reconocerla como un misterio sagrado; por otro lado, porque la atención de la Iglesia a las problemáticas de este lugar nos obliga a retomar brevemente algunas cuestiones que no deberíamos olvidar y que pueden inspirar a otras regiones de la tierra frente a sus propios desafíos”⁸.

Y por lo que respecta a la obligación de los estados de cumplir con sus obligaciones de proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras los monumentos naturales que tengan un valor universal, a que se refiere La Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural; y en refuerzo del Tratado de un Tratado de Cooperación Amazónica; se ha planteado la conveniencia de darle a la Amazonia, como ecosistema, un soporte jurídico e institucional, a nivel nacional e internacional, de una mancomunidad para el desarrollo sostenible justo y equitativo, que, supone varios aspectos:

1. El reconocimiento de la Amazonia como fuente de su tratamiento jurídico como una estructura trasnacional.
2. El reconocimiento en un instrumento internacional de la región conformada por la superficie de los países que tienen jurisdicción o territorio en la cuenca hidrográfica del río Amazonas y de sus poblaciones, como un ecosistema común.
3. La organización global de la Amazonia como un sistema autónomo y unitario de carácter trasnacional, dotada de personalidad jurídica, que evite el desmembramiento del sistema y que permita establecer una estructura que agrupe a los estados.
4. El reconocimiento de la Región de la Amazonia como Panamazonía como una figura jurídica trasnacional en el derecho internacional y en el derecho interno.
5. La aprobación de un instrumento jurídico que uniforme el tratamiento de las leyes y tratados entre los países amazónicos.
6. La gobernanza y la gobernabilidad de La Panamazonía como comunidad jurídica regional.
7. La naturaleza de derechos colectivos de los derechos de los pueblos amazónicos.
8. La necesidad y justificación de una instancia regional de control de la gobernanza y jurisdiccional de protección de los derechos humanos de los pueblos amazónicos.
9. La formulación de los principios y bases de una normativa propia para la Panamazonía que configure el derecho agroambiental amazónico en el derecho internacional y nacional.

⁸ http://w2.vatican.va/content/francesco/es/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20200202_querida-amazonia.html#56

El soporte social de esta mancomunidad es la necesidad, en palabras del experto, Eduardo Gudynas, citado anteriormente, de un acuerdo que debe establecer un conjunto de condiciones ambientales básicas en toda la región, y un programa de conservación de áreas silvestres y de manejo de recursos naturales que tome en cuenta la alta diversidad territorial amazónica. Y, también que es indispensable incorporar una planificación territorial regional obligatoria, ya que la Amazonia es muy heterogénea, que permita evaluar detalladamente dónde y cómo ubicar diferentes emprendimientos productivos para minimizar los impactos ambientales del desarrollo de La Amazonia como zona vacía y colonizable⁹.

La propuesta de la gobernanza e institucionalidad de comunidad jurídica internacional Panamazonía, evitaría ecocidios como el del Arco Minero del Orinoco, del cual la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, Michel Bachelet, en su Informe presentado en Ginebra, en fecha 15 de julio de 2020, ante el Consejo de Derechos Humanos, afirmó lo siguiente: “La destrucción del medio ambiente fue citada por la mayoría de los entrevistados entre las consecuencias más graves de la minería, afectando al derecho de los pueblos indígenas a preservar el medio ambiente y menoscaba la capacidad productiva de sus territorios y recursos. En las palabras de un líder indígena, las minas están “destruyendo la madre tierra sin piedad; otros sostienen que los pueblos indígenas y el medio ambiente están pagando el precio más alto como consecuencia de las actividades del Arco Minero del Orinoco”¹⁰.

La tesis de La Amazonia como un bien planetario comienza a ser desarrollado por la jurisprudencia de algunos países. Por ejemplo, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en sentencia del 5 de abril de 2018¹¹, en un caso de acción de tutela o de amparo constitucional, en contra del estado colombiano por su destrucción, atribuyo al ecosistema amazónico, como parte de la naturaleza, la categoría de valor jurídico, por su conexidad con los derechos de las personas, por lo que admitió la capacidad de cualquiera de los colombianos para acudir a los tribunales y a las autoridades en su representación, en razón de que los daños ambientales de La Amazonia no solo afectan este Región, sino al resto del ecosistema del territorio colombiano. Por su parte, el Consejo de Estado de Colombia, en sentencia del 23 de mayo de 2012, atribuye a la naturaleza la categoría de persona, y, concretamente, a La Amazonia, la condición de sujeto de derechos. Y la Corte Constitucional colombiana, en sus fallos T 622 /16 y C-632 de 2011, establece que “la naturaleza no se concibe únicamente como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino también como un sujeto con derechos propios, que, como tal, deben ser protegidos y garantizados”.

⁹ Eduardo Gudynas, La nueva geografía amazónica: entre la globalización y el regionalismo” (Od- Observatorio del Desarrollo, Centro Latinoamericano de Ecología Social-CLAES), citada anteriormente,

¹⁰ File:///F:/Informe%20de%20Bachelet%20de%20julio%20de%202020.pdf

¹¹ STC4360-201, Disponible en: <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2018/04/05/corte-suprema-ordena-proteccion-inmediata-de-la-amazonia-colombiana/>

Por supuesto, que esta tesis de la naturaleza como sujeto de derecho, es un planteamiento filosófico-jurídico que significa una revisión del rol del derecho ante una nueva realidad “ecológica”; o, dicho de otra forma, ante una nueva visión de la naturaleza y relación de la sociedad con ella. O, lo que François Ost denomina la personalización de la naturaleza, como un modo de abordarla en una forma distinta, pero, sobre todo, en un marco jurídico que evoluciona y avanza en diversas direcciones de acuerdo con el contexto del mundo actual¹². Es ciertamente una ficción, pero ¿no lo son también una ficción la consideración como persona jurídica a las sociedades y de bienes universales, por ejemplo, los fondos de comercio o las haciendas o explotaciones agrarias.

La Panamazonía, como mancomunidad jurídica internacional, conforme una transnacionalidad de la Amazonas, vendría a ser una propuesta de una gobernanza e institucionalidad internacional para su regulación y protección jurídica como un bien planetario global compartido. Y una respuesta a la Exhortación de su Santidad el Papa Francisco, que nos dijo: “Nuestro sueño es el de una Amazonia que integre y promueva a todos sus habitantes para que puedan consolidar un “buen vivir”. Pero hace falta un grito profético y una ardua tarea por los más pobres. Porque, si bien la Amazonia enfrenta un desastre ecológico, cabe destacar que «un verdadero planteo ecológico se convierte siempre en un planteo social, que debe integrar la justicia en las discusiones sobre el ambiente, para escuchar tanto el clamor de la tierra como el clamor de los pobres». No nos sirve un conservacionismo «que se preocupa del bioma, pero ignora a los pueblos amazónicos»».

En concreto, el ecocidio y la minería ilegal del Sur del Orinoco, justifica la tesis del valor jurídico de los bienes globales o planetarios compartidos o biogeográficos, como La Amazonia, para promover su tratamiento de como comunidad jurídica internacional, para garantizar la protección de su unidad ecológica o ecosistema.

¹² Citado por Eduardo Gudynas, La nueva geografía amazónica: entre la globalización y el regionalismo” (Od-Observatorio del Desarrollo, Centro Latinoamericano de Ecología Social-CLAES), mencionado anteriormente.

EL TRATADO DE COOPERACIÓN AMAZÓNICO Y LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS AMAZÓNICOS Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE¹

I. LA AMAZONÍA HERENCIA COMÚN DE LA HUMANIDAD. EL DERECHO AMAZÓNICO. LA PROPIEDAD GLOBAL DE LA TIERRA Y LAS OBLIGACIONES PROPTER REM QUE GRAVAN LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS Y EL APROVECHAMIENTO DE LOS ESPACIOS COMUNES

El concepto de herencia común de la humanidad apareció por primera vez en 1967, a proposición del Embajador de Malta ante la ONU, **ARVID PARDO**, originariamente respecto de los océanos y los lechos submarinos y después se extendió a la Luna, al espacio exterior y a la Antártica. La aplicación de este concepto sobre otros bienes por los diferentes Estados parte del principio que existen bienes que por su naturaleza común tienen la condición de herencia de la humanidad y que como tal debe ser reservada sólo para propósitos pacíficos y administrada por una autoridad internacional para el beneficio de todos los pueblos. La idea fundamental de esta doctrina internacional es que se trata de entidades o bienes, que naturalmente son áreas comunes, y que, por ello, aunque sus partes o su todo, se encuentren dentro del territorio de un Estado, sin embargo, pertenecen a la humanidad entera porque su destino depende de ellos. Por tanto, todos los pueblos tienen derecho a participar en su manejo y a opinar en las políticas que se establezcan para ello².

La consideración jurídica de este planeamiento, aplicado a espacios naturales, que, por su importancia para la sostenibilidad y la calidad de vida de la tierra, constituyen una propiedad global de la humanidad, da lugar a un tipo de obligaciones reales o "*propter rem*" transnacionales sobre esta clase de bienes. Un *ius*

¹ I CONGRESO NACIONAL Y REGIONAL SOBRE: "INTEGRACIÓN REGIONAL, LIBRE COMERCIO Y POLÍTICAS AGROAMBIENTALES PARA EL DESARROLLO RURAL SOSTENIBLE", San José, Costa Rica, 23 al 27 de febrero de 2004.

² De Souza Santos, Boaventura, "*La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*", Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), segunda reimpresión, 2002, Bogotá, D. C., p. 246.

humanitatis, que se fundamenta precisamente en la doctrina de la “*herencia común de la humanidad*”³. Según los doctrinarios este derecho de la herencia común de la humanidad se encuentra asociado a los siguientes elementos: *Inapropiabilidad*; es decir, porque su manejo corresponde a todos los pueblos. *La participación internacional* en los beneficios obtenidos de la explotación de los recursos naturales. *El uso pacífico*, incluyendo libertad de investigación científica en beneficio de todos los pueblos. Y su *conservación para las generaciones futuras*⁴. A estos elementos se puede agregar *el desarrollo sostenible* cuya idea fundamental es la compatibilidad del desarrollo con la protección ambiental, mediante el establecimiento de condiciones ambientales adecuadas para mejorar la calidad de vida de las presentes y futuras generaciones; que tengan en cuenta soluciones específicas para cada región en atención a sus hechos ecológicos. De esta manera el desarrollo sostenible orienta el desarrollo disminuyendo su impacto ambiental y protege la vocación hereditaria común de ciertos bienes, contribuyendo, en consecuencia, a hacer de la Tierra un planeta verdaderamente habitable. Principio este del derecho agrario y del derecho ambiental, respectivamente, que opera jurídicamente como una limitación para los Estados que ejercen soberanía sobre estos bienes y para los pobladores de dichos espacios en su manejo y aprovechamiento. En otras palabras, los Estados y los particulares que por razón de su territorio según su derecho nacional son los titulares de derechos de soberanía o de aprovechamiento de estos bienes comunes quedan sujetos a unas obligaciones reales de hacer y de no hacer en beneficio de la humanidad presente y futura, que es el verdadero titular de dichos bienes. Por último, a diferencia de las obligaciones propter rem del derecho privado, las que se derivan de la propiedad global de la humanidad, no se extinguen por renuncia o por abandono⁵.

Ahora bien, por la consideración que de la Amazonía han hecho Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Surinam, Guyana y Venezuela, los países firmantes del Tratado de Cooperación Amazónica (TCA) del 3 de julio de 1978, como un área común para sus pueblos, puede calificarse a esta Región como herencia de sus pueblos. La diferencia con otras áreas comunes naturales es que en la Amazonía los países amazónicos tienen soberanía territorial sobre sus recursos naturales⁶. Sin embargo, por los efectos jurídicos de dicho Tratado estos países, por la

³ De Souza Santos, Boaventura, Obra citada, p. 245.

⁴ Pureza, 1993; Zieck, 1992; “*Pacen in Maribus*” (XX Conferencia del Instituto Océánico Internacional, Malta 1 al 5 de noviembre de 1992), 1992; Blazer, 1990; Joyner, 1986; White, 1982; Dupuy, 1974 Citados por De Sousa Santos, Boaventura, en su Obra mencionada, p. 257).

⁵ Para un análisis de las obligaciones “propter rem” en el derecho privado puede consultarse Hernández Gil, Francisco, “Concepto y naturaleza jurídica de las obligaciones propter rem”, en *Revista de Derecho Privado*, octubre de 1962, p. 852 a 871. En Venezuela, Humero Wert, “Bienes y Derechos Reales”, Segunda Edición, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1969, p. 121 a 123.

⁶ Ver artículo IV del Tratado de Cooperación Amazónica (TCA)

vía, primigenia de la cooperación internacional, han convenido en actuar conjuntamente para promover armónicamente el desarrollo de sus respectivos territorios amazónicos⁷; lo cual implica limitaciones para su soberanía internacional y limitaciones para sus derechos nacionales que permiten la libre apropiación de sus recursos naturales. En otras palabras, que sus políticas públicas de explotación de estos recursos, e inclusive, sus legislaciones ambientales y de ordenamiento territorial, han de surgir del intercambio de informaciones, de acuerdos y entendimientos operativos, y de los instrumentos jurídicos internacionales que se establezcan para cumplir las finalidades del TCA de promover el desarrollo armónico de sus territorios, la equidad de los beneficios de su explotación y la preservación del medio ambiente y la explotación racional de sus recursos naturales. Por ejemplo, en materia de aprovechamiento de la flora y de la fauna⁸ y en materia de internacionalización de los ríos amazónicos, que implica para los Estados ribereños la obligación de la libre navegación, la uniformidad de sus legislaciones y la utilización racional de esos recursos⁹. Todo lo cual confirma la naturaleza transnacional del ordenamiento jurídico internacional de la amazonía.

En efecto, no obstante, la aclaratoria que se hace en el TCA respecto de la soberanía de los Estados sobre los recursos de sus territorios amazónicos; no hay ninguna duda sobre la naturaleza de área común de la Amazonía respecto de esos Estados, por la importancia vital geográfica, ecológica y económica que tiene para cada uno de sus pueblos. Y, por otro lado, las limitaciones internacionales al uso de esos recursos y a las libertades de investigación y de navegación, que se han impuesto dichos Estados, por medio de la cooperación internacional, así como el derecho que se han reconocido recíprocamente de opinar y de participar en las políticas públicas del manejo de la Amazonía, permiten denominar a la Amazonia como un bien perteneciente a la herencia común no sólo de los pueblos amazónicos, de casi 22 millones de personas que habitan esos territorios, sino también de la humanidad. En efecto, ninguna otra Región importa tanto para la habitabilidad del Planeta Tierra, como la Amazonía por su riqueza forestal, diversidad biológica y recursos genéticos. Esta Región produce aproximadamente el 50% del oxígeno puro y posee el 20% de agua dulce del Planeta y la mayor cuenca del mundo de 7,3 millones de kilómetros cuadrados. De modo que, sin duda, la Amazonía pertenece a la Tierra como propiedad global de la humanidad.

Por otra parte, el ordenamiento jurídico que tiene como objeto de estudio y de regulación a la Amazonía, es el **derecho amazónico**. Este derecho puede calificarse de *derecho transnacional especial*, por su fuente primigenia, su objeto de estudio y por sus finalidades de promoción del desarrollo sostenible de esa Región, de preservación del medio ambiente y el racional aprovechamiento de su flora y fauna, y por los principios de la internacionalización de sus recursos hídri-

⁷ Artículo I del TCA.

⁸ Ver artículo VII del TCA.

⁹ Ver artículos III y V del TCA.

cos y de la explotación de sus territorios; así como por la institucionalidad internacional que ha generado. Asimismo, se trata también de un derecho *in fieri* que de manera transversal surge dentro del derecho agrario y dentro del derecho ambiental.

II. EL AVANCE DEL DERECHO AMAZÓNICO DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL HACIA LA INSTITUCIONALIDAD SUPRANACIONAL EN EL TRATAMIENTO DE LA AMAZONÍA

Desde la suscripción del TCA en 1978, que dio lugar a mecanismos de intercambio de informaciones y entendimientos operativos y a la creación del Consejo de Cooperación, con su Secretaria Pro Tempore, de naturaleza consultiva y de asistencia, se ha avanzado institucionalmente al crearse en el Protocolo de Enmienda del TCA de Caracas de fecha 8 de diciembre de 1998 la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica (OTCA)¹⁰. Ese paso supone un camino hacia la supranacionalidad en el tratamiento jurídico de la Amazonía. En efecto, está Organización (OTCA), con el cumplimiento de los requisitos constitucionales de aprobación de la enmienda por los países amazónicos y con su entrada de vigencia, contará con personalidad jurídica propia, separada e independiente de los Estados partes de dicho Tratado, que le permitirá celebrar por sí, a través de su Secretario General, acuerdos con las partes contratantes y con Estados no miembros del TCA y con otras organizaciones internacionales. Además, su Secretaria Permanente, que tiene su sede en Brasilia, y cuyo reglamento fue aprobado por la VI Resolución de Ministros de Relaciones Exteriores en Caracas, el 6 de abril del 2000¹¹ es la encargada de implementar los objetivos del TCA, de conformidad con las resoluciones emanadas de las reuniones de Ministros de Relaciones Exteriores y del Consejo de Cooperación Amazónica.

En otras palabras que la Región Amazónica cuenta ya con una organización internacional a través de la cual se llevará a cabo el proceso de cumplimiento de los objetivos del TCA, constituida por los Estados que integran esa Región, cuyas decisiones generarán normas jurídicas que no sólo obligarán a los Estados partes, sino que también constitucionalmente integrarán sus derechos nacionales y que incidirán en los derechos y obligaciones de sus ciudadanos respecto de la explotación de los recursos de los respectivos territorios amazónicos. Puede decirse que el TCA evolucionará, de este modo, de una cooperación internacional entre los gobiernos de los países amazónicos hacia una verdadera comunidad de derecho que no sólo puede crear estructuras internacionales, como la OTCA, sino que, además, genera y generará normas y derechos para sus ciudadanos, que constitucionalmente, al ser recepcionados como derecho interno, se aplicará directamente a sus ciudadanos. Este conjunto de normas y derechos relativos a la Amazonía es, pues, el derecho amazónico, cuya naturaleza transnacional es cada vez más evidente.

¹⁰ Este Protocolo modifica el Artículo XXII del TCA.

¹¹ Resolución RES/VI MRE-TCA/1

Es verdad, que en el Protocolo de Enmienda del TCA no se prevé aun propiamente una “*supranacionalidad de la Región Amazónica*”, porque la OTCA no puede ejercer coacción directa, a través de su Secretaria sobre los Estados miembros de la Región, como ocurre en los procesos de integración económica que cuentan con órganos supranacionales administrativos, legislativos y jurisdiccionales, que actúan por encima de los Estados que los han creado, porque éstos les atribuyen competencias nacionales, sin ceder soberanía, en un esquema internacional de distribución del poder de relación no jerárquica, a la manera de los Estados federales. Sin embargo, la creación de organizaciones, con personalidad jurídica independiente de los Estados que suscriben Tratados, para cumplir los objetivos de esos mismos Tratados es un paso hacia la supranacionalidad, que se impondrá progresivamente a medida que esas organizaciones comiencen a generar normas que deben ser cumplidas por los Estados y a reconocer en esas normas derechos a los ciudadanos de las regiones comprendidas en esos Tratados. La ausencia actual en el TCA de mecanismos directos de coacción y de protección de esos derechos impondrá, al igual de lo que ha sucedido en los procesos de integración económica, que han generado comunidades de derecho internacionales, en el futuro, en mi criterio, la necesidad de avanzar hacia la **Comunidad Amazónica**, creándose, entonces, verdaderas organizaciones supranacionales, que en consecuencia, producirán normas de naturaleza supranacional destinadas a regular la Amazonía no como un proceso de integración económica, sino como área común de sus pueblos, y los derechos y obligaciones de sus Estado y de sus ciudadanos respecto de su manejo conforme el desarrollo sostenible de la humanidad. Derecho este que será el **derecho amazónico comunitario**.

En efecto, en el caso del TCA se contempla no sólo un proceso de integración económica, sino algo más trascendente e integral, como lo es un pacto para el desarrollo armónico y para su preservación de un bien común de la humanidad, como lo es la Región Amazónica. Es decir, que también existen compromisos morales, es decir, valores éticos que imponen a los Estados esa supranacionalidad para garantizar esa herencia común, que es más importante que la integración de las economías y de los mercados. Se trata, en consecuencia, de la salvaguardia de los derechos de los pueblos amazónicos y de la humanidad en general, por lo que la supranacionalidad es éticamente obligatoria, para limitar la soberanía interestatal y los derechos individuales de apropiación y aprovechamiento de los recursos de los respectivos de los territorios amazónicos. Se impone, pues, en mi criterio, desde un punto de vista ético, una autoridad internacional, creada por los Estados de la Región, que vigile la utilización de ese patrimonio común de la humanidad y proteja los derechos de los pueblos amazónicos¹².

¹² La tesis de la creación de una institución de defensa de los derechos colectivos y de los derechos de los pobladores en la organización institucional de los procesos de integración económica la sostuve en el VI Coloquio del Instituto Latinoamericano del Ombudsman (ILO), sobre “*Rol de un Ombudsman en un Pacto Económico*”, en el discurso que pronuncié en Bogotá, en su acto de instalación el 17 de septiembre de 2003.

III. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS AMAZÓNICOS: SU NATURALEZA COLECTIVA O SOLIDARIA. EL DERECHO AL DESARROLLO Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE

La condición de propiedad global de la humanidad de la Amazonía y los fines del TCA de la promoción del desarrollo armónico de los territorios amazónicos, de la preservación del medio ambiente y de la utilización conjunta y equitativa de sus recursos naturales; determinan un conjunto de derechos de carácter colectivo para los pueblos de esa Región. En efecto, sin entrar a discutir el tema de los llamados derechos humanos de solidaridad o derechos de la tercera generación, no cabe duda que el derecho al ambiente, el derecho al agua y el derecho a la paz, así como el derecho al desarrollo y de reconocimiento de propiedad global de la Humanidad, en la Amazonía son derechos de la comunidad mundial y de sus poblaciones, más que de sus Estados o de sus individuos en particular¹³. Asimismo, por aplicación del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo de fecha 27 de julio de 1989, que forma parte del derecho internacional de los derechos humanos, y por aplicación de normas constitucionales de los Estados Amazónicos¹⁴, los pueblos indígenas de la Región tienen derechos especiales en la Amazonía, como comunidades nativas, entre otros el derecho prioritario de aprovechar sus recursos naturales.

De estos derechos tan importantes, destacaré *el derecho al desarrollo*, porque además de ser omnicomprendivo de los otros derechos, al reconocerse en el TCA que su finalidad es la del desarrollo armónico de los territorios amazónicos, se pone de relieve su naturaleza de derecho colectivo o solidario. En efecto, la consecución de este objetivo requiere la acción conjunta de todos los componentes de la comunidad amazónica: Estados, individuos, entidades públicas y privadas. Derecho este al desarrollo que, junto al derecho a la paz, el derecho al ambiente y el resto de los derechos económicos y sociales y las libertades de la persona humana, constituyen una unidad indivisible. Es decir, un desarrollo que estimule el crecimiento equitativo de la Región, sin desnaturalizar la condición de Herencia Co-

¹³ Para este concepto de derechos de la tercera generación puede verse: Uribe Vargas, Diego, *“La tercera generación de derechos humanos y la paz”*, Plaza & Janes, 1983, página 34. Y, también, Gros Espiell, Héctor, *“El Derecho de todos los seres humanos a beneficiarse del Patrimonio Común de la Humanidad”*, en *“Estudios sobre Derechos Humanos”*, Ediciones del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, 1985, Tomo I página 146.

¹⁴ Las Constituciones de Perú (artículos 2°, inciso 19; 48, 89 y 149), Venezuela (119 a 126); Bolivia (artículo 171); Brasil (artículos 231 y 232); Colombia (artículos 7, 10, 63, 67, 72, 96, literal c; 246, 329 y 330); Ecuador (artículos 1 y 135). Los Estados Andinos, por su parte, ratificaron estos derechos de los pueblos indígenas en la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos aprobada en Guayaquil el 26 de julio de 2002 (artículos 32 a 39). Y los Estados Americanos en la Carta Democrática Interamericana aprobada en Lima el 11 de septiembre de 2001 (artículo 9°).

mún de la Humanidad de la Amazonía, y que se sujete a la protección de los recursos naturales de dicha Región, limitando su explotación y aprovechamiento, en beneficio de sus pueblos y de su ecología y su ambiente.

El desarrollo fue tema central en 1961 de la Encíclica “*Mater et Magistra*” de Juan XXII, al señalar que existe una relación inseparable entre el desarrollo económico y el desarrollo social. Asimismo, Pablo VI fue quien en su Encíclica “*Populorum Progressio*” habló del desarrollo de los pueblos y de todos los hombres y del hombre total, para enfrentar la injusticia sobre la base de la solidaridad internacional. Pablo VI calificó al desarrollo integral y solidario, como “*el nuevo nombre de la paz*”. Pero fue propuesto como un derecho humano por primera vez en 1972 y así fue reconocido en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y posteriormente adoptado en la Declaración del Derecho al Desarrollo de la Asamblea General de la ONU en Resolución N° 41/128 del 4 de diciembre de 1986. Por su parte, la Carta Democrática Interamericana aprobada Lima por la OEA el 11 de septiembre de 2001, considera consustanciales e interdependientes el desarrollo integral, el crecimiento económico y la consolidación de la democracia¹⁵. Y la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos aprobada en Guayaquil el 26 de julio de 2002, reconoce expresamente el derecho al desarrollo¹⁶. Pues bien, este derecho aparte de obligar a los Estados a diseñar políticas públicas de desarrollo nacional y regional para el bienestar social de la población de sus comunidades internacionales y para la equitativa distribución de los beneficios de ese desarrollo, implica también el derecho de esta población de estar representada y de participar en su promoción. Así, a pesar de las críticas de algunos respecto de la autonomía de este derecho, la Comisión Internacional de Juristas ha propuesto una concepción comprensiva de los diferentes aspectos del derecho al desarrollo. Según esta reconocida organización no gubernamental internacional, el derecho al desarrollo es un derecho de los individuos, grupos, pueblos y Estados, que consiste principalmente en participar y en beneficiarse del proceso de desarrollo para desplegar plenamente las potencialidades de la persona humana en armonía con la humanidad¹⁷. Desde este punto de vista, en este derecho al desarrollo se reconoce a la persona humana tanto como el sujeto y el objeto del desarrollo, y como su principal participante y como su beneficiario. En este mismo sentido, el autor **Shepherd** propone su autonomía como un derecho humano básico, que implica derechos que se concentran en satisfacer las necesidades de las personas, en la redistribución antes que en el crecimiento y en la participación política¹⁸.

Pero, por otra parte, estos derechos de los pueblos amazónicos, donde se incluyen los de las comunidades nativas, además de políticas públicas de desarrollo, de paz, de defensa del medio ambiente, de utilización equilibrada de los recursos naturales y de prioridad de su aprovechamiento por esas comunidades; requieren

¹⁵ Artículo 13, en concordancia con su artículo 11.

¹⁶ Artículo 29.

¹⁷ Ver, De Sousa Santos, Boaventura, obra citada p. 230 y 231

¹⁸ Citado por De Sousa Santos, Boaventura, en su obra mencionada página 231.

de una acción correspectiva de la comunidad internacional amazónica. En otras palabras, no puede haber desarrollo sin solidaridad internacional. Es decir, sin una acción internacional correlativa, o como expresa **Héctor Gross Espiell**, sin el “*necesario internacionalismo de los derechos de la tercera generación*”, que es un aspecto consustancial de los denominados “*derechos de la solidaridad*”¹⁹.

La concepción solidaria de los derechos al desarrollo de los pueblos amazónicos y la consideración de la Amazonía, como herencia común de la humanidad, aun respetando la soberanía de los Estados, impone nuevos paradigmas frente a paradigmas tradicionales. Así, frente al expansionismo económico se impone *el desarrollo sostenible*, que según la Agenda XXI aprobada en la Conferencia de la ONU sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de Río Janeiro de junio de 1992, incorpora a la faceta económica del desarrollo, además de la justicia social la preservación del medio ambiente²⁰. Ante la propiedad privada tradicional se impone el *aprovechamiento prioritario de las comunidades nativas* y el *aprovechamiento racional*. Frente a la soberanía del Estado- Nación, se impone la idea de *un fidecomiso por la comunidad internacional amazónica*²¹. En otras palabras, la transnacionalidad del derecho cuyo objeto de regulación es la Amazonía. Es decir, del derecho amazónico que tendrá que ocuparse de estos nuevos paradigmas.

IV. LA DEFENSORÍA DE LA AMAZONÍA COMO INSTITUCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA CONSOLIDAR EL DERECHO AMAZÓNICO TRANSNACIONAL

Señalé anteriormente que se ha ido avanzando desde la cooperación técnica hacia la organización internacional del proceso de desarrollo armónico de la Amazonía, cuando se creó por ejemplo la OTCA. Asimismo, igualmente he señalado, que por el influjo de la aplicación de la concepción de herencia común de la humanidad a esta Región, esa organización internacional tenderá mucho más hacia la supranacionalidad. Ello sucederá cuando los Estados amazónicos atribuyan a las organizaciones creadas por ellos mismos competencias nacionales en los asuntos amazónicos, sin renunciar a la soberanía de sus territorios. Sin lugar a dudas que la creación de esas organizaciones generará normas referentes las obligaciones de los Estados y a los derechos de los pueblos amazónicos, por lo que tarde o temprano se requerirá de mecanismos de coacción sobre los Estados en los casos de incumplimientos y de sistemas de protección de esos derechos cuando se desconozcan o se violen.

Aparte de lo anterior, como afirmé anteriormente el derecho primordial de los pueblos amazónicos es el derecho a participar activamente en el proceso de desarrollo de sus respectivos territorios y en sus beneficios. Para ello debe existir

¹⁹ Obra citada, página 146.

²⁰ Sobre este concepto puede consultarse Santos Dito, José, en “*Desarrollo Sostenible y Biotecnología*”, Universidad de Guayaquil, Ecuador, diciembre, 2000, p. 11 a 22.

²¹ Sobre estos nuevos paradigmas surgidos de la herencia común de la humanidad, puede verse De Sousa Santos, Boaventura, obra citada p. 256 y 257.

un acercamiento de la organización internacional de la Amazonía con sus ciudadanos, por lo que mientras no existan mecanismos de participación ciudadana sus derechos no serán efectivos. Además, es una realidad que los problemas políticos, económicos, sociales, ambientales, de tierra y de biodiversidad de cada Estado amazónico inciden en el desarrollo de la región por causa de su naturaleza común. Por tanto, debe existir una instancia internacional, independiente y autónoma, donde puedan ser llevados esos problemas para ser solucionados por formas no jurisdiccionales de índole supranacional, mediante mecanismos de buenos oficios de la OTCA, o a través de la persuasión, la conciliación o la mediación.

En concreto, que además de la necesidad de la elaboración de un instrumento sobre los derechos colectivos de los pueblos amazónicos y de fortalecerse la organización institucional internacional de la Amazonía, creo que se hace imprescindible una instancia supranacional que acerque esta organización internacional al ciudadano amazónico, que además de velar por los derechos de los pueblos amazónicos permita la solución de las controversias con las autoridades nacionales, independientemente de las competencias de los órganos internos de cada Estado. Esa instancia podría ser, en mi criterio, un Defensor de la Amazonía, o también, una Comisión de Defensa de la Amazonía. En uno u otro caso, estos órganos servirían de puente entre la organización internacional amazónica y los ciudadanos para su participación en el proceso de desarrollo de la Región y para la protección y disfrute de sus derechos colectivos y de la humanidad. Es decir, para convertir el desarrollo sostenible en una realidad y no en una utopía.

EL ACUERDO DE ESCAZU COMO DOGMÁTICA DE LA JUSTICIA Y DEL PROCESO AMBIENTAL¹

PREFACIO

“Produce una inmensa tristeza pensar que la naturaleza habla mientras el género humano no la escucha”.

Víctor Hugo

“Convertid un árbol en leña y arderá para vosotros, pero no producirá flores ni frutos para vuestros hijos”.

Tagore

“La tierra proporciona lo suficiente para satisfacer las necesidades de cada hombre, pero no la codicia de cada hombre”.

Mahatma Gandhi

“El mundo es un lugar peligroso, no a causa de los que hacen el mal sino por aquellos que no hacen nada para evitarlo”.

Albert Eisten

I

Comienzo señalado que el Acuerdo de Escazu es un verdadero Tratado Interamericano sobre el Medio Ambiente, por lo que no cabe duda su calificación de fuente jurídica internacional del derecho al ambiente como derecho fundamental y sobre su condición de fuente general del derecho ambiental. Puede decirse, entonces, que, así como la Convención americana sobre Derechos Humanos es el fundamento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, el Acuerdo de Escazu, dentro de dicho Sistema, lo es de la protección de los derechos ambientales en la Región y de las obligaciones de los estados en esta materia. En efecto el Acuerdo de Escazu viene a ser el instrumento que desarrolla el

¹ Conversatorio sobre el Acuerdo Regional de Escazú, enfoque internacional, regional y nacional, Modulo II, de fecha 28 de abril de 2021, auspiciado por el Centro de Formación Judicial de la Ciudad Autónoma de Ciudad de Buenos Aires, el Centro Internacional de Derecho Comparado del Ambiente, Limoges, Francia) (CIDC, en francés), la Facultad de Derecho y la Secretaría de Desarrollo Académico de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y la Liga Mundial de Abogados Ambientalistas y la Fundación Expoterra.

núcleo esencial del derecho a un ambiente sano y de la obligación de los estados de promover su protección, preservación y mejoramiento, contemplados en el artículo 11 del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sobre cuya interpretación la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se había pronunciado en su Opinión Consultiva N° 23/17 de fecha 7 de febrero de 2018, denominada “MEDIO AMBIENTE Y DERECHOS HUMANOS, mediante la cual desarrolló el contenido del derecho a un ambiente sano, como un derecho “fundamental” para la humanidad, y como derecho autónomo, interrelacionado con los derechos a la vida, la salud y la integridad personal. Y con connotaciones colectivas y también con connotaciones individuales. Asimismo, la mencionada Opinión Consultiva precisó las obligaciones de los estados de prevención de los daños ambientales, Y como obligaciones procedimentales indico las de garantizar el acceso a la información sobre posibles afecciones al ambiente, a la participación pública en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el ambiente y el acceso a justicia. Obligaciones estas que, sin duda, desarrolla el Acuerdo de Escazu, que estaban intrínsecamente unidas a la salvaguarda de algunos derechos individuales recogidos en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 y en su Protocolo Adicional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) de 1988. En otras palabras, que el Acuerdo de Escazu convirtió en derecho positivo la Opinión Consultiva Medio Ambiente y Derechos Humanos de la CIDH.

Por tanto, ya la protección del derecho del ambiente sano y su institucionalidad regionalmente dejó de ser norma programática para convertirse en un instrumento jurídico para materializar las garantías de los derechos y responsabilidades de los países en la esfera del ambiente y del desarrollo. Por lo que es indiscutible la accionabilidad judicial para el ejercicio del derecho del ambiente. Aún más, el Acuerdo de Escazu es también un tratado regional que fortalece la democracia ambiental dentro del estado democrático y social de derecho.

II

Por otra parte, el Acuerdo en comento tiene trascendencia por la incorporación expresa del principio pro-persona en el orden normativo regional. Principio este, del cual se desprenden principios de incidencia procesal, como el del antiritualismo formal para eliminar barreras al ejercicio del derecho de acceso a la justicia. Y el principio de la justicia pronta y cumplida mediante el establecimiento de procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos. Asimismo, según el Acuerdo de Escazu, en el objeto del sistema interamericano ambiental no solo se comprenden los casos relacionados con daños ambientales a comunidades indígenas y la defensa de sus derechos y territorios, sino también a otros grupos humanos que en muchas ocasiones padecen contaminación. Incluso casos como el de los llamados “refugiados ambientales”, es decir, personas afectadas por conflictos bélicos, o, por situaciones de exilio o desplazamiento forzado, que, al abandonar sus tierras de origen, son víctimas de catástrofes ambientales, por lo que quedan en completa situación de indefensión. Como ocurre con “la diáspora venezolana”.

El Acuerdo de Escazu consagra de manera general el poder judicial cautelar general en el sistema procesal ambiental, como precautorio más que preventivo, que reparatorio y, por tanto, según la doctrina derivada del Acuerdo *más importante es la prevención que la reparación del daño*.

Con relación con esta doctrina el Acuerdo consagra como un estándar de esta justicia el principio precautorio ambiental, que refuerza la tesis de la necesidad de fueros especializados en la materia ambiental como garantía de la aplicación efectiva del principio de precaución. En este tema vale la pena citar como antecedentes la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el fallo “Tudanca”, según la cual el principio precautorio debe aplicarse para la protección del ambiente y que justamente no requiere una certeza científica que demuestre la peligrosidad del daño para imponer una medida eficaz. Al igual que los fallos de la Corte Suprema de Justicia Argentina como, por ejemplo, en la Causa Mendoza, que sostiene que cuando se peticiona la protección del ambiente basada en el principio de prevención o de precaución, no se trata de una medida cautelar, sino de un proceso urgente autónomo y definitivo” Y, que, la recomposición y prevención de daños al ambiente obliga al dictado de decisiones urgentes, definitivas y eficaces “(Fallos: 331:1622). Y también es un antecedente el nuevo Código Procesal Agrario costarricense que contempla disposiciones procesales especiales para la tutela precautoria del ambiente e incluye un proceso de trámite especial al que le da prioridades por su urgencia.

III

Por otro lado, el Acuerdo de Escazu es el primer tratado del mundo que incluye disposiciones sobre la protección de los defensores de los derechos humanos en materia del ambiente, particularmente para una de las regiones del mundo más afectadas por los conflictos socioambientales y que presenta un mayor riesgo para la vida y la seguridad de las personas y para los grupos de personas que actúan como defensores de los derechos humanos en materia ambiental. Lo cual legitima sin duda alguna su legitimación en las acciones colectivas ambientales.

Un aspecto de destacar del Acuerdo de Escazu, es que contempla las bases de la jurisdicción, la acción y el proceso con relación al ambiente, convirtiéndose, por tanto, en fuente de la jurisdicción y de los procesos ambientales con que cuentan ya algunos de los países de la Región.

En efecto, el Acuerdo en comento, reconoce al derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales una jerarquía igual a la del acceso a la información ambiental y a la de la participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales. A ello se agrega la consagración en el sistema procesal ambiental como principios propios los principios pro persona, precautorio, de no regresión, de progresividad y de buena fe, que influyen en el modelo y en la interpretación de las normas del proceso. A lo anterior debe agregarse también que, para asegurar el acceso a la justicia, según el Acuerdo cada estado debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar su implementación, por ejemplo, la promulgación

de leyes de jurisdicción ambiental, o la creación de tribunales especiales ambientales o la promulgación de reglas especiales para los casos de conflictos ambientales que conozcan tribunales ordinarios; como se desprende del numeral 2 del artículo 8 del Acuerdo en comento.

Por otro lado, del Acuerdo citado se desprende que dentro de la materia ambiental cabe cualquier conflicto derivado de acto u omisiones que afecten o puedan afectar el medio ambiente. En este orden de ideas, en mi criterio, en estos conflictos, por la interpretación deductiva que puede derivarse de la definición de “información ambiental” del texto del literal “c” del artículo 2º, del Acuerdo en comento, la jurisdicción ambiental es integral porque comprende cualquier cuestión relativa al medio ambiente y sus elementos, incluyendo los riesgos ambientales y los posibles impactos adversos asociados que afecten o puedan afectar el ambiente y la salud. Y por la remisión que este Acuerdo en sus considerandos hace al Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, en la materia ambiental se comprende también sin duda el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes. En efecto, del Acuerdo de Escazu se desprende que en esta materia caben los conflictos surgidos de la responsabilidad civil derivada de actos que atenten contra el ambiente y la responsabilidad por acciones contaminantes, tanto por parte del estado o de los particulares. Y así mismo las acciones de amparo constitucional por violaciones de derechos ambientales. Ello implica un concepto de justicia ambiental integral desde la perspectiva de su complejidad, que sirve de comparación para el análisis de las experiencias de la jurisdicción ambiental a cargo de tribunales especializados; o dentro de la competencia de la jurisdicción de tribunales civiles o agrarios. O, de tribunales constitucionales o contenciosos administrativos del poder judicial o de órganos de la administración pública que actúan como tribunales administrativos. E incluso de tribunales penales ambientales. O a cargo de tribunales ambientales colegiados con salas penal y contencioso administrativa y constitucional.

IV

Un tema decisivo para la garantía del acceso a la justicia ambiental es la legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente, que se contempla en el artículo 8, Numeral 3, Literal “c”, que facilita a los defensores de derechos ambientales y a grupos de población la interposición de recursos contra cualquier decisión o acción que afecte o pueda afectar de manera adversa al medio ambiente o contravenir normas jurídicas relacionadas con el medio ambiente. Legitimación amplia esta que, mi criterio, se desprende también del concepto de “público”, que el artículo 2º, Literal “d”, del Acuerdo de Escazu, atribuye a una o varias personas físicas o jurídicas y las asociaciones, organizaciones o grupos constituidos por esas personas, que son nacionales o que están sujetos a la jurisdicción nacional del Estado Parte.

En este orden de ideas, de los aspectos procesales del Acuerdo de Escazu, ciertamente que la Ley General del Ambiente No. 25.675 de Argentina, es un precedente del derecho comparado procesal ambiental al incluir entre los presupuestos mínimos de la gestión del ambiente, el derecho a recurrir para la cesación de

las actividades generadoras de daño ambiental colectivo, la legitimación activa en los casos de daño ambiental colectivo, la responsabilidad por daño ambiental y la facilitación del acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales. Y al prever un Fondo de Compensación Ambiental para garantizar la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente y la atención de emergencias ambientales. Al igual que la Ley No. 27592, o Ley Yolanda, que establece dentro del desarrollo de la perspectiva del desarrollo sostenible, la capacitación obligatoria en materia ambiental tanto en los niveles ejecutivo y legislativo, como en el nivel judicial; lo que obliga a los estados a la especialización en derecho ambiental.

No deseo abusar del tiempo que se me ha asignado, pero quisiera destacar, que el artículo 3º, del Acuerdo, en comento, representa el fortalecimiento del poder cautelar de la jurisdicción ambiental no solo en los supuestos de danos materiales sino también en los supuestos de daños que fueren inminentes o evidentes al medio ambiente. En este orden de ideas, es un precedente de derecho comparado ambiental, que, en el nuevo Código Civil y Comercial argentino, del 2014, se incorporan los principios de prevención y el principio precautorio, el concepto del daño de incidencia colectiva, los cuales se ligan indisolublemente con postulados específicos de la responsabilidad objetiva civil en el derecho ambiental. Otro precedente lo es el nuevo Código Procesal Agrario costarricense que es enfático en señalar que la falta de certeza científica o técnica no podrá ser usada como justificante para que el tribunal deje de adoptar la tutela cautelar.

Finalmente, el Acuerdo de Escazu con la inclusión de los mecanismos alternativos de solución de controversias en asuntos ambientales, conforma todo un sistema procesal modelo para la Región de América Latina y el Caribe.

REFLEXIÓN FINAL

El profesor Edwing **Vegas Gallo** dijo en el Conversatorio sobre el Acuerdo Regional de Escazu de la Facultad de Ciencias Económicas en la Universidad Nacional Lomas de Zamora del 19 de noviembre de 2020, que este Acuerdo no es una panacea. E, igualmente los profesores **Patricio Marianello** y **Jorge Franza** expresaron que por lo menos es un piso. Por ello, deberíamos pensar para el desarrollo consolidado del mencionado Acuerdo en la conveniencia de elaborar un modelo de Código de jurisdicción y Proceso Ambiental para América Latina y El Caribe, así como se han hecho modelos para los procesos civiles y penales, entre otros. Modelo este de Código de Jurisdicción y Proceso Ambiental que desarrolle los principios y bases de la Justicia Ambiental contenidos en el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe y que recoja los precedentes legales y jurisprudenciales de algunos países en esta materia. Por último, ¿no creen que ya no deberíamos hablar del medio ambiente sino del ambiente completo, como lo advierte Leonardo Boff, porque por sus relaciones comprende todo

nuestro entorno?² Y, que, también después, de la entrada de vigencia del Acuerdo de Escazu, podríamos pensar también en la conveniencia de instancias judiciales especiales de protección del ambiente en América Latina y El Caribe dentro del sistema interamericano, que eviten e impidan ecocidios, como el que la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU calificó a la depredación que ocurre en el Arco Minero de El Orinoco de La Amazonia venezolana.

Pregunta

¿En su criterio como concibe la justicia ambiental conforme el Acuerdo de Escazu?

En primer término, yo partiría del concepto del derecho de acceso a la justicia, como derecho de acceso a la **Jurisdicción Ambiental**, y, dentro de ella, distinguiría, **la Justicia Ambiental**, como la rama judicial especializada en el conocimiento de las acciones individuales y colectivas por los conflictos surgidos por la aplicación de la normativa ambiental y contravenciones ambientales, así como por las acciones individuales y colectivas de amparo para recomponer el ambiente dañado y de cese de las actividades generadoras del daño ambiental y de acción de responsabilidad, de indemnización y de recomposición del daño ambiental. **Y la Justicia Penal Ambiental**, que conocería de las causas provenientes de acciones u omisiones tipificadas como delitos ambientales, así como de las acciones civiles derivadas de estos delitos. **Y un proceso ambiental oral**, en base a audiencias, con participación de expertos y técnicos ambientales y con un poder cautelar autónomo y precautorio urgente; y con aplicación de la prueba anticipada si pelagra su práctica posterior y de inversión de la carga de la prueba y de la carga dinámica de la prueba, para lo cual se deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria de cada una de las partes, de acuerdo con la naturaleza de interés público del asunto debatido. **Y con una Fiscalía Ambiental. una Defensoría de Derechos Ambientales. Y un Centro de Medios Alternos de Soluciones de Conflictos en materia de la prevención, restauración e indemnización de daños causados al ambiente, a cargo de expertos y especialistas.**

² Leonardo Boff, “Una Ecología Integral. Por una eco-educación sostenible”, Ediciones Khaf Grupo Editorial Luis Vives, Zaragoza, España 2020, p. 13.

LA TRASNACIONALIDAD DEL DERECHO AMAZÓNICO Y LA CREACIÓN DE LA DEFENSORÍA DE LA AMAZONÍA Y DEL TRIBUNAL DE DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS AMAZÓNICOS¹

INTRODUCCIÓN

En el Tercer Congreso de Derecho Amazónico, celebrado en esta Ciudad, en diciembre de 2003, presenté como ponencia la propuesta de crear dentro de la organización internacional del Tratado de Cooperación Amazónica, de una instancia de defensa o Defensoría de la Amazonía como herencia común de la Humanidad, para garantizar la participación de los pueblos amazónicos en el proceso de su desarrollo armónico y equitativo y la protección de sus derechos colectivos, así como el cumplimiento de las normas del derecho amazónico. Y sugerí a dicho Congreso, que a través de la Academia Brasileira de Letras Agrarias presentara tal iniciativa a la Secretaría Pro Tempore del Consejo de Cooperación Amazónica para su participación a los Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados partes del Tratado de Cooperación Amazónica, a los fines de estudiar las enmiendas o reformas necesarias para la creación de esta Defensoría de la Amazonía. Pasados 16 años de aquella propuesta, considero oportuno este 4º Congresso de Internacional de Direito Amazónico, para ratificar esta propuesta, puesto que hoy el riesgo del ecocidio amazónico es mayor. Con ese propósito, me permito ratificar mis planteamientos que justifican una Defensoría de la Amazonía y que complemento, en esta ponencia, con la propuesta de un Tribunal de Derechos Humanos de los Pueblos Amazónicos.

I. PREMISA FUNDAMENTAL

Partimos de la existencia de un derecho amazónico, que tiene como objeto de estudio la Amazonía. Y desde el punto de vista del derecho nacional e internacional como rama jurídica que regula la Amazonía, por su importancia para la soste-

¹ Ponencia presentada ante 4º Congresso Internacional de Direito Amazónico, celebrado en Boa Vista, Roraima, Amazonía, Brasil, el 16 de mayo de 2019, promovido por las universidades Federal e Estadual de Roraima, que tuvo como tema “Direito Regionalizado da Amazônia – Perspectiva do Contexto dos Direitos Humanos”.

nibilidad y la calidad de vida de la tierra, como una propiedad global de la humanidad. Es decir, integra en el derecho internacional o transnacional un *ius humanitatis*, que tiene su fundamento en la doctrina de la “herencia común de la humanidad” que ha sido acogida en el derecho internacional en las últimas décadas². La Amazonía, pues, materialmente, compuesta por los recursos naturales y el ambiente de los territorios amazónicos bolivianos, colombianos, ecuatorianos, guyaneses, surinameses y venezolanos que integran internacionalmente la Región Amazónica, cuenta con un derecho transnacional, que propiamente pueden denominarse “derecho amazónico”.

II. CARÁCTER DE HERENCIA COMÚN DE LA HUMANIDAD DE LA AMAZONÍA

Es posible, por la consideración de área común natural que de la Amazonía han hecho los países firmantes del Tratado de Cooperación Amazónica (TCA) del 3 de julio de 1978, que pueda calificarse a esta Región como herencia común de sus pueblos. La diferencia con otras áreas comunes naturales es que en la Amazonía los países amazónicos tienen soberanía territorial sobre sus recursos naturales³. Sin embargo, por los efectos jurídicos de dicho Tratado estos países, por la vía, primigenia de la cooperación internacional, han convenido en actuar conjuntamente para promover armónicamente el desarrollo de sus respectivos territorios amazónicos⁴; lo cual implica limitaciones para su soberanía internacional y limitaciones para sus derechos nacionales que permiten la libre apropiación de sus recursos naturales. En otras palabras, que sus políticas públicas de explotación de estos recursos, e inclusive, sus legislaciones ambientales y de ordenamiento territorial, han de surgir del intercambio de informaciones, de acuerdos y entendimientos operativos, y de los instrumentos jurídicos internacionales que se establezcan para cumplir las finalidades del TCA de promover el desarrollo armónico de sus territorios, la equidad de los beneficios de su explotación y la preservación del medio ambiente y la explotación racional de sus recursos naturales. Por ejemplo, nacionalmente en materia de aprovechamiento de la flora y de la fauna⁵. E, igualmente, la internacionalización de los ríos amazónicos implica para los Estados ribereños la obligación de la libre navegación, la uniformidad de sus legislaciones y la utilización racional de esos recursos⁶. Todo lo cual confirma la naturaleza transnacional del derecho amazónico.

² En esta definición me inspiro en el concepto de Jus Humanitatis de Boaventura de Sousa Santos en su Libro *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), segunda reimpresión 2002, Bogotá, D. C., p. 245.

³ Ver artículo IV del Tratado de Cooperación Amazónica (TCA)

⁴ Artículo I del TCA.

⁵ Ver artículo VII del TCA

⁶ Ver artículos III y V del TCA.

III. NATURALEZA DE DERECHO TRASNACIONAL DEL DERECHO AMAZÓNICO

El derecho que tiene como objeto de su estudio y regulación a la Amazonía, es el derecho amazónico, que puede calificarse de derecho transnacional especial, por su fuente primigenia y sus finalidades de promoción del desarrollo armónico de esa Región, de preservación del medio ambiente y el racional aprovechamiento de su flora y fauna, y por los principios de la internacionalización de sus recursos hídricos y de la explotación de sus territorios; así como por la institucionalidad internacional que ha generado. Ello determina la necesidad de órganos transnacionales que atiendan el desarrollo del derecho amazónico y de la garantía de su cumplimiento y que garanticen el respeto de los pueblos amazónicos.

IV. LA COMUNIDAD AMAZÓNICA COMO EVOLUCIÓN DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL HACIA LA INSTITUCIONALIDAD SUPRANACIONAL

Desde la suscripción del TCA, que dio lugar a mecanismos de intercambio de informaciones y entendimientos operativos y a la creación del Consejo de Cooperación, con su Secretaría Pro Tempore, de naturaleza consultiva y de asistencia, se ha avanzado al crearse en el Protocolo de Enmienda del TCA de Caracas de fecha 8 de diciembre de 1.998 la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica⁷. Ese paso supone un camino hacia la supranacionalidad en el tratamiento jurídico de la Amazonía. En efecto, esta Organización (OTCA), con el cumplimiento de los requisitos constitucionales de aprobación de la enmienda por los países amazónicos y con su entrada de vigencia, contará con personalidad jurídica propia, separada e independiente de los Estados partes de dicho Tratado, que le permitirá celebrar por sí, a través de su Secretario General, acuerdos con las partes contratantes y con Estados no miembros del TCA y con otras organizaciones internacionales. Además, su Secretaría Permanente, que tiene su sede en Brasilia, y cuyo reglamento fue aprobado por la VI Resolución de Ministros de Relaciones Exteriores en Caracas, el 6 de abril del 2000⁸, es la encargada de implementar los objetivos del TCA, de conformidad con las resoluciones emanadas de las reuniones de Ministros de Relaciones Exteriores y del Consejo de Cooperación Amazónica. Es verdad, que en el Protocolo de Enmienda del TCA no se prevé aun propiamente una “supranacionalidad de la Región Amazónica”, porque la OTCA no podrá ejercer coacción directa, a través de su Secretaría sobre los Estados miembros de la Región, como ocurre en los procesos de integración económica que cuentan con órganos supranacionales administrativos, legislativos y jurisdiccionales, que actúan encima de los Estados que los han creado, porque éstos les atribuyen competencias nacionales, sin ceder soberanía, en un esquema de distribución del poder de relación no jerárquica, a la manera de los Estados federales. Sin embargo, la creación de organizaciones, con personalidad jurídica

⁷ Este Protocolo modifica el Artículo XXII del TCA

⁸ Resolución RES/VI MRE-TCA/1

independiente de los Estados que suscriben Tratados, para cumplir los objetivos de esos mismos Tratados es un paso hacia la supranacionalidad, que se impondrá a medida que esas organizaciones comiencen a generar normas que deben ser cumplidas por los Estados y a reconocer en esas normas derechos a los ciudadanos de las regiones comprendidas en esos Tratados. La ausencia en el TCA de mecanismos directos de coacción y de protección de esos derechos impondrá, al igual de lo que ha sucedido en los procesos de integración económica, que han generado comunidades de derecho internacionales, en el futuro, en mi criterio, la necesidad de avanzar hacia la Comunidad Amazónica, creándose, entonces, verdaderas organizaciones supranacionales, que en consecuencia, producirán normas de naturaleza supranacional destinadas a regular la Amazonía como Región, y los derechos y obligaciones de sus ciudadanos, que será el derecho amazónico comunitario. En efecto, en el caso del TCA se contempla no sólo un proceso de integración económica, sino algo más trascendente e integral, como lo es un pacto para el desarrollo armónico y para la preservación de un bien común de la humanidad, como lo es la Región Amazónica. Es decir, que existen valores éticos que imponen esa supranacionalidad para garantizar esa herencia común, que es más importante que la integración de las economías y de los mercados. En efecto, se trata de la salvaguardia de los derechos de los pueblos amazónicos y de la humanidad en general, por lo que la supranacionalidad es éticamente obligatoria, para limitar la soberanía interestatal y los derechos individuales de apropiación y aprovechamiento de los recursos de los respectivos de los territorios amazónicos. Se impone, pues, en mi criterio, desde un punto de vista ético, que se contemple una autoridad internacional, creada por los Estados de la Región, que vigile la utilización de ese patrimonio común de la humanidad y proteja los derechos de los pueblos amazónicos. Al igual, que por aplicación de la justicia universal que vela por la protección de los derechos de estos pueblos, que se cree también un tribunal internacional con esta finalidad, de exigir a los estados miembros de la comunidad amazónica su obligación de respetar esos mismos derechos.

V. NATURALEZA COLECTIVA Y SOLIDARIA DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS AMAZÓNICOS COMO JUSTIFICACIÓN DE LA DEFENSORÍA DE LA AMAZONÍA

La condición de propiedad global de la humanidad de la Amazonía y los fines del TCA de la promoción del desarrollo armónico de los territorios amazónicos, de la preservación del medio ambiente y de la utilización conjunta y equitativa de sus recursos naturales; determinan un conjunto de derechos de carácter colectivo para los pueblos de esa Región. En efecto, sin entrar a discutir el tema de los llamados derechos humanos de solidaridad o derechos de la tercera generación, no cabe duda que el derecho al ambiente, el derecho al agua y el derecho a la paz, así como el derecho al desarrollo y de reconocimiento de propiedad global de la Humanidad, en la Amazonía son derechos de la comunidad amazónica y de sus

poblaciones, más que de sus Estados o de sus individuos en particular⁹. Asimismo, por aplicación del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo de fecha 27 de julio de 1989, que forma parte del derecho internacional de los derechos humanos, y por aplicación de normas constitucionales de los Estados Amazónicos¹⁰, los pueblos indígenas de la Región tienen derechos especiales en la Amazonía, como comunidades nativas, entre otros el derecho prioritario de aprovechar sus recursos naturales.

Pero, por otra parte, los derechos de los pueblos amazónicos, donde se incluyen los de las comunidades nativas, exigen además de políticas públicas de desarrollo, de paz, de defensa del medio ambiente, de utilización equilibrada de los recursos naturales y de prioridad de su aprovechamiento por esas comunidades; requieren de una acción de la comunidad internacional amazónica. que es un aspecto consustancial de los denominados “derechos de la solidaridad”¹¹. La concepción solidaria de los derechos al desarrollo de los pueblos amazónicos y la consideración de la Amazonía, como herencia común de la humanidad, aun respetando la soberanía de los Estados, impone nuevos paradigmas frente a paradigmas tradicionales. Así, frente la transnacionalidad del derecho amazónico cuyo objeto de regulación es la Amazonía, reclama una veeduría ciudadana para velar, proteger y reclamar los derechos colectivos de sus pueblos.

VI. LA DEFENSORÍA DE LA AMAZONÍA COMO INSTITUCIÓN DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRATADO DE COOPERACIÓN AMAZÓNICA PARA CONSOLIDAR EL DERECHO AMAZÓNICO TRANSNACIONAL

Señalé anteriormente que se ha ido avanzando desde la cooperación técnica hacia la organización internacional del proceso de desarrollo armónico de la Amazonía, cuando se creó por ejemplo la OTCA. Asimismo, igualmente he señalado, que, por el influjo de la aplicación de la concepción de herencia común de la humanidad a esta Región, esa organización internacional tenderá mucho más hacia la supranacionalidad. Ello sucederá cuando los Estados amazónicos atribuyan a

⁹ Para este concepto de derechos de la tercera generación puede verse: Uribe Vargas, Diego, “La tercera generación de derechos humanos y la paz”, Plaza & Janes, 1983, p. 34. Y, también, Gros Espiell, Héctor, “El Derecho de todos los seres humanos a beneficiarse del Patrimonio Común de la Humanidad”, en *Estudios sobre Derechos Humanos*, Ediciones del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, 1985, Tomo I, p. 146.

¹⁰ Las Constituciones de Perú (artículos 2°, inciso 19, 48, 89 y 149), Venezuela 119 a 126); Bolivia (artículo 171); Brasil (artículos 231 y 232); Colombia (artículos 7, 10, 63,67,72,96, literal c, 246, 329 y 330); Ecuador (artículos 1 y 135). Los Estados Andinos, por su parte, ratificaron estos derechos de los pueblos indígenas en la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos.

¹¹ Obra citada, página 146.

las organizaciones creadas por ellos mismos competencias nacionales en los asuntos amazónicos, sin renunciar a la soberanía de sus territorios. Sin lugar a dudas que la creación de esas organizaciones generará normas referentes las obligaciones de los Estados y a los derechos de los pueblos amazónicos, por lo que tarde o temprano se requerirá de mecanismos de coacción sobre los Estados en los casos de incumplimientos y de sistemas de protección de esos derechos cuando se desconozcan o se violen. Aparte de lo anterior, el derecho primordial de los pueblos amazónicos es el derecho a participar activamente en el proceso de desarrollo de sus respectivos territorios y en sus beneficios. Para ello debe existir un acercamiento de la organización internacional de la Amazonía con sus ciudadanos, por lo que mientras no existan mecanismos de participación ciudadana sus derechos no serán efectivos. Por tanto, debe existir una instancia internacional, independiente y autónoma, donde pueden ser llevados esos problemas para ser solucionados por formas no jurisdiccionales de índole supranacional, mediante mecanismos de buenos oficios de la OTCA, o a través de la persuasión, la conciliación o la mediación. En concreto, sugiero una instancia supranacional que acerque la organización internacional de la Amazonía al ciudadano amazónico, que vele por los derechos de los pueblos amazónicos y permita la solución de las controversias con las autoridades nacionales, independientemente de las competencias de los órganos internos de cada Estado. Esa instancia podría ser, en mi criterio, un Defensor de la Amazonía, o también, una Comisión de Defensa de la Amazonía. En uno u otro caso, estos órganos servirían de puente entre la organización internacional amazónica y los ciudadanos para su participación en el proceso de desarrollo de la Región y para la protección de sus derechos colectivos. Estos organismos tendrían competencias para mediar, conciliar, persuadir y proteger en situaciones que afecten los derechos de los ciudadanos amazónicos y actuarían con autonomía de los Estados partes y de la Secretaría Permanente y de las otras Comisiones del TCA. Para ello es necesario que esta instancia esté incorporada a la estructura orgánica del TCA, mediante su enmienda o reforma aprobada por todos los Estados, como instancia complementaria o subsidiaria de las nacionales para solucionar problemas en donde estén afectados los derechos de los pueblos amazónicos¹². Es decir, se trataría de una instancia que velaría por el cumplimiento del derecho amazónico en todos los niveles, tanto en la OTCA como en sus países miembros¹³.

VII. LA NECESIDAD Y JUSTIFICACIÓN DE UNA INSTANCIA UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS AMAZÓNICOS

Frente a los casos lesivos de derechos fundamentales, se reconoce el derecho a una justicia internacional. Ello, por el carácter trasnacional de las violaciones a

¹² En el reciente VI Coloquio del Instituto Latinoamericano del Ombudsman celebrado en Bogotá, Colombia, del 18 al 19 de septiembre de 2003, sobre “Rol de un Ombudsman en un Pacto Económico”, propuse la creación de un Defensor del Pueblo Andino como instancia de mediación y de acercamiento entre los ciudadanos y la Comunidad Andina de Naciones

¹³ En este orden de ideas, ver como un ejemplo, el artículo 43 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01)

derechos de la humanidad, puesto que estos casos van más allá de las fronteras y sistemas penales nacionales, sobre todo cuando afectan los derechos de los pueblos. Dicha instancia de justicia universal tiene el fin de juzgar a los depredadores de riqueza de la humanidad y a los violadores de los derechos humanos y hacer respetar los compromisos internacionales que los estados han adquirido con las organizaciones internacionales de respetar los derechos humanos. El planteamiento de la justicia universal, parte del principio de si los tribunales nacionales no garantizan el derecho a la protección de sus derechos humanos, los ciudadanos y los pueblos tienen derecho de presentar su caso ante un tribunal internacional, previo agotamiento de las vías judiciales en sus Estados, porque se trata de un tribunal externo, complementario y supletivo de los poderes judiciales internos. Esta es la argumentación para justificar la creación de un Tribunal de Derechos Humanos de los Pueblos Amazónicos. Asimismo, a los efectos procesales de las acciones ante este Tribunal, en su organización ha de contemplarse una Fiscalía ante este Tribunal.

VIII. EL ECOCIDIO DEL ARCO MINERO DEL ORINOCO DE VENEZUELA

Un ejemplo de ecocidio, que no ha sido posible su reclamo ante una instancia regional amazónica pertinente por la violación de los derechos de los pueblos amazónicos de Venezuela, es el llamado Arco Minero del Orinoco, orquestado por el gobierno de Nicolás Maduro. Puesto que no ha sido corregido, ni reparado y ni siquiera ha merecido atención por los órganos del TCA, no obstante que este ecocidio, por sus daños a la población amazónica, no solo venezolana, sino también de los otros países amazónicos, puede ser calificado como un delito de lesa humanidad, cuyo origen es un flagrante caso de corrupción. Este Arco Minero, decretado por el gobierno de Nicolás Maduro, mediante el decreto N° 2.248 de fecha 24 de febrero de 2016, comprende una extensión de 111.846, 70 kilómetros cuadrados, y supone la destrucción de 110 mil kilómetros cuadrados en el proyecto minero más grande de Venezuela. Y, que supuestamente tiene por finalidad reducir la dependencia del petróleo mediante la extracción de oro, diamantes y coltán. El Arco Minero Arco Minero del Orinoco, comprende en los ecosistemas de los estados Amazonas, Bolívar y Delta Amacuro, dentro del cual se lleva a cabo la explotación de materiales crudos, como el coltán y el oro, y se efectúa mediante negociaciones ilícitas e irregulares, que permite la explotación laboral de la mano de obra, no supervisada y esclavista. Se ha dicho que esta explotación ha resultado un gran desastre: la zona está llena de cráteres, con agua envenenada por mercurio y la supervivencia de las comunidades indígenas está en juego” y que “todo tipo de negocios oscuros, en parte está en manos del gobierno”; “todo esto tiene lugar bajo la atenta mirada del ejército”¹⁴. Este proyecto, fue declarado por la Asamblea Nacional, en Acuerdo de fecha 14 de junio de 2016, como contrario a los intereses de la República y a los derechos ambientales y que por ende lo desconocía y desautorizaba su creación, por atentar contra las reservas de agua

¹⁴ <https://acominero.infoamazonia.org/sttory>

dulce no contaminadas, del país, ubicadas al sur del Río Orinoco, la biodiversidad de la Reserva Forestal de Imatáca, de El Caura, La Paragua y las zonas protectoras de la Cuenca del Río Caroní, los Tepuyes, que son formaciones biogeografías únicas en el mundo, y porque atenta contra el hábitat de los pueblos indígenas y las Áreas bajo Régimen de Administración Especial, Áreas Protegidas o de Especial Importancia Ecológica. Áreas estas para cuya desafectación se requería la autorización de la Asamblea Nacional. En dicho Acuerdo se denuncia igualmente que con citado decreto el gobierno pretende otorgar los contratos y concesiones para la explotación de los recursos de esa extensión, sin la debida autorización de la Asamblea Nacional. El gobierno de Maduro, con fundamento en el cuestionado decreto, anuncio el 5 de agosto de 2016, la firma de una serie de acuerdos por 4,5 millones de dólares con empresas nacionales e internacionales, entre otros con la empresa Faoz, para la explotación de yacimientos de tantalio¹⁵ y niobo¹⁶ y la constitución de una empresa mixta, con la compañía Gold Reserve, a quien con anterioridad el gobierno de Chávez había revocado el contrato para la exploración de oro y cobre de la minas Las Brisas y Las Cristinas, en el municipio Sifontes, del Estado Bolívar. Posteriormente, en septiembre de 2016, Maduro autorizó la creación de la empresa mixta Siembra Minera, constituida por la Corporación Venezolana de Minería y GR Mining de Barbados. Asimismo, Maduro anuncio que se invertirían más de 4 millardos de dólares en la zona y que se instalarían con alianzas internacionales, tres (3) empresas mixtas para la explotación del coltán, mineral refractario imprescindible para la industria electrónica, militar y aeroespacial¹⁷. Por otra parte, a finales del 2017, Maduro anuncio la delimitación de 23 áreas para uso minero en una extensión de 3.409 kilómetros cuadrados, es decir, el 3% del Arco Minero, de las cuales 22 están destinadas a la explotación de oro y la otra a la de diamante, lo cual se acordó en el decreto N° 3.189, por el que transfirió a la citada Corporación y a la Empresa Nacional Aurífera el derecho de desarrollar la explotación de oro y minerales estratégicos en dichas extensiones, para cuyo desarrollo el gobierno incorporaría más de 10.000 personas, mediante un Plan llamado Chamba Juvenil, es decir, minería a pequeña escala, cuyas consecuencias para el ambiente y la salud de las personas, por equipos que arrasan el suelo y que necesitan mercurio, que contamina y envenena las aguas, los peces y las personas.

Por los daños masivos al medio ambiente, que determinan destrucción o pérdida de ecosistemas en las zonas del llamado Arco Minero del Orinoco, así como el riesgo grave que supone para sus habitantes al contaminar sus aguas y cultivos,

¹⁵ Metal blanco plateado (Ta) de número atómico 73, muy duro y de apesto semejante al del acero.

¹⁶ O columbio que se emplea principalmente aleado en aceros para conferirles una alta resistencia, por ejemplo, en la construcción de turbinas de aviones y propulsores de cohetes espaciales.

¹⁷ Coltán es un mineral conocido como oro azul, que es mezcla de los minerales columbia y tantalita, que se utiliza para fabricar componentes de los móviles, smarphones y dispositivos electrónicos, considerado un recurso no renovable altamente estratégico que al igual que los hidrocarburos no abundan en el planeta terrestre.

a la luz de la comunidad internacional, su creación se puede calificar de “ecocidio” y, por ende, de un delito contra la humanidad. En efecto, se entiende por ecocidio el daño masivo o destrucción medioambiental de un territorio o zona, de tal magnitud que puede poner en peligro la supervivencia de sus poblaciones. La Asamblea Nacional, en su Acuerdo de fecha 14 de junio de 2016, por el que declaró contrario a los intereses de la República y a los derechos ambientales el decreto N° 2.248 de fecha 24 de febrero de 2016 de creación del Arco Minero del Orinoco, señalaba los daños que las actividades mineras permitidas, así como la ilegalidad de los contratos a otorgar en dicha zona, en su extensión de 11.846, 70 kilómetros cuadrados, a 150 empresas de 30 países diferentes, que representa el 12,2% del territorio nacional, y que afecta los frágiles ecosistemas de los estados Amazonas, Bolívar y Delta Amacuro. Decreto este que por sus consecuencias, no solo violenta los artículos 127 a 129 y 304 y 327 de la Constitución, sino también la normativa internacional ambiental suscrita por Venezuela, como el Convenio sobre Diversidad Biológica, la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América o Convención de Washington, la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de la UNESCO, y el Protocolo relativo a las áreas, Flora y Fauna Silvestres y el Convenio para la protección y el Desarrollo del Medio Ambiente en la Región del Gran Caribe. En efecto, la actividad minera en gran escala, en 22 zonas y en una de minería primaria, construyen serias amenazas de contaminación con mercurio y cianuro y la deforestación de bosques tropicales, lo que además impacta la salud y proliferan enfermedades como la malaria. Estos daños serían irreversibles por su incapacidad de regeneración. Tales son los daños que internacionalmente se le considera “el quinto crimen perdido contra la paz”,¹⁸ por no encontrarse previsto expresamente entre los cuatro crímenes internacionales en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, limitándosele siempre a situaciones de guerra y a daños intencionales, pero, si los daños son de tal magnitud, extensos, duraderos y graves, que afectan a poblaciones como las indígenas y a la mayor reserva de agua del país, y desproporcionados a sus supuestos fines y ventajas, se alega, si quienes actúan lo hacen consciente e intencionalmente, de los daños que provocan, porque por ejemplo, no se elaboraron antes los estudios ambientales que imponen las leyes nacionales e internacionales y porque permiten la pequeña minería, o brigadas socialistas, que utilizan mercurio, podría hablarse de que tales hechos cabrían en la competencia de la Corte Penal Internacional, conforme el artículo 30, de su Estatuto¹⁹. En ese orden de ideas, se ha manifestado el profesor Alexander Luzardo, proyectista de las normas ambientales de la Constitución y profesor titular de derecho ambiental y desarrollo sustentable de la Universidad Central de Venezuela, que ha denominado al Arco Minero del Orinoco, como “el ecocidio del Siglo XXI”²⁰.

¹⁸ Gauger, Anja, “Ecocide is the Missing 5th crime against Peace” (sas -space.sas.ac.uk, Human Rights Consortium, School of Advanced Study, University of London)

¹⁹ Soler Fernández, Rosel, “El ecocidio: ¿crimen internacional?”. Ieee.es ((Instituto Español de Estudios Integrales), Documento Opinión, DIEEE0128- 2017_Ecocidio_

²⁰ [https://www.larazon.net\(2016/07/pro-alenxander-luzardo-el-mal-llamado-Arco Minero](https://www.larazon.net(2016/07/pro-alenxander-luzardo-el-mal-llamado-Arco-Minero)

Este ecocidio, lleva a pensar en la necesidad de una instancia internacional donde los pueblos amazónicos puedan presentar sus reclamos, a los fines de que los órganos que tiene a su cargo la ejecución del TCA, puedan reclamar al Estado victimario por los daños causados y exigirles su recuperación. Igualmente, dado la naturaleza de delitos contra bienes del patrimonio de la humanidad, también puede pensarse, por aplicación de la justicia universal, en la creación de un Tribunal de los Derechos Humanos de los Pueblos de la Amazonia.

IX. PROPUESTA

Por lo expuesto, ratifico el propósito de presentar al 4º Congreso Internacional de Derecho Amazónico, celebrado en Boa Vista, Roraima, Brasil, la proposición que presentó al 3º Congreso Internacional de Derecho Amazónico, de promover la creación dentro de la organización internacional del Tratado de Cooperación Amazónica, de una instancia de defensa o Defensoría de la Amazonía como herencia común de la Humanidad y de un Tribunal de Derechos Humanos de los Pueblos Amazónicos, para garantizar la participación de los pueblos amazónicos en el proceso de su desarrollo armónico y equitativo y la protección de sus derechos colectivos, así como el cumplimiento de las normas del derecho amazónico. A tal efecto, me permito proponer, como lo hice en el 3º Congreso, a través de la Academia Brasileira de Letras Agrarias, que dirija tal iniciativa a la Secretaría Pro Tempore del Consejo de Cooperación Amazónica para su participación a los Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados partes del Tratado de Cooperación Amazónica, a los fines de estudiar las enmiendas o reformas necesarias para la creación de esta Defensoría de la Amazonía y del Tribunal de Derechos Humanos de los Pueblos Amazónicos.

LA AMAZONIA: RETOS Y DESAFÍOS PARA EL DERECHO AGROAMBIENTAL¹

INTRODUCCIÓN

Con ocasión del Coloquio celebrado en Roma, dentro del marco del XI Congreso del Comité Americano de Derecho Agrario, celebrado en el Dipartimento di Scienze Agrarie, Alimentari e Agro-Ambientali de la Universidad de Pisa, tuvimos la honra el Profesor Ricardo Zeledón y mi persona, de presentar, el 11 de septiembre del año pasado, al Papa “*La Carta de los juristas del Derecho Agrario latinoamericano a Su S.S. el Papa Francisco*”, en la cual recogíamos la idea de su documento pontificio de una visión integral socio-agraria-ambiental-ecológica sobre la Amazonia. Sobre este planteamiento, con la brevedad del caso expondré mi visión sobre este tema, fundamentalmente en el ámbito del derecho ambiental y agrario regionales, que me atrevo a calificar como retos y desafíos para estos derechos y que ciertamente los vincula con el llamado derecho ecológico.

Hoy día, después de Estocolmo 72, de Río 92, de Johannesburgo 02, de Río + 20 y la Declaración de la Cumbre sobre los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ONU), de septiembre de 2019; el tema de la Amazonia se ha retomado con mayor énfasis, dentro del relanzamiento de la cuestión ambiental en el ámbito de la axiología; por comprender una visión integral socio-agraria-ambiental, dentro de la ecología. Es decir, el entronque entre el tratamiento de las cuestiones ambientales a niveles tanto mundial como regional con el conjunto de políticas que regulan la vida en los ecosistemas. Conforme el compromiso ciudadano de proteger el ambiente y trabajar sin descanso para alcanzar el desarrollo sostenible como condición esencial para el futuro de la humanidad, considerando las dimensiones ética, ecológica, social, económica, institucional y política de La Amazonia. Ello bajo el enfoque de la Ecología Integral a que se refiere el Papa Francisco en su Encíclica *Laudato Si* de mayo de 2015 y de la eficacia del derecho ambiental a que se refirió en su Mensaje a la 70ª Asamblea General de la ONU del 25 de septiembre del mismo año, con motivo de la Cumbre sobre la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

Por ello, mi visión es hacia un Estatuto Agroambiental Ecológico de la Región Amazónica para darle un verdadero soporte político e institucional como una

¹ Trabajo para la Academia de Ciencias Agrarias Brasileira, 12 de octubre de 2020.

comunidad jurídica, más allá del Tratado de Cooperación Amazónica del 3 de julio de 1978, cuyo objeto es solo el de la cooperación técnica más no el de establecer un régimen internacional de acción integral de los países amazónicos en la conservación, protección y aprovechamiento de sus recursos naturales, de investigación científica y tecnológica y de intercambio de información: y, de utilización racional de los recursos naturales; así como de cooperación en la libertad de navegación y del comercio de los ríos amazónicos y sobre la vida de sus poblaciones. Es decir, mi visión es ir más allá de las declaraciones y de la relación entre estados, para configurar la Amazonia internacionalmente como un verdadero ecosistema institucional. Ello dentro de la concepción de la naturaleza como el objeto del derecho agrario y ambiental, por supuesto, pero también del derecho internacional, del derecho constitucional, del derecho privado, del derecho social y del derecho penal, y de sus disciplinas afines de la economía y la sociología, entre otras. Por ello, con relación a la Amazonia me aproximo a lo que Eduardo Pigretti, llamaba, dentro de la evolución del derecho ambiental, “el derecho de la naturaleza”, cuya finalidad es la regulación de la relación del hombre y la sociedad con la naturaleza. Por lo que yo considero al profesor Pigretti, como precursor de lo que modernamente se ha venido llamando derecho ecológico, cuya finalidad es la regulación de la actividad humana en su interacción con los ecosistemas y el medio ambiente, y la regulación de las medidas apropiadas para su conservación y protección, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras. Y que tiene por objeto, el conjunto de políticas, instituciones y normas jurídicas que desarrollan y regulan un orden en los ecosistemas en su totalidad. Mi planteamiento es hacer para La Amazonia una gobernanza, es decir, una entidad jurídica internacional, con una gobernabilidad, un orden jurídico y con instituciones supranacionales; basada en la interrelación equilibrada de los estados, la sociedad civil y el mercado para lograr un desarrollo económico y social sostenible.

Como filosofía de este involucramiento de lo agroambiental y lo ecológico, parto del concepto de la relevancia ecológica de la Amazonía en el equilibrio ambiental del planeta, puesto que en ella se concentran las dos terceras partes de los bosques de la selva tropical que suministra humedad a toda Sudamérica que influye en las lluvias de la región y contribuye a la estabilización del clima global y posee el 15% del agua dulce de la Tierra y la mayor biodiversidad del mundo. Asimismo, tengo como orientación el principio de la garantía de ese equilibrio ecológico y la conservación de sus recursos y ecosistemas en razón de la integración de la región amazónica a la economía nacional y mundial y al desarrollo agroindustrial. Y, me ubico en la tesis internacional de que el mundo necesita con urgencia hacer frente a los retos de acabar con la pobreza, el aumento de la inclusión social, y el sostenimiento del planeta. Es decir, en el incremento de la investigación y la búsqueda de soluciones prácticas para el desarrollo sostenible para el Amazonas, dentro del contexto de la Cumbre de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas del 25 de septiembre de 2015 y de la Red de Soluciones de Desarrollo Sostenible para la Amazonía de 2014, para encontrar soluciones a los desafíos del desarrollo sostenible en la Amazonía. Además, parto del supuesto que la ausencia de personalidad jurídica internacional de la Amazonia como enti-

dad internacional crea un "vacío jurídico e institucional", que impide la obligatoriedad o gobernabilidad de un proyecto internacional de un enfoque ecosistémico de la Amazonia más allá de los tratados convencionales; y que la falta de una Carta del Derecho Ambiental y Ecológico de la Amazonia y de una Carta de los Derechos Fundamentales de los Pueblos Amazónicos, no permite definir la acción comunitaria y la responsabilidad de los estados amazónicos por sus obligaciones e impide exigir el respeto y la reparación de los daños por sus incumplimientos o violaciones de los derechos de los pueblos amazónicos.

Aparte de lo anterior, la alarmante situación de crisis ambiental que atraviesa la Región Amazónica, comprende no solo la contaminación del agua, aire y suelo, el calentamiento global, la deforestación, el incremento de los incendios de su bosque tropical, la sobrepesca, los accidentes industriales y nucleares, la pérdida de la biodiversidad: sino también, la protección de la vida de los organismos vivos del ecosistema en su totalidad, por los daños medioambientales en la especie la humana y animal por la acción de deterioro y de rapidación de su entorno físico y social. Por lo que la regulación de la Región Panamazonica, en mi criterio, comprendería la defensa del medioambiente en su conjunto, es decir, la protección del entorno, el uso racional, la conservación del medio y la prevención del daño en el mismo y los aspectos de bienestar y calidad de vida humana; y comprendería también la defensa de los ecosistemas y los hábitats de los seres que pueblan u ocupan los mismos ecosistemas, o sea, la vida en ese ecosistema global. Es decir, en concreto, del derecho amazónico, como derecho agroambiental ecológico, que daría soporte a La Amazonia como comunidad jurídica internacional.

El planteamiento de darle a la Amazonia, como ecosistema, un soporte jurídico e institucional, a nivel nacional e internacional, supone varios aspectos:

1. El reconocimiento de la Amazonia como fuente de su tratamiento jurídico como una estructura trasnacional.
2. El reconocimiento en un instrumento internacional de la región conformada por la superficie de los países que tienen jurisdicción o territorio en la cuenca hidrográfica del río Amazonas y de sus poblaciones, como un ecosistema común.
3. La organización global de la Amazonia como un sistema autónomo y unitario de carácter trasnacional, dotada de personalidad jurídica, que evite el desmembramiento del sistema y que permita establecer una estructura que agrupe a los estados.
4. El reconocimiento de la Región de la Amazonia como Panamazonía como una figura jurídica trasnacional en el derecho internacional y en el derecho interno.
5. La aprobación de un instrumento jurídico que uniforme el tratamiento de las leyes y tratados entre los países amazónicos.
6. La gobernanza y la gobernabilidad de La Panamazonía como comunidad jurídica regional.
7. La naturaleza de derechos colectivos de los derechos de los pueblos amazónicos.

8. La necesidad y justificación de una instancia regional de control de la gobernanza y jurisdiccional de protección de los derechos humanos de los pueblos amazónicos.

9. La formulación de los principios y bases de una normativa propia para la Panamazonía que configure el derecho agroambiental amazónico en el derecho internacional y nacional. El Estatuto o Carta Ecológica de la Panamazonía como ecosistema, a que me he referido, vendría a ser la consagración jurídica de la condición de la Amazonia como patrimonio de la humanidad y de región de desarrollo sostenible y armónico, como una unidad jurídica en términos de valor ecosistémico, natural y cultural, de manera de unificar su normativa en un solo instrumento y en un régimen jurídico descentralizado de la administración y de la explotación de sus recursos, de protección de las áreas protegidas, de las áreas bajo régimen de administración especial y de las áreas de especial importancia ecológica en la Región Amazónica. Dicho Estatuto o Carta regularía la interacción y concurrencia de competencias nacionales y regionales en materia ambiental, minera, hídrica y de aprovechamiento de sus recursos naturales y de mega reservas de agua dulce. Además, vendría a ser también una especie de código de reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas amazónicos. Aparte de lo anterior, un Estatuto, como el mencionado, podría establecer regímenes especiales administrativos de explotación de los recursos naturales y de la participación de los pueblos indígenas en la gestión de las políticas públicas referidas a la Amazonia. Este planteamiento participa de la idea de la Constitución para la Tierra, que Luigi Ferragiolli, en 2018, planteó para la Unión Europea de una constitución más allá de los Estados para afrontar los problemas que desbordan las fronteras. Tesis esta que en el estado constitucional moderno se recoge en lo que se ha llamado “la interiorización del derecho humanitario universal, mediante la incorporación de los respectivos tratados en el derecho constitucional interno que supera la discusión entre el dualismo y el monismo jurídico. Y que es un trasunto del pensamiento del humanismo, según el Papa Francisco, respecto de la identidad de la humanidad, de que *“Los destinos de cada nación están más que nunca enlazados entre sí, al igual que los miembros de una misma familia, que dependen los unos de los otros”*”.

Por otra parte, un instrumento como el señalado serviría de base para proponer la conformación de un Ente Transnacional Panamazónico para defender y proteger el Escudo Guyanés y como un modo de obligar a los estados amazónicos para la elaboración de un plan conjunto para defender y proteger la Amazonia perteneciente a los países circunvecinos. Tal entidad transnacional complementaría el Tratado de Cooperación Amazónica, cuyo objeto es solo el de la cooperación más no el de establecer un régimen internacional de acción integral de los países amazónicos en la conservación, protección y aprovechamiento de sus recursos naturales. Una entidad transnacional amazónica, además, podría supervisar, vigilar y controlar la ejecución y cumplimiento del orden internacional ambiental y de protección de los derechos humanos indígenas en la Región. Asimismo, una estructura transnacional consolidaría un plan conjunto para defender y proteger la Panamazonía, de la minería extractivista y depredadora, y de implementar una

sola política en la cuestión minera y en las actividades económicas vinculadas. Y, una entidad como la propuesta contaría con mecanismos efectivos que permitan coordinar regionalmente la problemática minera y agroindustrial de la Amazonia en las fronteras o áreas de influencia. Igualmente, sería la base para un consenso entre los países, a fin de hacer frente a la minería ilegal e informal e instaurar mecanismos de coordinación trasnacional de seguridad regional para controlar la ocupación de la Amazonia por fuerzas delincuenciales y guerrilleras, que viven de la minería y del narcotráfico. Pienso que en la hoja de ruta de política para la Panamazonía se debería incluir su tratamiento como comunidad jurídica trasnacional, como planteamiento de una política internacional ante el mundo bajo una Visión Estratégica para la Amazonía, sobre el postulado de la herencia común de la humanidad y del reconocimiento de la Panamazonía como figura jurídica en el derecho internacional y de la naturaleza colectiva y solidaria de los derechos de los pueblos amazónicos. Ello hace necesario y justifica la creación de una instancia regional de protección de los derechos humanos de los pueblos amazónicos y de formulación y control de una normativa propia para la Amazonia que configure el derecho agroambiental amazónico en el derecho internacional y nacional. Es decir, de una Defensoría y de una Comisión de Protección de la Amazonia, como herencia común de la Humanidad y de un Tribunal de la Amazonía o de la Región Amazónica, así como de un verdadero parlamento amazónico, con real función legislativa, dentro del sistema interamericano

En este contexto vale destacar que siete países de la cuenca del Amazonas, Perú, Ecuador, Bolivia, Brasil, Surinam, Guyana y Colombia, como un paso más allá de los tratados bilaterales existentes, pactaron, el 7 de septiembre de 2019, una agenda para mejorar la coordinación regional y prevenir las crisis ambientales en la selva amazónica, en concreto, para la valoración de los bosques y la biodiversidad, así como para luchar contra la deforestación y degradación forestal. A tal efecto, crearon la “Red Amazónica de Cooperación ante desastres naturales”, con la finalidad de combatir las actividades ilegales que atentan contra la conservación de la Amazonia y de aumentar y de promover a participación de los pueblos indígenas y tribales y de las comunidades locales en el desarrollo sostenible. Tal Agenda, a mi juicio, es un precedente para un Estatuto o Carta Ecológica de la Panamazonía como ecosistema. Venezuela, por la política ideológica de aislamiento de los países democráticos no asistió a esta cita Panamazonica.

Desde otro orden de ideas, surge la discusión sobre la Amazonia como sujeto de derechos, tal como se expresa en la Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema Colombiana, del 5 de abril de 2018 (STC4360-201), en un caso de acción de tutela o de amparo constitucional, en contra del estado colombiano, por el incremento de la deforestación de la Amazonia colombiana y por la protección de los derechos de gozar de un sano ambiente, vida y salud, afectados por el acaparamiento de las tierras, los cultivos de uso ilícito, la extracción ilícita de minerales, la infraestructura, los cultivos agroindustriales y la extracción ilegal de madera, que causan no solo daños ambientales sino al resto del ecosistema del territorio colombiano. En verdad, más que un problema de reconocimiento de per-

sona jurídica a esa región, dentro de Colombia, se trataba procesalmente, de buscar proteger a las personas y las futuras generaciones, por la categoría de los derechos colectivos, por la repercusión directa de los daños en ellos del derecho disfrute de un medioambiente sano y en el resto de las personas. Y, por tanto, se consideró que en verdad en estos casos los derechos que componen los ecosistemas son los que están expuestos a situaciones extremas que impiden la subsistencia desde un punto de vista antropocéntrico. Por esta razón, se estimó que la Amazonia, tiene capacidad procesal a través de sus colectivos, para acudir a los tribunales y a las autoridades. Pues bien, con el fin buscar los mecanismos más apropiados para proteger el ecosistema colombiano mediante la protección de los derechos de esas personas humanas, fue que la Corte colombiana declaró que la Amazonía es un sujeto de derechos por su identificación intrínseca con los derechos individuales de los pobladores. Es decir, la Amazonia, por su conexidad con los derechos de las personas, es el objeto externo que los define, puesto que “el ser humano forma parte de la naturaleza, porque es a su vez naturaleza” (de Zsongon S, Jaquenod, *El Derecho Ambiental y sus principios rectores*, M.O.P.U. Madrid 1989, p. 29).

Por último, como ejemplo ilustrativo de la falta de una visión integral de la Amazonia, como parte de la política internacional de los estados que componen esta Región y de la ausencia de un marco regional que evite la rapidación de su entorno y ecosistema, me permito traer a colación lo que está ocurriendo en Venezuela, en la explotación del llamado Arco Minero del Orinoco, cuyo territorio se extiende hasta el bioma amazónico, que ha sido calificado como “el ecocidio del siglo XXI”, por el daño masivo o destrucción medioambiental causado por la política del actual gobierno de la actividad minera en los estados de Amazonas, Bolívar y Delta Amacuro, de la diversificación de los ingresos del Estado y del desarrollo intensivo de sus recursos minerales mediante la extracción principalmente de la minería a cielo abierto. Daño este de tal magnitud que ha puesto en peligro la supervivencia de sus poblaciones y cuyos daños serán irreversibles por su incapacidad de regeneración. Tal es la destrucción del medio ambiente y de la capacidad productiva de los territorios y recursos del Arco Minero del Orinoco, que la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, en su Informe presentado el 15 de julio de este año, hace propia las palabras de un líder indígena, afirmando que en el Arco Minero del Orinoco se está “destruyendo la madre tierra sin piedad”.

En resumen, hay un orden natural en el medio ambiente y en la vida humana de La Amazonia, que debe ser respetado como un orden o derecho natural propio, que se debe respetar como ley de la naturaleza y de los delicados equilibrios entre los seres de esa Región. La garantía de ese orden es la institucionalidad supranacional de dicha Región. En concreto, la Amazonía como “fuente de la vida, implica la defensa del territorio, de sus recursos naturales”, “de la vida y la cultura de los pueblos”, y también “el fortalecimiento de su organización, la exigibilidad plena de sus derechos y la posibilidad de sus pobladores de ser escuchados”; como se afirma en el documento de El Vaticano: “Amazonía: nuevos caminos para la Iglesia y para una ecología integral”, conocido como “Instrumentum Laboris”, publicado, en junio de 2019.

IDEARIO JURÍDICO Y POLÍTICO SOCIAL

Concluyo con una reflexión final: Sin una institucionalidad de desarrollo sustentable, no basta para proteger La Amazonia como ecosistema y patrimonio de la humanidad. Reflexión esta que se inspira en las palabras del ilustre coordinador de este Foro, Dr. Edwin. A Vegas Gallo, que. *“Aunque se implementen sistemas renovados para el mejoramiento ambiental, los problemas no podrán solucionarse a menos que el hombre transforme su interior”*.

LA NECESIDAD DE NUEVAS CONVENCIONES INTERNACIONALES Y DE LEYES INTEGRALES PARA LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE EN LA PANAMAZONIA VENEZOLANA¹

Las Academias Nacionales en su Pronunciamiento del 20 de julio de 2020, en rechazo a la MINERÍA ILEGAL y EL ARCO MINERO expresaron su profunda preocupación por la ilegítima, inconstitucional y convencional actividad minera desplegada en el denominado “Arco Minero del Orinoco”². Por su parte, el Bloque Constitucional de Venezuela, en su nota editorial del 17 de marzo del mismo año, señalaba que la normativa relacionada con el Arco Minero del Orinoco ha violentado los derechos de los pueblos indígenas y ha ocasionado daños al ecosistema³. Organizaciones no gubernamentales, como Funda Redes⁴, coinciden en denunciar que el llamado Arco Minero del Orinoco viola sistemáticamente derechos humanos y compromete gravemente una de las mayores reservas naturales. PROVEA, igualmente calificó el Arco Minero del Orinoco, como uno de los proyectos más depredadores de Venezuela⁵. En este orden de ideas, el diputado América De Grazia dijo que “el Arco Minero es un ‘Chernóbil ecológico en el seno de Guayana’”. Por su parte, el profesor Alexander Luzardo, proyectista de las normas ambientales de la Constitución denominó al Arco Minero del Orinoco, como “el ecocidio del Siglo XXI”⁶. Sos ORINOCO, en el documental sobre los efectos dañinos de este proyecto para el país, pregunta, ¿El Arco Minero, ecocidio o suicidio?”⁷. El Grupo Orinoco, por su parte, ha calificado

¹ Jornadas Arco Minero. La arista internacional en la depredación del Arco Minero. 4to. Encuentro 22 de junio de 2021 4to.

² <https://www.acienpol.org.ve/pronunciamientos/pronunciamiento-de-las-academias-nacionales-en-rechazo-a-la-mineria-ilegal-y-el-arco-minero/>

³ <https://bloqueconstitucional.com/a-los-indigenas-venezolanos-se-les-niegan-sus-derechos/>

⁴ <https://fundaredes.org/informes/EPA-Arco-Minero-2021.pdf>

⁵ <https://www.amazoniasocioambiental.org/es/radar/arco-minero-chernobil-ecologico-que-arrasa-con-el-pulmón-de-venezuela/>

⁶ <https://www.larazon.net2016/07/pro-alexander-luzardo-el-mal-llamado-ArcoMinero>

⁷ <https://cimas.org.ve/2021/02/08/sos-orinoco-salvando-la-amazonia-venezolana/>

como destrucción de la institucionalidad ambiental el Arco Minero del Orinoco⁸. Asimismo, la Conferencia Episcopal venezolana afirmó, que “el Arco Minero que se encuentra dentro de la Región Amazónica también arde”, y según el Sínodo de la Amazonía “existen imperativas morales que nos interpelan a todos” y el Cardenal Baltazar Porras llamó “a sumar esfuerzos para rescatar el Arco Minero”, como una indeclinable “tarea de todos para el bien de la humanidad⁹”. La Asamblea Nacional, en su Acuerdo de fecha 14 de junio de 2016 declaró contrario a los intereses de la República y a los derechos ambientales el decreto N° 2.248 de fecha 24 de febrero de 2016 que creó el Arco Minero del Orinoco, y señaló los daños que han ocasionado las actividades mineras permitidas, así como los contratos otorgados en dicha zona, que afectan los frágiles ecosistemas de los estados Amazonas, Bolívar y Delta Amacuro¹⁰.

Tal depredación de la Región Sur del Orinoco ocurre a pesar de que los artículos 127 a 129 y 304 y 327 de la Constitución, contemplan el derecho a un ambiente sano, protegen a la población contra la contaminación y obligan al estado a realizar estudios de impacto ambiental previos a cualquier ocupación del territorio y a garantizar la participación ciudadana en la política ambiental. Y a pesar que la Ley Orgánica del Ambiente¹¹ prohíbe las actividades degradantes del ambiente, crea a estos fines la Oficina Nacional del Ambiente, adscrita a la Presidencia de la República y contempla sanciones administrativas y penas privativas de la libertad contra infractores de las disposiciones relativas a la conservación, defensa y mejoramiento ambiental y crea la Procuraduría del Ambiente a la cual corresponde ejercer la representación del interés público en los procesos civiles y administrativos a seguirse contra los infractores de esta Ley, las leyes especiales y los reglamentos. Y también a pesar que la Ley Penal del Ambiente¹² considera estos hechos como delitos, establece las sanciones penales correspondientes, determina las medidas precautelativas, de restitución y de reparación a que haya lugar y prevé una jurisdicción penal ambiental. Por ejemplo, contempla el delito de omisión de requisitos sobre impacto ambiental y la pena de prisión de tres (3) a seis (6) meses y multa de trescientos (300) a seiscientos (600) días de salario

⁸ Arnaldo Jabalón, intervención en el Encuentro “Depredación del Arco Minero del Orinoco. Implicaciones Ambientales”, Caracas 1° de junio de 2021, Universitas Fundación-Bloque Constitucional de Bloque Constitucional de Venezuela ([https:// universitasfundacion.com/eventos/depredación-del-arco-minero--implicaciones-economicas](https://universitasfundacion.com/eventos/depredación-del-arco-minero--implicaciones-economicas))

⁹ Amazonia socioambiental, “Arco Minero: “Chernóbil ecológico” que arrasa con el pulmón de Venezuela” Arco Minero: “Chernóbil ecológico” que arrasa con el pulmón de Venezuela – RAISG (amazoniasocioambiental.org)

¹⁰ AsambleaNacionalVenezuela_CancelamientoArcoMinero-73a59f3b2685eb6029123f830b986495.pdf (infoamazonia.org)

¹¹ <https://venezuela.justia.com/federales/leyes-organicas/ley-organica-del-ambiente/gdoc/>

¹² Justicia Venezuela: Estatales > Miranda > Leyes > Ley Penal del Ambiente - 1992: Ley de Venezuela

mínimo, para el funcionario público que otorgue los permisos o autorizaciones, sin cumplir con el requisito de estudio y evaluación del impacto ambiental¹³.

Asimismo, tal ecocidio ocurre a pesar de la normativa internacional ambiental suscrita por Venezuela, que consagra tales derechos y obligaciones, como el Convenio sobre Diversidad Biológica; la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América o Convención de Washington; la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de la UNESCO; el Protocolo relativo a las Áreas, Flora y Fauna Silvestres; la Convención sobre la Prohibición de Uso de Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Hostiles; el Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Ambiente en la Región del Gran Caribe; y el Tratado de Cooperación Amazónica. Además, es necesario recordar que, desde la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, de junio de 1972, se aprobó la Declaración de Estocolmo que reconoció por primera vez en el planeta el derecho humano al ambiente. Igualmente, a nivel internacional, es oportuno también recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se pronunció en su Opinión Consultiva N° 23/17 de fecha 7 de febrero de 2018, denominada “MEDIO AMBIENTE Y DERECHOS HUMANOS¹⁴, sobre el derecho a un ambiente sano, como un derecho “fundamental” para la humanidad, y precisó las obligaciones de los estados de prevención de los daños ambientales, que están intrínsecamente unidas a la salvaguarda de algunos derechos individuales recogidos en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 y en su Protocolo Adicional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) de 1988.

Por su parte, la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, en su Informe de fecha 15 de julio de 2020 sobre la independencia del sistema de justicia y el acceso a la justicia en Venezuela, y la situación de los derechos humanos en la región del Arco Minero del Orinoco, afirma en su Informe, citando palabras de un dirigente indígena que “en el Arco Minero del Orinoco se está causando la muerte de la madre tierra”¹⁵. Y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Audiencia sobre: Derechos Humanos en el contexto del Proyecto del Arco Minero del Orinoco, celebrada en Panamá, el 2 de diciembre de 2016, discutió los temas *de la violación por parte del Estado venezolano de la obligación de realizar estudios de impacto ambiental; la violación del derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo, informado y de buena fe; la violación de los derechos indígenas de demarcación de territorios indígenas; la violación de los derechos laborales y la violación de los derechos humanos*

¹³ Artículo 61.

¹⁴ https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serica_23_esp.pdf

¹⁵ ACNUDH | Introducción del informe sobre la independencia del sistema de justicia, el acceso a la justicia y la situación de los derechos humanos en el Arco Minero del Orinoco en la República Bolivariana de Venezuela (ohchr.org)

*bajo el decreto de estado de excepción y emergencia económica y por la militarización de los territorios indígenas*¹⁶. Audiencia esta donde el estado venezolano incluso reconoció que no ha realizado aún el estudio de impacto ambiental que ordena el artículo 129 de la Constitución¹⁷.

En el Informe citado de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU se da cuenta de la falta de protección de los derechos humanos por el Poder Judicial, de lo cual es una muestra evidente la denegación de justicia de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ante la demanda de nulidad del decreto N° 2.248 de fecha 24 de febrero de 2016 de creación del Arco Minero del Orinoco, al declarar el 21 de febrero de 2019 desistida tácitamente la demanda por el supuesto desinterés de los demandantes, por no haber retirado el cartel que fue emitido el 12 de diciembre de 2018, dos años después de admitida la demanda, por retardo de la referida Sala¹⁸, sin que la referida Sala diera alguna explicación de por qué demoró casi 3 años en emitir el cartel con el cual se convocaría a todo interesado en este proceso judicial. Según el Centro para la Reflexión y Acción Social (CERLAS), “La ausencia de pronunciamiento del TSJ supone al final un aval para que continúen las explotaciones, la mayoría de ellas ilegales y sin ningún tipo de respeto por el medio ambiente”¹⁹.

Por su parte, Sos ORINOCO, en sus informes integrales sobre el Arco Minero del Orinoco, ante esta realidad, ha señalado en forma concluyente la necesidad de establecer acciones y estructuras urgentes e impostergables para la conservación de los ecosistemas de la Guayana venezolana²⁰. Y en su importante Documento “Política y Visión Estratégica para la Amazonía Venezolana”, señala como propósitos para la recuperación de la Región Amazónica el de trazar una hoja de ruta política de medidas que permitan la reversión del daño, la conservación de la diversidad biológica y cultural en un marco de sostenibilidad o sustentabilidad, por lo que afirma que son necesarias políticas nacionales e internacionales concurrentes para su implementación. En ese orden de ideas, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en el Foro Inter Académico sobre “Ecocidio y Minería Ilegal al Sur del Orinoco”, celebrado el 24 de septiembre de 2020; por mi intermedio, sobre el principio de que el Arco Minero del Orinoco es parte de la

¹⁶ Audiencia CIDH: “Derechos Humanos en el contexto del proyecto Arco Minero del Orinoco” – Perdido en Ítaca (wordpress.com)

¹⁷ Estado reconoce en CIDH que no ha realizado estudio de impacto ambiental para Arco Minero - Examen ONU Venezuela

¹⁸ 303880-00062-21219-2019-2015-0455.html (tsj.gob.ve)

¹⁹ CentroparalaReflexión y Acción Social (CERLAS), Informe sobre la situación de derechos humanos en el Arco Minero y el Territorio Venezolano ubicado al sur del río Orinoco (Informe sobre la situación de derechos humanos en el arco minero y el territorio venezolano ubicado al sur del río Orinoco (unilim.fr)

²⁰ Ver, SOS ORINOCO, “Caracterización y Análisis de Algunas Variables Socioambientales Clave en el Arco Minero Del Orinoco” (Disponible en: Caracterización y Análisis de Algunas Variables Socioambientales clave en el AM Feb 2021_v2.pdf - Google Drive).

Región Amazónica, llamada La Amazonia”, ante su depredación, presentó el planteamiento de la conveniencia de darle a la Amazonia, como ecosistema, el reconocimiento como comunidad internacional para su tratamiento jurídico como una estructura transnacional y de un instrumento internacional o de gobernanza y la gobernabilidad de La Panamazonía, conformada por la superficie de los países que tienen jurisdicción o territorio en la cuenca hidrográfica del río Amazonas y de sus poblaciones; y dotada de personalidad jurídica, que evite el desmembramiento del sistema y que permita establecer una estructura que agrupe a los estados.

Lo expuesto permite concluir que sobre la depredación del Arco Minero del Orinoco hay consenso en niveles académicos, institucionales y sociales de que existe un vacío nacional e internacional que permita paralizar la depredación de la extensión del Arco Minero del Orinoco, y que tampoco existe una normativa y una estructura que permita aplicar los principios precautorio y de reparación frente al daño ambiental, que hoy es un principio universal de protección del derecho al ambiente como derecho humano, individual y colectivo. Y, ello a pesar de la normativa constitucional y legal nacional existente de protección de este derecho y del compromiso de Venezuela de cumplir con lo dispuesto en el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, en la materia ambiental, que comprende no solo la protección del ambiente, sino también el resarcimiento de daños ambientales. En otras palabras, que es de decisiva importancia el fortalecimiento de las instituciones nacionales e internacionales toda vez que son fundamentales para lograr los objetivos ambientales constitucionales e internacionales. Tanto para la prevención del ambiente y la corrección de los daños degradantes del ambiente, como para controlar la explotación y el comercio ilegal de minerales como el oro y el coltán a nivel internacional. Por otra parte, es verdad que desde 1978 existe un Tratado de Cooperación Amazónica pero que, por su naturaleza técnica, no contiene ni una gobernanza, ni una institucionalidad que obligue a los Estados a cumplir con sus obligaciones internacionales de la utilización racional de los recursos naturales, la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica de la humanidad y de controlar el comercio ilegal de minerales. Por ello, comienza a platearse, inclusive por el Sínodo Episcopal de La Amazonia, la propuesta de la necesidad de una mancomunidad para la región amazónica²¹, o Panamazonica, con una gobernanza e institucionalidad transnacional. Incluso, Alexandra Moreira, secretaria de la Organización del Tratado de la Región Amazónica, recientemente afirmó, que, “La Cuenca Amazónica demanda una estrecha cooperación y coordinación a nivel político, que nos permita trabajar en conjunto, como países unidos, cumplir nuestros

²¹ Documento final del Sínodo de los Obispos al Santo Padre Francisco (26 de octubre de 2019) (vatican.va)

objetivos que es la promoción del desarrollo sostenible armónico de nuestra región”²². Sos ORINOCO, también, por ejemplo, ante estos daños irreparables causados por la minería ilegal, que han afectado el Parque Nacional Canaima, declarado desde 1994 Patrimonio Natural de la Humanidad y que en el 2017 fue incluido en la lista de sitios en peligro por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, ha solicitado de esta Unión Internacional, como órgano técnico asesor de UNESCO, que este Parque se le recalifique “en peligro crítico, lo que activaría una alerta roja para presionar al gobierno en favor de su conservación”²³. Así como que se solicite a los países del tratado de la Organización de Cooperación y de Desarrollo Económico que cumplan con la previsión que exige que los productos de oro tengan una certificación para comprobar la procedencia lícita del mineral que se transporta, transforma, distribuye, intermedia o comercializa, así como sobre el uso del mercurio y los instrumentos para reducir su uso a través de iniciativas de mercado. Según el Índice Global del Comercio Ilícito, Venezuela se ubica como uno de países deficientes en lo que se refiere al comercio ilícito y dentro de los que comparten una característica común: la baja calidad de sus instituciones estatales²⁴.

En este contexto, el planteamiento de la consagración de La Amazonia como una comunidad jurídica en el derecho internacional requiere destacar el valor de bien común jurídico protegido de este ecosistema, y por tanto, de la Región del Sur del Orinoco como parte de La Amazonia. En este orden de ideas, la Reserva de Biosfera Alto Orinoco Casiquiare es el área protegida más grande de Venezuela y una de las mayores de la Amazonía, que incluye 3 parques nacionales, y 4 monumentos naturales y es una de las zonas de mayor riqueza biológica del mundo, puesto que es uno de los espacios geográficos de mayor diversidad cultural de toda la Amazonía, donde conviven comunidades indígenas de 17 grupos étnicos diferentes, cada uno con un patrimonio cultural y lingüístico único, formando en conjunto un extraordinario universo de diversidad. Por tanto, no hay duda que la Región Sur de Guayana constituye un irremplazable aporte a la humanidad y para la conservación de la socia diversidad y la biodiversidad²⁵. Esta Reserva integra la Región Amazónica repartida entre ocho (8) países, Brasil, Perú, Bolivia, Colombia, Ecuador, Guayana Francesa, Surinam y Venezuela. Sin embargo, no

²² Ponencia en el Panel sobre Cooperación Trasfronteriza en la jornada uno: Interdependencia y Solidaridad “Trabajo entre socios que se necesitan”, el Foro “Expandiendo la Cooperación Sur-Sur en un mundo interdependiente”, realizado en Brasilia, el 10 de septiembre en la celebración “Día de las Naciones Unidas sobre la Cooperación Sur-Sur”. (Ver, <http://www.otca-oficial.info/news/details/973>).

²³ Actualización PNC_definitivo_20200427Logo.pdf (sosorinoco.org)

²⁴ “El Índice Global del Comercio Ilícito”, Reporte de la Unidad de Inteligencia del The Economist, Resultados Generales, (ECO043 Illicit Trade WHITEPAPER ES 3.pdf (eiu.com))

²⁵ https://sosorinoco.org/wpcontent/uploads/2020/08/InformeActualizacio%CC%81nRBAOC_20200824.pdf

existe una organización mancomunada de los países llamados amazónicos, orientada a hacer un uso racional de los recursos naturales y del agua, que evite políticas bilaterales o unilaterales y que no permita la rapidación de sus recursos naturales que acaban con su biodiversidad biológica y cultural. Por ello, por ejemplo, en Venezuela la creación del Arco Minero del Orinoco por el gobierno de Nicolás Maduro mediante el decreto N° 2.248 de fecha 24 de febrero de 2016, ha originado una minería extractiva depredadora y un ecocidio en una extensión de 111.846, 70 kilómetros cuadrados y ha permitido la firma de una serie de acuerdos con empresas nacionales e internacionales para la explotación de yacimientos minerales en cielo abierto. Este Arco como una política territorial mediante la extracción minera ilegal atenta contra las reservas de agua dulce no contaminadas, del país, ubicadas al sur del Río Orinoco; contra la biodiversidad de la Reserva Forestal de Imatáca, de El Caura, La Paragua y contra las zonas protectoras de la Cuenca del Río Caroní y los Tepuyes, que son formaciones biogeografías únicas en el mundo, además atenta contra el hábitat de los pueblos indígenas y representa un daño para las Áreas bajo Régimen de Administración Especial, las Áreas Protegidas o de Especial Importancia Ecológica. Áreas estas para cuya desafectación se requeriría la autorización de la Asamblea Nacional. El Sur del Orinoco es, pues, uno de los ambientes tropicales de la Región Amazónica. Este ecocidio en el Sur del Orinoco ha sido posible por la falta de un consenso de los países amazónicos para poder aplicar estrategias de sostenibilidad que garanticen el bienestar de los pueblos indígenas de la región, la integridad de sus territorios y de los ecosistemas que allí se encuentran. Es verdad que desde 1978 existe un Tratado de Cooperación Amazónica pero que no contiene ni una gobernanza, ni una institucionalidad que obligue a los Estados a cumplir con sus obligaciones internacionales de la utilización racional de los recursos naturales, la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica de la humanidad.

La ausencia en un verdadero marco de derecho internacional para los países a los que corresponde una parte del territorio amazónico, ha permitido a sus estados destruir progresivamente la Amazonía mediante políticas que tienen el propósito de incrementar su Producto Integral Bruto, que, como afirma la economista Mariana Mazzucato, se centran en la extracción de sus recursos en lugar de su creación o protección²⁶. Por supuesto, que esta propuesta lleva a la discusión sobre si la Amazonia por la invisibilidad de los recursos naturales intangibles, es o no un bien común de la humanidad. Discusión esta que surge del enfrentamiento entre el concepto de soberanía territorial tangible, que tiene límites territoriales claramente definidos, y el funcionamiento global del sistema terrestre, que es global, indivisible, porque no tiene los límites territoriales, e intangible desde el punto de vista jurídico. Ante esa discusión, surge el concepto de bienes planetarios, desde un punto de vista jurídico, y como obligación moral, la de establecer como objeto inmaterial de Derecho Internacional el estado estable y en buen funcionamiento

²⁶ Citada por Paulo Magalhães, Will Steffen y Alessandro Galli, en “La Amazonia no es un bien común”. Es Global Política, economía e ideas sobre el mundo en español, 2 de octubre de 2019, Disponible en: <https://www.esglobal.org/la-amazonia-no-es-un-bien-comun/>

del sistema terrestre, el cual, por su carácter global e indivisible, habría de pertenecer a toda la humanidad y considerarse como un activo global intangible de la humanidad que debe ser reconocido en los sistemas jurídicos, políticos y económicos²⁷.

No es discutible que la Amazonia es un ecosistema natural compartido por ocho países, en la cual se encuentra la selva tropical más grande del planeta, donde viven 34 millones de personas y además constituye una reserva de un millón de reservas de agua, representa el 50% de bosques del planeta y el 10% de carbono almacenado. Por esta condición natural La Amazonia puede considerarse como un activo global intangible de la humanidad que debe ser reconocido en los sistemas jurídicos, políticos y económicos²⁸, lo cual impone su consagración internacional como un bien global compartido de la humanidad, más que el de un bien común, cuyo reconocimiento y protección es para los estados amazónicos una obligación moral y jurídica que deben cumplir en protección de la humanidad. La tesis de La Amazonia como un bien planetario comienza a ser desarrollado por la jurisprudencia de algunos países. Por ejemplo, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en sentencia del 5 de abril de 2018²⁹; ha considerado La Amazonia como un valor jurídico; y la Corte Constitucional colombiana, en sus fallos T 622 /16³⁰ y C-632 de 2011³¹, estableció la tesis que “la naturaleza no se concibe únicamente como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino también como un sujeto con derechos propios, que, como tal, deben ser protegidos y garantizados, cuya protección puede ser reclamada por cualquier ciudadano”. Por otro lado, La Amazonia cumple con las condiciones de patrimonio natural contempladas en el artículo 2º de la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural de La Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, aprobada en su 17ª, reunión de 1972³².

Pues bien, por lo que respecta a la obligación de los estados de cumplir con sus obligaciones de proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras los monumentos naturales que tengan un valor universal, en refuerzo del Tratado de Cooperación Amazónica; se ha planteado la conveniencia de darle a la Amazonia, como ecosistema, un soporte jurídico e institucional, a nivel nacional

²⁷ Paulo Magalhães, Will Steffen y Alessandro Galli, en “La Amazonia no es un bien común”, Loc. Cit.

²⁸ Paulo Magalhães, Will Steffen y Alessandro Galli, en “La Amazonia no es un bien común”, Loc. Cit.

²⁹ STC4360-201, Disponible en: <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2018/04/05/corte-suprema-ordena-proteccion-inmediata-de-la-amazonia-colombiana/>

³⁰ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>

³¹ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-632-11.htm>

³² <http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/cultural-diversity/cultural-expressions/the-convention/convention-text/>

e internacional, de una mancomunidad para el desarrollo sostenible justo y equitativo, que, supone, entre varios aspectos, la consagración de La Panamazonía, como mancomunidad jurídica internacional, conforme una transnacionalidad de la Amazonas, como una propuesta regional de una gobernanza e institucionalidad internacional para su regulación y protección jurídica como un bien planetario global compartido. Gobernanza esta que de haber existido sus estructuras e instancias internacionales administrativas y jurisdiccionales hubieran impedido la depredación y el daño irreparable a la Región Sur del Orinoco de Venezuela³³. Por tanto, para que la protección del ambiente y para que la prevención de daños ambientales tenga efectividad, se deben llevar a cabo iniciativas a nivel nacional e internacional para mejorar la gobernabilidad y para establecer mecanismos de duras sanciones para castigar la violación de la normativa ambiental.

Por otra parte, recientemente, el pasado 22 de abril, entró oficialmente en vigor el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, suscrito en marzo de 2018, en la Ciudad de Escazu de Costa Rica, llamado por ello “Acuerdo de Escazu”, cuyo fundamento es la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20) y el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992. Este Acuerdo es un verdadero Pacto Interamericano sobre el Medio Ambiente, que desarrolla el núcleo esencial del derecho a un ambiente sano y de la obligación de los estados de promover su protección, preservación y mejoramiento y de lograr la efectividad de las garantías de los derechos y responsabilidades de los países en la esfera del ambiente y el desarrollo, en razón de la consagración de la protección de la naturaleza como patrimonio común, es decir, como bien jurídico. Acuerdo este que consagra además del derecho de acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en materia ambiental, y dentro de este derecho, de manera general contempla el poder cautelar en el sistema interamericano mediante los principios de precaución, de prevención interés público frente al daño ambiental. Según los cuales *más importante es la prevención que la reparación del daño. Ahora bien, Venezuela no participó en sus discusiones, ni lo suscribió; ni lo ha aceptado, ratificado o aprobado, a pesar de la invitación que se hace a los estados que no lo firmaron para que se adhieran a este Tratado y hasta el presente, entre otros estados, Cuba, Chile y Venezuela, no lo han hecho.*

El Acuerdo de Escazu, no es otra cosa que el desarrollo concreto del ejercicio de los derechos y obligaciones ambientales consagradas artículos 127, 129, 304 y 327, de la Constitución venezolana. Igualmente, el referido Acuerdo es la concreción en un tratado multilateral, a nivel regional, con carácter obligatorio, de los

³³ Ver mi trabajo “La Amazonia. Retos y desafíos para el Derecho Agrario Ambiental (Disertación en el Círculo de Conferencias del Foro Tópicos Selectos de Derecho Ambiental del Derecho Agroambiental de Abogados Ambientalistas y del Seminario de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México, 2020), en mi libro *Derecho Agroambiental. Sentido y Significado en Épocas de Crisis*, Fundación Alberto Adriani, Caracas, diciembre 2020, p. 17-26.

Principios Marco sobre los Derechos Humanos y el Medio Ambiente, aprobados por Consejo de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en marzo de 2018. Estos Principios establecen las obligaciones básicas de los Estados en virtud del derecho relativo a los derechos humanos en relación con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible³⁴. Por tanto, considero, en primer lugar, que institucional y socialmente se ha de motivar a la opinión pública para presionar al Estado a que se adhiera a tal Acuerdo, lo que permitiría la aplicación de mecanismos de instancias internacionales más efectivas para detener y reparar el ecocidio del Arco Minero del Orinoco. Y además, que obligaría al estado venezolano a descentralizar administrativamente las competencias nacionales en un organismo autónomo con participación ciudadana de protección del desarrollo sostenible del ecosistema de la región amazónica venezolana. En este orden de ideas, de la necesaria concurrencia de la normativa y las políticas nacionales e internacionales, he planteado la conveniencia de la formulación de un Estatuto o Carta de la Amazonía Venezolana, que en mi entender regularía la interacción y concurrencia de competencias nacionales, estatales y municipales en materia ambiental, minera, hídricos y de aprovechamiento de sus recursos naturales y que daría más efectividad a la ejecución de la Ley Orgánica de Mega reserva de Agua Dulce y Biodiversidad del Sur del Sur del Orinoco y la Amazonia. Tal Estatuto correspondería a la ley de bases de competencias concurrentes prevista en el artículo 165 de la Constitución. Y, además, recogería y desarrollaría plenamente en Venezuela la normativa internacional ambiental de la Amazonia como patrimonio de la humanidad y de región de desarrollo sostenible y armónico, de manera de unificar su normativa en un solo instrumento y en un régimen jurídico descentralizado de la administración y de la explotación de sus recursos. De manera de integrar nacional e internacionalmente la protección de las Áreas Protegidas. Y vendría a ser también una especie de código de reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas amazónicos venezolanos y que obligaría al estado venezolano a la delimitación de sus territorios. Aparte de lo anterior, un Estatuto, como el mencionado, podría establecer regímenes especiales administrativos de explotación de los recursos naturales y de la participación de los

³⁴ Se denominan Principios Marco, según John H. Knox, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y el medio ambiente, porque, “sirven de base sólida para la comprensión e implementación de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el medio ambiente, aunque no son en modo alguno la última palabra sobre este tema. La relación entre los derechos humanos y el medio ambiente tiene múltiples facetas, y seguirán desarrollándose y evolucionando durante muchos años”. Y sobre los cuales el prenombrado Relator afirma, “Quiero alentar a los Estados, las organizaciones internacionales, las empresas, las organizaciones de la sociedad civil, los pueblos indígenas y los demás actores comprometidos con la protección de los derechos humanos y el medio ambiente a difundir y publicitar los Principios Marco, así como a tomarlos en cuentas en sus propias actividades. (Ver, Principios Marcos sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente, Naciones Unidas Derechos Humanos Procedimientos Especiales Relatores Expertos Independientes y Grupos de Trabajo, 2018 (FP_ReportSpanish.pdf (ohchr.org)).

pueblos indígenas en la gestión de las políticas públicas referidas a la Amazonia³⁵; y permitiría, como señalé, la aplicación de la Ley Orgánica de Megareserva de Agua Dulce y Biodiversidad del Sur del Sur del Orinoco y la Amazonia, sancionada por la Asamblea Nacional democrática el 18 de diciembre de 2018³⁶. Y además, dicho Acuerdo sería base para la aplicación de los compromisos internacionales para enfrentar la crisis climática, que según el Secretario General tiene al planeta “al borde del abismo, pero que todavía es posible evitar peores impactos, “si hay cooperación y si se aprovecha la recuperación tras la pandemia de coronavirus para emprender “un camino más limpio y ecológico”³⁷. Y particularmente siendo La Amazonia la mayor selva del mundo su destrucción incrementa la temperatura media del planeta, lo cual traería como consecuencia la intensificación del cambio climático³⁸.

En segundo lugar, es de tal magnitud el daño ambiental que ha causado el Arco Minero del Orinoco, a la Región Sur de la amazonia venezolana, que la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, en su Informe de fecha 15 de julio de 2020 sobre la independencia del sistema de justicia y el acceso a la justicia en Venezuela, y la situación de los derechos humanos en la región del Arco Minero del Orinoco, afirma citando palabras de un dirigente indígena que en el Arco Minero del Orinoco “se está causando la muerte de la madre tierra”. Por tanto, por los daños masivos al medio ambiente que determinan destrucción o pérdida de ecosistemas en las zonas del llamado Arco Minero del Orinoco, así como el riesgo grave que supone para sus habitantes al contaminar sus aguas y cultivos, a este Arco Minero se puede calificar de ecocidio y, por ende, de un delito contra la humanidad, como la doctrina internacional califica el daño masivo o destrucción medioambiental de un territorio o zona, de tal magnitud que puede poner en peligro la supervivencia de sus poblaciones. Y, que, por lo tanto, sería un daño antropológico. Y, una “injusticia ecológica o ambiental”, como califica Leonardo Boff, “el maltrato a la naturaleza, a los bosques, a los animales, a las aguas, al aire y a los suelos”³⁹. bien por haberse quedado el escocido fuera de los crímenes internacionales en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, por la oposición de algunos

³⁵ “Mis reflexiones y comentarios al Documento Política y Visión Estratégica para la Amazonía Venezolana: documento ante el cambio de rumbo político nacional” (Documento presentado el 30 de mayo de 2020 a SOS ORINOCO, para su investigación sobre Política y Visión Estratégica para la Amazonía Venezolana: documento ante el cambio de rumbo político nacional.

³⁶ (+PDF Descargable) Ley de la Megareserva de Agua y Biodiversidad del (puntodecorte.com)

³⁷ https://www.lespanol.com/ciencia/medio-ambiente/20210508/advertencia-secretario-general-onu-borde-abismo/579193049_0.html

³⁸ ¿Cómo afecta la deforestación de la selva del Amazonas el Calentamiento Global? – SGK-Planet (sgkplanet.com)

³⁹ Boff, Leonardo, Una ecología integral”, traducción Oscar Elizalde Prada, Ediciones Khaf, Grupo Editorial Luis Vives, Madrid España 2020, PP 27-28.

países, existen iniciativas hoy día, como Ecocidio Project⁴⁰, para que el daño masivo de ecosistemas sea tipificado como delito de esa gravedad, especialmente por lo que está ocurriendo con la destrucción de la Amazonia de su superficie y después de que ya millones de hectáreas en Australia ya hayan ardido debido a insólitas olas de calor provocadas por el cambio climático⁴¹.

Incluso el Papa Francisco ha apoyado públicamente la petición de que el ecocidio sea considerado el quinto crimen contra la paz en su intervención en el XX Congreso Internacional de la Asociación de Derecho Penal, celebrado en el Vaticano en 2019 y fue más allá, al proponer que se añadan al catecismo “los pecados contra la ecología”⁴². Ya internacionalmente, pues. se habla de la destrucción de Amazonia como “un ecocidio contra un patrimonio natural de todos”⁴³.

Los pueblos indígenas Kayapó y Suruí de la Amazonía brasileña presentaron ante la Corte Penal Internacional una denuncia formal contra el gobierno de Bra-

⁴⁰ <https://amp.dw.com/es/el-ecocidio-m%C3%A1s-cerca-de-la-corte-penal-internacional/a-57007927>.

⁴¹ El gobierno de Francia anunció el domingo (22-11-2020) que creará un “delito de ecocidio” para prevenir y sancionar los daños graves que se causen al medioambiente, lo cual deriva de una propuesta de la Convención Ciudadana por el Clima que pedía crear un crimen, y no delito como presenta el gobierno (Francia creará el “delito de ecocidio” para castigar daños al medioambiente: Francia creará el “delito de ecocidio” para castigar daños al medioambiente | Europa al día | DW | 23-11-2020

⁴² <https://www.bbvaopenmind.com/ciencia/medioambiente/la-historia-del-ecocidio-un-nuevo-crimen-contra-la-humanidad/amp/>. “El reconocimiento de los graves daños ambientales como crímenes internacionales en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) no solo expande la justicia penal internacional y refuerza la protección del medio ambiente a nivel global, sino también se constituye como un mecanismo para acabar con la gran impunidad que gozan actualmente las empresas. Por ello, a partir de un análisis descriptivo y comparativo de la práctica actual y de la bibliografía relacionada con el tema, el presente artículo, por un lado, evalúa el reconocimiento de los graves y extensos daños ambientales como crímenes que activan la competencia de la CPI, como respuesta a la actual crisis ambiental, y, por otro lado, explora los cambios sustantivos que implica la inclusión de los crímenes ambientales en el Estatuto de Roma, particularmente la extensión de las competencias personales de la CPI para la investigación y el enjuiciamiento de empresas” (Daniel Iglesias Márquez, Universidad de Sevilla, “La Corte Penal Internacional y la Protección del Medio Ambiente Frente a las Actividades Empresariales”. Estudio realizado en el marco del proyecto de investigación “Gobernanza y Aplicación de la Responsabilidad Social Empresarial en la Unión Europea” (DER2017-85834-R) y del Grupo de Investigación SEJ 055 “Nuevos sujetos, nuevos derechos, nuevas responsabilidades: derechos humanos en la sociedad global”). (disponible en: SciELO - Brasil - La Corte Penal Internacional y la Protección del Medio Ambiente Frente a las Actividades Empresariales | La Corte Penal Internacional y la Protección del Medio Ambiente Frente a las Actividades Empresariales |).

⁴³ Amazonas: un ecocidio contra un patrimonio natural de todos (Amazonas: un ecocidio contra un patrimonio natural de todos | El Mundo | DW | 23-08-2019).

sil, en el marco del artículo 15 del Estatuto de Roma por crímenes de lesa humanidad y piden que se reconozca el ecocidio como la destrucción del ambiente a un nivel que compromete la vida humana como delito a ser examinado por esta Corte⁴⁴. Por nuestra parte, debemos impulsar que nuestros parlamentarios y organizaciones ambientalistas se sumen e impulsen esta iniciativa de la tipificación del ecocidio como quinto crimen contra la humanidad y en su caso, caso, presentar la denuncia ante la referida Corte. Y para que conforme los procedimientos especiales contemplados por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU presenten las denuncias pertinentes del Arco Minero del Orinoco como ecocidio, daño antropológico, de injusticia ambiental y violación colectiva de derechos humanos, ante el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y el medio ambiente.

Por último, en mi criterio muy particular, estimo que, como lo asienta el artículo 22, de la Constitución, que siendo los derechos ambientales, contemplados en los artículos 127 y 129, y 307 y 309, constitucionales, ya citados, derechos inherentes a la persona humana; la falta de una ley reglamentaria como sería la aprobación del Acuerdo de Escazu, no menoscaba, en el caso de las violaciones señaladas por el ecocidio del Arco Minero del Orinoco, el ejercicio de estos mismos derechos de protección individual y colectiva a un ambiente sano, contra cualquier otra decisión, acción u omisión que afecte o que pueda afectar de manera adversa al medio ambiente o contravenir normas jurídicas relacionadas con el medio ambiente y para el ejercicio del derecho de reparación, restitución, restauración al estado previo al daño y la compensación que corresponda. Derechos estos que también son principios universales, reconocidos en el Principio 10 de la Declaración de Río de 1992 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, de la cual Venezuela es parte.

Finalmente, pienso que quizás, es necesario una ley especial contra la extracción y el comercio ilícito de minerales en patrimonios naturales para prevenir y castigar los devastadores efectos sobre la población local y las múltiples vulneraciones de los derechos humanos en estas zonas⁴⁵.

Que contemple, entre otros aspectos, para combatir el comercio ilícito de recursos naturales en Venezuela como el oro, los diamantes, el coltán y la bauxita, el registro de Cadenas de Comercio Certificadas en base a estándares de transparencia y ética en la producción y comercio de los minerales, en base a estándares de transparencia y ética en la producción y comercio de los minerales, recomendados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

⁴⁴ v-finale-portugais-amazone-projet-de-communication-cpi-v5-confidentiel-copie.pdf (apublica.org)

⁴⁵ Ante la Unión Europea está en discusión una ley que frene la extracción y el comercio ilícito en zonas en conflicto, como el que se produce al Este de la República Democrática del Congo (Comunicado | Llamamiento de más de 70 ONG para una ley que pare la extracción y el comercio ilícito de los #ConflictMinerals – Conflict Minerals)

Así como mecanismos de controles las cadenas de suministro que dan apoyo a la explotación ilícita en el sector de la minería. que financian grupos armados y redes delictivas, donde además de su contrabando los recursos exportados de forma ilegal son blanqueados, como se ha recomendado por expertos de la ONU para Uganda, Ruanda y el Congo⁴⁶.

Merece la pena destacar que el Encuentro sobre el Arco Minero del Orinoco, programado por el Bloque Constitucional de Venezuela, con el auspicio de otras instituciones, en el cual presento este trabajo, se Programó desde el 5 de junio Día Mundial del Medio Ambiente, cuyo lema es “La Restauración de los Ecosistemas”. Y dentro del Decenio de las Naciones Unidas para la Restauración de los Ecosistemas, que comenzó el 1º de enero de este año de 2021, para fomentar la restauración de los ecosistemas degradados y destruidos⁴⁷.

Ante el drama, tragedia y crimen del Arco Minero del Orinoco, termino recordando la frase de Víctor Hugo, **“Produce una inmensa tristeza pensar que la naturaleza habla mientras el género humano no la escucha”**.

⁴⁶ “La explotación de recursos minerales”, Fundación Mainel, Minerales de conflicto (mainel.org)

⁴⁷ Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura. ONU Programa para el Medio Ambiente, “Decenio de las Naciones Unidas para la Restauración de los Ecosistemas (2021-2030). Fomento de la restauración de los ecosistemas degradados y destruidos” (Ficha PNUMA, febrero 2020 (UNDTsp.pdf (unep.org)

EL PRINCIPIO PRECAUTORIO Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL ECOCIDIO DEL SUR DEL ORINOCO¹

En memoria del Dr. José Gabriel SARMIENTO NÚÑEZ promotor y precursor de la acción genérica de protección de los derechos constitucionales.

I. EL DESARROLLO DE LA TEORÍA DEL PODER CAUTELAR JUDICIAL Y SU VINCULACIÓN CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL ACCESO A LA JUSTICIA Y DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La Constitución de Venezuela consagra en su artículo 26 el derecho genérico del acceso a la justicia para obtener la tutela judicial efectiva de los intereses individuales, colectivos o difusos mediante la pronta decisión correspondiente. Y, en norma aparte, como lo es su artículo 27, contempla el derecho especial al amparo de los derechos y garantías constitucionales y su procedimiento. Derechos estos que se comprenden bajo el Capítulo I, Disposiciones Generales del Título III De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes. El primero de esos derechos es de carácter general y el segundo de carácter específico. Y, en el Capítulo III De los Derechos Civiles del mismo Título, su artículo 49, contempla el derecho al debido proceso para todas las actuaciones judiciales y administrativas, que como actuaciones supone un trámite necesario establecido por la ley que culmina con las sentencias, que debe ser eficaz y breve, como lo postula su artículo 257, *ibídem*. En mi criterio, el artículo 26, citado, consagra el derecho de requerir protección de un derecho indiscutible para que se prohíba o se haga cesar con urgencia o prontitud una lesión que lo amenaza o perjudica. Mientras que el derecho a que se contrae el artículo 27, propiamente es una acción por la que se requiere protección para un derecho y garantía constitucionales, mediante un procedimiento oral, público, breve, gratuito y no ritualista o formalista para que la autoridad judicial restablezca la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Y, el artículo 49, consagra las reglas procesales constitucionales para toda actuación o proceso, que según el artículo 257, es un instrumento para la realización de la justicia.

¹ Trabajo para la Catedra Dr. José Gabriel Sarmiento Núñez del Capítulo de España del Bloque Constitucional de Venezuela, Madrid, Madrid, septiembre de 2021.

Ahora bien, la tutela judicial efectiva, es verdad, que no es solo obtener con prontitud la decisión correspondiente sobre el derecho o el bien jurídico reclamados, sino incluso su protección mientras dure el proceso, pero también evitar anticipadamente una lesión o que cese la lesión que los daña. Con respecto al debido proceso, el Tribunal Constitucional del Perú, ha aseverado, que, el derecho al debido proceso, refiriéndose al proceso penal, pero extensible al proceso en general, “*significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos*”, mientras que “*la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción*”². En otras palabras, que el debido proceso constituye garantías internas del proceso. Por supuesto, que la tutela judicial efectiva la cumplen no solo las sentencias definitivas que surgen de un proceso, sino también las llamadas medidas cautelares típicas o nominadas o innominadas, que se dicten dentro del proceso, e, igualmente, las medidas que la doctrina llama anticipadas y autosatisfactivas, que son derechos en sí mismo, que a mi juicio tienen su fundamento en el citado artículo 26.

Hoy día no se discute que la jurisdicción comprende el poder cautelar judicial, como la potestad del juez de dictar las medidas contempladas en la ley o las que considere adecuadas que impidan lesiones graves o daños irreparables a los derechos de las partes o a los intereses públicos mientras transcurre el proceso; o que evitan anticipadamente que se les lesione. Las medidas intraprocesales, como lo dice el procesalista costarricense **Enrique Ulate Chacón**, al referirse a la tutela cautelar ordinaria, se justifican porque “*el proceso (omisis) requiere un tiempo filosóficamente necesario*”³. Por lo cual, también el autor venezolano **Alfredo Pares Salas**, considera, que “*El transcurso de ese período de tiempo es inherente al propio concepto del proceso. Por definición, la sucesión de actos que lo compone ocupa un espacio, si no breve, más bien largo, en el tiempo. Durante el devenir de ese prolongado lapso, la situación jurídica que se pretende proteger puede verse menoscabada*”⁴. Es por ello, que en la función jurisdiccional y dentro de la tutela judicial efectiva, se comprende, sin lugar a dudas, el poder del juez de impedir que la Justicia se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal, una vana ostentación de lentos mecanismos destinados, como los guardias de la ópera bufa,

² Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 09727-2005-PHC/TC (III, Fundamentos. N° 7), el mismo que se encuentra publicado en el siguiente link: <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/09727-2005-HC.pdf>.

³ Ulate Chacón, Enrique, “DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: MEDIDAS CAUTELARES EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL, COMUNITARIO E INTERNACIONAL”, *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 114 (137-174) setiembre-diciembre 2007, p. 141 (<https://revistas.ucr.ac.cr/article/download>)

⁴ Pares Salas, Alfredo, “El juez único en el contencioso admirativo venezolano (Tutela judicial efectiva y protección cautelar inmediata). (http://www.ulpiano.org.ve/rda_2002_15_247-265_PDF)

a llegar siempre demasiado tarde, como lo asevera **Juvenal Gallardo Miraval**⁵. Poder cautelar, que en palabras de **Carnelutti**, son un instrumento de tutela dispuesto por el legislador para que el juez pueda luchar más eficientemente contra el tiempo⁶. En concreto, la garantía de la efectividad de la Justicia en protección de los derechos, sobre todo de los derechos fundamentales, así como el derecho de acceso a la justicia, contra lo cual conspira la lentitud de los procesos, lleva a considerar como parte de esa garantía y del acceso a la Justicia, el derecho del ciudadano de obtener una tutela asegurativa de su derecho durante el proceso, e inclusive con anticipación. Es decir, también una tutela anticipada que impida la lesión a un derecho ante un hecho que lo impide, o que cese la lesión que lo daña. Y como presupuestos o condiciones generales para dictar estas medidas dentro del proceso los sistemas procesales exigen la apariencia de buen derecho y el peligro de demora del proceso, y en otros casos, la presentación de fianzas o garantías. Y, en el caso de la tutela de anticipación o de urgencia se exige la gravedad del daño para evitar la lesión al derecho, o que se prohíba o se haga cesar. Pudiera pensarse que dentro de estas medidas cabe la de suspensión de las decisiones de las sociedades anónimas y de convocatorias de asambleas por parte de los jueces mercantiles, a que se contrae el artículo 290, del Código de Comercio, que pueden solicitar los accionistas minoritarios. Sin embargo, en su trámite hay contención, e, incluso, no obstante, la decisión suspendida por el juez puede ser confirmada por la nueva asamblea convocada por el mismo Juez. Esto es suficiente para no calificarla de medida anticipada o satisfactiva⁷.

Los presupuestos de las medidas cautelares ordinarias, sus categorías y su trámite, conforman dentro del derecho procesal la Teoría General del Poder Cautelar Judicial, según la cual, el presupuesto del buen derecho es la probabilidad del derecho reclamado de ser protegido en el ordenamiento jurídico, por lo que se trata de un juicio de probabilidad o verosimilitud basado en la fundamentación de la demanda o solicitud. O la evidencia de que el derecho existe. Y el peligro de demora consiste en el daño o lesión que se causaría antes de que se dicte la sentencia. Es decir, otro juicio perceptivo de que existe un daño potencial por la demora del proceso. Porque si el derecho reclamado es verosímil, es, por lo menos

⁵ “Cautela y contra cautela en el proceso civil”, (https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/tesis/human/gallardo_m_j/segunda_parte.htm)

⁶ Carnelutti, Francesco, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Haría, México, 1997.

⁷ Sobre esta suspensión puede consultarse: Zerpa, Levis, “La fiscalización de la sociedad anónima mediante comisionarios en el derecho venezolano”, Universidad Central de Venezuela, FACES, 1976. Ortiz, Rafael, “Las medidas cautelares innominadas y las disposiciones complementarias en los procedimientos mercantiles”, *Revista Fundación Procuraduría*, N° 27, Caracas, 1998, Hung F. “Sociedades”, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981. Y, Fuenmayor, José, “Improcedencia de la acción de nulidad ordinaria contra decisiones de las asambleas de las compañías anónimas en el derecho venezolano (artículo 290 de Código de Comercio); *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, N° 51, Caracas publicaciones UCAB, 1997.

presumible que con la demora del proceso pueden desaparecer los bienes cuya protección se reclama. O, porque el trascurso del tiempo haga inútil la ejecución de la sentencia, en razón que entre más tiempo dura el proceso más se demora en alcanzarse la solución definitiva del litigio. Es, por tanto, fundamentalmente un daño jurídico⁸. Sin embargo, si el peligro en la demora causa un daño grave que lo hace irreparable, más que prevención lo que se exige es asegurar la reparación. En este orden de ideas, es la inminencia de la irreparabilidad lo que justifica la necesidad que tiene el sujeto de derecho de evitar ese perjuicio inminente, lo que hace impostergable la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos cuyo reconocimiento se reclama. El principio, pues tradicional de las medidas cautelares es el de prevenir un daño futuro para las resultas finales del proceso, o de asegurarlo, pero no el de anticipar la inhibición del daño o el cese si este persiste. Al igual que dentro del proceso ordinario o de amparo, la tutela judicial efectiva es también un derecho constitucional de pedir, conforme el artículo 26, constitucional, con prontitud que se prohíba, se evite o que se ordene cesar una lesión a un derecho. En mi criterio, pues, estas medidas, con fundamentó en el artículo 26, citado, son, en el derecho procesal venezolano, el soporte constitucional de las medidas anticipativas o satisfactiva.

Las medidas cautelares llamadas innominadas, han sido objeto de estudio por el derecho procesal civil, en razón de estar reconocidas como potestad de los jueces y que han sido desarrolladas principalmente en materia civil y mercantil, en favor de derechos o intereses individuales, patrimoniales o económicos. Por ello las medidas típicas o nominadas civiles, como el embargo de bienes muebles, el secuestro de bienes determinados y la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, son preferentemente patrimoniales, es decir, tendentes a garantizar una obligación de dar, pero no propiamente para garantizar obligaciones de hacer o de no hacer, o proteger derechos intangibles. Las medidas atípicas o innominadas solo fueron admitidas cuando los códigos procesales reconocieron un poder cautelar general de los jueces para dictar otras medidas distintas a las contempladas en la ley que consideraran adecuadas para prevenir los daños por la demora del proceso. O, *que estimaran necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio. Así lo establece el artículo 588, del Código de Procedimiento Civil venezolano de 1986, que establece que en su Parágrafo Primero: “Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas, y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el Artículo 585, el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión”*. O, como lo dice el artículo 727, numeral 11, de la *Ley de Enjuiciamiento Civil de España, de modo más sintético, “Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos,*

⁸ Avendaño Valdez, Juan Luis, “El peligro en la demora”, El peligro en la demora | Mandato | Ley procesal (scribd.com)

prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio". Asimismo, el artículo 629 del Código Procesal Civil Peruano, establece, de manera terminante, que, "*Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva*".

Fue **CALAMANDREI**, quien planteo la tesis que dentro del principio de tutela judicial efectiva se comprende el poder general de cautela, que va más allá de las medidas taxativas establecidas en ley. Puesto que el juez no puede estar atado a unas medidas taxativas que según los casos particulares no tutelan las situaciones de cada procedimiento, que requieren una tutela especial o de urgencia. De esta necesidad de tutela especial surgen las llamadas medidas cautelares innominadas. Y hoy día ese poder cautelar innominado tiene el soporte constitucional en la garantía del derecho de acceso a la justicia y dentro de este derecho, en la tutela judicial efectiva que es el fin de dicho derecho. Por supuesto, que, como función jurisdiccional, tal poder está sujeto a los presupuestos de su legitimidad de la apariencia del buen derecho y del carácter grave, irreparable o de difícil reparación del daño que se pretende evitar; y, por supuesto, bajo principios de razonabilidad y proporcionalidad como límites de la discrecionalidad judicial, a que se refiere, por ejemplo, el artículo 23 del nuestro Código de Procedimiento Civil. La diferencia de estas medidas innominadas con las medidas cautelares típicas es que, además de no estar expresamente determinadas en la ley, son manifestación del poder cautelar general de los jueces, quienes, a solicitud de parte, y, a veces de oficio, pueden decretar y ejecutar las medidas que consideren adecuadas y pertinentes, para evitar cualquier lesión o daño que una de las partes amenace infringir en el derecho de la otra, mientras dure el proceso. En Venezuela, **Alejandro Rodríguez Cirimele**⁹, **Ali Venturini Villarroel**¹⁰ y **María Olga Quintero Tirado**¹¹, fueron precursores de la discusión sobre si bajo el Código de 1916, podía considerarse implícito el poder cautelar general, negado por el primero y afirmado por los segundos. Y con relación a la tutela anticipativa, **Daniel Ortiz**, se había adelantado en sostener su procedencia desde el punto de vista constitucional¹², a lo cual me referiré de inmediato.

⁹ Rodríguez Cirimele, Alejandro, "EL PODER CAUTELAR GENERAL EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL VENEZOLANO" (rucv_1968_40_140-156.pdf (ulpiano.org.ve)).

¹⁰ Venturini, Ali, "Esquema para un Desarrollo de las Medidas Preventivas", *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Año XXV, julio-septiembre, 1962, N° 121, p. 122 y ss.

¹¹ Quintero Tirado, María Olga, Las medidas cautelares frente a los retos del nuevo milenio pp. 41-56. En: *Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal / Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal, INVEDEPRO*. -- Caracas: Editorial LIVROSCA, 3 (enero-junio) (2000)

¹² Ortiz-Ortiz, Rafael. *Tutela Constitucional Preventiva y Anticipativa*. Editorial Frónesis, C.A., Caracas, Venezuela, 2001.

II. LA TUTELA CAUTELAR DE URGENCIA O SATISFACTIVA O AUTÓNOMA. AMPARO Y MEDIDAS AUTÓNOMAS Y SATISFACTIVA

Además de admitir en el ejercicio jurisdiccional el poder cautelar innominado del juez, se amplió este poder bajo el concepto de tutela judicial anticipativa, porque según su prudente arbitrio el juez también puede dictar medidas adecuadas y proporcionales de protección anticipada en razón del derecho involucrado o del interés legítimo afectado, para incluir dentro de la teoría de la tutela cautelar “*la tutela de urgencia o satisfactiva*”, que satisface urgente y directamente un derecho o interés legítimo necesitado de tutela. Es decir, una modalidad de tutela de protección urgente, dentro de la concepción garantista del derecho de acceso a la justicia. Su sola denominación de “urgencia” da la impresión que se trata de un tipo diferente a la tutela cautelar innominada. Y ello es parcialmente cierto, porque no se trata de medidas definidas en la ley, por un lado; y, por el otro, si bien coinciden en sus presupuestos y hasta en la urgencia, sin embargo, no son parte de un proceso principal. En este orden de ideas, de la división que el profesor chileno **Andrés Bordalí Salamanca** hace de la tutela judicial entre la versión “*restringida*” o “*tradicional*” y la tutela cautelar “*extensiva*” o “*dinámica*”¹³; por mi parte agregaría como un tercer tipo la tutela cautelar “*anticipada*” o de “*urgencia*”. Ello porque además de los presupuestos del buen derecho, del peligro de la demora y del fundado temor a la irreparabilidad del daño, surge “*el principio de precaución o precautorio*”, en virtud de que la tutela judicial efectiva ha de precaver y preservar derechos en casos de urgencia en situaciones normales o en situaciones de alarma, más que asegurar la eficacia del proceso. Casos estos de urgencia en donde es más requerida la tutela judicial efectiva como medida de preservación que asegurativa, de modo que la lesión al derecho no llegue a producirse o que cese de inmediato. Es bueno precisar que dentro de esta tutela de urgencia no caben los procesos sumarios prohibitivos de urgencia, que son verdaderos procesos, más que medidas, como los interdictos prohibitivos de obra nueva o de obra vieja, a que se refiere el Código de Procedimiento Civil en sus artículos 713 y siguientes. Igual puede decirse de la suspensión de las decisiones de las asambleas de la sociedad anónima, prevista en el artículo 290, del Código de Comercio, como ya señalé.

La necesidad de la urgencia en evitar o que cese una lesión, sin tener que acudir primeramente a un proceso para lograr una medida asegurativa de la sentencia por la demora del trámite procesal, originó, en palabras de **Andrés Bordalí Salamanca**, que se comenzaran doctrinariamente a reformular los presupuestos y requisitos de la tutela cautelar, dentro de una necesidad de tutela de urgencia de precaución, es verdad, pero principalmente de preservación o de inmediatez¹⁴.

¹³ Bordalí Salamanca, Andrés, “DIVERSOS SIGNIFICADOS DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO CIVIL”, REVISTA DE DERECHO [VOLUMEN XII], Universidad Austral de Chile, p. 52 (<http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v12n2/art03.pdf>).

¹⁴ Op., Cit., p. 58.

Un aspecto determinante de este poder precautorio y preservativo de la tutela de urgencia es que en esta tutela no se exige que exista ya la lesión a un derecho o que esta persista, sino la probabilidad estimada de un peligro grave que elimine el derecho o lo haga irreparable, como, por ejemplo, el riesgo de un daño ambiental o que haya ocurrido una vía de hecho; que es diferente a la tutela tradicional que requiere que la lesión pueda ocurrir por la demora del proceso. Es decir, esperar a que el derecho sea violado o que continúe violado, con lo cual ni siquiera la medida cautelar resulta preventiva. Por otro lado, en los casos de derechos intangibles, como los de la personalidad, u otros, como los colectivos, por ejemplo, ambientales; o de las vías de hecho, con cuya protección se pretende evitar el daño o que cese y no propiamente una indemnización posterior, el carácter preservativo de la tutela de urgencia garantiza la tutela judicial inmediata. Lo que se pretende como protección es una medida de inhibición, de prohibición o de cesación para que no provenga la lesión o para que no continúe. Por supuesto, que la tutela de urgencia representa una revolución frente a la tutela cautelar ordinaria que se basa en la existencia de un proceso principal al cual sirve de instrumento, puesto que en la tutela anticipativa se reconoce al juez un poder inhibitorio anticipado, que es propio de su función jurisdiccional, principalmente como juez constitucional, que es todo juez conforme los artículos 26 y 334, de la Constitución de Venezuela. Por otra parte, más que un daño por la demora de que no se pueda ejecutar la sentencia, de lo que se trata es evitar o cesar una lesión al derecho cuya tutela se solicita. Por otra parte, en la tutela de urgencia, respecto del *fumus boni iuris* se trata de los derechos fundamentales o pertenecientes a todas las personas, o de derechos intangibles, cuya existencia proviene de la propia Constitución o de la ley, por lo que hay que evidenciar es la probabilidad de un daño a tales derechos y no la verosimilitud de esos derechos¹⁵.

Finalmente, como tutela de urgencia las medidas de inhibición, prohibición o de cese, pueden acordarse inaudita *et altera pars*, y a quien se impute la lesión puede discutir el derecho en proceso aparte. Por ello, a diferencia de otras medidas anticipadas, que obligan a quien se otorgó la medida a intentar posteriormente un proceso sobre el derecho que se reclama¹⁶, en los casos de medidas satisfactiva quien las obtuvo no tiene la carga de iniciar proceso alguno posteriormente. El autor argentino, **Jorge Peyrano**, es quien más densamente ha estudiado las medidas satisfactiva, que califica de soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables inaudita *et altera pars*, que son parte de la tutela de urgencia previsible y que no dependen de la interposición coetánea o ulterior de un proceso. Y,

¹⁵ Ferrajoli, L. *Derechos y Garantías*. La Ley del más Débil, Trotta, Madrid, 1999, p. 47 y sgtes., Andrés, P. / Greppi, A. (traductores).

¹⁶ Ver, artículo 112 de la Ley sobre el Derecho de Autor. Y, artículo 466, Parágrafo Segundo de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes

que sus requisitos son: concurrencia de una situación de urgencia, fuerte probabilidad que el derecho del solicitante sea atendible y sin necesidad, por regla general, de una *contra cautela*¹⁷.

1. *Amparo y medidas satisfactiva*

El amparo a que se contrae el artículo 27 de la Constitución, formalmente se trata de una demanda contra un acto, omisión o hecho que perjudique un derecho constitucional, cuya característica es la de que es supletoria de otras acciones que por su demora o su ineffectividad no resultan efectivas. Es posible que su admisión implique una medida preventiva o asegurativa de los resultados del proceso, que en la práctica en Venezuela se denomina “amparo cautelar”, que no es otra cosa sino una medida preventiva del juicio de amparo. Que requiere examinar la legitimidad o no del motivo calificado de violatorio del derecho constitucional. Y su decisión puede ser la de la suspensión del acto violatorio o la de una actuación que deba seguir el agravante para restablecer la situación alterada por el acto u omisión que la ocasionó. Por ejemplo, reincorporar a un beneficiario de la seguridad social que había sido retirado por una decisión administrativa. La reincorporación puede ser al admitirse la demanda de amparo, o al dictarse la sentencia definitiva del proceso de amparo. De la demanda de amparo se da información al señalado como agente del agravio y este puede oponerse alegando la legitimidad de su acción o desconociendo el derecho reclamado. La reincorporación inmediata en el supuesto del asegurado es una medida preventiva o asegurativa y la reincorporación mediante sentencia ya no es una medida preventiva, sino una decisión que reconoció que el accionante tenía derecho a la protección de un derecho constitucional y que consideró ilegítima la actuación u omisión del agravante. La medida satisfactiva es un requerimiento apremiante de un pronunciamiento urgente favorable, sin la interposición simultánea de una acción principal y sin la carga de interponerla posteriormente. Por ejemplo, un enfermo por un estado grave de salud, afiliado a la seguridad social, ante la negativa de la autoridad competente que le preste el servicio de cirugía requerido, la medida satisfactiva dispone que aquella asuma o asegure los gastos de la operación.

Para alguna doctrina en ambos supuestos se requiere que no exista otra acción principal o más efectiva. En mi criterio más que esta subsidiaridad, lo pertinente en la tutela satisfactiva es la urgencia ante una lesión que ya se sufre o que debe cesar. Por eso para mí la medida satisfactiva no requiere sustanciación con audiencia de parte, la cual podrá después interponer una acción para desvirtuar la medida. Una diferencia, en mi criterio, es la especificidad del amparo, definida en el artículo 27, de la Constitución, como una acción de restablecimiento de situaciones infringidas, mediante un procedimiento especial. Mientras, que la medida

¹⁷ Peyrano, Jorge”, “Reformulación de la Teoría de las Medidas Cautelares: Tutela de Urgencia. Medidas Autosatisfactivas. Ponencia presentada con motivo del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Corrientes – Argentina, del 6 a 8 de agosto de 1997 (Ver, en El Derecho Procesal en el Umbral del Tercer Milenio, Tomo I, Corrientes 1997, p. 497).

satisfactiva cabe dentro del género de acción de acceso a la justicia, a que se contrae el artículo 26, ibídem, que solo exige la necesidad o interés de protección para hacer valer derechos individuales, colectivos y difusos y que por tanto no requiere de otra norma que la regule. En este orden de ideas, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, conforme el artículo 26, constitucional, en sentencia del 29-09-2000, ha establecido que no se requiere ley alguna para ejercer una acción¹⁸.

Unos autores encuentran la diferencia entre la acción de amparo y las acciones de medidas anticipativas o satisfactiva, en que el amparo es una acción rápida y expedita, mientras que las medidas auto satisfactiva son urgentes¹⁹. Algunos doctrinarios consideran que las medidas satisfactiva son verdaderamente autónomas, puesto que los efectos materiales de la sentencia que se dicte son definitivos, sin que sea necesaria la promoción concomitante o posterior de un proceso de conocimiento; y porque la decisión que recaiga en el proceso brindará una satisfacción inmediata que agotará la pretensión del peticionante, adquiriendo la calidad de cosa juzgada. Y por ello se diferencian las medidas satisfactiva de las medidas que son calificadas de autónomas, como la de suspensión de actos administrativos, porque no son autónomas de la pretensión de fondo o, en su defecto, la alegada autonomía no tiene el mismo alcance de cosa juzgada²⁰.

III. EL PRINCIPIO PREVENTIVO DEL PODER CAUTELAR TRADICIONAL Y EL PRINCIPIO PRECAUTORIO DEL PODER CAUTELAR PRESERVATIVO

Los códigos procesales exigen para la procedencia de las medidas cautelares en general el presupuesto del '*peligro en la mora*', que la doctrina considera una presunción de la necesidad de la medida para que la futura ejecución del fallo no quede ilusoria. En verdad, no son medidas contra el retardo de los procesos, sino que de ello no se aprovechen las partes para no ejecutar el dispositivo de la sentencia. La misma doctrina ha señalado que el *Periculum In Mora* se configura como riesgo por la infructuosidad por la tardanza del trámite procesal. Es decir, una amenaza perceptible de que, por el retardo del proceso, concretamente el demandado o el codemandado, pueda ejercer actos fraudulentos que hagan imposible la futura ejecución de la sentencia. Por tanto, el presupuesto de las medidas cautelares tanto nominadas o innominadas es que exista un riesgo racionalmente previsible, con carácter objetivo que impida ejecutar la sentencia. Prácticamente, se exige a quien pida la medida cautelar, afirmar y probar la existencia de ese

¹⁸ Ver, mi libro "Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público", LEGIS, Temas Constitucionales, 1ª Edición 2008, p. 180-181.

¹⁹ Brest, Irina, "Amparo y medidas autosatisfactivas: diferencias y similitudes", García Alonso Contenido Jurídico, Constitucional 25/07/2020 (<https://garciaalonso.com.ar/blog/amparo-y-medidas-autosatisfactivas-diferencias-y-similitudes/>)

²⁰ Marcelo A. Bruno dos Santos, ¿es procedente el dictado de medidas autosatisfactivas contra la administración pública?, ¿Distintas miradas y la misma solución...? - p. 347-348 (https://www.gordillo.com/pdf_unamirada/16brunodossantos.pdf)

riesgo que transforme la situación material sobre el objeto de la sentencia de modo tal que imposibilite su posible inejecución, ya sea total o parcial. Puede decirse, entonces, que, las medidas cautelares tienen por objeto el aseguramiento del proceso, es decir, de su eficacia, y, además, resguardar la ejecución de la sentencia. Es decir, que el principio del poder cautelar civil es el de la prevención y conservación procesal, pero no de recomposición, ni de reparación del daño. En otras palabras, mantener la situación en espera de una sentencia. Pero la tutela es conservativa dispuesta por el legislador por la demora judicial y no electiva judicialmente. El interesado y el juez solo pueden solicitar o dictar las medidas establecidas en la ley, sean tipificadas o innominadas.

Pero, en la realidad pueden surgir situaciones que por su urgencia o gravedad requieran protección judicial inmediata o el impedir actos para evitar lesiones de derechos intangibles o un deterioro de bienes protegidos jurídicamente; o imponer actos para no ser eliminados derechos fundamentales o bienes destruidos por falta de uso o para evitar degradaciones o contaminaciones. Entonces, ya no es solo la prevención del proceso sino de derechos inherentes a toda persona o intereses colectivos o difusos, más allá de los particulares. Es así, entonces, como la cautela pasa a manos judiciales con el análisis de la urgencia y necesidad verosímil. De modo que, si el proceso civil es el instrumento de la justicia, el poder cautelar de urgencia es el instrumento para que el proceso lo sea en verdad. Entonces, las medidas cautelares son también el instrumento de que se vale el proceso para garantizar su eficacia como instrumento de la justicia. Con mayor razón en los casos en que no basta con garantizar los resultados del proceso. Por ejemplo, considerado internacional y legalmente el ambiente con un bien objeto de protección y no un derecho abstracto, en los procesos surgidos de su deterioro o de su destrucción o contaminación, las medidas cautelares ya no son propiamente las de asegurar una sentencia, sino impedir su depredación para evitar mayores perjuicios. En estos supuestos, por ejemplo, lo que se quiere con el proceso que es posterior, evitar que el daño continúe o que se consuma la amenaza. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia adelantaba el criterio que son constitucionales las medidas anticipativas en prevención de daños inminentes al medio ambiente y que interesan al colectivo (sentencia No. 2712 de 29-11-2004, Caso “Dilego C. A.”)

IV. EL PRINCIPIO PRECAUTORIO DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO. SU MANIFESTACIÓN EN LA PRESERVACIÓN DE LA VIDA, LA SALUD Y EL MEDIO AMBIENTE

Nos dice el profesor **Oswaldo Alfredo Gozaini**, que, de la función de un reaseguro del proceso para el cumplimiento de las sentencias, las medidas cautelares evolucionan, ante nuevas realidades, como la de cubrir necesidades inmediatas, aun cuando sea provisoriamente, como, por ejemplo, en el contencioso admirativo con la suspensión de los efectos de los actos administrativos. O, las de

resguardar permanencia de cosas o lugares por su uso o falta de uso, la degradación, o por su pérdida²¹. Esta tendencia se hace fuerte y se consolida en los casos de la protección del ambiente, principalmente, debido, por la influencia del derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, la protección de la salud y el disfrute de un medio ambiente sano alcanzaron rangos de fuentes del derecho a través de instrumentos internacionales, como la Declaración de Estocolmo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (1972), la Carta Mundial de la Naturaleza (1982) y la Declaración de Río sobre el Ambiente y la Naturaleza (1992). Y enfáticamente la relación entre medioambiente y derechos humanos se hizo mucho más estrecha por el principio 1 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, llamada Declaración de Estocolmo, de 1972, que consagró el derecho al medioambiente como un derecho de tercera generación, al establecer que el hombre tiene “*el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar*”. Y, por otra parte, además, el Informe Brundtland de 1987²², definió las bases del desarrollo sustentable o sostenible, teniendo en cuenta la protección de los derechos humanos en la consecución del mismo.

Igualmente, el carácter universal, indivisible e interdependiente de los derechos humanos afirmado en la Conferencia de Viena²³, representó un reforzamiento de la protección del acceso a un medio ambiente sano como uno de los llamados derechos de tercera generación, que, a su vez, se reflejó en el constitucionalismo iberoamericano como un derecho fundamental²⁴. Y, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva N° 23/17 de fecha 7 de febrero de 2018, denominada “MEDIO AMBIENTE Y DERECHOS HUMANOS, desarrolló el contenido del derecho a un ambiente sano, como un derecho “fundamental” para la humanidad, y como derecho autónomo, interrelacionado con los derechos a la vida, la salud y la integridad personal. Y con connotaciones colectivas, porque es de interés universal tanto para las generaciones presentes como futuras, y también con connotaciones individuales. Asimismo, la mencionada Opinión Consultiva precisó las obligaciones de los estados de prevención de los daños ambientales. Y como obligaciones procedimentales indico las de garan-

²¹ Gozaini, Osvaldo Alfredo, “Medidas Cautelares en el derecho procesal electoral”, Principios Generales de las Medidas Cautelares”, 1ª Edición, México, pp. 13-15, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2014.

²² Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo a la Asamblea General de Naciones Unidas: “Nuestro Futuro Común”, Documento A/42/427 de 4 de agosto de 1987.

²³ IV Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993. Declaración y Programa de Acción de Viena.

²⁴ Profesores Belén Olmos Giupponi, Cristián Delpiano Lira y Christian Rojas Calderón, escrito de *amicus curiae* presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la solicitud de opinión consultiva de la república de Colombia de 14 de marzo de 2016 (disponible en @33_belen_olmos.pdf (corteidh.or.cr)

tizar el acceso a la información sobre posibles afecciones al ambiente, a la participación pública en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el ambiente y el acceso a justicia²⁵. Obligaciones estas que, sin duda, son ahora consagrados en el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, o “Acuerdo de Escazú, que venía discutiéndose desde 2013 hasta su firma el 2018 y que entró en vigencia el 23 de abril de este año 2021. Este Acuerdo consagra el derecho a un ambiente sano intrínsecamente unido a la salvaguarda al derecho a la vida y al derecho de la integridad personal recogidos en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (artículos 1.1, 4.1 y 51), y expresamente, en el artículo 11 del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o Protocolo de San Salvador de 1988, que contemplaba el derecho a un ambiente sano y la obligación de los estados de promover su protección, preservación y mejoramiento.

Ahora bien, la influencia internacional iushumanista en el derecho procesal se hizo sentir al fortalecer, con un espíritu más moderno, la tendencia hacia la tutela judicial precautoria al considerársela como una obligación derivada del derecho internacional de derechos humanos, En efecto, en primer lugar, según el Principio No. 2 de la declaración de Río de 1992, el Estado tiene la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción y bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional. Y el Principio 15 de esta Declaración expresa que “*Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente*”. Por su parte, la Corte Internacional de Justicia reconoció este principio como una obligación como parte del contenido del derecho internacional relativo al medio ambiente en la Opinión Consultiva relativa al uso de armas nucleares de 1996²⁶.

El principio precautorio, según los estudiosos del derecho internacional ambiental, es la continuación de un proceso iniciado con la incorporación del término “prevención” a los distintos acuerdos internacionales sobre recursos naturales adoptados a partir de 1970 aproximadamente, que incluso se incorpora a las relaciones comerciales internacionales, desde la Declaración de Estocolmo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (1972), la Carta Mundial de la Naturaleza (1982) y la Declaración de Río sobre el Ambiente

²⁵ https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

²⁶ Citada por Belén Olmos Giupponi, Cristián Delpiano Lira y Christian Rojas Calderón escrito de *amicus curiae* presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la solicitud de opinión consultiva de la república de Colombia de 14 de marzo de 2016, p. 23.

y la Naturaleza (1992). Por ejemplo, la noción de “responsabilidades comunes pero diferenciadas” se recoge en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el concepto de asumir la precaución de acuerdo a las capacidades como se indica en el Principio 15, se relaciona con el Principio 7 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, que contempla “el daño serio o irreversible” a diferencia del Convenio de Londres y la Conferencia Ministerial del Mar del Norte que adoptaron que adoptaron el término de “probable daño”. Del primer término de daño irreversible se desprende la necesidad que la acción precautoria debe ser preventiva y anticipatoria, cuya justificación es la cautela en evitar en el acceso a los bienes ambientales su abuso que menoscabe su uso a la sociedad. Por eso se dice, que el Estado asume el papel del “buen padre de familia” que vela por la justa distribución del patrimonio natural entre todos los habitantes. En ese orden de ideas, la Conferencia Mundial de Ciencia (UNESCO, 1999) en su programa-marco para la acción, bajo el capítulo de la Ciencia para la Paz y el Desarrollo (ciencia, medio ambiente y desarrollo sostenible) destacó el papel del principio precautorio como una guía importante en el manejo de la inevitable incertidumbre científica, especialmente en situaciones de impactos potencialmente irreversibles o catastróficos. En el derecho internacional, además de los señalados anteriormente, son fuentes para el estudio del principio precautorio: El Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, el Codex Alimentario y la Comunicación de la Unión Europea del 2000 (Communication From the Commission on the Precautionary Principle”, Commission of the European Communities, COM (2000) 1. Bruselas, 2 de febrero)²⁷.

1. *El principio precautorio en el derecho internacional ambiental*

De estas definiciones e interpretaciones surge el principio llamado “principio precautorio”. Este principio, en mi concepto, consiste, como se dice en la Declaración de Wingspread sobre el mismo principio, de enero de 1998²⁸, en que “*Cuando una actividad representa una amenaza para la salud humana o para el medioambiente, deben tomarse medidas precautorias aun cuando algunas relaciones de causa y efecto no hayan sido totalmente determinadas de manera científica*”. Por su parte, la Declaración de Río, firmada en 1992 durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medioambiente y Desarrollo, llamada también Agenda 21, lo define de la siguiente forma: “*Para proteger el medioambiente, los Estados, de acuerdo a sus capacidades, aplicarán en toda su extensión el enfoque*

²⁷ Artigas, Carmen, “El principio precautorio en el derecho y la política internacional”, Naciones Unidas, CEPAL ECLAC, División de Recursos Naturales e Infraestructura, Santiago de Chile mayo del 2001.

²⁸ Declaración de Wingspread sobre el Principio de Precaución (Wingspread-Wisconsin, 1998), adoptada en reunión de científicos, filósofos, juristas, ambientalistas de las ONG de Estados Unidos y Canadá, sede de la Fundación Johnson en Racine, Wisconsin Conferencia de Wingspread sobre el principio de precaución - https://es.other.wiki/wiki/Wingspread_Conference_on_the_Precautionary_Principle

precautorio. En donde existan amenazas de daños graves o irreversibles no se usará la falta de certeza científica total como razón para posponer la adopción de medidas costo-efectivas para prevenir el deterioro medioambiental". Y el Acuerdo de Escazú, cuyo objetivo “*es garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales*” (artículo 1); consagra para la implementación del citado Acuerdo, entre sus principios, el principio precautorio (artículo 3, letra “f”).

V. EL PRINCIPIO PRECAUTORIO Y EL DERECHO PROCESAL. PRECISIÓN DE SU DIFERENCIA CON EL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN. LA FUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO ARGENTINO Y LA INCORPORACIÓN O NO DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO. LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

Conforme la doctrina comparada, “el Principio de Precaución es la actitud de reserva o cautela que debe adoptar una persona para evitar o prevenir los daños que pueden causar una actividad, aunque no exista certeza científica absoluta sobre su ocurrencia”²⁹. Ahora bien, ¿qué implicaciones para el derecho procesal tienen el contenido y definición del principio precautorio? Ello por cuanto este principio es más propio del derecho administrativo o del derecho ambiental. Algunos estados por esa tendencia evolutiva consagraron la tutela cautelar precautoria en su legislación, incluso civil y mercantil. Argentina, por ejemplo, *en la sentencia* del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el fallo “Tudanca”, estableció que el principio precautorio debe aplicarse para la protección del ambiente y que justamente no requiere una certeza científica que demuestre la peligrosidad del daño para imponer una medida eficaz. *Al igual que los fallos de la Corte Suprema de Justicia Argentina como, por ejemplo, en la Causa Mendoza, que sostiene que* “cuando se peticiona la protección del ambiente basada en el principio de prevención o de precaución, no se trata de una medida cautelar, sino de un proceso urgente autónomo y definitivo” Y, que, “la recomposición y prevención de daños al ambiente obliga al dictado de decisiones urgentes, definitivas y eficaces “(Fallos: 331:1622). *O, como lo dice Osinal de Castro*, en su trabajo “Principios Generales de Derecho Ambiental”, publicado en la Obra “Temas de Derecho Procesal, Derecho Procesal Ambiental y Derecho Procesal Penal de la Universidad de Champagnat”, que este principio “se nutre de

²⁹ Karem Ivette Lora Kesie, “El principio de precaución en la legislación ambiental colombiana”, Actualidad Jurídica, (<https://www.uninorte.edu.co/documents/4368250/4488389/El+principio+de+precaución+en+la+legislación+ambiental+coombiana/c7e464c7-f69c-43e3-967d>)

parámetros tales como: la previsión razonable de posible daño, incertidumbre sobre la existencia de riesgo y acción cautelar³⁰. Y también es un antecedente el nuevo Código Procesal Agrario costarricense que contempla disposiciones procesales especiales para la tutela del ambiente e incluye un proceso de trámite especial que le da prioridad.

El principio de precaución fue incorporado expresamente al derecho argentino por la ley General del Ambiente No. 25.675, vigente desde diciembre de 2002,³¹ que en su artículo 4º establece: “La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: (...). Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir. Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”. Es decir, se distingue entre la prevención de las causas del daño ambiental y la precaución ante el riesgo de daños graves probables. Con relación a las normas anteriores, se comenta que se distingue expresamente entre prevención y precaución y que menciona la *incertidumbre científica* como presupuesto necesario para el funcionamiento del principio de precaución, requisito que lo distingue del principio de prevención. Y, que además su artículo 4º, dispone que el principio de precaución se aplica no sólo cuando está en juego la ley citada, sino *toda la normativa ambiental*.³²

Por otra parte, el artículo 27, de la citada Ley, define el daño ambiental, como daño ambiental, “toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”, su artículo 28, consagra la responsabilidad objetiva de quien cause el daño ambiental, de la cual se exonera, según el artículo 29, quien acredite que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. La Ley, en comento, por otra parte, desde el punto de vista procesal, otorga legitimidad para reclamar la recomposición del daño ambiental, al afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones

³⁰ Cita de Drnas de Clément, Zlata, “El principio de precaución ambiental. La práctica argentina”, Lerner Editora S.R.L, 2008, p. 33.

³¹ Observatoriop10.cepal.org/es/instrumentos/ley-general-ambiente-no-25675

³² Aída Kemelmajer de Carlucci, “EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN EL DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. ESTADO DE LA SITUACIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO, REVISTA DE LA UNIVERSIDAD DE SAN ANDRÉS, Número 3 | 2016, Domingo, agosto 28, 2016 (prhttps://udesa.edu.ar/re-vista/voces-revista-juridica-de-san-andres-nro-3/articulo/el-principio-de-precaucion -en-el-derecho-cautoria).

no gubernamentales de defensa ambiental. Y, que, El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. E, igualmente, que “En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte” (artículos 30 y 32). Finalmente, la Ley mencionada, establece, que, “La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias” (artículo 33). En mi criterio, la medida de urgencia, dictada como medida precautoria, es una medida satisfactiva o anticipada.

Se ha discutido si el principio precautorio ha debido ser incorporado en el nuevo Código Civil y Comercial de 2014, que, entre las funciones de la responsabilidad civil, menciona sólo la prevención. En efecto, el art. 1708 dice: “*Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación*”. Y dentro del régimen de responsabilidad civil, dispuso que de la función resarcitoria de los daños responde no solo quien no solo causó el daño, sino que también responde quien no los evitó, pudiendo haberlo evitado o disminuido su magnitud por medidas razonables. Evidentemente que esta regulación se coloca a la prevención como un factor de atribución de la responsabilidad civil y, además, que la responsabilidad civil no solo ha de establecerse para derechos o bienes patrimoniales, sino en general, también en la persona como la identidad y la imagen, y en derechos colectivos o difusos. Sin embargo, se discute si el referido Código, como se expresó, así como consagró el principio de prevención si debió también incorporar el principio de precaución.

En este orden de ideas, es valedero destacar que el referido Código en lo correspondiente a la responsabilidad civil además del deber de resarcir daño, o la función resarcitoria a que se contrae su artículo 1716, establece, en el artículo 1710, el deber prevención del daño, que comprende no solo evitar causar daños, sino también el deber de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño, del cual responde quien ha podido evitarlos. Asimismo, en el artículo citado, se incluye en el deber de prevención del daño, no agravar el daño, si ya se produjo. Y, por otro lado, consagra, dentro de la función preventiva, en su artículo 1711, que “*La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento*”, y agrega, que “*No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución*”, al igual, que los legitimados para ejercer la acción preventiva son quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño, como lo complementa el artículo 1712. No obstante, la innovación que suponen las normas anteriores, sin embargo, en la responsabilidad civil se exige el principio de la previsibilidad de la ocurrencia del daño, que es un grado de certeza material. A diferencia del principio propiamente precautorio, que se consagra en la Ley General de Ambiente, según el cual, como se ha dicho, la

incerteza científica del peligro del daño no impide la protección precautoria. Por ello se discute si en verdad este principio precautorio tiene plena incorporación en el derecho civil y comercial argentino, ya que el artículo 1726 de la reforma del Código Civil y Comercial se exige la previsibilidad del daño para aplicar la medida de protección de la responsabilidad civil preventiva. Es así, que entonces, si bien la finalidad precautoria y preventiva es equivalente, ya que a través de ambas se tiende a evitar la ocurrencia de un daño, sin embargo, el principio precautorio no requiere una certeza científica que demuestre la peligrosidad del daño para imponer una medida eficaz, como si se exige la idea de riesgos hipotéticos para confrontarlos con los riesgos ciertos y previsibles que requiere el principio de la prevención. En el ámbito de aplicación de la prevención, la ocurrencia de un hecho se puede determinar empíricamente. En el precautorio, esa determinación no es posible. Y, es por tal motivo, se dice que el Código, en comento, no se introdujo el principio precautorio, ni siquiera como fuente de responsabilidad civil en su faz preventiva o inhibitoria³³. Algunos autores argentinos, como Jorge Peyrano, destacan que no era necesario la incorporación, porque el principio de precaución está previsto en la ley del ambiente y que se aplica también en otros ámbitos³⁴. Sin embargo, la profesora **Aída Kemelmajer de Carlucci** sostiene que, si bien la aseveración es correcta, pero lo discutible es si debe o no estar enunciado como principio general del código civil y, en consecuencia, ser una regla que se aplica a todo el régimen de la responsabilidad civil³⁵.

En Colombia, el Principio de Precaución se encuentra consagrado en la Ley 1523 de 2012 (abril 24), sobre Gestión del Riesgo, Responsabilidad, Principios, Definiciones y Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres. en los siguientes términos: “Artículo 3o. Principios Generales. Los principios generales que orientan la gestión del riesgo son: (...) 8. Principio de precaución: Cuando exista la posibilidad de daños graves o irreversibles a las vidas, a los bienes y derechos de las personas, a las instituciones y a los ecosistemas como resultado de la materialización del riesgo en desastre, las autoridades y los particulares aplicarán el principio de precaución en virtud del cual la falta de certeza científica absoluta no será óbice para adoptar medidas encaminadas a prevenir, mitigar la situación de riesgo”. Por otra parte, sobre el principio de precaución existe un desarrollo en la jurisprudencia colombiana. Por ejemplo, la Corte Constitucional

³³ Abogados. Com, Ar. Gustavo CampobassiPozo Gowland, “La acción preventiva incorporada al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el principio precautorio del Derecho Ambiental”, 27 de noviembre de 2014 (<https://abogados.com.ar/la-accion-preventiva-incorporada-al-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-y-el-principio-precautorio-del-derecho-ambiental/15641>)

³⁴ Peyrano, Jorge W., Vías procesales para el principio precautorio”. *Publicado en: LA LEY 05/05/2014, 05/05/2014, I - LA LEY 2014-C, 1123.*

³⁵ Aída Kemelmajer de Carlucci, “EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN EL DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. ESTADO DE LA SITUACIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO”, citado.

en la sentencia C-293 de 2002³⁶ profundizó sobre su alcance, y concluyó que, cuando la autoridad deba tomar decisiones específicas encaminadas a evitar un peligro de daño grave, debe proceder de acuerdo con las políticas ambientales trazadas por la ley, aunque no cuente con certeza científica absoluta. En la sentencia C-339 de 2002³⁷, la mencionada Corte desarrolló el principio aplicado en la actividad minera, indicando que, ante la falta de certeza científica frente a los efectos de la explotación en determinada zona, la decisión debe inclinarse por la protección del medioambiente. En la sentencia C-988 de 2004³⁸, expresó la necesidad de la prueba del riesgo para evitar la arbitrariedad en la aplicación del principio de precaución. Con ello se evidenció el deber de las autoridades ambientales de determinar hasta dónde es admisible o no el riesgo argumentado. En el mismo orden de ideas, con la sentencia C-595 de 2010,³⁹ se indicó que este principio exige una postura activa de anticipación, con un objetivo de previsión de la futura situación medioambiental en pro a optimizar el entorno de vida natural. Es decir, la Corte se separa de la prioridad proteccionista para dar relevancia a la seguridad jurídica. Finalmente, en la sentencia del 25 de enero de 2019, con radicado 2014-218⁴⁰, el Consejo de Estado indicó que el principio de precaución supone la necesidad de que la autoridad ambiental no tome la falta de certeza científica absoluta como una excusa para impedir o dilatar la adopción de medidas tendientes a la protección del medioambiente y de los recursos naturales⁴¹.

VI. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN O PRECAUTORIO Y LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA

En mi criterio, el Principio de Precaución, puede considerarse incorporado al derecho ambiental venezolano, mediante la interpretación extensiva y progresiva, a la luz de los artículos 127 y 129, constitucionales, del artículo 1º, de la Ley Orgánica del Ambiente, que establece, que, “*Esta Ley tiene por objeto establecer las disposiciones y los principios rectores para la gestión del ambiente, en el marco del desarrollo sustentable como derecho y deber fundamental del Estado y de la sociedad, para contribuir a la seguridad y al logro del máximo bienestar de la población y al sostenimiento del planeta, en interés de la humanidad. De*

³⁶ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-293-02.htm#:~:text=Sentencia%20C-293%2F02&text=El%20acto%20administrativo%20por%20el,juris-diccion%20de%20lo%20contencioso%20administrativo>.

³⁷ <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2002/C-339-02.htm>

³⁸ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-988-04.htm>

³⁹ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-595-10.htm>

⁴⁰ <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/215/85001-23-33-000-2014-00218-02.pdf>

⁴¹ Estefanía López García, “El Principio de Precaución en el derecho ambiental”, Asuntos Legales, lunes, 5 de agosto de 2019 (<https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/el-principio-de-precaucion-en-el-derecho-ambiental-2892905>)

igual forma, establece las normas que desarrollan las garantías y derechos constitucionales a un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado". Y de su artículo 2º, que define la Gestión del Ambiente, como, "el proceso constituido por un conjunto de acciones o medidas orientadas a diagnosticar, inventariar, restablecer, restaurar, mejorar, preservar, proteger, controlar, vigilar y aprovechar los ecosistemas, la diversidad biológica y demás recursos naturales y elementos del ambiente, en garantía del desarrollo sustentable". Asimismo, considero que el Principio de Precaución se deriva de la integración de las normas anteriores, con el artículo 3º, que, a los efectos de la referida Ley, se entiende por *Daño ambiental*: "Toda alteración que ocasione pérdida, disminución, degradación, deterioro, detrimento, menoscabo o perjuicio al ambiente o a alguno de sus elementos", y por la definición de la función de Restablecer, a los efectos de dicha Ley, como la "Aplicación de un conjunto de medidas y acciones a objeto de restaurar las características de los elementos del ambiente que han sido alteradas o degradadas, por un daño ambiental de origen antrópico o natural. Y, finalmente que define por *Medidas ambientales*: "todas aquellas acciones y actos dirigidos a prevenir, corregir, restablecer, mitigar, minimizar, compensar, impedir, limitar, restringir o suspender, entre otras, aquellos efectos y actividades capaces de degradar el ambiente". Y más concretamente, el artículo 40, que comprende dentro de la Gestión del Ambiente: "(..) 2. *Prevención*: Medida que prevalecerá sobre cualquier otro criterio en la gestión del ambiente". Y, "3. *Precaución*: La falta de certeza científica no podrá alegarse como razón suficiente para no adoptar medidas preventivas y eficaces en las actividades que pudiesen impactar negativamente el ambiente". Por otra parte, en lo atinente a la responsabilidad por daños, o la función resarcitoria, el artículo 116, consagra la responsabilidad ambiental objetiva, al establecer, que "La responsabilidad derivada de daños causados al ambiente es de carácter objetiva, la simple existencia del daño determina la responsabilidad en el agente dañino de haber sido el causante de ese daño, y por tal quien deberá indemnizar los daños y perjuicios causados por su conducta. Queda exceptuada el de probar el nexo de causalidad entre la conducta ejercida y el daño causado, bastando la simple comprobación de la realización de la conducta lesiva". Disposición esta que modifica del principio de la responsabilidad subjetiva del derecho civil.

Por lo expuesto, considero que los jueces venezolanos, con base a los artículos citados, en concordancia con los artículos 127 y 129, de la Constitución, y de su artículo 26, conforme el artículo 11, del Código de Procedimiento Civil, o según el artículo 195 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario; o, de ser el caso, el artículo 4º, de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa; pueden dictar, por ejemplo, medidas de prohibición y de cesación de las actividades que dañan del ambiente y los ecosistemas del Sur del Orinoco, por la ejecución de las actividades extractivas y de contaminación, bajo el amparo del proyecto del Arco Minero del Orinoco, que la Alta Comisionada de Derechos humanos de la ONU, en su Informe presentado el 15 de julio de 2020, ante el Consejo de Derechos Humanos, asevero que con ese proyecto se está "destruyendo la madre tierra

sin piedad”⁴². Inclusive, el Tribunal Supremo de Justicia, y sus Salas, puede ejercer de oficio la tutela judicial efectiva de urgencia, puesto que como lo ha establecido en su jurisprudencia, puede que actuar oficiosamente, no sólo en los casos contemplados en la propia Ley Orgánica que lo rige, como se contempla en su artículo 89, sino “cuando así lo amerite”; conforme la discrecionalidad que se han atribuido el Tribunal y sus Salas.

Tutela cautelar que es obligatoria para el Poder Judicial, en casos como el del daño ambiental grave del Arco Minero del Orinoco, en donde están involucrados bienes colectivos y la protección del ambiente que es de interés social y público,

VII. EL SISTEMA PROCESAL DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN O PRECAUTORIO

Tanto el principio de prevención como el principio de precaución integran hoy el sistema procesal de protección de derechos e intereses legítimos, y por eso no hay incompatibilidad entre ellos. La diferencia está en que no necesariamente deben ser concurrentes. En efecto, el principio de la prevención para impedir la producción de un daño considera que el acto o práctica se conocen y son previsibles. El principio de precaución, por el contrario, es “*la necesidad de imponer cautela frente a una situación de incertidumbre científica, del cual puede derivar una situación de riesgo, debido a que no se encuentra suficientemente demostrado, mediante el conocimiento científico, el posible daño, es decir, la posibilidad de la existencia de un daño grave e irreparable, derivado de una actividad o proyecto, en el cual la incertidumbre recae sobre el saber científico*”⁴³.

En resumen, los presupuestos del principio precautorio son a) la ausencia de información o certeza científica; b) la evaluación del riesgo de producción de un daño y c) el nivel de gravedad del daño. Y, como se dijo anteriormente, se basa en el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, de 14 de junio de 1992 de las Naciones Unidas, que establece;⁴⁴ “*Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente*». Ahora bien, *este principio lleva procesalmente al tratamiento de la admisibilidad de la prueba científica que son probabilidades*

⁴² Informe AHRC 44/54 de 1507-2020, IV. 62.

⁴³ Allende Rubino, Horacio L, “La acción de prevención en el Código Civil y Comercial. Su relación con el principio de precaución en el derecho ambiental, fecha 8 de agosto de 2016, Microjuris.com, 27 de septiembre de 2016, Cita: MJ-DOC-9989-AR | MJD9989 (La acción de prevención en el Código Civil y Comercial. Su relación con el principio de precaución en el derecho ambiental | Microjuris Argentina al Día).

⁴⁴ Doc. A/CONF.151/26/Rev.1.

*En efecto, más que propiamente una prueba científica, que requiere de expertos, de lo que se trata es de la percepción del riesgo, especialmente en caso de incertidumbre, lo que puede afectar una decisión urgente*⁴⁵.

El principio de prevención como el principio de precaución integran hoy el sistema de protección de derechos e intereses legítimos, y por eso no hay incompatibilidad entre ellos. La diferencia está en que no necesariamente deben ser concurrentes. En efecto, el principio de la prevención para impedir la producción de un daño considera que el acto o practica se conocen y son previsibles. El principio de precaución es *“la necesidad de imponer cautela frente a una situación de incertidumbre científica, del cual puede derivar una situación de riesgo, debido a que no se encuentra suficientemente demostrado, mediante el conocimiento científico, el posible daño, es decir, la posibilidad de la existencia de un daño grave e irreparable, derivado de una actividad o proyecto, en el cual la incertidumbre recae sobre el saber científico”*⁴⁶.

1. Elementos o presupuestos del principio precautorio

En este particular voy a seguir el trabajo “Pautas para una eficaz regulación del principio precautorio en el derecho peruano desde la experiencia del derecho comunitario europeo”, de **Krystel Otiniano-Pozo**, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, del Perú⁴⁷, por estimarlo preciso y esclarecedor. Los presupuestos son:

1) El peligro de daño grave o irreversible o la degradación de los elementos que constituyen el medio ambiente o el entorno ecológico, que adquieren cierta gravedad cuando excede los niveles guía de calidad, estándares o parámetros que constituyen el límite de la tolerancia que la convivencia impone necesariamente⁴⁸.

2) Incertidumbre científica e indicios consistentes en amenaza, que consiste en el insuficiente aporte de la ciencia para conocer con precisión y de forma indubitable la existencia o no del potencial peligro o riesgo de una actividad dada o de una amenaza incierta o riesgo hipotético, para lo cual debe contarse con indicios sólidos, sobre la base de información científica consistente, que lleve a

⁴⁵ Corti Varela, Justo, “El principio de precaución en la jurisprudencia internacional”, Revista Española de Derecho Internacional Sección ESTUDIOS Vol. 69/1, enero-junio 2017, Madrid, pp. 219-243 (<http://dx.doi.org/10.17103/redi.69.1.2017.1.08>).

⁴⁶ Allende Rubino, Horacio L, “La acción de prevención en el Código Civil y Comercial. Su relación con el principio de precaución en el derecho ambiental, fecha 8 de agosto de 2016, Microjuris.com, 27 de septiembre de 2016, Cita: MJ-DOC-9989-AR | MJD9989 (La acción de prevención en el Código Civil y Comercial. Su relación con el principio de precaución en el derecho ambiental | Microjuris Argentina al Día).

⁴⁷ https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2668/DER_088.pdf?sequence=1

⁴⁸ Cita de Barreira Custodio, H, por Krystel Otiniano-Pozo, en su estudio mencionado, Pautas para una eficaz regulación del principio precautorio en el derecho peruano desde la experiencia del derecho comunitario europeo”, p. 35.

la elaboración de una hipótesis acerca del riesgo potencial con carácter grave o irreversible. O, la evaluación o ponderación de la probabilidad de su ocurrencia.

3) Iniciativa institucional ante la incertidumbre, cuya obligación corresponde al Estado en adoptar medidas o tomar decisiones prohibitivas o limitativas a efectos de salvaguardar derechos humanos ante posibles daños dentro de un marco de incertidumbre. o la instancia al Estado o al juez, del afectado o de los afectados por el daño al medio ambiente o a la salud de las personas.

4) Análisis costo-beneficio de acción versus falta de acción, o la evaluación de los costos y beneficios en los diferentes bienes que puedan verse afectados con la producción del posible daño, teniendo siempre como límite infranqueable la afectación a bienes superiores.

5) Inversión de la carga de la prueba, por el titular de la actividad denunciada como dañosa en marcha o el, sea quien asuma el deber de demostrar su inocuidad y que demuestren que dicha actividad, producto o proceso no resultará peligroso para los derechos humanos que se pretenden tutelar.

VIII. EL AMBIENTE COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO

La Declaración de Río de Janeiro de 1992, en su Principio 15, dispone: “*Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente*”. Esta Declaración, como derecho internacional aceptado por los Estados, es fuente del derecho interno, como se desprende de los artículos 19, 22 y 23, de la Constitución de Venezuela, por lo cual ha de reconocerse al ambiente como bien jurídico tutelado, lo que ratifica el artículo 127 de la misma Constitución. Normas estas que, en concordancia con su artículo 26, son suficientes para que los jueces venezolanos apliquen el principio precautorio en protección del ambiente y dicten medidas satisfactorias de urgencia de prohibición y de cesación en casos de peligro grave o irreversible al ambiente, como el que ocurre en el Arco Minero del Orinoco, calificado inclusive de ecocidio, en el cual proyecto de actividades extractivas han dañado los ecosistemas del Sur del Orinoco y la vida y salud de sus poblaciones. Medidas precautorias estas que caben dentro de las medidas ambientales, que el artículo 30, de la Ley Orgánica del Ambiente, define como “*(...) todas aquellas acciones y actos dirigidos a prevenir, corregir, restablecer, mitigar, minimizar, compensar, impedir, limitar, restringir o suspender, entre otras, aquellos efectos y actividades capaces de degradar el ambiente*”.

Constitucional y legalmente, no cabe duda que el ambiente es un bien jurídico tutelado, vinculado a otros derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación y de vivir en el ecosistema interno y externo, Puesto como dice la doctrina, es un elemento esencial para la existencia física, intelectual y cultural del hombre y para el acceso a los recursos elementales para la vida, para lo cual se requiere un ambiente sano, por lo que es un derecho humano fundamental. Además, el ambiente es un bien colectivo, sobre cuya justiciabilidad y su tutela

judicial hoy día en nuestro país no hay duda alguna, conforme se desprende del artículo 26, de la Constitución, en concordancia con sus artículos 127 y 129. Además, por integrar un complejo de derechos junto a la vida, la salud y la calidad de vida, su preservación y su protección está por encima de los intereses del Estado y de los intereses individuales, porque de su protección depende la existencia misma de la especie humana.

IX. EL ECOCIDIO DEL SUR DEL ORINOCO Y LA INACCIÓN DE LA TUTELA DE PREVENCIÓN Y DE PRECAUCIÓN DEL ECOSISTEMA AMAZÓNICO POR EL SISTEMA DE JUSTICIA DE VENEZUELA

Mediante decreto N° 2.248 de fecha 24 de febrero de 2016, del gobierno de Nicolás Maduro, se dispuso la ejecución del proyecto del Arco Minero del Orinoco, que comprende una extensión de 111.846, 70 kilómetros cuadrados, en donde se encuentran grandes reservas de agua dulce ubicadas al sur del Río Orinoco y la biodiversidad de la Reserva Forestal de Imatáca, de El Caura, La Paragua y las zonas protectoras de la Cuenca del Río Caroní, los Tepuyes, que son formaciones biogeografías únicas en el mundo, y decretadas con anterioridad como Áreas bajo Régimen de Administración Especial, Áreas Protegidas o de Especial Importancia Ecológica. Y el Parque Nacional Canaima que fue nombrado en 1994 Patrimonio de la Humanidad por la UNESCO⁴⁹, por ser una reserva natural que cuenta con relieves abruptos especiales y únicos en todo el mundo, los Tepuyes, que son especies de mesetas de millones de años de antigüedad, con paredes verticales y cimas casi planas. Este Parque Nacional fue considerado en junio de 2021 patrimonio mundial en riesgo por la **World Heritage Watch, organización** mundial que promueve la protección del patrimonio y observa los espacios en peligro para informar a la **Unesco**, en razón que se han en el mencionado Parque **Nacional**, en el estado Bolívar, se han destruido entre 500 y 700 hectáreas, como consecuencia de la extracción de oro usando técnicas “semimecanizadas” y mercurio, elemento químico de alta toxicidad⁵⁰. Con el citado decreto N° 2.248 del 24 de febrero de 2016 y con el decreto número 4.392 del 22 de diciembre de 202, que creo la Zona Económica Especial Militar de Desarrollo Forestal, en la altiplanicie o meseta de Nuria, entre los municipios Sifontes del estado Bolívar y Antonio Díaz del estado Delta Amacuro; el gobierno de Nicolás Maduro ha permitido contratos y concesiones para la explotación de los recursos de esa extensión con empresas nacionales e internacionales y se anunció la delimitación de 23 áreas para uso minero en una extensión de 3.409 kilómetros cuadrados, es decir, el 3% del citado Arco Minero. Con el desarrollo de este proyecto, que se acordó sin estudios previos de impacto ambiental y sin la consulta previa

⁴⁹ [Portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=12572&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html](https://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=12572&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)

⁵⁰ “Parque Nacional Canaima es declarado patrimonio mundial en riesgo”, El Luchador, 7 de junio de 2021 (<https://elluchador.info/web/2021/06/07/parque-nacional-canaima-es-declarado-patrimonio-mundial-en-riesgo/>).

con la población, se han venido ejecutando actividades de minería y extractivas, con graves consecuencias para el ambiente y la salud de las personas, por equipos que arrasan el suelo y que necesitan mercurio, que contamina y envenena las aguas, los peces y las personas.

Por los daños masivos al medio ambiente que determinan destrucción o pérdida de ecosistemas en las zonas del llamado Arco Minero del Orinoco, así como el riesgo grave que supone para sus habitantes al contaminar sus aguas y cultivos, a la luz de la comunidad internacional, su creación se puede calificar de “*ecocidio*” y, por ende, de un delito contra la humanidad. En efecto, se entiende por ecocidio el daño masivo o destrucción medioambiental de un territorio o zona, de tal magnitud que puede poner en peligro la supervivencia de sus poblaciones. Por ello, la Asamblea Nacional democrática, en su Acuerdo de fecha 14 de junio de 2016, declaró contrario a los intereses de la República y a los derechos ambientales el decreto N° 2.248 de fecha 24 de febrero de 2016 de creación del Arco Minero del Orinoco. Decreto este que por sus consecuencias, no solo violenta los artículos 127 a 129 y 304 y 327 de la Constitución, sino también la normativa internacional ambiental suscrita por Venezuela, como el Convenio sobre Diversidad Biológica, la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América o Convención de Washington, la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de la UNESCO, y el Protocolo relativo a las Áreas, Flora y Fauna Silvestres y el Convenio para la protección y el Desarrollo del Medio Ambiente en la Región del Gran Caribe; y el Tratado de Cooperación Amazónica, del 3 de julio de 1978, suscrito Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú, Surinam y Venezuela, cuyo propósito es el desarrollo armónico de la Amazonia y lograr un desarrollo integral de sus respectivos territorios mediante el equilibrio entre el crecimiento económico y la preservación del medio ambiente. En efecto, la actividad minera en gran escala, en 22 zonas y en una de minería primaria, construyen serias amenazas de contaminación con mercurio y cianuro y la deforestación de bosques tropicales, lo que además impacta la salud y proliferan enfermedades como la malaria. Estos daños serían irreversibles por su incapacidad de regeneración. Tales son los daños que internacionalmente se considera el ecocidio “*el quinto crimen perdido contra la paz*”⁵¹. En ese orden de ideas, el profesor Alexander Luzardo, proyectista de las normas ambientales de la Constitución y profesor titular de derecho ambiental y desarrollo sustentable de la Universidad Central de Venezuela, ha denominado al Arco Minero del Orinoco, como “*el ecocidio del Siglo XXI*”⁵²

En Venezuela está ocurriendo un daño ambiental en la explotación del llamado Arco Minero del Orinoco, cuyo territorio se extiende hasta el bioma amazónico y que ha sido calificado como “el ecocidio del siglo XXI”, como lo señalé,

⁵¹ Gauger, Anja (29012), “Ecocide is the Missing 5th crime against Peace” (space.sas.ac.uk, Human Rights Consortium, School of Advanced Study, University of London)

⁵² [https://www.larazon.net\(2016/07/pro-alenxander-luzardo-el-mal-llamado-ArcoMinero](https://www.larazon.net(2016/07/pro-alenxander-luzardo-el-mal-llamado-ArcoMinero).

por el daño masivo o destrucción medioambiental causado por la política del actual gobierno de la actividad minera en los estados de Amazonas, Bolívar y Delta Amacuro, de la diversificación de los ingresos del Estado y del desarrollo intensivo de sus recursos minerales mediante la extracción principalmente de la minería a cielo abierto. Daño este de tal magnitud que ha puesto en peligro la supervivencia de sus poblaciones y cuyos daños serán irreversibles por su incapacidad de regeneración. Tal es la destrucción del medio ambiente y de la capacidad productiva de los territorios y recursos del Arco Minero del Orinoco, que la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, como se afirmó anteriormente, en su Informe presentado el 15 de julio de 2020, ante el Consejo de Derechos Humanos, hace propia las palabras de un líder indígena, afirmando que en el Arco Minero del Orinoco se está “*destruyendo la madre tierra sin piedad*”.

Frente a la alteración que ha ocasionado pérdida, disminución, degradación, deterioro, detrimento, menoscabo o perjuicio al ambiente o a alguno de sus elementos, en el Sur del Orinoco, calificado como daño ambiental, según el artículo 3º, de la Ley Orgánica del Ambiente, fundamentalmente por la acción antrópica, el Estado, y sus sistema de justicia, se han abstenido de dictar las medidas ambientales para prevenir, corregir, restablecer, mitigar, minimizar, compensar, impedir, limitar, restringir o suspender, entre otras, aquellos efectos y actividades capaces de degradar el ambiente, a objeto de restaurar las características de los elementos del ambiente que han sido alteradas o degradadas, por un daño ambiental de origen antrópico o natural como se dispone en el mencionado artículo 3º.

Tratándose como se trata el Sur del Orinoco de ecosistemas frágiles de alta diversidad genética y ecológica y de áreas naturales de un interés especial para su conservación, las medidas de protección son de obligatorio cumplimiento por parte del Estado, conforme el artículo 48, de la mencionada Ley Orgánica. No obstante, que el daño ambiental del Arco Minero del Orinoco es notorio y evidente, constatado por organizaciones nacionales y ambientales, cuya suspensión han reclamado sus poblaciones y los defensores del ambiente⁵³, sin embargo, juez alguno, como podrían ser los jueces agrarios, según el artículo 195 de la Ley de Tierras y de Desarrollo Agrario, o, en su caso, los jueces contenciosos administrativos, conforme el artículo 4º, de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, han ejercido su competencia de tutela judicial efectiva, en este caso, de urgencia, prohibiendo las actividades en el referido Arco Minero, o han ordenado su cesación, conforme los artículos 26, 127 y 129 de la Constitución, en concordancia con su artículo 334, y conforme con el artículo 11, del Código de Procedimiento Civil. Incurriendo, por tanto, en una omisión injustificada de su función constitucional.

⁵³ SOS ORINOCO, “Arco del Orinoco: el criminal ecocidio de Maduro”. ANÁLITICA/MINING PRESS, 09/02/2021 (<http://miningpress.com/dictadura-venezuela/335483/arco-del-orinoco-el-criminal-ecocidio-de-maduro-en-19>).

CONCLUSIÓN

Por todas las razones expuestas, los jueces, incluyendo a magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, a quienes el poder constituyente ha dado el mandato de asegurar la integridad de la Constitución, conforme su artículo 334, encabezaamiento, y a quienes la ley confiere la potestad de proceder de oficio en resguardo del orden público, en conocimiento de daños irreparables, como los causados a los ecosistemas del Sur del Orinoco, están obligados a dictar las medidas satisfactorias de prohibir en el Arco Minero del Orinoco, las actividades de la minería ilegal y de ordenar el cese de las actividades contaminantes del ambiente y de la vida y la salud de su población. Por su omisión, estos jueces y magistrados pueden ser objeto de determinación de su responsabilidad por el incumplimiento de su competencia, conforme los artículos 139 y 255, constitucionales, así como el Estado, de acuerdo con el artículo 141, de la Constitución, por la deficiencia del sistema de justicia, que incluye al Ministerio Público, en proteger y preservar el ecosistema del Sur del Orinoco, cuyo deterioro representa un perjuicio irreparable para las personas por el daño ambiental que representa el referido proyecto del Arco Minero del Orinoco. Pues, como dice la profesora, los jueces ante la inacción de la administración, se deben mantener alertas, “en especial, en virtud del principio de precaución”, que en mi criterio en Venezuela se consagra implícitamente en los artículos 127 y 129, de la Constitución, “para tomar medidas que impidan graves riesgos en ese ámbito específico”, porque ante estos problemas, como dice la profesora Aída Kemelmajer de Carlucci, “los jueces deben ser “sensibles a la hora de buscar soluciones, especialmente para los grupos más vulnerables”⁵⁴.

⁵⁴ Aída Kemelmajer de Carlucci, “EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN EL DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. ESTADO DE LA SITUACIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO”, citado.

LA JUSTICIA AMBIENTAL, EL SISTEMA PROCESAL AMBIENTAL Y EL PODER CAUTELAR AMBIENTAL¹

Para quien les habla, que no pasa de ser un diletante en derecho ambiental y sobre todo en justicia ambiental, pronunciar una conferencia en un homenaje que se rinde a un verdadero maestro en estas materias, como lo es el Dr. Néstor Cafferatta, por supuesto que es un honor, pero mucho más es un severo compromiso. Agradezco a la Academia Mexicana de Derecho por tan honrosa distinción. Pienso en mi disertación referirme a la Justicia Ambiental, al Sistema Procesal Ambiental y al Poder Cautelar Ambiental, que han sido temas de enjundiosos estudios por nuestro homenajeado. Comienzo con una explicación. ¿Si el termino más utilizado en las obras jurídicas es el de la Justicia Ambiental, por qué hablar del Sistema Procesal Ambiental y luego del Poder Cautelar Ambiental?

Confieso que para hablar de estos temas me oriento por la noción integral de sistema procesal que es el desarrollo sistemático de la función jurisdiccional del estado a través de sus componentes de jurisdicción, acción, proceso, principios y reglas, procedimiento y recursos. Porque considero que con relación al ambiente existe un sistema jurídico sustantivo y adjetivo. Sistema que es el orden jurídico ambiental. Pero, antes que todo distingo en las ciencias jurídicas la existencia de un orden normativo cuyo objeto es el ambiente, o el derecho ambiental, que cada vez más es un derecho de la naturaleza, cuya aplicación es parte de la función jurisdiccional del poder judicial del estado. En cuanto la jurisdicción ambiental que cabe precisar que se trata de la resolución por el poder judicial de los conflictos derivados de la aplicación de la normativa ambiental, entre la administración pública y los particulares, y entre los particulares, por la protección y defensa de sus derechos ambientales individuales, colectivos y difusos. Es propiamente la jurisdicción judicial ambiental a cargo de los órganos del poder judicial y no la jurisdicción administrativa ambiental respecto de la aplicación de dicha normativa. Por ello entiendo por su carácter dirimente por antonomasia, la Justicia Ambiental como la jurisdicción a cargo de tribunales y no la que se atribuye a la administración Pública, que pudiera ser la jurisdicción administrativa ambiental. Por otra parte, el acceso de las personas o grupos sociales a los órganos del poder

¹ Trabajo preparado para el homenaje al Dr. Néstor A. Cafferatta, Secretario a cargo de la Secretaría de Juicios Ambientales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina, diciembre de 2021.

judicial para obtener una decisión de reconocimiento y protección de los derechos ambientales es el derecho de acción, que cuando se ejerce ante los órganos del poder judicial es de carácter judicial y no la de una solicitud o petición administrativa. En ese orden de ideas, en el derecho ambiental existen medios para acceder a los tribunales para la tutela del ambiente y de sus derechos, así como para resolver los conflictos surgidos del ejercicio de esos derechos entre los particulares o grupos sociales y entre estos últimos; al igual que la resolución de los conflictos originados por la intervención de la administración pública en la aplicación del orden ambiental. Justicia ambiental donde incluyo también la aplicación del derecho penal ambiental. Por esta razón, considero que existe un conjunto de demandas, pretensiones y recursos que constituyen el género de acciones judiciales ambientales. Es decir, un sistema procesal ambiental. Asimismo, proceso ambiental es el conjunto de relaciones y la secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente con el objeto de resolver, mediante un juicio ante una autoridad judicial competente e imparcial, los conflictos de derecho ambiental. Y que como secuencia de esas fases y actos tiene principios y reglas propios de su procedimiento o tramite. En este particular, se puede hablar, entonces, de un derecho procesal ambiental en el cual existen reglas procesales para hacer efectivo el derecho de acceso a la Justicia Ambiental y también principios propios respecto de las partes y del juez para que la decisión resolutoria del conflicto resulte conforme con los fines y propósitos del derecho ambiental. Finalmente, el contenido del derecho ambiental, que es el orden jurídico referido a la naturaleza tanto en el orden civil, mercantil, laboral, administrativo y penal, son los asuntos para cuyo conocimiento y decisión se establecen tribunales en el poder judicial. Se puede, entonces, decir que la vinculación de un asunto con la naturaleza o el ambiente define la competencia de estos tribunales. Por lo que, en el poder judicial se puede hablar también de un orden o rama judicial ambiental. Por lo expuesto, respecto de los componentes de jurisdicción, acción, proceso, principios y reglas, procedimiento y recursos, relativos a ese orden jurídico ambiental, es por lo que me refiero al sistema procesal ambiental y no a la Justicia Ambiental a secas.

Partiendo de estas ideas o presupuestos, el derecho procesal ambiental tiene como principio, aparte de la iniciativa de parte u oficiosa del juez, el de la legitimación amplia, al considerar legitimado no solo quien reclama su derecho individual ambiental, sino también a los grupos sociales o defensores de estos derechos o de la naturaleza, invistiendo la pertenencia grupal de capacidad procesal. Y al órgano del estado al que se le confiere la condición de defensor de los derechos ciudadanos. Pero, como el litigio ambiental se vincula a derechos fundamentales como el derecho a una buena calidad de vida, el proceso no es exclusivo de las partes y por ello, otro principio procesal ambiental es el de que el proceso es una responsabilidad del juez, con cuya dirección ha de procurar su desarrollo y conclusión. De modo que el proceso ambiental es un instrumento de la Justicia Ambiental, por lo que otro principio de la esencia de la jurisdicción ambiental es el de la tutela preventiva y de precaución durante el proceso del interés social involucrado en los derechos del ambiente, en los casos de urgencia o de riesgos graves a la naturaleza como componente del ambiente. Es decir, haré una breve referencia

al principio precautorio de la tutela cautelar en el derecho internacional y comparado y como manifestación de la preservación de la vida, la salud y el medio ambiente, y, en razón de que este principio ha sido preocupación de nuestro homenajeado, el Dr. Néstor Cafferatta. Quien considera el principio precautorio como un principio estructural que tiene su ámbito de aplicación fructífero en la etapa del pre-daño, antes que se produzca el daño. Tal es su importancia que el Dr. Cafferatta encuadra el principio precautorio en la ontología del Derecho ambiental, o dentro de la filosofía del Derecho ambiental, o mejor aún, según sus palabras, dentro de una temática epistemológica, es decir en la filosofía de la ciencia del Derecho ambiental². Razón por la cual el principio precautorio supera los tradicionales presupuestos procesales de la presunción del buen derecho, del peligro por la demora procesal, de la certeza de la prueba científica y de la inversión y de la dinámica de la carga de la prueba.

Nos dice el profesor Osvaldo Alfredo Gozaini, que, modernamente la función jurisdiccional del proceso comprende las medidas cautelares ante nuevas realidades, como la de cubrir necesidades inmediatas, aun cuando sea provisoriamente. O, las de resguardar permanencia de cosas o lugares por su uso o falta de uso, la degradación, o por su pérdida³. Esta tendencia se hace fuerte y se consolida en los casos de la protección del ambiente, principalmente, debido, por la influencia del derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, la protección de la salud y el disfrute de un medio ambiente sano alcanzaron rangos de fuentes del derecho a través de instrumentos internacionales, como la Declaración de Estocolmo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano de 1972, la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982 y la Declaración de Río sobre el Ambiente y la Naturaleza de 1992. Y enfáticamente la relación entre medio ambiente y derechos humanos se hizo mucho más estrecha por el principio 1 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, llamada Declaración de Estocolmo, de 1972, que consagró el derecho al medioambiente como un derecho de tercera generación, al establecer que el hombre tiene “*el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar*”. Y, por otra parte, además, el Informe Brundtland de 1987⁴, definió las bases del desarrollo sustentable o sostenible, pero teniendo en cuenta la protección de los derechos humanos en la consecución del mismo.

² “Los principios y reglas del Derecho ambiental” (<http://www.pnuma.org/go-bernanza/documentos/VIProgramaRegional/3%20BASES%20DERECHO%20AMB/7%20Cafferata%20Principios%20y%20reglas%20del%20der%20amb.pdf>)

³ Gozaini, Osvaldo Alfredo, “*Medidas Cautelares en el derecho procesal electoral*”, *Principios Generales de las Medidas Cautelares*, p. 13-15, 1ª Edición, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2014.

⁴ Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo a la Asamblea General de Naciones Unidas: “*Nuestro Futuro Común*”, Documento A/42/427 de 4 de agosto de 1987.

Igualmente, el carácter universal, indivisible e interdependiente de los derechos humanos afirmado en la Conferencia de Viena de 1993⁵, representa un reforzamiento de la protección del acceso a un medio ambiente sano como uno de los llamados derechos de tercera generación, que, a su vez, se reflejó en el constitucionalismo iberoamericano como un derecho fundamental⁶. Y, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva N° 23/17 de fecha 7 de febrero de 2018, denominada “MEDIO AMBIENTE Y DERECHOS HUMANOS”, desarrolló el contenido del derecho a un ambiente sano, como un derecho “fundamental” para la humanidad, y como derecho autónomo, interrelacionado con los derechos a la vida, la salud y la integridad personal. Y con connotaciones colectivas, porque es de interés universal tanto para las generaciones presentes como futuras, y también con connotaciones individuales. Asimismo, la mencionada Opinión Consultiva precisó las obligaciones de los estados de prevención de los daños ambientales, Y como obligaciones procedimentales indicó las de garantizar el acceso a la información sobre posibles afecciones al ambiente, a la participación pública en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el ambiente y el acceso a justicia⁷. Obligaciones estas que, sin duda, son ahora consagrados en el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, o “Acuerdo de Escazú”, que venía discutiéndose desde 2013 hasta su firma el 2018 y que entró en vigencia el 23 de abril de este año 2021. Este Acuerdo consagra el derecho a un ambiente sano intrínsecamente unido a la salvaguarda al derecho a la vida y al derecho de la integridad personal recogidos en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (artículos 1.1, 4.1 y 51), y expresamente, en el artículo 11 del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o Protocolo de San Salvador de 1988, que contempla el derecho a un ambiente sano y la obligación de los estados de promover su protección, preservación y mejoramiento.

Ahora bien, la influencia internacional iushumanista en el derecho procesal se hizo sentir al fortalecer, con un espíritu más moderno, la tendencia hacia la tutela judicial precautoria al considerársela como una obligación derivada del derecho internacional de derechos humanos, En efecto, en primer lugar, según el Principio No. 2 de la Declaración de Rio de 1992, que para mí es fuente fundamental del derecho, el Estado tiene la responsabilidad de velar porque las actividades realizadas dentro de su jurisdicción y bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la

⁵ Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993. Declaración y Programa de Acción de Viena.

⁶ Profesores Belén Olmos Giupponi, Cristián Delpiano Lira y Christian Rojas Calderón, escrito de *amicus curiae* presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la solicitud de opinión consultiva de la república de Colombia de 14 de marzo de 2016 (disponible en @33_belen_olmos.pdf (corteidh.or.cr)

⁷ https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

jurisdicción nacional. Y el Principio 15 de esta Declaración expresa que “*Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente*”. Por su parte, la Corte Internacional de Justicia reconoció este principio como una obligación como parte del contenido del derecho internacional relativo al medio ambiente en la Opinión Consultiva relativa al uso de armas nucleares de 1996⁸.

El principio precautorio, según los estudiosos del derecho internacional ambiental, es la continuación de un proceso iniciado con la incorporación del término “prevención” a los distintos acuerdos internacionales sobre recursos naturales adoptados a partir de 1970 aproximadamente, que incluso se incorpora a las relaciones comerciales internacionales, desde la Declaración de Estocolmo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano de 1972, la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982 y la Declaración de Río sobre el Ambiente y la Naturaleza de 1992. Por ejemplo, la noción de “responsabilidades comunes pero diferenciadas”, es decir, que los diferentes niveles de protección ambiental deben esperarse entre los países desarrollados y los países emergentes y/o en vías de desarrollo, se recoge en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el concepto de asumir la precaución de acuerdo a las capacidades como se indica en el Principio 15, se relaciona con el Principio 7 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, que contempla “el daño serio o irreversible” a diferencia del Convenio de Londres y la Conferencia Ministerial del Mar del Norte que adoptaron el término de “probable daño”, que no es seguro. Del primer término de daño irreversible se desprende la necesidad que la acción precautoria debe ser preventiva y anticipatoria, cuya justificación es la cautela en evitar en el acceso a los bienes ambientales su abuso que menoscabe su uso a la sociedad. Por eso se dice, que el Estado asume el papel del “buen padre de familia” que vela por la justa distribución del patrimonio natural entre todos los habitantes. En ese orden de ideas, la Conferencia Mundial de Ciencia de la UNESCO de 1999, en su programa-marco para la acción, bajo el capítulo de la Ciencia para la Paz y el Desarrollo (ciencia, medio ambiente y desarrollo sostenible), destacó el papel del principio precautorio como una guía importante en el manejo de la inevitable incertidumbre científica, especialmente en situaciones de impactos potencialmente irreversibles o catastróficos. En el derecho internacional, además de los señalados anteriormente, son fuentes para el estudio del principio precautorio: El Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del

⁸ Citada por Belén Olmos Giupponi, Cristián Delpiano Lira y Christian Rojas Calderón escrito de *amicus curiae* presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la solicitud de opinión consultiva de la república de Colombia de 14 de marzo de 2016, p. 23.

Convenio sobre la Diversidad Biológica del 29 de enero del 2000⁹, que se adoptó conforme el principio de precaución que figura en el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo; el Codex Alimentario de la FAO¹⁰; y la Comunicación de la Unión Europea del 2000 (Communication From the Commission on the Precautionary Principle”, Commission of the European Communities, COM (2000) 1. Bruselas, 2 de febrero)¹¹.

De las definiciones e interpretaciones de la normativa internacional surge el principio llamado “*principio precautorio*”. Este principio, como se dice en la Declaración de Wingspread de enero de 1998¹², consiste en que “*Cuando una actividad representa una amenaza para la salud humana o para el medioambiente, deben tomarse medidas precautorias aun cuando algunas relaciones de causa y efecto no hayan sido totalmente determinadas de manera científica*”. Por su parte, la Declaración de Río, firmada en 1992 durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medioambiente y Desarrollo, en el Principio 15, respecto de la interpretación de este principio define sus fines, el daño ambiental que evitar y el no requerimiento de la prueba científica, de la siguiente forma: “*Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente*”. Además, la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo Agenda 21, del 2000, que contempla los programas de desarrollo sostenible, en su N° 35.3¹³, refuerza este criterio interpretativo, en la siguiente forma: “*Ante las amenazas de daños ambientales irreversibles la falta de conocimientos científicos no debe ser excusa para postergar la adopción de medidas que se justifican de por sí. El enfoque basado en el principio de la precaución podría suministrar una base científica sólida para la formulación de políticas relativas a sistemas complejos que aún no se comprenden*

⁹ 3.amazonaws.com/bch.webfiles/17a4/a8b7/a3d352855dd615c28923851e?AWSAccessKeyId=AKIAT3JJQDEDD6EIMETR&Expires=1633795868&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3Dcartagena-protocol-es.pdf&response-content-type=application%2Fpdf&Signature=p4DLPsm9moPekpvdYCMYeyRimi4%3D

¹⁰ <http://www.fao.org/3/a0369s/a0369s.pdf>

¹¹ (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52000DC0001&from=ES>). Ver, Artigas, Carmen, “*El principio precautorio en el derecho y la política internacional*”, Naciones Unidas, CEPAL ECLAC, División de Recursos Naturales e Infraestructura, Santiago de Chile mayo del 2001.

¹² Declaración de Wingspread sobre el Principio de Precaución (Wingspread-Wisconsin, 1998), adoptada en reunión de científicos, filósofos, juristas, ambientalistas de las ONG de Estados Unidos y Canadá, sede de la Fundación Johnson en Racine, Wisconsin Conferencia de Wingspread sobre el principio de precaución - https://es.other.wiki/wiki/Wingspread_Conference_on_the_Precautionary_Principle

¹³ <https://biblioteca.semarnat.gob.mx/janium/recursos/224844/Contenido/H%20programas/23%20Agenda%2021.pdf>

plenamente y cuyas consecuencias no se pueden predecir todavía". Y el Acuerdo de Escazú, cuyo objetivo *"es garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales"* (artículo 1); consagra para la implementación del citado Acuerdo, entre sus principios, el principio precautorio (artículo 3, letra "f").

Por mi parte, comparto el concepto y la naturaleza del principio precautorio o de precaución de la definición integral del profesor Néstor Cafferatta, que dice que este principio: *"Es un nuevo fundamento de la responsabilidad por daño, es la frontera más ancha del Derecho ambiental y la más ancha del derecho en general"*, y, que, por tanto, *"El principio precautorio tiene una estructura tridimensional porque es de derecho, pero al mismo tiempo comparte su territorio con la moral y la política."* Y, por ello, dice el profesor Cafferatta, *"Se van a ver muchas leyes en que se menciona al principio precautorio como un principio de política ambiental y no como un principio de derecho"*¹⁴. Y de ello es una muestra la legislación comparada. E, incluso, la doctrina comparada, enfoca el principio de precaución desde el punto de vista de la conducta personal, puesto que dice, que, *"es la actitud de reserva o cautela que debe adoptar una persona para evitar o prevenir los daños que pueden causar una actividad, aunque no exista certeza científica absoluta sobre su ocurrencia"*¹⁵.

Ahora bien, ¿qué implicaciones para el derecho procesal tienen el contenido y definición del principio precautorio como principio general del derecho? Ello por cuanto este principio parece más propio del derecho administrativo que del derecho ambiental. En mi criterio, el principio en comento es parte del orden jurídico y no un instrumento de la política pública, y, que, por tanto, puede ser aplicado por el poder judicial como un principio general del derecho, incluso de oficio, por su base constitucional de la responsabilidad de los órganos del estado de proteger y prevenir los daños al ambiente como elemento de la calidad de vida de las personas.

Algunos estados por esa tendencia evolutiva consagraron la tutela cautelar precautoria en su legislación admirativa, e, incluso civil y mercantil. Argentina, por ejemplo, *en la sentencia* del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el fallo "Tudanca", estableció que el principio precautorio debe aplicarse para la protección del ambiente y que justamente no requiere una certeza científica que demuestre la peligrosidad del daño para imponer una medida eficaz. *Al igual que los fallos de la Corte Suprema de Justicia Argentina como, por ejemplo, en la Causa Mendoza, que sostiene que "cuando*

¹⁴ "Los principios y reglas del Derecho ambiental", l p. 50 (5 Cafferatta Principios y reglas del der amb.pmd (pnuma.org)

¹⁵ Karem Ivette Lora Kesie, "El principio de precaución en la legislación ambiental colombiana", Actualidad Jurídica, (<https://www.uninorte.edu.co/documents/4368250/4488389/El+principio+de+precaución+en+la+legislación+ambiental+coombiana/c7e464c7-f69c-43e3-967d>)

se peticiona la protección del ambiente basada en el principio de prevención o de precaución, no se trata de una medida cautelar, sino de un proceso urgente autónomo y definitivo” Y, que, “*la recomposición y prevención de daños al ambiente obliga al dictado de decisiones urgentes, definitivas y eficaces*” (Fallos: 331:1622). O, como lo dice Osisnalde Castro, en su trabajo “Principios Generales de Derecho Ambiental”, publicado en la Obra “Temas de Derecho Procesal, Derecho Procesal Ambiental y Derecho Procesal Penal de la Universidad de Champagnat”, que este principio “*se nutre de parámetros tales como: la previsión razonable de posible daño, incertidumbre sobre la existencia de riesgo y acción cautelar*”¹⁶. El profesor Cafferatta pondera como positivo para el derecho ambiental de los fallos en este Caso Mendoza, la precisión de la naturaleza dual o bifronte del daño Ambiental entre el daño ambiental individual y el daño ambiental colectivo, así como la declaración de su competencia originaria respecto del reclamo por el daño ambiental colectivo. Y que la Corte de la Nación tiene en su haber el interpretar de manera adecuada, la legitimación activa de obrar del Defensor del Pueblo¹⁷. En Colombia, la Corte Constitucional, en Sentencia C-339 del 2002, que una falta de certeza científica absoluta frente a una explotación minera de una zona determinada, la decisión debe inclinarse necesariamente hacia la protección del medio ambiente, pues si se desarrolla el proyecto minero y luego se demuestra que ocasionaba un grave daño ambiental, sería imposible revertir sus consecuencias¹⁸.

Un precedente en el orden de ideas de la consideración del principio de precaución como principio general del derecho procesal, lo es el nuevo Código Procesal Agrario costarricense del 27 de septiembre del 2018, que contempla la potestad de los jueces de dictar medidas cautelares antes del proceso. E, incluso establece que, la falta de certeza científica absoluta o técnica sobre lo que es objeto de tutela no podrá ser justificante para no adoptar las medidas cautelares correspondientes para proteger la producción agraria, el ambiente, el suministro o la conservación de alimentos y materia prima, los derechos indisponibles o de orden público y los derechos de las personas productoras rurales. incluye un proceso de trámite especial que le da prioridad. Medidas cautelares que pueden dictarse con efectos anticipativos o innovativos, mediante la regulación o la satisfacción provisional de una situación fáctica o jurídica sustancial y que también imponer o prohibir temporalmente obligaciones de hacer, no hacer o dar. Y no solo esta regulación del poder cautelar precautorio, sino que además el citado Código costarricense pauta un procedimiento especial de tutela cautelar para evitar la amenaza o agravamiento de algún daño ambiental¹⁹.

¹⁶ Cita de Drnas de Clément, Zlata, “*El principio de precaución ambiental. La práctica argentina*”, Lerner Editora S.R.L, 2008, p. 33.

¹⁷ Ver, “*Perspectivas del derecho ambiental en Argentina*”, Capítulo IV Doctrina Judicial Argentina. 4.3. Otros Fallos importantes. Literal d. (http://www.planetaverde.org/archivos/biblioteca/archivo_20131101100031_4499.pdf)

¹⁸ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-339-02.htm>

¹⁹ Arts. 236, 237, 238 y 283 (<http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/cos191065.pdf>).

El principio de precaución fue incorporado expresamente al derecho argentino por la Ley General del Ambiente No. 25.675, vigente desde diciembre de 2002²⁰, que en su artículo 4º establece: “*La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: (...). Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir. Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente*”. Es decir, se distingue entre la prevención de las causas del daño ambiental y la precaución ante el riesgo de daños graves probables. Con relación a las normas anteriores, se comenta que se distingue expresamente entre prevención y precaución y que menciona la *incertidumbre científica* como presupuesto necesario para el funcionamiento del principio de precaución, requisito que lo distingue del principio de prevención. Y, que además su artículo 4º., dispone que el principio de precaución se aplica no sólo cuando está en juego la ley citada, sino *toda la normativa ambiental*.²¹ Por otra parte, el artículo 27, de la citada Ley, define el daño ambiental, como daño ambiental, “*toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos*”, y su artículo 28, consagra la responsabilidad objetiva de quien cause el daño ambiental, de la cual se exonera, según el artículo 29, quien acredite que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. La Ley, en comento, por otra parte, desde el punto de vista procesal, otorga legitimidad para reclamar la recomposición del daño ambiental, al afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental. Y, que, El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. E, igualmente, que “*En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte*” (artículos 30 y 32). Finalmente, la Ley mencionada, establece, que, “*La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la*

²⁰ Observatoriop10.cepal.org/es/instrumentos/ley-general-ambiente-no-25675

²¹ Aída Kemelmajer de Carlucci, “EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN EL DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. ESTADO DE LA SITUACIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO, REVISTA DE LA UNIVERSIDAD DE SAN ANDRÉS, Número 3 | 2016, Domingo, agosto 28, 2016. (prhttps://udesa.edu.ar/revista/voces-revista-juridica-de-san-andres-nro-3/articulo/el-principio-de-precaucion-en-el-de-rechoecautoria).

acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias” (artículo 33). En mi criterio, la medida de urgencia, dictada como medida precautoria, es una medida satisfactiva o anticipada.

Se ha discutido si el principio precautorio ha debido ser incorporado en el nuevo Código Civil y Comercial argentino de 2014, que, entre las funciones de la responsabilidad civil, menciona sólo la prevención. En efecto, el art. 1708 dice: “*Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación*”. Y dentro del régimen de responsabilidad civil, dispuso que de la función resarcitoria de los daños responde no solo quien no solo causó el daño, sino que también responde quien no los evitó, pudiendo haberlo evitado o disminuido su magnitud por medidas razonables. Evidentemente que esta regulación se coloca a la prevención como un factor de atribución de la responsabilidad civil y, además, que la responsabilidad civil no solo ha de establecerse para derechos o bienes patrimoniales, sino en general, también en la persona como la identidad y la imagen, y en derechos colectivos o difusos. Sin embargo, se discute si el referido Código, como se expresó, así como consagró el principio de prevención si debió también incorporar el principio de precaución.

En este orden de ideas, es valedero destacar que el referido Código en lo correspondiente a la responsabilidad civil además del deber de resarcir daño, o la función resarcitoria a que se contrae su artículo 1716, establece, en el artículo 1710, el deber prevención del daño, que comprende no solo evitar causar daños, sino también el deber de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño, del cual responde quien ha podido evitarlos. Asimismo, en el artículo citado, se incluye en el deber de prevención del daño, no agravar el daño, si ya se produjo. Y, por otro lado, consagra, dentro de la función preventiva, en su artículo 1711, que “*La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento*”, y agrega, que “*No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución*”, al igual, que los legitimados para ejercer la acción preventiva son quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño, como lo complementa el artículo 1712. No obstante, la innovación que suponen las normas anteriores, sin embargo, en la responsabilidad civil se exige el principio de la previsibilidad de la ocurrencia del daño, que es un grado de certeza material. A diferencia del principio propiamente precautorio, que se consagra en la Ley General de Ambiente, según el cual, como se ha dicho, la incerteza científica del peligro del daño no impide la protección precautoria. Por ello se discute si en verdad este principio precautorio tiene plena incorporación en el derecho civil y comercial argentino, ya que el artículo 1726 de la reforma del Código Civil y Comercial se exige la previsibilidad del daño para aplicar la medida de protección de la responsabilidad civil preventiva. Es así, que entonces, si bien la finalidad precautoria y preventiva es equivalente, ya que a través de ambas se tiende a evitar la ocurrencia de un daño, sin embargo, el principio precautorio no requiere una certeza científica que demuestre la peligrosidad del daño para imponer una medida eficaz, como si se exige la idea de riesgos hipotéticos para

confrontarlos con los riesgos ciertos y previsibles que requiere el principio de la prevención. En el ámbito de aplicación de la prevención, la ocurrencia de un hecho se puede determinar empíricamente. En el precautorio, esa determinación no es posible. Y, es por tal motivo, se dice que el Código, en comento, no se introdujo el principio precautorio, ni siquiera como fuente de responsabilidad civil en su faz preventiva o inhibitoria²².

Algunos autores argentinos, como Peyrano, destacan que no era necesario la incorporación, porque el principio de precaución está previsto en la ley del ambiente y que se aplica también en otros ámbitos²³. Sin embargo, la profesora **Aída Kemelmajer de Carlucci** sostiene que, si bien la aseveración es correcta, pero lo discutible es si debe o no estar enunciado como principio general del código civil y, en consecuencia, ser una regla que se aplica a todo el régimen de la responsabilidad civil²⁴.

En Colombia, el Principio de Precaución se encuentra consagrado en la Ley 1523 de 2012 (abril 24), sobre Gestión del Riesgo, Responsabilidad, Principios, Definiciones y Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres. en los siguientes términos: “*Artículo 3º Principios Generales. Los principios generales que orientan la gestión del riesgo son: (...) 8. Principio de precaución: Cuando exista la posibilidad de daños graves o irreversibles a las vidas, a los bienes y derechos de las personas, a las instituciones y a los ecosistemas como resultado de la materialización del riesgo en desastre, las autoridades y los particulares aplicarán el principio de precaución en virtud del cual la falta de certeza científica absoluta no será óbice para adoptar medidas encaminadas a prevenir, mitigar la situación de riesgo*”.

Por otra parte, sobre el principio de precaución existe un desarrollo en la jurisprudencia colombiana. Por ejemplo, la Corte Constitucional en la sentencia C-293 de 2002²⁵ profundizó sobre su alcance, y concluyó que, cuando la autoridad deba tomar decisiones específicas encaminadas a evitar un peligro de daño grave, debe proceder de acuerdo con las políticas ambientales trazadas por la ley, aunque

²² Gustavo Campobassi Pozo Gowland, “La acción preventiva incorporada al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el principio precautorio del Derecho Ambiental”, 27 de noviembre de 2014. Abogados. Com, Ar. (<https://abogados.com.ar/la-accion-preventiva-incorporada-al-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-y-el-principio-precautorio-del-derecho-ambiental/15641>)

²³ Peyrano, Jorge W., *Vías procesales para el principio precautorio*. Publicado en: LA LEY 05/05/2014, 05/05/2014, 1 - LA LEY 2014-C, 1123.

²⁴ Aída Kemelmajer de Carlucci, “EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN EL DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. ESTADO DE LA SITUACIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO”, citado.

²⁵ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-293-02.htm#:~:text=Sentencia%20C-293%2F02&text=El%20acto%20administrativo%20por%20el,jurisdicci%C3%B3n%20de%20lo%20contencioso%20administrativo>.

no cuente con certeza científica absoluta. En la sentencia C-339 de 2002²⁶, que cite anteriormente, la mencionada Corte desarrolló el principio aplicado en la actividad minera, indicando que, ante la falta de certeza científica frente a los efectos de la explotación en determinada zona, la decisión debe inclinarse por la protección del medioambiente. En la sentencia C-988 de 2004²⁷, expresó la necesidad de la prueba del riesgo para evitar la arbitrariedad en la aplicación del principio de precaución. Con ello se evidenció el deber de las autoridades ambientales de determinar hasta dónde es admisible o no el riesgo argumentado. En el mismo orden de ideas, con la sentencia C-595 de 2010,²⁸ se indicó que este principio exige una postura activa de anticipación, con un objetivo de previsión de la futura situación medioambiental en pro a optimizar el entorno de vida natural. Es decir, la Corte se separa de la prioridad proteccionista para dar relevancia a la seguridad jurídica. Finalmente, en la sentencia del 25 de enero de 2019, con radicado 2014-218²⁹, el Consejo de Estado indicó que el principio de precaución supone la necesidad de que la autoridad ambiental no tome la falta de certeza científica absoluta como una excusa para impedir o dilatar la adopción de medidas tendientes a la protección del medioambiente y de los recursos naturales³⁰.

En el Perú, el Decreto Supremo N° 048-97-PCM, consideró el criterio de precaución como una institución de la política del ambiente, la Ley 26839 sobre Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad 2178 Biológica del 16 de julio de 1997, incluyó expresamente como un principio de sostenibilidad de la diversidad biológica y la Ley 28611 General del Ambiente del 13 de octubre de 2005, expresamente establece que la falta de certeza absoluta de peligro de daño grave o irreversible no debe utilizarse como razón para postergar la opción de medidas eficaces eficientes para impedir la degradación del ambiente. Asimismo, en su jurisprudencia se destaca la sentencia del Tribunal Constitucional peruano, que considero bajo el principio precautorio declaró fundada una demanda de amparo constitucional y ordenó que se retiraran de escuelas y zonas residenciales equipos y antenas de un servicio, así como todos los bienes muebles relacionados con ellos, ante problemas irreversibles en la salud y el medio ambiente³¹.

²⁶ <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2002/C-339-02.htm>

²⁷ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-988-04.htm>

²⁸ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-595-10.htm>

²⁹ <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/215/85001-23-33-000-2014-00218-02.pdf>

³⁰ Estefanía López García, “El Principio de Precaución en el derecho ambiental”, Asuntos Legales, lunes, 5 de agosto de 2019. (<https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/el-principio-de-precaucion-en-el-derecho-ambiental-2892905>)

³¹ Expediente 0964-2002-AA/TC, Lima, del 17 de marzo de 2003, caso Alicia Cortez Gómez de Nano contra Nextel del Perú S.A., sobre Acción de Amparo. Publicado en Jurisprudencia, El peruano (22 octubre 2003).

En México la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente establece que en caso de presunción de riesgos o efectos no deseados por uso de estos organismos (OGM) y ante la insuficiencia de evidencias científicas, las decisiones que se tomen seguirán invariablemente el principio de precaución”, lo que es un principio general del derecho³².

El profesor argentino Cafferatta considera que este principio precautorio se encuentra en contemplado en Panamá en la Ley de Protección Ambiental N° 99, artículo 2; en El Salvador, en el decreto 233, artículo 2 inciso E; en la ley 81/97, artículo 4, inciso D.; en República Oriental del Uruguay, en la Ley General del Ambiente de 2000, ley 17283, en el artículo 6, apartado B; en Nicaragua, en la Ley 217, artículo 4, apartado 3.; en la República Dominicana, Ley 64/00, artículo 8; en Costa Rica, Ley de Biodiversidad, artículo 11; en Venezuela, en Ley de Diversidad Biológica, artículo 105; y en Paraguay, en la Ley de Política Ambiental. Y si a ello se agrega que la mayoría de las constituciones incorporan los tratados internacionales y regionales de derechos fundamentales a los derechos nacionales, creo que es posible deducir que el principio precautorio es hoy día un principio general del derecho latinoamericano. Aun mas, el Acuerdo de Escazú eleva la Justicia Ambiental de la condición de estándar internacional a la categoría de fuente de derecho y por, tanto, al principio precautorio como unos de los principios del derecho ambiental interamericano y como componente del derecho a acceder a la justicia en asuntos ambientales de acuerdo con las garantías del debido proceso. Es decir, como principio del derecho procesal ambiental latinoamericano. De modo que corresponde al poder judicial de nuestros países, interpretar que, dentro de su función jurisdiccional de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos ambientales, cabe hoy día la aplicación del principio precautorio en los asuntos ambientales que conozcan.

En Venezuela, los jueces, incluyendo a magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, a quienes el poder constituyente les otorgó el mandato de asegurar la integridad de la Constitución, conforme su artículo 334, encabezamiento, y a quienes la ley confiere la potestad de proceder de oficio en resguardo del orden público, en conocimiento de daños irreparables, como los causados a los ecosistemas del Sur del Orinoco, están obligados a dictar las medidas satisfactiva de prohibir en el Arco Minero del Orinoco las actividades de la minería ilegal y de ordenar el cese de las actividades contaminantes del ambiente y de la vida y la salud de su población. Por su omisión, estos jueces y magistrados pueden ser objeto de determinación de su responsabilidad por el incumplimiento de su competencia, conforme los artículos 139 y 255, constitucionales, así como el Estado, de acuerdo con el artículo 141, de la Constitución, por la deficiencia del sistema de justicia, que incluye al Ministerio Público, en proteger y preservar el ecosistema del Sur del Orinoco, cuyo deterioro es un perjuicio irreparable para las personas por el grave daño ambiental que representa el referido proyecto del Arco Minero del

³² ROMERO, ANABEL, El principio de precaución en México. Estudio de caso: emergencia ecológica responsabilidad de la Minera Buena Vista del Cobre S.A. de C.V., Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, junio 2017.

Orinoco. Pues, como dice la profesora Kemelmajer de Carlucci, ante la inacción de la administración los jueces “*se deben mantener alertas, para hacer efectivo el principio de precaución,*” que en mi criterio en Venezuela, como lo afirmé, se consagra implícitamente en los artículos 127 y 129, de la Constitución, “*para tomar medidas que impidan graves riesgos en ese ámbito específico*” del derecho a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado, porque ante estos problemas que afectan la humanidad, los jueces deben ser “*sensibles a la hora de buscar soluciones, especialmente para los grupos más vulnerables*”³³.

³³ Aída Kemelmajer de Carlucci, “EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN EL DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. ESTADO DE LA SITUACIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO”, citado.

DERECHO ENERGÉTICO

DERECHO ENERGÉTICO: BASES PARA SU ENSEÑANZA UNIVERSITARIA¹

I. EL DERECHO ENERGÉTICO Y EL OBJETO DE SU ESTUDIO

Hoy día la energía como bien protegido y regulado es un sector transversal del derecho administrativo, ambiental, mercantil, económico, regulatorio y de la competencia en los mercados energéticos, ambiental y, por supuesto, del derecho energético. Esta transversalidad se resume en un concepto integral; el derecho de los recursos energéticos. Su diversidad jurídica justifica que las universidades, por sus fines de la educación universal e integral, abran campo a su enseñanza especializada. Ello es cada vez más necesario por el requerimiento de profesionales del Derecho, especializados en conocimientos jurídicos, como abogados y consultores, en el sector de la energía, que tengan dominio de los diversos aspectos jurídicos atinentes a la energía, y a la eficiencia de recursos; y en el tema de los objetivos del desarrollo sostenible. De manera general, un conocimiento sistemático especializado del derecho de los recursos energéticos, dado que constituye un sistema jurídico e institucional complejo, comprende el estudio de los derechos nacionales de la energía y del marco de organismos internacionales en el ámbito energético, así como los principios de la política energética, la regulación energética y el del derecho propiamente de la energía. Igualmente, incluye la seguridad y planificación, competencia y liberalización, regulación y desregulación, eficiencia y sostenibilidad de los usos, explotación, aprovechamiento de los recursos energéticos primarios y derivados. Por supuesto, que esa sistematización del estudio del derecho energético viene determinada por la importancia de los grandes subsectores energéticos fundamentales: los hidrocarburos, petróleo, productos petrolíferos, gas natural, carbón, la electricidad y las fuentes de energía limpia. E, igualmente, el contenido temático del derecho de la energía o de los recursos energéticos ha de comprender por su importancia y actualidad la regulación de las redes energéticas, es decir, el transporte, almacenamiento y distribución y las especificidades de cada uno de los subsectores regulados y de las redes gestionadas, así como el acceso de los consumidores a esas redes y, la regulación de su plani-

¹ Conferencia dictada en el acto de instalación del Instituto de Estudios Jurídicos Román J. Duque Corredor. Maturín 26 de agosto de 2020, con adaptaciones respecto de los estándares internacionales en noviembre de 2021.

ficación y construcción. A los temas anteriores, modernamente se agrega la materia de la energía nuclear y su consumo y los nuevos paradigmas del cambio climático y de la eficiencia y ahorro energéticos, que son temas que acrecientan el objeto material del derecho de los recursos energéticos. Y dentro de lo que sería su axiología la relación entre la energía, la justicia y la paz.

II. CONTENIDO DEL ESTUDIO ESPECIALIZADO DEL DERECHO ENERGÉTICO

La especialización del derecho de la energía comprende todos los aspectos jurídicos de este sector, es decir, administrativo y tributario; económico-mercantil; regulatorio; de propiedad intelectual, regulatorio y de la competencia. Y, por supuesto, de su tratamiento por el derecho internacional, máxime cuando de la economía y del ambiente, el sector de la energía es uno de los objetos principales de la globalización del mercado regulado; lo que implica conocer no solo los aspectos jurídicos energéticos nacionales, sino también regionales e internacionales. Sobre todo, cuando garantizar el acceso universal a servicios energéticos asequibles, fiables y modernos; y aumentar la proporción de energía renovable en el conjunto de fuentes energética, es uno de los objetivos del desarrollo sostenible dentro de la Agenda 2030 de la ONU. Esta realidad ha determinado el requerimiento de que cada vez más se necesiten, mediante estudios de especialización, de profesionales que conozcan el ámbito jurídico integral del sector de la energía, cuyo nivel académico las universidades acreditadas garantizan mediante convenios, como los de las universidades Bochum de Alemania, de Nueva York y las universidades Carlos III de Madrid y Externado de Colombia, entre otras. Asimismo, a través de convenios con empresas de dicho sector y con prestigiosos despachos de abogados especializados en el sector de la energía. Por tanto, el derecho energético, o del derecho de los recursos energéticos o del derecho de la energía, como también se le denomina, se enseña a nivel de especialización, maestría y doctorado, en diversas universidades extranjeras. Su especialización, incluso, admite su especialización en cada uno de los recursos naturales energéticos: hidrocarburos, gas natural, carbón y minas, hidroenergía y electricidad, a los cuales se agregan la protección del ambiente, el cambio climático y el desarrollo sostenible.

Por otra parte, la relación de las fuentes de energía con la justicia y la paz derivadas de las garantías internacionales de los pueblos, como derechos humanos, al acceso de dichas fuentes, es objeto de regulación del derecho internacional. Al igual que es objeto de este derecho la protección de estos recursos o bienes, que se imponen a los Estados y que establecen la responsabilidad de los gobiernos por la violación de los derechos de la humanidad sobre las fuentes de energía y la obligación de actuar de buena fe respecto de la explotación y aprovechamiento de los recursos energéticos, respetando principios universales humanitarios y de promover la solidaridad con las regiones más pobres del planeta y con el principio de justicia intergeneracional de no dejar a las nuevas generaciones más empobrecidas.

III. LA GOBERNABILIDAD UNIVERSAL, EL DERECHO ENERGÉTICO Y LAS RELACIONES SURGIDAS DEL APROVECHAMIENTO Y EXPLOTACIÓN DE LAS FUENTES DE ENERGÍA

Hoy día existe la necesidad de instancias internacionales o de una gobernabilidad internacional para el establecimiento de las responsabilidades de los Estados por la violación de los derechos de la humanidad sobre las fuentes de energía y por los delitos de corrupción en la explotación de las fuentes de energía. Por tanto, la relación normativa entre la energía, el medio ambiente y los derechos humanos es parte también del objeto de estudio del derecho energético.

La especialización en el derecho energético comprende las relaciones del derecho ambiental con cada uno de los recursos energéticos y de la aplicación de sus principios de precaución, de acción preventiva y de que quien contamina paga en sus usos, aprovechamientos y transformaciones; al igual que de los instrumentos de protección del ambiente y de evaluación del impacto ambiental en estas actividades y responsabilidades por los daños ambientales y las sanciones. Respecto de los hidrocarburos su campo de especialización comprende sus sistemas de propiedad y de explotación, gestión comercial, marcos normativos nacionales e internacionales, régimen de inversiones internacionales y responsabilidades ambientales. Su objeto de estudio es uno de los más amplios y diversos, en razón de las especificidades de los recursos de hidrocarburos, puesto que su especialización comprende materias más concretas, como extracción de gas, en particular; gas no convencional, regasificación y almacenamiento; gestión técnica del sistema; transporte y distribución; comercialización; GLP canalizado; GLP envasado; hidrocarburos líquidos; investigación, exploración y extracción de petróleo; refinación de productos petrolíferos, transporte y almacenamiento y comercialización interna y externa; redes de estaciones de servicios; y biocombustibles. Y en materia de minas, investigación y exploración y explotación de recursos mineros y régimen jurídico de la explotación del carbón para generación de electricidad.

En lo relativo al derecho de competencia de recursos energéticos, la regulación de la protección de la propiedad intelectual y de la utilización de procesos técnicos y los derechos de su explotación y de las innovaciones tecnológicas y organizativas en el sector de las actividades reguladas; y el régimen de los contratos y su cesión de estos derechos de invención, la competencia desleal, al igual que los instrumentos de control y los medios de resolución de conflictos, también es un campo propicio para la especialización en materia del derecho energético.

En ese mismo orden de ideas, las normas en materia de resolución de conflictos a nivel internacional, sus centros de conciliación, mediación y arbitraje, así como sus procesos, son parte importante de lo que vendría a ser el derecho energético adjetivo o procesal.

Desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos el acceso a la energía y al agua potable se consideran dos bienes fundamentales para el desarrollo de toda vida humana, por lo que constituyen derechos humanos fundamentales y pilares básicos del bien común, como se asienta

en la encíclica *Laudato si* del Papa Francisco de mayo del 2015. Según la cual la **energía** es cada vez más crucial para el desarrollo, porque el poder obtener acceso a ella se convierte en el punto que marca la diferencia real en las vidas de hombres y mujeres que viven en la pobreza.

IV. LOS OBJETIVOS DEL DESARROLLO SOSTENIBLE Y LA ESPECIALIZACIÓN DEL DERECHO ENERGÉTICO

La ONU ha señalado, como uno de los objetivos de desarrollo sostenible (ODS) para el milenio el garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna para todos. En efecto, en su Declaración del 25 de septiembre de 2015, como Agenda del 2030 para el Desarrollo Sostenible, la ONU, consagró como Objetivo N° 7, el de la Energía Asequible y No Contaminante, por cuanto el avance en los ámbitos de la energía sostenible no está a la altura de lo que se necesita para lograr su acceso universal y alcanzar las metas de este Objetivo. En efecto, afirma la ONU, si se desea lograr mejoras se requieren mayores niveles de financiación y políticas con compromisos más audaces, además de la buena disposición de los países para adoptar nuevas tecnologías en una escala más amplia, lo que implica que los Estados deben ir adaptando su legislación y su institución para facilitar la consecución de estas metas. Ello implica que, dentro de esas instituciones, las universidades han de diseñar currículos de estudio sobre las modificaciones normativas y estructurales necesarias para el acceso a recursos energéticos asequibles y no contaminantes como parte del contenido de sus estudios de especialización del derecho de la energía.

La especialización del derecho de la energía todavía no presenta una verdadera sistemática, como lo dice el autor venezolano *Henry Jiménez Guanipa*, en razón de la dispersión y en algunos casos la complejidad de sus contenidos. Por lo que para dar una definición necesariamente hay que referirse a los procesos vinculados directamente con las actividades de explotación, transformación y aprovechamiento de las energías en todas sus modalidades. Además, que su regulación lo conforman un conjunto de disposiciones que se hallan dispersas en diferentes leyes, acuerdos internacionales, reglamentos, decretos y resoluciones, lo que dificulta aún más su sistematización. Por ello, el autor español Ramón Martín Mateo, afirma que el derecho de la energía es el resultado de la acumulación de una serie de técnicas jurídicas de muy distintos orígenes, aplicadas para regular las relaciones entre suministradores y usuarios de forma adecuada a los postulados de equidad y al respeto de los intereses colectivos.

Por su parte, el autor venezolano citado, Jiménez Guanipa, propone como definición de derecho energético o de la energía, *“el conjunto de normas jurídicas nacionales e internacionales que regulan la planeación, exploración, generación, explotación, refinación, transformación, almacenamiento, transmisión, distribución y comercialización (nacional e internacional) de la energía, provenga ésta de fuentes primarias o secundarias, renovables y no renovables, de hidrocarburos fósiles, líquidos o gaseosos, cuyo objetivo esencial sea asegurar el suministro energético para la satisfacción de necesidades colectivas, el bienestar socio-económico, la generación de riquezas a través del uso de tecnologías orientadas a la*

*protección y conservación del clima, la naturaleza y el medio ambiente en general, facilitando su accesibilidad a todo requirente en las mejores condiciones posibles*².

Puedo concluir, por lo expuesto, que la especialización universitaria del derecho energético o derecho de la energía o derecho de los recursos energéticos tiene plena justificación por cuanto su objeto, sus fuentes, principios e instituciones, son fundamento para su sostener y defender autonomía científica y didáctica y para promover la sostenibilidad del desarrollo humano integral. En este contexto, la orientación del derecho energético en la actualidad es el estudio de las llamadas fuentes de energías limpias, o energías renovables, en lugar de las combustibles fósiles, por cuanto no producen gases de efecto invernadero causantes del cambio climático, ni emisiones contaminantes. Es decir, que el derecho energético, en razón del principio del desarrollo sostenible, ha de estudiar la institucionalidad imprescindible para combatirle cambio climático y limitar sus efectos más devastadores. Las energías limpias o renovables son las que se generan mediante procesos y fuentes naturales que continuamente se regeneran o reponen e incluyen el viento, la luz solar, el agua, el calor geotérmico, las mareas, y diversas formas de biomasa. Este tipo de energía es inagotable y se renueva constantemente.

Hoy día los estándares internacionales en esta materia están contenidos en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, que entró en vigor en marzo de 1994, cuyo objetivo es lograr la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático. Y en el Acuerdo de París³, suscrito en la Cumbre Mundial del Clima, celebrada en diciembre de 2015 en dicha capital francesa, que es el gran pacto mundial para la lucha contra el cambio climático⁴. Asimismo, la Conferencia sobre el Cambio Climático de Glasgow, conocida como COP26, de 13 de noviembre de este año de 2021⁵, contiene un conjunto de acuerdos, entre otros, el refuerzo del empeño de los estados para aumentar la resistencia al cambio climático, frenar las emisiones de gases de efecto invernadero y proporcionar la financiación necesaria y en la cual se acordó que los países reduzcan progresivamente la energía del carbón y las subvenciones ineficientes a los combustibles fósiles. Conferencia esta que completó las normas de aplicación del Acuerdo de París en lo que respecta a los mecanismos de mercado y los enfoques no comerciales, así como a la notificación transparente de las acciones climáticas y el apoyo proporcionado o recibido, incluso por pérdidas y daños.

² “Derecho de la Energía en Venezuela”, www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/download/358/350).

³ <https://unfccc.int/es/process-and-meetings/the-paris-agreement/el-acuerdo-de-paris>

⁴ “Hoja de Ruta del Acuerdo de París: próximos pasos” (<https://www.sostenibilidad.com/cambio-climático/hoja-ruta-acuerdo-paris-proximos-pasos/?adin=0183579827>)

⁵ <https://newsroom.unfccc.int/es/process-and-meetings/the-paris-agreement/el-pacto-de-glasgow-para-el-clima-principales-resultados-de-la-cop26>

Dentro de ese orden de ideas, quisiera terminar con la cita de las palabras del Papa Francisco sobre el desafío del desarrollo de una ciencia energética ajustada a los objetivos del bien común:

“La tecnología basada en combustibles fósiles muy contaminantes –sobre todo el carbón, pero aun el petróleo y, en menor medida, el gas– necesita ser reemplazada progresivamente y sin demora.” (§165)» “Mientras no haya un amplio desarrollo de energías renovables, que debería estar ya en marcha, es legítimo optar por la alternativa menos perjudicial o acudir a soluciones transitorias.” (*Ibid.*)» El cambio a energía barata y renovable debería ser acelerado con, “bonos de carbono puede dar lugar a una nueva forma de especulación, y no servir para reducir la emisión global de gases contaminantes. (§171).

Creo que con estas reflexiones está más que justificada la enseñanza universitaria del derecho energético o del derecho de los recursos energéticos.

DERECHO ENERGÉTICO Y JUSTICIA Y PAZ¹

I. ENERGÍA JUSTICIA Y PAZ

1. *Los derechos humanos y la explotación de las fuentes energéticas*

La primera reflexión que quisiera hacer es la relación entre la energía, la justicia y la paz. Es indiscutible que los problemas derivados del uso y de la explotación de la energía pueden afectar los derechos humanos, cuya lesión es un desencadenante de la violencia, porque su violación amenaza bienes esenciales para la sociedad. Ello por cuanto las fuentes primarias de la energía son las que dispone la naturaleza, y, por tanto, son de la sociedad y de la humanidad, por lo que su explotación no puede ser ilimitada ni abusivas, como las energías geotérmicas o bioenergías que son de la humanidad. Y en razón de que también las fuentes secundarias, derivadas de las transformaciones de las fuentes primarias mencionadas, como la gasolina, el gas, y la electricidad, son básicas para el nivel de vida de los consumidores finales. Es decir, la relación de las fuentes de energía con la justicia y la paz deviene de las garantías de los derechos de los pueblos, como derechos humanos, al acceso de dichas fuentes, como patrimonio de la humanidad.

2. *El desarrollo sostenible, la Justicia y la Responsabilidad de los Estados*

La segunda reflexión, es que, además del carácter de patrimonio de la humanidad de las fuentes de energía, un orden justo en esta materia del uso y explotación de bienes de la humanidad es un instrumento para el desarrollo, integral y sostenible de los pueblos. Por ello el derecho internacional ha reconocido que la protección de estos recursos o bienes, imponen a los Estados y gobiernos la responsabilidad de actuar de buena fe, respetando principios universales humanitarios y de promover la solidaridad con las regiones más pobres del planeta y con el principio de justicia intergeneracional de no dejar a las nuevas generaciones más empobrecidas. Estas obligaciones son la contrapartida de los derechos de la humanidad a las fuentes de la energía.

¹ Conferencia dictada en el Congreso de la World Iuris Association, Aruba, julio 2017.

3. *Necesidad de instancias internacionales para el establecimiento de las responsabilidades de los Estados por la violación de los derechos de la humanidad sobre las fuentes de energía*

Y la tercera reflexión, es la de que si no se establecen instancias internacionales donde se pueda reclamar tales responsabilidades y hacerlas efectivas, o establecer medios compensatorios e indemnizatorios por los daños causados por los incumplimientos de esas responsabilidades, así como que si no se le da legitimidad, o capacidad procesal, a los pueblos, a través de sus organizaciones de ciudadanos, de acudir a esas instancias, ese derecho internacional se queda solo a nivel de los tratados y las declaraciones, sin ninguna eficacia.

II. LA CORRUPCIÓN Y LOS DERECHOS HUMANITARIOS SOBRE LAS FUENTES DE ENERGÍA

Las anteriores reflexiones se vinculan también con el tema de la corrupción y la mala gobernabilidad, por lo que su consideración en temas relativos a la energía, la justicia y la paz, no pueden ser obviados, especialmente en los casos de los países en vías de desarrollo. A este aspecto dedicaré mis comentarios finales.

1. *Los delitos de corrupción en la explotación de las fuentes de energía y la necesidad de una gobernabilidad internacional*

La corrupción y la mala gobernabilidad o el desgobierno o mala administración, como se le quiera llamar, comprende a asuntos como los *lobby* y comisiones, o tráfico de influencia, principalmente en países en vías de desarrollo, para obtener licencias, permisos, suministros, concesiones o contratos para la extracción de los recursos energéticos, como, por ejemplo, el petróleo, facilitados por funcionarios corruptos o convalidados por instituciones subordinadas o integrantes del mecanismo de corrupción. O, por mecanismos insuficientes o inadecuados de control o por instrumentos mecanismos o procedimientos administrativos o judiciales ineficaces para prevenir, sancionar o erradicar estos casos de corrupción, o para resarcir los perjuicios causados a las poblaciones. Y también por la inexistencia de instituciones de control del ambiente y de la calidad de vida de la población. Por otro lado, hoy día el manejo ilegítimo de grandes sumas de dinero a nivel internacional derivado de la corrupción en países en desarrollo para la explotación de los recursos energéticos, es un dato que se refleja en los informes de los organismos de transparencia internacional sobre tráfico ilícito de capitales, o en los de los organismos técnicos, como un obstáculo al desarrollo energético sostenible. Y, también en los reportes de los organismos de defensa de los derechos humanos como un obstáculo al desarrollo social integral, entre ellos al derecho de acceso a las fuentes de energía necesarias para el nivel de vida de las poblaciones. A estos temas se agrega el mal uso que los gobiernos nacionales han hecho de los recursos energéticos. En este orden de ideas de la violación de derechos humanos de las poblaciones por políticas ilegales de explotación de la minería y la deforestación, así como del agotamiento de las reservas hidráulicas, resulta ilustrativo el Informe

de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, Michelle Bachelet, presentado al Consejo de Derechos Humanos, el 15 de julio de 2020, en el cual señala que en el Arco Minero del Orinoco la expansión de la minería han afectado considerablemente el derecho fundamental de los pueblos indígenas a la autodeterminación y sus derechos con respecto a sus tierras, territorios y recursos, a la conservación y protección del medio ambiente, y a vivir en paz y seguridad².

Y también es corrupción, que afecta a las poblaciones, la celebración de contratos leoninos impuestos por algunos grandes países a los países en desarrollo para evadir sus responsabilidades ambientales nacionales e internacionales. Por tanto, en lo relativo a las fuentes de energía, la justicia y la paz, en mi criterio, uno de los temas a considerar es la penalización de esos hechos de corrupción, por supuesto, como el de otros derivados del manejo ilegal de la deuda pública externa, en razón de que, en la mayoría de esos países, las instancias penales nacionales son ineficaces, inadecuadas, insuficientes o cómplices, para prevenir o impedir esa corrupción o mal uso de las fuentes energéticas. Por lo que, ante la incapacidad de los Estados de prevenir e impedir este obstáculo, se debe incluir, en los estudios sobre energía, justicia y paz, el tema de la gobernabilidad internacional necesaria, a cargo de “una verdadera autoridad política mundial”, con competencia internacional universal de protección de estos recursos vitales, como lo ha propuesto el magisterio de Benedicto XVI, en su Encíclica *Caritas in Veritate* del 29 de junio del 2009 (n. 67). En efecto, el romano pontífice razonaba su propuesta, diciendo “*Para gobernar la economía mundial, para sanear las economías afectadas por la crisis, para prevenir su empeoramiento y mayores desequilibrios consiguientes, para lograr un oportuno desarme integral, la seguridad alimenticia y la paz, para garantizar la salvaguardia del ambiente y regular los flujos migratorios, urge la presencia de una verdadera Autoridad política mundial, como fue ya esbozada por mi Predecesor, el Beato Juan XXIII. Esta Autoridad deberá estar regulada por el derecho, atenerse de manera concreta a los principios de subsidiaridad y de solidaridad, estar ordenada a la realización del bien común*”. A lo cual agregaba que, “*El desarrollo integral de los pueblos y la colaboración internacional exigen el establecimiento de un grado superior de ordenamiento internacional de tipo subsidiario para el gobierno de la globalización [149], que se lleve a cabo finalmente un orden social conforme al orden moral, así como esa relación entre esfera moral y social, entre política y mundo económico y civil, ya previsto en el Estatuto de las Naciones Unidas*” (n. 67). Al igual que es necesario la promoción de un orden justo universal que impida los contratos leoninos en estas materias.

Por tanto, ha de reclamarse una jurisdicción universal con competencia para establecer las responsabilidades de gobiernos y gobernantes por los daños causados a las poblaciones o la humanidad por la corrupción y para la recuperación de los dineros ilegítimos para promover fondos de desarrollo de los pueblos víctimas

² https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session44/Documents/A_HRC_44_54_UnofficialSpanishTranslation.pdf

ROMÁN J. DUQUE CORREDOR

de esos delitos. Y para calificar de leoninos los contratos que violen las responsabilidades de los países y contratistas en materias ambientales. Y para que en dicha jurisdicción universal se reconozca legitimidad a los pueblos para acudir y participar ante esas autoridades en sus procesos como parte legítima.

CONCLUSIÓN

No dudo del interés y de la importancia de esta jurisdicción universal, fundamentalmente para Venezuela, por ser su sistema de gobierno un signo paradigmático de la corrupción y del mal uso de los recursos energéticos y de la lesión del derecho de su población del acceso a los recursos energéticos básicos para su sobrevivencia y desarrollo integral causado por una mala administración. Porque estoy convencido de que, la energía es un medio para el desarrollo, para lo cual se deben garantizar los derechos de las poblaciones sobre las fuentes energéticas, para promover la justicia y la paz universales, que ciertamente no garantiza el actual paradigma energético.

DERECHO DEL TRABAJO

APUNTACIONES PARA UN RÉGIMEN ESPECIAL PARA EL TRABAJO RURAL¹

Desde el mes de septiembre por iniciativa de la Asociación de Ganaderos Alberto Adriani, bajo la coordinación del productor Wilmer Morán, el equipo de trabajo sobre el trabajo rural hemos venido realizando reuniones de análisis su régimen especial y en estas reuniones se han llegado a algunas conclusiones, que, a manera de resumen, como relator, designado por la Fundación Alberto Adriani, presento a continuación:

1° El Título V De las Modalidades Especiales del Trabajo del Ley Orgánica del Trabajo de los Trabajadores y Trabajadoras, en atención a lo dispuesto en el artículo 204, regirá hasta tanto se dicten las correspondientes leyes especiales, por lo que el Capítulo V De los Trabajadores y Trabajadoras Agrícolas del referido Título V, es de carácter transitorio hasta tanto se dicte una ley especial para los trabajadores agrícolas. Lo que se confirma con lo establecido en el artículo 238 de la misma ley.

2° A diferencia de las otras modalidades de condiciones de trabajo de transporte terrestre, aéreo, de navegación, de trabajadores motorizados, de trabajadores culturales y con discapacidad, en las que se establece que las leyes especiales que habrán de dictarse regirán las relaciones laborales, en el caso de los trabajadores y trabajadores agrícolas se establece que la ley especial, por el contrario, tendrá por objeto su participación en la producción agropecuaria, como se desprende claramente del artículo 238, de la Ley Orgánica del Trabajo de los Trabajadores y Trabajadoras. Por lo que puede interpretarse que la ley especial para el trabajo agrícola no solo regiría las relaciones laborales sino también las formas o modalidades de contratación de obras y servicios de los trabajadores, en las en las unidades de producción, como contratistas o coparticipes o asociados.

3°. Dentro de esas modalidades de contratación o formas de participación de los trabajadores agrícolas en la producción agropecuaria, cabrían por ejemplo, los contratos celebrados, con los trabajadores como personas naturales, con el objeto

¹ Relación presentada el 7 de noviembre de 2016 al equipo de trabajo designado por la Asociación de Ganaderos de El Vigía Alberto Adriani para la Federación Nacional de Ganaderos en la Asociación de Ganaderos Alberto Adriani, coordinado por el productor agropecuario Wilmer Moran.

de realizar obras de infraestructura, mecanización de suelos, nivelación, riesgo, extracción, fumigación y cualquier otra actividad que sólo pretenda incorporar, reparar o mejorar las condiciones de agro soporte productivo de las tierras, y que no son estrictamente operaciones del proceso productivo, que la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, en su artículo 7°, excluye de las formas de tercerización de aprovechamiento de la tierra.

4°. Igualmente, por cuanto en estos contratos los trabajadores se encargarían de ejecutar obras y servicios con sus propios elementos, o con otros trabajadores bajo su dependencia, no se considerarían tampoco como intermediarios ni tercerizadores sino contratistas, conforme el artículo 49, de la Ley Orgánica del Trabajo y de los Trabajadores y Trabajadoras. Estas modalidades de participación en la unidad de producción agropecuaria, no relacionadas de manera directa e inmediata con el proceso de producción de la contratante, que no se ejecuten de manera continua e ininterrumpida dentro de la entidad de trabajo, sino eventual o accidentalmente, y que no constituyan el objeto principal de la entidad de trabajo, serían los contratos agrarios de soporte agroproductivo de las tierras, a que se refiere el artículo 7°, antes mencionado, de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, así como otras formas contractuales de base participativa o asociativa que puedan contemplarse.

5°. Dado que la actividad agraria depende de la naturaleza de los ciclos biológicos y de las variaciones de orden climático y que lo ordinario es que exista una distancia entre el tiempo de trabajo y el tiempo de producción y que las diferentes actividades agrarias tienen un ritmo propio que no se ajusta, en la mayoría de los casos, a las reglas que rigen para el trabajo urbano, el trabajo continuo no es la modalidad predominante en la dicha actividad; lo que justificaría que el que el tiempo que no se requiera para la producción puedan los trabajadores emplearlos en otras formas de participar en la unidad de producción agropecuaria, como contratistas o coparticipes o asociados, por ejemplo, en actividades agrarias conexas como mecanización, fumigación, recolección, transformación o transporte, como se contempla en legislaciones de algunos países.

6°. Los modos de explotación agraria presentan características peculiares que para superar el precarismo de los trabajadores se debe promover además de su trabajo por cuenta ajena su trabajo por cuenta propia, en la unidad de producción, para mejorar su nivel de vida y para estimular su productividad. Esta circunstancia justifica un tratamiento jurídico especial del trabajo por cuenta propia del trabajador en la actividad agraria, que influiría en la producción y en la productividad agropecuaria y que permitiría su participación en la producción agraria bajo modalidades distintas a las del trabajo subordinado.

7°. El trabajo cuenta propio del trabajador, como contratista en la unidad de producción agropecuaria, o como coparticipes o asociados, en determinadas actividades agropecuarias, regido por formas jurídicas agrarias, distintas a las del derecho civil o mercantil, garantizarían la no tercerización o simulación o

fraude para desvirtuar la legislación laboral. Al igual que se ha hecho en algunas legislaciones en las que se permite simultáneamente régimen es de trabajo subordinado y de trabajo por cuenta propia.

8°. La regulación del trabajo por cuenta ajena, junto con la del trabajo por cuenta propia, por el trabajador, en la unidad de producción, además de mejorar su nivel de ingreso, permite el trabajo familia y las microempresas como formas de participación del trabajador en la unidad agropecuaria.

9°. El Convenio N° 141 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) considera como trabajadores rurales no sólo a los dependientes o asalariados, sino también a los trabajadores por cuenta propia, con carácter estacional.

10°. Para la aplicación de la legislación laboral al trabajador rural, concurren como elementos definitorios del concepto jurídico-laboral de trabajador rural, los criterios de subordinación o dependencia, de ajenidad en los riesgos de la empresa y de onerosidad, es decir, el pago de un salario por los servicios que se prestan. Estos criterios permiten distinguir, a su vez, entre trabajador asalariado dependiente y trabajador autónomo o por cuenta propia. Es decir, fundamentalmente por la existencia o no de una subordinación jurídica. Por ello, por ejemplo, algunas legislaciones, si bien los califican de trabajadores rurales, sin embargo, no son considerados como trabajadores bajo subordinación, a los trabajadores que mediante un contrato escrito desempeñan tareas de tractoristas, albañiles, domadores, esquiladores, o quienes realizan actividades similares; excepto en el caso de que éstos cumplan dichas tareas en forma permanente y subordinada.

11. La posibilidad de la dualidad del regímenes laborales o subordinados de trabajo agrícola con un régimen de trabajo agrícola no laboral, o por cuenta propia, existe en la misma Ley Orgánica del Trabajo, cuando en el artículo 233, prevé que los trabajadores puedan trabajar a sus expensas parcelas dentro de la unidad de producción agrícola, en cuyo caso, al terminar la relación de trabajo, el patrono solo tiene que pagar el valor de los productos, cultivos o mejoras, que queden en la unidad de producción agrícola. Es decir, cuando el trabajador disfruta además de su salario en dinero o de otras prestaciones laborales y durante su relación de trabajo mantiene una relación de tenencia en tierras propiedad del patrono o poseídas por él, coexisten dos tipos de relaciones jurídicas: una laboral y otra agraria. Por un lado, existe la relación de trabajo que se deriva de la prestación de servicios subordinada, en tanto que por el otro existe un contrato agrícola por cuenta propia que es materia del Derecho Agrario.

12. La asunción del riesgo por parte del trabajador como contratista agrícola sería un factor para determinar cómo no laboral la naturaleza de la relación jurídica que se da con motivo de la contratación por cuenta propia del trabajador en los contratos de soporte agroproductivo, por ejemplo.

13. Cabría, pues, la posibilidad, de que así como se permite a los trabajadores cultivar parcelas del patrono, a sus propias expensas y por cuenta propia, se le permita, al trabajador también, como contratista, entre el tiempo de trabajo y

tiempo de producción, celebrar contratos agrarios, por cuenta propia, con su patrono, como los contratos de soporte agroproductivo de las tierras, que según tanto por la Ley Orgánica del Trabajo, como por la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, no son formas ni de intermediación ni de tercerización, ni laborales ni agrarias. Es decir, teniendo presente que en la actividad agraria el trabajo continuo no es la modalidad predominante, es posible que en el tiempo que no se requiera para la producción puedan los trabajadores participar en la unidad de producción agropecuaria, como contratistas o coparticipes o asociados, por ejemplo, en actividades agrarias conexas como mecanización, fumigación, recolección o transporte, etc.

14. Ya alguna jurisprudencia en el caso de coexistir dos relaciones, una laboral y otra cualquiera, admite que se apliquen las disposiciones de la legislación laboral por lo que respecta a la relación de trabajo, e igualmente las que rigen la otra relación contractual en lo que concierne a esta contratación (Ver Sentencia dictada por el Juzgado Primero de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, de fecha 20 de junio de 1989, publicada en: Juan F. Porras Rengel: *Compendio Práctico de Jurisprudencia de la Ley del Trabajo (desde 1936)*, Tomo VI. Ed. Jurisprudencia del Trabajo, Caracas, 1990, pp. 128-129.).

15. Del artículo 238, de la Ley Orgánica del Trabajo, se desprende un principio de armonía entre el capital y el trabajo en la unidad de producción agraria, distinta al del trabajo bajo subordinación por parte del trabajador, ya que en este supuesto el trabajo no lo ejecuta como un proletario, ni jurídica, económica y técnicamente como subordinado al dueño de la tierra. Por el contrario, como contratista o coparticipes, asume sus propios riesgos, o los comparte con el propietario del fundo, y además, se encuentra por lo tanto en condiciones de dirigir y orientar su propio trabajo sin otra dependencia que la resultante de los límites por el contrato celebrado entre ambas partes y por la necesidad de tutelar la producción. En este orden de ideas, por ejemplo, el trabajador, como contratista, se encarga de ejecutar obras o servicios, con sus propios elementos o recursos propios, sin estar bajo dependencia del patrono o dueño de la unidad de producción, y mediante un precio por su obra o servicio.

16. Por otra parte, se considera conveniente precisar y mejorar la terminología respecto de la ley especial para el trabajo rural, utilizar el término agrario en lugar del término agrícola o rural, tanto para definir el trabajo que se realiza en el campo como también a las unidades productivas. En efecto, la actividad en el agro comprende un amplio sector de rubros. Por agrario, se entiende la agricultura, la actividad pecuaria, la forestación, la cría de aves, la apicultura, la cunicultura, la horticultura, la floricultura, la fruticultura, la piscicultura, etc. Esa misma multiplicidad de rubros determina que las labores en el campo o las faenas rurales sean de muy diversa índole en cuanto al tiempo o su continuidad, por lo que se justifica que entre las condiciones de trabajo existan diferencias. Y a su vez se distingue en la actividad agrícola, igualmente, entre la agricultura de secano que se realiza básicamente sin riego y la agricultura que requiere el uso sistemático de riego,

como las plantaciones de arroz y caña de azúcar entre otras. Al igual que por actividad pecuaria se entiende la reproducción y cría de bovinos, ovinos, equinos, porcinos, caprinos, etc.; y la actividad agropecuaria intensiva y la extensiva,

17. Además, la actividad agraria se realiza por diferentes etapas. Por ejemplo, la preparación y combinación de los recursos naturales, tales como fertilizaciones, arado de la tierra, siembra, inseminaciones, etc., a fin de que se lleve a cabo el proceso natural destinado a proporcionar los frutos. Además, la conservación y cuidado de esos elementos naturales que participan en el proceso de producción, implican una amplia gama de tareas, tales como riego, fumigación, baño, cura y vacunación de animales, etc. Y por último, la recolección y extracción de los frutos y la conservación inmediata de los productos, que comprende las faenas de cosecha, de esquila, de ordeño, etc. Por otra parte, el trabajo agrario que se realiza en una unidad de producción en actividades que solo pueden cumplirse en el medio rural, involucra tan variada gama de tareas que atienden a los recursos naturales, la conservación y cuidado de esos elementos naturales que actúan en el proceso de producción, así como las actividades de recolección y extracción de los frutos y conservación inmediata de los mismos. Ello justifica que según el tipo de faena se establezcan diferentes condiciones de trabajo. Además, por ejemplo, la producción agraria intensiva requiere prácticas de manejo sostenibles ambientalmente, que desde el punto de vista agroempresarial es una producción mucho más eficiente y rentable que la extensiva y requiere de mayores inversiones. Es decir, más fuentes de trabajo por cuenta propia.

18. La venta de los productos del fundo que exploten el propietario, el labrador o el criador, no son actos de comercio, según el artículo 5º, del Código de Comercio. Sin embargo, al exonerar a los productores agrícolas del pago de Impuesto sobre la renta, el Ejecutivo Nacional se olvida que esta venta no es comercial. Al igual que se discute si es o no actividad agraria, si las realiza el propio productor la transformación industrial y la comercialización de primer grado de los frutos, ya se trate de la elaboración de un producto distinto, por ejemplo, azúcar o los diversos productos lácteos; o su comercialización como producto final, por ejemplo, el empaque y envasado de frutas, legumbres u hortalizas. Tradicionalmente no se considera agraria sino la actividad de nivel primario de producción, es decir, no se consideran agrarias la transformación ni la industrialización de los productos agrarios. Por ello, es conveniente que la ley especial que se dicte para el trabajo agrario y de participación del trabajador en la unidad de producción agraria, incluya la definición de actividad agraria moderna, como se ha hecho en otros países, como toda aquella actividad dirigida a la obtención de frutos o productos primarios y las actividades conexas, como la transformación y a la venta de esos productos agrícolas que sean necesarias para la actividad agraria en sí misma, que no puedan hacerse de manera autónoma de la producción agropecuaria, de modo que no prevalezca la actividad industrial o comercial. De lo contrario, estas actividades si serían actividades comerciales (terciarias) o industriales (secundarias). La ampliación de la definición de actividad agraria permitiría la contratación por cuenta propia de los trabajadores de algunas de esas actividades conexas.

19. De acuerdo con lo expuesto, la ley especial de trabajo agrario y de participación de los trabajadores en la producción agraria, regularía el contrato de trabajo, es decir, aquel mediante el cual una persona se obliga a prestar servicios a otra bajo su dependencia y mediante una remuneración en una unidad de producción agraria en actividades que solo pueden cumplirse en el medio rural, y que no sean labores de naturaleza industrial, comercial o de oficina o para el hogar. Y, además, regularía los contratos agrarios de soporte agroproductivos en los que el trabajador como contratista se encarga de ejecutar obras o servicios con sus propios elementos o recursos propios y con trabajadores bajo su dependencia. E, igualmente, los contratos de participación en la producción agraria en los cuales el trabajador participa de un interés común en el resultado de la explotación, junto con el propietario, y donde la dirección de ésta puede estar a su cargo exclusivo o ser compartida con el propietario de la unidad de producción agraria.

20. Una de las razones para justificar una ley especial que regule tanto el contrato de trabajo como los contratos agrarios de soporte agroproductivo o de participación, que permita la aplicación del régimen laboral y el de los contratos agrarios en las unidades de producción es que las labores continuas y permanentes durante todo el año, que exigen la presencia de trabajadores permanentes, son menores con relación a las otras labores de temporadas u ocasionales. Y aún en los casos de ejemplos de labores continuas y permanentes durante todo el año, que exigen la presencia de esta clase de trabajadores permanentes, como la explotación ganadera intensiva o la agricultura intensiva de riego, que exigen la presencia de esta clase de trabajadores permanentes, que permiten mantener en Venezuela una planta de trabajadores fijos, el solo régimen laboral no garantiza la participación del trabajador en la producción agraria, ni mejora su nivel de ingresos.

21. Dado que en nuestro país se planifica generalmente la agricultura por los ciclos de invierno o época de lluvia y de verano o época de sequía, por ciclos productivos cortos y semipermanentes, se suele utilizar la mano de obra al inicio y final de la cosecha, por lo que la forma más común de empleo es la de la clase de trabajadores temporeros o por temporada, es decir, aquéllos que prestan servicios en determinadas épocas del año, por lapsos que demarcan la labor que deben realizar, tales como las cosechas, la limpieza de una unidad de producción u otra actividad semejante. Sin embargo, también dentro de estas labores por temporadas, caben la siembra y el trabajo de llano, por ejemplo, la separación del ganado y su herraje. Asimismo, dada su precariedad si no se contemplan otras formas de participación de los trabajadores por temporadas en la producción agraria, no mejora su nivel de ingresos ni su nivel de vida.

22. Respecto de los trabajadores ocasionales, que prestan servicios accidentalmente en la unidad de producción agraria, en determinadas épocas del año, y que concluye su relación laboral, con labor encomendada, son todos aquéllos trabajadores empleados en el sector rural en labores como las de reparar una cerca o alambrada, cortar unos estantillos de madera, construir o reparar un pozo o bebedero para los animales, hacer cortafuegos y otras labores que se requieren por razones accidentales o de emergencia. Y así mismo, en la actividad pecuaria o, en la cría y la ceba se utiliza igualmente como una mano de obra a destajo y eventual,

para épocas de entrada y salida de invierno. Tampoco el régimen laboral les es beneficioso si no se prevé otras formas de contratación distintas a la laboral para estos tipos de trabajo eventuales.

23. En razón que en el trabajo agrario se produce, por regla general, la discontinuidad, por razón del clima., por causa de los cultivos, puesto que la siembra y cosecha son cortas y espaciadas, o por los elementos que emanan de la propia naturaleza no pueden establecerse reglas exactas en las normas legales a la cual hayan de ajustarse las labores agrarias, porque éstas han de realizarse cuando la naturaleza lo impone o lo permite y de acuerdo a circunstancias que son muchas veces ajenas al hombre. Por tanto, no es conveniente establecer una misma reglamentación para el trabajo industrial y comercial y para el agrario, ya que, en la práctica, fuera de las grandes explotaciones agrícolas y ganaderas, el obrero del campo muestra en sus relaciones con los propietarios una mayor independencia que no se da en los trabajadores industriales y comerciales. Además, la contratación por día, por lo esporádico de muchas labores rurales, y la irregular duración de las cosechas influyen en los descansos semanales, las vacaciones y el régimen del despido, que por ello no ha de ser complejo. Por ello, un régimen jurídico acorde con las modalidades de cada prestación de servicio en las diferentes labores que componen la actividad agraria es lo más aconsejable.

24. Es aconsejable mantener en la ley especial del trabajo agrario y de participación del trabajador en la producción agraria una jornada flexible, pues muchas actividades no se realizan en forma continuada sino a determinadas horas o durante ciertos lapsos, como los casos, en que la naturaleza de la labor lo exija, en el sentido que pueda prolongarse por encima de los límites establecidos de ocho horas diarias, o de cuarenta horas a la semana, como, por ejemplo, en el caso del ordeño, que se lleva a cabo en dos oportunidades: en la madrugada y por la tarde. Por esa misma razón del ciclo natural de los cultivos, durante días enteros, o largos períodos en el día, el trabajador no tiene oportunidad de desarrollar actividad alguna, por lo que si bien en la prolongación de la jornada recibiría una cierta compensación por el tiempo extraordinario, sin embargo ello no significa mayor beneficio para el trabajador que permanece inactivo, puesto que la labor en la agricultura y en la cría es frecuentemente discontinua e intermitente, siendo en ocasiones de intensa actividad durante una parte de la jornada, y de simple vigilancia o de mera expectativa durante el resto, por lo que bien pudiera contratarse al trabajador como contratista o como coparticipe en algunas de las labores de la actividad agraria.

25. Se recomienda incluir en el anteproyecto de ley especial de trabajo agrario y de participación del trabajador en la producción agraria, una norma que permita a los trabajadores y patrones convenir condiciones especiales respecto de los dos días de descanso a la semana correspondientes a la jornada de trabajo agrario, de modo que se facilite su disfrute al trabajador, que solo reside en la unidad de producción durante la semana de trabajo, cuando, por ejemplo, para disfrutar este descanso tenga que trasladarse donde su familia.

26. Igual razón existe para mantener la diferencia entre la jornada nocturna rural, estableciendo que será la comprendida entre las seis de la tarde (6:00 p.m.) y las cuatro de la mañana (4:00 a.m.), a diferencia de lo que señala la norma general que considera como jornada nocturna la que se cumple entre las siete de la noche (7:00 p.m.) y las cinco de la madrugada (5:00 a.m.). Ello porque en el campo ciertas labores se realizan desde muy temprano, como ocurre por ejemplo con el ordeño y el pastoreo de ganados.

27. Con relación a las vacaciones, antes solo se consagraba el derecho a disfrutar de vacaciones anuales remuneradas para los trabajadores rurales permanentes, mientras que la nueva Ley Orgánica del Trabajo de 2012, reconoce también este derecho a los trabajadores por temporada. El período de vacaciones remuneradas es el de quince días hábiles, durante el primer año, y en los períodos sucesivos un día adicional remunerado por cada año de servicios, hasta un máximo de quince días hábiles. Ahora bien, para que el trabajador agrario tenga derecho a vacaciones, no se le exige un año de servicios ininterrumpidos como lo establece el artículo 190 de la Ley Orgánica del Trabajo, y tampoco haber prestado servicios durante al menos las dos terceras partes de los días hábiles del año, por lo que es conveniente que se establezca tanto para los trabajadores permanentes como para los trabajadores por temporada, la proporción requerida para el derecho a la vacación anual.

28. Respecto de la estabilidad en el trabajo, convendría incluir en el anteproyecto de ley especial, que únicamente los trabajadores rurales permanentes tienen derecho a la estabilidad. En efecto, en el caso de los trabajadores por temporada u ocasionales no existe una relación de trabajo continua por lo que ordinariamente terminan al finalizar la temporada o eventualidad que dio origen a la contratación, o el período o labor que en determinadas épocas del año exige el empleo de esta clase de trabajadores, por lo que la causa normal de terminación del vínculo laboral en tales casos es el mutuo acuerdo entre las partes al momento de celebrar el contrato de trabajo o la llegada del término, si se considera que en tales casos el contrato se habría celebrado por tiempo determinado. Ambas partes acuerdan ab initio la fecha de extinción de ese contrato, por lo que son considerados por la doctrina como la terminación de la relación de trabajo por “voluntad común de las partes, que es una forma expresamente admitida en el derecho venezolano como causa de extinción del contrato de trabajo en el artículo 76, de la Ley Orgánica del Trabajo.

29. Dado que la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario establece que los trabajadores agrícolas participarán al final de cada ciclo agrícola permanente o recolección de cosecha, de “utilidades” sobre la venta del producto, es conveniente incluir en el ante proyecto de ley especial de trabajo agrario y de participación de los trabajadores en la producción agraria, que tales utilidades son las mismas a las que se refiere la Ley Orgánica del Trabajo, en su artículo 131, es decir, por lo menos el quince por ciento (15%) de los beneficios líquidos que hubieren obtenido los patronos agrarios, calculados sobre los enriquecimientos netos gravables y los exonerados conforme la Ley de Impuesto sobre la Renta.

IDEARIO JURÍDICO Y POLÍTICO SOCIAL

30. En el caso que los trabajadores que tuvieren parcelas cultivadas dentro de la unidad de producción, la relación de tenencia de la tierra es accesoria al contrato de trabajo, por ello terminado el contrato de trabajo, es decir, finalizada la relación principal, la relación jurídica accesoria de tenencia de la tierra deberá seguir la suerte de la principal, por lo que el trabajador no tendría derecho a permanecer en la parcela. Por ello resulta procedente que en el anteproyecto de ley especial que se propone, se reestablezca la norma de la derogada Ley Orgánica del Trabajo, en el sentido que cuando termine la relación de trabajo, aun cuando haya sido despedido por causa justificada, y los trabajadores rurales tuvieren parcela cultivada a sus expensas y se pidiera su desalojo, el patrono deberá pagar al trabajador el valor de los productos, cultivos o mejoras que queden en el fundo y hubieren sido hechos a expensas del trabajador.

Los anteriores temas han sido considerados relevantes por el equipo de trabajo de FEDENAGA y de la Fundación Alberto Adriani en sus reuniones sostenidas en El Vigía y en Valera, por lo que se estima conveniente hacerlas del conocimiento de dicha Federación, al igual de participarle que el citado equipo seguirá trabajando sobre la elaboración de una ley especial de trabajo agrario y de participación de los trabajadores en la producción agraria, a que se refiere el artículo 238, de la ley Orgánica del Trabajo.

RÉGIMEN ESPECIAL PARA EL TRABAJO RURAL. UNA VISIÓN DE LA ACTIVIDAD AGRARIA COMO BASE PARA LA PARTICIPACIÓN DEL TRABAJADOR RURAL EN LA PRODUCCIÓN AGROPECUARIA¹

I. LA ESPECIFICIDAD PARTICIPATIVA DE LA ACTIVIDAD AGRARIA

El Título V “De las Modalidades Especiales del Trabajo” del Ley Orgánica del Trabajo de los Trabajadores y Trabajadoras, en atención a lo dispuesto en el artículo 204, regirá hasta tanto se dicten las correspondientes leyes especiales, por lo que el Capítulo V De los Trabajadores y Trabajadoras Agrícolas del referido Título V, es de carácter transitorio puesto que su vigencia es hasta tanto se dicte una ley especial para los trabajadores agrícolas. Lo que se confirma con lo establecido en el artículo 238 de la misma ley. Ahora bien, a diferencia de las otras modalidades de condiciones de trabajo de transporte terrestre, aéreo, de navegación, de trabajadores motorizados, de trabajadores culturales y con discapacidad, en las que se establece que las leyes especiales que habrán de dictarse regirán las relaciones laborales, en el caso de los trabajadores y trabajadores agrícolas se establece que la ley especial, por el contrario, *tendrá por objeto su participación en la producción agropecuaria*, como se desprende claramente del artículo 238, de la Ley Orgánica del Trabajo de los Trabajadores y Trabajadoras. Por lo que puede interpretarse que la ley especial para el trabajo agrícola no solo regirá las relaciones laborales sino también las formas o modalidades de prestación de servicios de los trabajadores en las unidades de producción, como contratistas o coparticipes o asociados.

Ello, por cuanto, la actividad agraria como proceso de producción, a diferencia del industrial, es de carácter participativo, por la estrecha conexión entre el capital, la tierra y el trabajo, como factores de ese proceso. Lo cual permite un régimen dual laboral y asociativo para permitir la participación de los trabajadores agrícolas en la producción agropecuaria, que no se logra con el régimen del trabajo subordinado.

¹ VIII Congreso de Derecho del Trabajo. Instituto Venezolano de Derecho Social. En homenaje al Profesor Ramón Aguilera Volcán. Caracas, diciembre 7 de 2019.

II. MODALIDADES DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA PRODUCCIÓN AGRÍCOLA

Dentro de esas modalidades de contratación o formas de participación de los trabajadores agrícolas en la producción agropecuaria, cabrían por ejemplo, los contratos celebrados, con los trabajadores como personas naturales, con el objeto de realizar obras de infraestructura, mecanización de suelos, nivelación, riego, extracción, fumigación y cualquier otra actividad que sólo pretenda incorporar, reparar o mejorar las condiciones de agro soporte productivo de las tierras, que no son estrictamente operaciones del proceso productivo, que la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, en su artículo 7°, excluye de las formas de tercerización de aprovechamiento de la tierra. Igualmente, por cuanto en estos contratos los trabajadores se encargarían de ejecutar obras y servicios con sus propios elementos, o con otros trabajadores bajo su dependencia, no se considerarían tampoco como intermediarios ni tercerizadores, sino contratistas, conforme el artículo 49, de la Ley Orgánica del Trabajo y de los Trabajadores y Trabajadoras. Estas modalidades de participación en la unidad de producción agropecuaria, no relacionadas de manera directa e inmediata con el proceso de producción de la contratante, que no se ejecuten de manera continua e ininterrumpida dentro de la entidad de trabajo, sino eventual o accidentalmente, o durante ciclos determinados, y que no constituyan el objeto principal de la entidad de trabajo, serían los contratos agrarios de soporte agroproductivo de las tierras, a que se refiere el artículo 7°, antes mencionado, de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, así como otras formas contractuales de base participativa o asociativa que puedan contemplarse.

III. LOS CICLOS BIOLÓGICOS DE LA ACTIVIDAD AGRARIA Y SU INFLUENCIA EN EL TRABAJO RURAL

Dado que la actividad agraria depende de la naturaleza de los ciclos biológicos y de las variaciones de orden climático, lo ordinario es que exista una distancia entre el tiempo de trabajo y el tiempo de producción, por lo que las diferentes actividades agrarias tienen un ritmo propio que no se ajusta, en la mayoría de los casos, a las reglas que rigen para el trabajo urbano. En efecto, el trabajo continuo no es la modalidad predominante en la dicha actividad; lo que justifica que el tiempo que no se requiera para la producción pueden los trabajadores emplearlos en otras formas para participar en la unidad de producción agropecuaria, como contratistas o coparticipes o asociados, por ejemplo, en actividades agrarias conexas como mecanización, fumigación, recolección, transformación o transporte, como se contempla en legislaciones de algunos países.

IV. LAS MODALIDADES PARTICIPATIVAS DE LOS TRABAJADORES RURALES EN LA PRODUCCIÓN AGROPECUARIA COMO SUPERACIÓN DEL PRECARISMO DEL TRABAJO SUBORDINADO

Los modos de explotación agraria presentan características peculiares que para superar el precarismo de los trabajadores, que se deben promover para que además de su trabajo por cuenta ajena su trabajo por cuenta propia tenga participación en la unidad de producción, como un modo para mejorar su nivel de vida

y para estimular su productividad. Esta circunstancia justifica un tratamiento jurídico especial del trabajo por cuenta propia del trabajador en la actividad agraria, que influiría en la producción y en la productividad agropecuaria y que permitiría su participación en la producción agraria bajo modalidades distintas a las del trabajo subordinado. Por otro lado, el trabajo por cuenta propia del trabajador, como contratista en la unidad de producción agropecuaria, o como copartícipe o asociado, en determinadas actividades agropecuarias, regido por formas jurídicas agrarias, distintas a las del derecho civil o mercantil, garantizarían la no tercerización o simulación o fraude para desvirtuar la legislación laboral. Al igual que se ha hecho en algunas legislaciones en las que se permite simultáneamente regímenes de trabajo subordinado y de trabajo por cuenta propia. La regulación del trabajo por cuenta ajena, junto con la del trabajo por cuenta propia del trabajador, en la unidad de producción, además de mejorar su nivel de ingreso, permite el trabajo familiar y las microempresas familiares como formas de participación del trabajador en la unidad agropecuaria.

V. EL DERECHO DEL TRABAJO INTERNACIONAL Y NACIONAL Y EL RÉGIMEN PARTICIPATIVO DEL TRABAJADOR EN LA PRODUCCIÓN AGROPECUARIA POR CUENTA PROPIA

El Convenio N° 141 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) considera como trabajadores rurales no sólo a los dependientes o asalariados, sino también a los trabajadores por cuenta propia, con carácter estacional. Por otro lado, para la aplicación de la legislación laboral del trabajo subordinado, es necesario que concurren, como elementos definitorios del concepto jurídico-laboral de trabajador rural, los criterios de subordinación o dependencia, de ajenidad en los riesgos de la empresa y de onerosidad, es decir, el pago de un salario por los servicios que se prestan. Estos criterios del trabajo subordinado, permiten distinguir, a su vez, entre trabajador asalariado dependiente y trabajador autónomo o por cuenta propia. Es decir, fundamentalmente por la existencia o no de una subordinación jurídica y por la no ajenidad de su trabajo con los riesgos y provechos de la explotación agropecuaria. Por ello, por ejemplo, algunas legislaciones, si bien, de manera general, consideran trabajadores rurales a quienes prestan servicios en las explotaciones agrarias, sin embargo, no consideran como trabajadores bajo subordinación, a los trabajadores que mediante un contrato escrito desempeñan tareas de tractoristas, albañiles, domadores, esquiladores, o quienes realizan actividades similares; en determinados ciclos o en los espacios de tiempo de la actividad agraria; excepto en el caso de que éstos cumplan dichas tareas en forma permanente y subordinada.

VI. DUALIDAD DE RÉGIMENES DE TRABAJO RURAL

La posibilidad de la dualidad del regímenes laborales o subordinados de trabajo agrícola con un régimen de trabajo agrícola no laboral, o por cuenta propia, existe en la misma Ley Orgánica del Trabajo, cuando en su artículo 233, prevé que los trabajadores puedan trabajar a sus expensas parcelas dentro de la unidad

de producción agrícola, en cuyo caso, al terminar la relación de trabajo, el patrono solo tiene que pagar el valor de los productos, cultivos o mejoras, que queden en la unidad de producción agrícola. Es decir, cuando el trabajador disfruta además de su salario en dinero o de otras prestaciones laborales, durante su relación de trabajo mantiene una relación de tenencia en tierras propiedad del patrono o poseídas por él, que puede ser participativa o asociativa; por lo cual coexisten dos tipos de relaciones jurídicas: una laboral y otra agraria. Es decir, por un lado, existe la relación de trabajo que se deriva de la prestación de servicios subordinada, en tanto que por el otro existe un contrato agrícola por cuenta propia que es materia del Derecho Agrario. La asunción del riesgo por parte del trabajador como contratista agrícola sería un factor para determinar cómo no laboral la naturaleza de la relación jurídica que se da con motivo de la contratación por cuenta propia del trabajador en los contratos de soporte agroproductivos, por ejemplo. Cabría, pues, la posibilidad, de que así como se permite a los trabajadores cultivar parcelas del patrono, a sus propias expensas y por cuenta propia, se le permita, al trabajador también, como contratista, entre el tiempo de trabajo y tiempo de producción, celebrar contratos agrarios, por cuenta propia, con su patrono, como los contratos de soporte agroproductivo de las tierras, que según tanto por la Ley Orgánica del Trabajo, como por la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, no son formas ni de intermediación ni de tercerización, ni laborales ni agrarias. Es decir, teniendo presente que en la actividad agraria el trabajo continuo no es la modalidad predominante, es posible que en el tiempo que no se requiera para la producción puedan los trabajadores participar en la unidad de producción agropecuaria, como contratistas o coparticipes o asociados, por ejemplo, en actividades agrarias conexas como mecanización, fumigación, recolección o transporte, etc. Ya alguna jurisprudencia en el caso de coexistir dos relaciones, una laboral y otra cualquiera, admite que se apliquen las disposiciones de la legislación laboral por lo que respecta a la relación de trabajo, e igualmente las que rigen la otra relación contractual en lo que concierne a esta contratación (Ver Sentencia dictada por el Juzgado Primero de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, de fecha 20 de junio de 1989, publicada en: Juan F. Porras Rengel: *Compendio Práctico de Jurisprudencia de la Ley del Trabajo (desde 1936)*, Tomo VI. Ed. Jurisprudencia del Trabajo, Caracas, 1990, pp. 128-129).

VII. PRINCIPIO DE LA ARMONÍA DE LOS FACTORES DE PRODUCCIÓN EN LA EXPLOTACIÓN AGROPECUARIA

Del artículo 238, de la Ley Orgánica del Trabajo, que dispone un régimen especial para la participación del trabajador en la producción agropecuaria, se desprende un principio de armonía entre el capital y el trabajo en la explotación agraria, distinta a la relación que existe entre el trabajo y el capital bajo el régimen de subordinación por parte del trabajador, ya que en el supuesto de participación del trabajador en la producción agropecuaria, el trabajo no lo ejecuta como un proletario, ni jurídica, económica y técnicamente como subordinado al dueño de la tierra. Por el contrario, como contratista o coparticipes, o asociado, asume sus propios riesgos, o los comparte con el propietario del fundo, y además, se encuentra por

lo tanto en condiciones de dirigir y orientar su propio trabajo sin otra dependencia que la resultante de los límites por el contrato celebrado entre ambas partes y por la necesidad de tutelar la producción. En este orden de ideas, por ejemplo, el trabajador, como contratista, se encarga de ejecutar obras o servicios, con sus propios elementos o recursos propios, sin estar bajo dependencia del patrono o dueño de la unidad de producción, y mediante un precio por su obra o servicio que es la contraprestación por su servicio como trabajador, pero no como coparticipe de la unidad de producción agropecuaria.

VIII. PRECISIÓN TERMINOLÓGICA DEL TRABAJO Y DE LAS ACTIVIDADES EN LA EXPLOTACIÓN AGROPECUARIA

Por otra parte, se considera conveniente precisar y mejorar la terminología respecto de la ley especial para el trabajo rural, mediante la utilización del término agrario en lugar del término agrícola o rural, tanto para definir el trabajo que se realiza en el campo como también a las unidades productivas. En efecto, la actividad en el agro comprende un amplio sector de rubros. Por agrario, se entiende la agricultura, la actividad pecuaria, la forestación, la cría de aves, la apicultura, la cunicultura, la horticultura, la floricultura, la fruticultura, la piscicultura, etc. Esa misma multiplicidad de rubros determina que las labores en el campo o las faenas rurales sean de muy diversa índole en cuanto al tiempo o su continuidad, por lo que se justifica que entre las condiciones de trabajo existan diferencias. Y a su vez, se distingue en la actividad agrícola, igualmente, entre la agricultura de secano que se realiza básicamente sin riego y la agricultura que requiere el uso sistemático de riego, como las plantaciones de arroz y caña de azúcar entre otras. Al igual que por actividad pecuaria se entiende la reproducción y cría de bovinos, ovinos, equinos, porcinos, caprinos, etc.; y la actividad agropecuaria intensiva y la extensiva. Además, la actividad agraria se realiza por diferentes etapas. Por ejemplo, la preparación y combinación de los recursos naturales, tales como fertilizaciones, arado de la tierra, siembra, insemnaciones, etc., a fin de que se lleve a cabo el proceso natural destinado a proporcionar los frutos. Además, la conservación y cuidado de esos elementos naturales que participan en el proceso de producción, implican una amplia gama de tareas, tales como riego, fumigación, baño, cura y vacunación de animales, etc. Y por último, la recolección y extracción de los frutos y la conservación inmediata de los productos, que comprende las faenas de cosecha, de esquila, de ordeño, etc. Por otra parte, el trabajo agrario que se realiza en una unidad de producción en actividades que solo pueden cumplirse en el medio rural, involucra tan variada gama de tareas que atienden a los recursos naturales, la conservación y cuidado de esos elementos naturales que actúan en el proceso de producción, así como las actividades de recolección y extracción de los frutos y conservación inmediata de los mismos.

Ello justifica que según el tipo de faena se establezcan diferentes condiciones de trabajo. Además, por ejemplo, la producción agraria intensiva requiere prácticas de manejo sostenibles ambientalmente, que desde el punto de vista agroempresarial es una producción mucho más eficiente y rentable que la extensiva y requiere de mayores inversiones. Es decir, más fuentes de trabajo por cuenta propia.

IX. EL CARÁCTER NO MERCANTIL DE LAS ACTIVIDADES CONEXAS O COMPLEMENTARIAS DE LA ACTIVIDAD AGRARIA PARA PROMOVER LA PARTICIPACIÓN DEL TRABAJADOR EN LA EXPLOTACIÓN AGROPECUARIA

Como se sabe, la venta de los productos del fundo que exploten el propietario, el labrador o el criador, no son actos de comercio, según el artículo 5º, del Código de Comercio. Sin embargo, al exonerar a los productores agrícolas del pago de Impuesto sobre la renta, el Ejecutivo Nacional se olvidó que esta venta no es comercial. Al igual que se discute si es o no actividad agraria, si estas actividades conexas las realiza el propio productor, como, por ejemplo, la transformación industrial y la comercialización de primer grado de los frutos. O, si es agraria o comercial, la elaboración de un producto distinto, por ejemplo, azúcar o los diversos productos lácteos; o su comercialización como producto final, por ejemplo, el empaque y envasado de frutas, legumbres u hortalizas. Tradicionalmente no se considera agraria sino la actividad de nivel primario de producción, es decir, no se consideran agrarias la transformación ni la industrialización de los productos agrarios, aun cuando las realiza el propio productor. Por ello, es conveniente que la ley especial que se dicte para el trabajo agrario y de participación del trabajador en la unidad de producción agraria, se incluya la definición de actividad agraria moderna, como se ha hecho en otros países, como toda aquella actividad dirigida a la obtención de frutos o productos primarios y las actividades conexas, como la transformación y a la venta de esos productos agrícolas que sean necesarias para la actividad agraria en sí misma, que no puedan hacerse de manera autónoma de la producción agropecuaria, de modo que no prevalezca la actividad industrial o comercial.

De lo contrario, estas actividades si serán actividades comerciales (terciarias) o industriales (secundarias). La ampliación de la definición de actividad agraria permitiría la contratación por cuenta propia de los trabajadores de algunas de esas actividades conexas.

X. CONTENIDO DE UNA LEY ESPECIAL DE TRABAJO AGRARIO PARA LA PARTICIPACIÓN DEL TRABAJADOR EN LA UNIDAD DE PRODUCCIÓN AGROPECUARIA

De acuerdo con lo expuesto, la ley especial de trabajo agrario y de participación de los trabajadores en la producción agraria, regularía el contrato de trabajo, es decir, aquel mediante el cual una persona se obliga a prestar servicios a otra bajo su dependencia y mediante una remuneración en una unidad de producción agraria en actividades que solo pueden cumplirse en el medio rural, y que no sean labores, por cuenta ajena, de naturaleza industrial, comercial o de oficina o para el hogar. Y, además, regularía los contratos agrarios de soporte agroproductivos en los que el trabajador como contratista se encarga de ejecutar obras o servicios con sus propios elementos o recursos propios y con trabajadores bajo su dependencia. E, igualmente, los contratos de participación en la producción agraria en

los cuales el trabajador participa de un interés común en el resultado de la explotación, junto con el propietario, y donde la dirección de ésta puede estar a su cargo exclusivo o ser compartida con el propietario de la unidad de producción agraria.

Una de las razones para justificar una ley especial que regule tanto el contrato de trabajo como los contratos agrarios de soporte agroproductivo o de participación, que permita la aplicación del régimen laboral y el de los contratos agrarios en las unidades de producción, es que las labores continuas y permanentes durante todo el año, que exigen la presencia de trabajadores permanentes, son menores en relación a las otras labores de temporadas u ocasionales. Y aún en los casos de ejemplos de labores continuas y permanentes durante todo el año, que exigen la presencia de esta clase de trabajadores permanentes, como la explotación ganadera intensiva o la agricultura intensiva de riego, que exigen la presencia de esta clase de trabajadores permanentes, es decir, de una planta de trabajadores fijos, lo cierto es que el solo régimen laboral no garantiza la participación del trabajador en la producción agraria, ni mejora su nivel de ingresos. Por otro lado, dado que en nuestro país se planifica generalmente la agricultura por los ciclos de invierno o época de lluvia y de verano o época de sequía, por ciclos productivos cortos y semipermanentes, se suele utilizar la mano de obra al inicio y final de la cosecha, por lo que la forma más común de empleo es la de la clase de trabajadores temporeros o por temporada, es decir, aquéllos que prestan servicios en determinadas épocas del año, bajo subordinación, por lapsos que demarcan la labor que deben realizar, tales como las cosechas, la limpia de una unidad de producción u otra actividad semejante. Sin embargo, también dentro de estas labores por temporadas, caben la siembra y el trabajo de llano, por ejemplo, la separación del ganado y su herraje. De modo, que dada su precariedad si no se contemplan otras formas de participación de los trabajadores por temporadas en la producción agraria, no mejorará su nivel de ingresos ni su nivel de vida. Es verdad que la Ley Orgánica del Trabajo se refiere a los trabajadores ocasionales, que prestan servicios accidentalmente en la unidad de producción agraria, en determinadas épocas del año, y que concluye su relación laboral, con la labor encomendada, que son todos aquéllos trabajadores empleados en el sector rural en labores como las de reparar una cerca o alambrada, cortar unos estantillos de madera, construir o reparar un pozo o bebedero para los animales, hacer cortafuegos y otras labores que se requieren por razones accidentales o de emergencia. Y así mismo, en la actividad pecuaria o, en la cría y la ceba se utiliza igualmente como una mano de obra a destajo y eventual, para épocas de entrada y salida de invierno. Sin embargo, el régimen laboral de estos trabajadores no les es beneficioso si no se prevé otras formas de contratación distintas a la laboral para estos tipos de trabajo eventuales.

Desde otro orden de ideas, en razón que en el trabajo agrario se produce, por regla general, la discontinuidad de las labores, por razón del clima, por causa de los cultivos, puesto que la siembra y cosecha son cortas y espaciadas, o por los elementos que emanan de la propia naturaleza; no pueden establecerse reglas exactas en las normas legales a la cual hayan de ajustarse las labores agrarias, porque éstas han de realizarse cuando la naturaleza lo impone o lo permite y de acuerdo a circunstancias que son muchas veces ajenas al hombre. Por tanto, no es

conveniente establecer una misma reglamentación para el trabajo industrial y comercial y para el trabajo agrario, ya que, en la práctica, fuera de las grandes explotaciones agrícolas y ganaderas, el obrero del campo muestra en sus relaciones con los propietarios una mayor independencia que no se da en los trabajadores industriales y comerciales. Además, la contratación por día, por lo esporádico de muchas labores rurales, y la irregular duración de las cosechas influyen en los descansos semanales, las vacaciones y el régimen del despido, que por ello no ha de ser complejo. Por ello, un régimen jurídico acorde con las modalidades de cada prestación de servicio en las diferentes labores que componen la actividad agraria es lo más aconsejable. Es aconsejable mantener en la ley especial del trabajo agrario y de participación del trabajador en la producción agraria una jornada flexible, pues muchas actividades no se realizan en forma continuada sino a determinadas horas o durante ciertos lapsos, como los casos, en que la naturaleza de la labor lo exija, en el sentido que pueda prolongarse por encima de los límites establecidos de ocho horas diarias, o de cuarenta horas a la semana, como, por ejemplo, en el caso del ordeño, que se lleva a cabo en dos oportunidades: en la madrugada y por la tarde. Por esa misma razón del ciclo natural de los cultivos, durante días enteros, o largos períodos en el día, el trabajador no tiene oportunidad de desarrollar actividad alguna, por lo que si bien en la prolongación de la jornada recibiría una cierta compensación por el tiempo extraordinario trabajado, sin embargo ello no significa mayor beneficio para el trabajador que permanece inactivo, puesto que la labor en la agricultura y en la cría es frecuentemente discontinua e intermitente, siendo en ocasiones de intensa actividad durante una parte de la jornada, y de simple vigilancia o de mera expectativa durante el resto, por lo que bien pudiera contratarse al trabajador como contratista o como copartícipe en algunas de las labores de la actividad agraria.

Se recomienda incluir en el anteproyecto de ley especial de trabajo agrario y de participación del trabajador en la producción agraria, una norma que permita a los trabajadores y patrones convenir condiciones especiales respecto de los dos días de descanso a la semana correspondientes a la jornada de trabajo agrario, de modo que se facilite su disfrute al trabajador, que solo reside en la unidad de producción durante la semana de trabajo, cuando, por ejemplo, para disfrutar este descanso tenga que trasladarse donde su familia. Igual razón existe para mantener la diferencia entre la jornada nocturna rural, estableciendo que será la comprendida entre las seis de la tarde (6:00 p.m.) y las cuatro de la mañana (4:00 a.m.), a diferencia de lo que señala la norma general que considera como jornada nocturna la que se cumple entre las siete de la noche (7:00 p.m.) y las cinco de la madrugada (5:00 a.m.). Ello porque en el campo ciertas labores se realizan desde muy temprano, como ocurre por ejemplo con el ordeño y el pastoreo de ganados. Con relación a las vacaciones, antes solo se consagraba el derecho a disfrutar de vacaciones anuales remuneradas para los trabajadores rurales permanentes, mientras que la nueva Ley Orgánica del Trabajo de 2012, reconoce también este derecho a los trabajadores por temporada. El período de vacaciones remuneradas es el de quince días hábiles, durante el primer año, y en los períodos sucesivos un día adicional remunerado por cada año de servicios, hasta un máximo de quince días hábiles. Ahora bien, para que el trabajador agrario tenga derecho a vacaciones, no

se le exige un año de servicios ininterrumpidos como lo establece el artículo 190 de la Ley Orgánica del Trabajo, y tampoco haber prestado servicios durante al menos las dos terceras partes de los días hábiles del año, por lo que es conveniente que se establezca tanto para los trabajadores permanentes como para los trabajadores por temporada, la proporción requerida para el derecho a la vacación anual. Y, respecto de la estabilidad en el trabajo, convendría incluir en el anteproyecto de ley especial, que únicamente los trabajadores rurales permanentes tienen derecho a la estabilidad. En efecto, en el caso de los trabajadores por temporada u ocasionales no existe una relación de trabajo continua por lo que ordinariamente terminan al finalizar la temporada o eventualidad que dio origen a la contratación, o el período o labor que en determinadas épocas del año exige el empleo de esta clase de trabajadores, por lo que la causa normal de terminación del vínculo laboral en tales casos es el mutuo acuerdo entre las partes al momento de celebrar el contrato de trabajo o la llegada del término, si se considera que en tales casos el contrato se habría celebrado por tiempo determinado. Ambas partes acuerdan *ab initio* la fecha de extinción de ese contrato, por lo que son considerados por la doctrina como la terminación de la relación de trabajo por “voluntad común de las partes, que es una forma expresamente admitida en el derecho venezolano como causa de extinción del contrato de trabajo en el artículo 76, de la Ley Orgánica del Trabajo.

Dado que la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario establece que los trabajadores agrícolas participarán al final de cada ciclo agrícola permanente o recolección de cosecha, de “utilidades” sobre la venta del producto, es conveniente incluir en el ante proyecto de ley especial de trabajo agrario y de participación de los trabajadores en la producción agraria, que tales utilidades son las mismas a las que se refiere la Ley Orgánica del Trabajo, en su artículo 131, es decir, por lo menos el quince por ciento (15%) de los beneficios líquidos que hubieren obtenido los patronos agrarios, calculados sobre los enriquecimientos netos gravables y los exonerados conforme la Ley de Impuesto sobre la Renta. En el caso que los trabajadores que tuvieren parcelas cultivadas dentro de la unidad de producción, la relación de tenencia de la tierra es accesoria al contrato de trabajo, por ello terminado el contrato de trabajo, es decir, finalizada la relación principal, la relación jurídica accesoria de tenencia de la tierra deberá seguir la suerte de la principal, por lo que el trabajador no tendría derecho a permanecer en la parcela. Por ello resulta procedente que en el anteproyecto de ley especial que se propone, se restablezca la norma de la derogada Ley Orgánica del Trabajo, en el sentido que cuando termine la relación de trabajo, aun cuando haya sido despedido por causa justificada, y los trabajadores rurales tuvieren parcela cultivada a sus expensas y se pidiere su desalojo, el patrono deberá pagar al trabajador el valor de los productos, cultivos o mejoras que queden en el fundo y hubieren sido hechos a expensas del trabajador.

**DERECHO PROCESAL Y
DERECHO PROBATORIO**

ARBITRIO Y DERECHO

LA CONTRADICCIÓN ENTRE DEL DERECHO Y EL ARBITRIO JUDICIAL

Caracas, 9 de septiembre de 2021

Al Instituto que lleva mi nombre el primer año de su fundación y al gremio de abogados del estado Monagas que promovieron su creación.

I. DETERMINISMO LEGAL VS. TESIS DEL ARBITRIO JUDICIAL

El Derecho predetermina los comportamientos y a la vez fija la pauta para la resolución de los conflictos. El juez interpreta las normas jurídicas según criterios hermenéuticos establecidos: literal, contextual, histórico y teleológico y siguiendo las reglas de la lógica estricta, puesto que la lógica de las normas es la misma de las sentencias. El juez es, pues, un subordinado de la ley, ya que en el Derecho sólo existe una solución correcta y el juez debe justificar que su decisión este acorde con el Derecho. Pero, la Ley ofrece varias soluciones correctas y el juez en acto voluntario escoge una en ejercicio de su arbitrio. Por tanto, la sentencia es un acto complejo en el cual la personalidad del juez es fundamental. Hay, por tanto, un arbitrio judicial en la decisión fundada de concreción de una norma abstracta, como una especie de medida o válvula de concreción de la norma. Es decir, la concreción legal es un arbitrio judicial. Ahora bien, el arbitrio judicial no es ilícito ni ilegítimo y es propio de la aplicación del Derecho. El Derecho, como es sabido es un sistema de normas, principios y reglas y como norma es un acto abstracto que contiene una esfera condicionada y otra de libertad que da lugar al arbitrio en su interpretación. En este orden de ideas, la norma jurídica no produce un acto concreto, sino que proporciona un componente legal para el proceso de su concreción y otro componente de libertad o el arbitrio interpretativo.

Por otro lado, el arbitrio o discrecionalidad no aparece sólo en ausencia de norma sino incluso con la ley, ya que depende. del grado de inconcreción de la ley: Por ello se habla de Huecos de la ley: que permite una delegación al juez para concretar las normas, como se deduce del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil o cuando se le delegan medidas, por ejemplo, de vigilancia, según el artículo 191 del Código Civil. Esa delegación ha de ser una decisión oportuna o conve-

niente, según criterios de orientación como justa causa, dosimetría punitiva o individualización de la pena y juicios de valor, o de la proporcionalidad entre sacrificios de derechos y la necesidad de averiguar, por ejemplo, delitos o cuantía de indemnizaciones, como ocurre en casos de daño moral, tal como se establece en el: artículo 1.196, del citado código Civil. Estas delegaciones han de traducirse en actos procesales o sentencias cubiertas de credibilidad y por la fiabilidad de las testimoniales, de ser el caso. Igual sucede con las llamas fisuras de la ley o las lagunas o poros de la ley, que son conceptos jurídicos indeterminados que el juez debe tipificarlos como supuestos de hecho, es decir, en una categorización tipológica, cuando ha de decidir si se está en presencia de una venta, o de un mandato o de una gestión de negocios, o si existe buena fe. También, esa delegación es el juicio de equidad que se ha concedido al juez como una facultad por la ley o por convenio de las partes, que implica la utilización de valoraciones de equidad para resolver el fondo de las causas, según el artículo 13 del Código de Procedimiento Civil.

II. DERECHO Y ARBITRIO JUDICIAL

La discrecionalidad es amplia y cotidiana en el Derecho bajo el principio democrático de su libre interpretación que es de la esencia de la independencia y la autonomía del Poder Judicial, que se consagra en el artículo 254, de la Constitución, en desarrollo del modelo de Estado Democrático social de Derecho y de Justicia, que consagra para la Republica en al artículo 2º, de la misma Constitución. El arbitrio judicial es, pues, necesario para la aplicación cabal de las previsiones abstractas del legislador. Es parte del ejercicio correcto de la función jurisdiccional para dotar de sentido las normas legales de impreciso contenido. El arbitrio es la posibilidad de elección entre una pluralidad de soluciones que ofrece la norma positiva, como se ha dicho, entre los huecos de la ley o los intersticios de la legalidad, como las lagunas legales y los conceptos jurídicos indeterminados y la categorización tipológica. Intersticios estos por donde pueden penetrar en el ordenamiento jurídico fines y valores contrarios a el modelo de estado constitucional.

III. LA TEORÍA GENERAL DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO

La aplicación de la ley es un proceso de concreción de las normas abstractas donde el arbitrio es esencial en el sistema jurídico. Es, en concreto, el proceso de concreción o de individualización del Derecho, a través de los principios y reglas de la hermenéutica jurídica y los principios generales del Derecho. Kelsen decía que la sentencia y la decisión administrativa son un paso del proceso que va de la norma general a la ejecución de las normas. Lo cual completaba Merkel diciendo que el arbitrio no es fruto de una definición legal sino un elemento esencial del proceso de concreción de normas abstractas. Y, el profesor argentino Linares ilustraba el arbitrio judicial comparándolo con el poder discrecional administrativo. Ello porque la interpretación jurídica siempre tiene parcialmente un carácter creador y porque las normas jurídicas nunca determinan totalmente las conductas por ellas reguladas. Pero al igual que el proceso administrativo la desviación de poder es motivo del control de su logicidad, lo es igualmente del arbitrio judicial. El arbitrio es, pues, necesario en toda interpretación del Derecho para su aplicación de modo que no pueden contraponerse.

IV. MANIFESTACIONES DEL ARBITRIO JUDICIAL

Este arbitrio aparece cuando la norma deja al criterio del interprete el medio más adecuado para la consecución del fin que protege. Porque la norma otorga al interprete la capacidad de decidir en un sentido u otro en atención a las circunstancias del caso O, porque la norma es imprecisa, guarda silencio o es contradictoria. La sentencia como la decisión administrativa es de ordinario la individualización o concreción de la norma abstracta atendiendo a las circunstancias particulares del caso examinado. El arbitrio judicial, es, pues, lícito y legítimo, como lo es la discrecionalidad administrativa. En ambos casos su límite es la arbitrariedad, que en el caso de las sentencias su traspaso yo lo denomino “desviación de poder judicial”.

V. LA ARBITRARIEDAD JUDICIAL

¿Cuándo el arbitrio es arbitrariedad? ¿Cuándo es una actividad ilícita? Porque es el ejercicio indebido o excesivo del arbitrio. Ello ocurre cuando no se respetan los límites propios del arbitrio. Se trata del uso excesivo o indebido, cuando, por ejemplo, lo procedente hubiera sido la aplicación pura y simple de la ley. Porque no se respeta la parte reglada o concreta de la ley. La clave para determinar la arbitrariedad está en las relaciones del arbitrio con la legalidad. Puesto que el arbitrio se mueve entre lo absolutamente reglado y lo absolutamente discrecional. La ausencia de criterios legales permite al interprete actuar según sus criterios, pero debe explicitar sus motivos racionales, lógicos y proporcionales, en la justificación o motivación de la decisión administrativa o de los fallos. Pero no actuar sin criterio alguno y, por tanto, la motivación le es obligatoria. En otras palabras, el fundar o fundamentar el arbitrio es un límite.

VI. CRITERIOS DE FUNDAMENTACIÓN DEL EJERCICIO DEL ARBITRIO

La sistemática de la motivación del arbitrio, en resumen, son: la prudencia, como se indica en el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil. La equidad y los juicios de experiencia basados en los conocimientos de hecho comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia, conforme el artículo 12, *iusdem*. La equidad, de acuerdo con los artículos 23 y 12, citados. Criterios de la logicidad, como las hipótesis más probables entre varias hipótesis. Las prácticas sociales. O costumbres, de acuerdo con los artículos 7º y 9º, del Código Civil y del Código de Comercio. Criterios científicos, como las máximas de experiencia, o técnicos, como datos estadísticos, o económicos, como la utilidad. O, la justa causa, en asuntos de perjuicios o pérdidas del valor de las cosas o el daño mayor.

VII. EL CONTROL DEL ARBITRIO JUDICIAL

Fundamentalmente no es la revisión de los parámetros de legalidad, sino de su racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad. Y su objeto es la argumentación de la sentencia, o sus argumentos, o discurso. Es la revisión de la justificación

y explicación de las operaciones ejercitadas por el juez para elegir o crear una norma para solucionar un problema. Es un método analítico, es decir separar los motivos y las conclusiones que conforman el todo para ponderar su conclusión. A diferencia de los casos de leyes claras, en cuyo caso el examen es sobre el método silogístico, es decir, si la conclusión derivada del supuesto concreto responde a la consecuencia prevista para el supuesto abstracto. Mientras que en el caso de leyes ambiguas o de huecos de la ley, se trata del examen de las proposiciones que justifican la conclusión. Es decir, de las argumentaciones. Es propiamente el control sobre la creación de una norma jurídica y sobre los juicios argumentados para concretar o elegir una norma. En el Estado de democrático social y de Derecho y de Justicia el control de la arbitrariedad judicial es un elemento esencial de la garantía del acceso a la justicia, de la tutela judicial efectiva y de la transparencia judicial. El fin de ese control es determinar si la decisión es correcta para evitar las sentencias arbitrarias o irracionales.

Una noción usual del control de la arbitrariedad judicial es la de determinar la ausencia de vicios en las sentencias, Es decir, la discordancia y corrección entre la argumentación y las condiciones externas de las sentencias, o entre sus elementos materiales y formales. Entre los primeros, o la corrección material, se refiere a la revisión de los elementos facticos, lógicos y normativos. Y entre los segundos, o la corrección formal atiende al debido proceso y la cosa juzgada.

Por otra parte, la corrección de la sentencia es una argumentación sobre la argumentación, una meta argumentación, que es Positiva si confirma la corrección de fundamentos jurídicos: y Negativa, si afirma la incorrección de los fundamentos jurídicos. Sin embargo, por el principio de la seguridad jurídica y por la cosa juzgada la corrección de la sentencia termina, pero la teórica no termina.

VIII. LÍMITES DEL CONTROL DE LA ARBITRARIEDAD

Si arbitrariedad es el ejercicio indebido del arbitrio por el exceso de sus límites el problema es la determinación de esos límites. Por ello, es necesario que en los fundamentos de la sentencia aparezcan los motivos arbitrarios. Si permanecen en el fuero interno es imposible el control. La justificación, motivación o discurso de la sentencia es la mejor pista para controlar la arbitrariedad. De allí que el concepto de arbitrariedad se vincula con el concepto de motivación. Legalmente se impone al Juez el deber de motivar: la sentencia, según el ordinal 4° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, Y constitucionalmente el derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, a que se refiere el artículo 26, constitucional, implica el derecho de obtener una respuesta fundada y suficiente que se corresponda con las pretensiones planteadas.

Es decir, la exposición de los motivos de la sentencia como garantía procesal constitucional.

La motivación, pues, tiene doble función: 1) El de garantizar la legalidad de la decisión y 2) El de la justificación del ejercicio del arbitrio. De allí que la falta de motivación es una ilegalidad. Pero no es suficiente para calificar de arbitraria

la decisión. Para ello es necesario conocer los motivos por los que actúo el juez. Es más, la decisión puede ser motivada, pero por la ausencia de verdaderas razones es arbitraria. Se dan, entonces, sentencias arbitrarias motivadas, lo cual es una contradicción evidente, o una incoherencia notoria, o un error notorio o evidente. Y, sentencias no arbitrarias no motivadas. Las primeras se revocan por incorrección. Las segundas por ilegalidad.

IX. EL PROBLEMA DE LA CORRECCIÓN DE LA SENTENCIA INJUSTA: LA DISTINCIÓN ENTRE LO JURÍDICO Y LO JUSTO

No se trata de un problema de la Justicia puesto que esta es un valor a alcanzar. No es de la sustancia material del Derecho sino un fin según el adagio “*La Justicia no mora en los hombres*”. El Derecho es un sistema de normas, principios y reglas que hay que concretar para lograr el fin de la Justicia. Por ello siempre ha sido una preocupación la relación entre Derecho y Justicia. Entre lo jurídico y lo justo. Lo que en verdad cuando se contraponen lo jurídico y lo justo, lo que se quiere es considerar al ordenamiento jurídico como lo contrario a la arbitrariedad. Lo abusivo o lo arbitrario es considerado injusto. Desde un ángulo valorativo de la justicia se considera que la función del Derecho es evitar lo arbitrario. Ahora bien, Derecho y Justicia operan en planos diferentes. El Derecho es un sistema de normas imperativas e inexcusables que regulan relaciones de *alteridad*. Es decir, no del sujeto agente sino de otros. Y además que existen cuando imponen un orden social dado. Es la diferencia entre el saludo militar (norma jurídica) y el simple saludo (uso social). Tienen como fin la realización de un tipo concreto de conducta en la sociedad. La Moral, por el contrario, tiene por fin la realización en sí de una virtud por parte del sujeto agente. Por ejemplo, en el caso de una violación para la moral la preocupación, por ejemplo, es la virtud de la castidad en el sujeto agente. El Derecho que sanciona penalmente la violación le preocupa la protección del otro más que su virtud o la moral. Para el Derecho lo justo no es pues moral. Pero a través del ordenamiento jurídico para realizar un tipo concreto de conducta se evitan actos contrarios a la moral, como en los casos de delitos contra las buenas costumbres y buen orden de las familias, porque con ello se evitan conductas que no son aceptadas por la sociedad y por el daño que causan a instituciones como la familia y al respeto a los demás.

¿Pretende el Derecho como sistema de normas imperativas e inexcusables la realización de la Justicia? Hay pueblos con gran sensibilidad hacia lo justo, pero con escaso respeto por el Derecho. Así decimos, “no hay Derecho” cuando nos multan por pasar la luz roja cuando de ningún lado vienen automóviles. Pero, Derecho hay, como lo es la norma jurídica que prohíbe el paso con la luz roja. Lo que se quiere decir con “No hay Justicia”, es porque se considera que no hay violación ni peligro contra nadie si se pasa con luz roja. Es decir, en la práctica existe una desconexión entre el Derecho y la Justicia. Pero por la función del Derecho defender la libre convivencia frente a la arbitrariedad se acerca a la Justicia. Como la regla de prohibir el paso con luz roja que es una norma de conducta social que hay que respetar por esa convivencia que es un valor social, Entonces la Justicia tiene un significado axiológico para el Derecho. Pero, como decía Ortega y Gasset

“el Derecho no es Derecho porque es justo”. Ello es reducir la Justicia a la Ley, pero lo justo es lo que la ley define como tal, sino lo que representa para el orden social. Es decir, es justo no pasar con la luz roja, aunque no pasen vehículos, porque para la sociedad representa la convivencia.

El Derecho y la Justicia se mueven en planos distintos. Uno en el de la norma y otro en una instancia de valoración de la norma. El Derecho debe realizar la justicia para que tenga valor. Pero el Derecho es Derecho y existe como tal, aunque no se considere justo. Hay normas que pueden ser consideradas injustas, por ejemplo, las que cumplen con su función de seguridad a pesar de ser injustas. Aun en algunos sistemas jurídicos hay normas que despenalizan determinados supuestos del aborto por más que algunos la reputen de injusto, por inmoral, pero formalmente son Derecho. De modo que contrario al Derecho no es la injusticia sino la arbitrariedad, como las decisiones que violen derechos humanos, o que incurran en la usurpación de poder o en la desviación de poder, a que se refieren los artículos 25, 29, 138 y 259 de la Constitución. Es decir, la decisión sin sujeción a una norma o a la razón. El concepto del abuso del derecho y de la concepción social de los derechos pretenden dar cauce justo a los problemas judiciales

Según Luis Recasen Sichés, *“el mandato arbitrario es aquel que no se funda en un principio general -aplicable a todos los casos análogos-, sino que responde a un simple porque sí, porque me da la gana, en suma, a un capricho o antojo que no dimana de un criterio general. En cambio, el mandato jurídico es el fundado en normas o criterios objetivos, de una manera regular, que tienen validez para todos los casos parejos que se presenten”*. Para la distinción de *“un mandato autoritario”*, Recasen Sichés, echa mano a la anécdota de Arnoldo el molinero, quien demandó a un vecino que por enemistad le desvió la corriente de agua que pasaba por su predio, pero que porque el abuso de derecho no estaba previsto en la ley, el juez de instancia le desestimó la demanda, por lo que recurrió al juez superior, por considerar injusta la sentencia, pero la alzada confirmó la sentencia por la misma razón que el abuso de derecho no se contemplaba en el ordenamiento jurídico. Entonces, Arnoldo acude al Rey Federico II quien, al enterarse del caso, y considerando injusta la sentencia dictada, la revocó por mandato personal y, además, castigó a los jueces que la habían dictado a un año de arresto en un castillo. Al comentar este mandato, Recasen Sichés decía que es verdad que resultaba más justo que la sentencia y que Federico II era un monarca legítimo, sin embargo, esa orden que dictó era arbitraria, porque si bien Federico II, por ser un monarca absoluto tenía facultades para abrogar una ley y dictar otra en su lugar, no podía jurídicamente violar una ley vigente a su antojo, por muy justo que fuese en ese caso concreto, y todavía menos podía sancionar a los jueces que habían cumplido fielmente con lo que era derecho vigente. En otras palabras, lo justo no era lo jurídico y lo jurídico no era lo justo. Pero, lo cierto que, con dependencia a esa distinción, el mandato de Federico II era arbitrario porque jurídicamente podía derogar una ley, pero no dejar aplicar una ley vigente en un caso concreto en base a su criterio sobre lo justo.

X. LA APROXIMACIÓN DEL DERECHO A LO JUSTO.

El acercamiento entre el Derecho y lo justo, es denominado por Aurelio Menéndez, “positivismo ético o corregido”, en la obra *El Derecho, la Ley y el Juez*: Ello consiste en la subordinación de la norma a valores y principios constitucionales con fuerza obligatoria para el legislador, como, por ejemplo, los valores superiores del ordenamiento jurídico que se contemplan en el artículo 2º de la Constitución. Con esta subordinación se aproxima el sistema jurídico a un orden natural representado en los valores que las sociedades consideran lo justo. En otras palabras, los principios de justicia vienen previstos en la Constitución como objetivos que deben perseguir los poderes públicos. Por ello, dice este autor, “El modo de argumentar de los Tribunales Constitucionales se asemeja a la forma de argumentar en Derecho natural”.

La constitucionalización de los principios de la justicia ha permitido hablar de “*un nuevo iusnaturalismopositivo*”. En este orden de ideas, en palabras de Gregorio Peces Barba, se trata de una tendencia que arrincona a la ley a favor de una Constitución interpretada por los jueces. O, como dice Carl Schmitt, es el paso del Estado Legislador al Estado Jurisdiccional”. Estos valores superiores del ordenamiento jurídico, según E. Pérez Luño, operan en tres dimensiones: 1.- Estáticamente: como Fundamento del ordenamiento jurídico o mandatos para el legislador) o proyección normativa de los valores constitucionalizados, conforme Francisco Rubio Llorente, en el Voto en la sentencia 53/85 del Tribunal Constitucional de España. 2.- Dinámicamente: como orientación del ordenamiento jurídico, o normas para la interpretación. Es decir, de eficacia interpretativa. 3.- Críticamente, como criterios para evaluar la actividad del Estado por los órganos jurisdiccionales. Por ejemplo, el artículo 334 de la Constitución que se refiere a “*principios y normas constitucionales*”. En este orden de ideas, Pérez Luño, a su vez, distingue: a.- Valores, o ideas directivas generales de justicia e igualdad, sin concreción normativa b.- Principios, que concretan en un segundo grado los valores, por ejemplo, el debido proceso o la igualdad ante la ley sin discriminación Y, c.- Normas, que son valores y principios positividades, por ejemplo, las ocho garantías del debido proceso, según el artículo 49, constitucional.

XI. EL PROBLEMA DE LA INJUSTICIA EN EL ARBITRIO JUDICIAL DE CONCRECIÓN DEL DERECHO

La norma injusta es un problema del legislador, pero la injusticia de la aplicación del Derecho ocurre cuando el Juez se aparta de la solución justa que contempla la ley. La injusticia de la aplicación del Derecho ocurre cuando el Juez no arbitra la solución más justa dentro de la pluralidad de opciones que le brinda el Derecho. También cuando el Juez no consigue la finalidad de la ley por error de congruencia; o por interpretación irritante, disparatada o absurda. Asimismo, la injusticia de las decisiones judiciales ocurre cuando pudiendo corregir la ley por la equidad no lo hace. E, igualmente, las injusticias de las decisiones judiciales ocurren cuando pudiendo por los intersticios del ordenamiento jurídico buscar soluciones correctas dentro del Derecho el juez no lo hace.

Por último, hay injusticia judicial en los casos en que la arbitrariedad se da cuando el razonamiento judicial es incoherente con el sistema jurídico.

XII. LA FUNDAMENTACIÓN, DISCURSO O MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA ES GARANTÍA Y LA FACILITA LA OPERACIÓN DEL CONTROL DE LA ARBITRARIEDAD JUDICIAL

El punto de referencia: de este control es la argumentación del fallo. En efecto, cuando no es convincente es necesario reconstruir otra alternativa más convincente. Si no se aporta otra alternativa más convincente que conduzca a un resultado distinto no se afecta la sentencia. Si conduce al mismo resultado, aun si es más convincente, tampoco se afecta la sentencia, El discurso de la sentencia tiene que ver con la concreción del Derecho, es decir su conexión con sus fundamentos. Por ello, la dispositiva de la sentencia se acepta o rechaza por razones de justicia, pero se corrige por la incorrección de la argumentación para llegar a la dispositiva. O por la equidad. Para que el arbitrio judicial sea razonado es necesario que el razonamiento contenido en la decisión judicial no sea ni arbitrario, ni irrazonable, ni incurra en error patente. Porque cuando en el razonamiento se incurre en tal grado de arbitrariedad, Irrazonabilidad o error manifiestamente grave, resulta patente que la decisión carece de razonamiento. También cuando la premisa de la que se parte no permite deducir la conclusión a la que se llega, es decir, por una quiebra de la lógica.

BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, Editorial Trotta, Colección estructuras y procesos serie derecho, Madrid, 2013.

MENÉNDEZ, Aurelio y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *El Derecho, la Ley y el Juez: dos estudios*, Cuadernos CIVITAS, Madrid, 1997.

PECES BARBA, Gregorio, Prólogo de la Obra “*Los Valores Superiores en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*” de J. Javier Santamaría Ibeas (Burgos, 1997, Dykinson)

PÉREZ LUÑO, ANTONIO E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.

NIETO, Alejandro. *El arbitrio Judicial*, ARIEL. Barcelona, España. 2000.

RECASENS SICHÉS, Luis, “*Tratado General de la Filosofía del Derecho*”, Porrúa, 1ª Edición, México, 1959.

¿LA CARGA DE LA PRUEBA? ¿UNA RELIQUIA HISTÓRICA? ¿O, SU INNOVACIÓN¹?

Quisiera expresar un doble sentimiento: Primeramente, el honor de haber sido invitado a participar en un homenaje a un reconocido jurista venezolano como lo es Rodrigo Rivera Morales junto con distinguidos profesores y académicos en mi caso junto con el profesor Jordi Ferrer Beltrán. Y, segundo, la complacencia de ser coterráneo de origen lugareño de ese jurista homenajeado.

El requisito de la existencia de la prueba como presupuesto para el reconocimiento del derecho reclamado en tiempos contemporáneos ha suscitado en su contra varias teorías. Una de ellas la *carga dinámica probatoria* y otra tesis la de “*el escepticismo acerca del onus probandi*”, que proponen su abolición. Puede, entonces, decirse que estas son las líneas paralelas frente a tesis de la utilidad de la carga de la prueba como un sistema de reglas preestablecidas. Y, a mi juicio, en este paralelismo existe un trasfondo filosófico y hasta ideológico, al calificar a la carga de la prueba como un objeto digno de veneración, que es como se define una reliquia. O, hasta aún más extremo, como un residuo del pasado por lo que se propone su abolición dejando a juicio del juez la responsabilidad de decidir a quién perjudica la falta de prueba. Particularmente considero que otra línea paralela sería la de la innovación de la carga de la prueba, no como regla absoluta, como lo es la incorporación a la ciencia procesal de nuevas reglas de reparto de la actividad probatoria ceñida a las circunstancias del caso, a la conducta de las partes y sin enfoques apriorísticos, por un lado. Como, por ejemplo, dentro del género del desplazamiento de las cargas probatorias, el aumento de la regulación de las presunciones legales y de las presunciones hominis y la consagración de la inversión legal del *onus probandi*. Y, asimismo por la reducción del valor de la tipicidad legal de la prueba por la aplicación de la sana crítica y de los indicios probatorios en contra de los litigantes. Sin embargo, para garantía de la seguridad jurídica, el equilibrio procesal de las partes y del debido proceso, estimo que es necesario que sea regulada de manera expresa la innovación de las reglas de la carga de la prueba, destacando su carácter excepcional y, a través de reglas que permitan al Juez un margen de actuación motivado y proporcional que pueda ser adecuado en cada caso concreto.

¹ Homenaje al Dr. Rodrigo Rivera Morales, agosto de 2021.

Basta recordar que el tema de la carga de la prueba, como decía Michelle, surge de la pregunta, de ¿cómo decide un juzgador cuando no puede formar su propia convicción a favor de una de las dos partes? Ello en razón de que modernamente los tribunales nunca pueden dejar de sentenciar, debiendo emplear métodos de interpretación en caso de oscuridad o de laguna, tales como la integración y la analogía, al contrario del antiguo principio de los jueces medioevales del “Non liquet”, que si no encontraban la solución al asunto que se les planteaba debían no decidir.

Por lo que de cómo debe decidir ante esta duda, el juzgador tiene la necesidad de aplicar los principios de demostración, validación e invalidación de los alegatos, así como la noción de verdad, falacia o paradoja. En otras palabras, que la decisión judicial requiere comprobación y demostración. Es decir, es un conocimiento científico o la aplicación de ciertas reglas o métodos a las distintas situaciones alegadas por las partes. Por eso, pienso, que más que hablar solo de carga de la prueba, en general, que sería la reliquia, se debería hablar de las reglas de especiales de la prueba judicial para la aplicación del derecho. Se ha venido sosteniendo tradicionalmente que la carga de la prueba es una solución de naturaleza netamente procesal cuando es una regla valoración para decidir y no para dejar de decidir, o el “non liquet”. Por eso pienso que lo residual del pasado es considerar la carga de la prueba solo como regla procesal absoluta y no como un tema de la aplicación del derecho. Por lo cual surgen entonces, para superar esa tesis antigua, la teoría de la carga dinámica de la prueba y la tesis de “la abolición de la carga de la prueba”. Entre estas posiciones, se plantea la tesis de la necesidad de un sistema apropiado de reglas general y residual de la prueba, a la cual me afilio. Uno de cuyos más representativos es Gustavo Calvino, director del Departamento de Derecho Procesal Civil de la Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina.

La elaboración de la carga de la prueba surge de que ante la falta de prueba es más prudente sentenciar pura y simplemente en favor del demandado que es de naturaleza casuística, cuando el juzgador por, el contrario, debe conformar la regla de juicio. De allí surge, la teoría de la carga dinámica de la prueba, cuyo fundamento es que en lugar de reglas preexistentes de la carga de la prueba que son externas al juzgador, las consecuencias del déficit probatorio ha de estar a cargo de la autoridad jurisdiccional, como, por ejemplo, lo sostienen autores como Peyrano y Chiapini. Dentro de esta teoría aparece la vertiente de la carga de la prueba compartida. O el principio de favor o pro-probaciones. Es decir, que la carga probatoria recae sobre la parte que se encuentra en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producirla, sin que interese su condición de actora o demandado. Sin embargo, la carga de la prueba, como reliquia histórica, sigue siendo su consideración como una regla procesal absoluta, cuando en verdad de lo que se trata es que el juez en el caso concreto debe valorar la conducta de las partes para decidir a cuál de ellas perjudica su conducta respecto de la prueba. Más que propiamente su dificultad o facilidad porque las partes del proceso civil son los sujetos principales y más interesados en la resolución del asunto. A esta teoría dinámica de la prueba, sin embargo, en resumen, se le critica que representa una inseguridad jurídica, porque no propone una regla especial de carga de la

prueba sino un reparto jurisdiccional discrecional de las consecuencias de la falta de prueba para imponer las consecuencias de esa falta a una u otra parte, y que, por ello, no garantiza el derecho de defensa del debido proceso.

La otra teoría frente a la carga de la prueba como regla prestablecida para el juzgamiento, es la de su abolición en los procedimientos donde existe la posibilidad de ordenar pruebas de oficio o sistemas inquisitivos puesto que no es necesaria o no se aplica la regla de la carga de la prueba. Dentro de las modernas doctrinas de esta tesis, se encuentra, la de Jordi Nieva Fenoll y Jordi Ferrer Beltrán. (Ante lo cual, autores como Devis Echandía, afirma que lo más prudente es regular las facultades inquisitivas de los jueces, pero en absoluto eliminar la carga de la prueba. Es decir, que aun en los casos de procedimientos inquisitivos también se presenta el tema filosófico lógico de decidir si no existe la comprobación de los hechos o si es insuficiente, a cuál conducta de las partes perjudica o beneficia.

Modernamente Taruffo, y recientemente Jordi Nieva Fenoll, Jordi Ferrer Beltrán y Leandro J. Giannin, plantean la tesis del “*proceso sin carga de la prueba*”, sobre la base de la libre valoración de la prueba “*ya que no importa quién pruebe un hecho*”, pues lo que interesa “*es averiguar la veracidad de ellos*”. Por lo que, en puridad, sostienen estos autores, la carga de la prueba como concepto debió dejar de existir, puesto que carecía de toda utilidad. Frente a esta tesis de la inutilidad de la prueba, otros autores, como Gustavo Calvino, sostienen que el problema no está en el sujeto que trajo la prueba, sino en su déficit. Por lo que, en concreto, la no necesidad de la prueba en el proceso no elimina la valoración de la actividad probatoria de las partes como regla de raciocinio judicial respecto de las consecuencias de la falta de pruebas, que es una valoración y no la aplicación de una regla simplemente procesal.

Ante estas teorías de la carga dinámica de la prueba y de inutilidad de la prueba, considero que lo fundamental es tener un buen modelo de justicia para la correcta aplicación de las reglas de la prueba. Una de las cuales es la de las consecuencias de su falta o insuficiencia a la hora de decidir, que sigue siendo útil y necesaria al momento de sentenciar, porque el juez debe decidir a quién perjudica la falta o insuficiencia de prueba. La teoría de la carga dinámica de la prueba, por la discrecionalidad judicial en valorar el acceso a la prueba sin criterio alguno de racionalidad y proporcionalidad y del interés del asunto, propicia la inseguridad jurídica y permite la indefensión. Y con relación a la teoría de la inutilidad de la carga de la prueba considero que en el proceso civil es necesaria la actividad probatoria de las partes para la búsqueda de la verdad como fin del proceso y poder contar por tanto con la mayor cantidad de pruebas como sustento de una decisión justa, porque aún en los procesos oficiosos el juez debe decidir a quién perjudica la falta o la insuficiencia de la prueba. Si acaso la poca importancia o incluso la absoluta inutilidad de la carga de la prueba ocurriría en los casos en que legalmente se aumenten los supuestos en que el juez debe tener por probado el hecho o de tenerlo como no probado. Y, que en estos supuestos debe establecerse quien de las partes se beneficia o se perjudica, más que quien debió probar. Que no es otra cosa que aplicar las reglas de valoración de la prueba. Porque por reglas especiales la ley puede imponer una solución distinta a lo probado por las partes, o

que en algunas ocasiones no es necesaria la prueba del presupuesto fáctico para que el juez aplique la consecuencia normativa. O, porque por la hiposuficiencia de una de las partes considerado legalmente como débil jurídico la falta de prueba ha de valorarse en su favor, pero no porque sea inútil. Finalmente, no hay que olvidar que las reglas de la prueba, una de las cuales es su valoración, tienen por finalidad organizar de manera más eficiente la actividad probatoria sobre los hechos necesitados de prueba, para la decisión judicial, en virtud del carácter instrumental del proceso para la aplicación del derecho en busca de la justicia. Sobre todo, repartiendo legalmente por criterios objetivos responsabilidades en relación con los hechos controvertidos.

Se evitan así, según Calvino, superposiciones y el dispendio probatorio que implicaría, por ejemplo, la demostración de todos los enunciados fácticos y sus negativas, además de que tales reglas servirían como reglas de juicio subsidiarias que permiten resolver ante la falta de prueba. Pero no dejar simplemente al criterio subjetivo del juez determinar la facilidad de la prueba para decidir a quién perjudica la falta de la prueba.

Pienso que es de gran inseguridad jurídica que los jueces consideren que algo es verdadero o falso por el simple hecho de que la prueba es difícil o fácil para las partes. Sin duda, en razón de su importancia para el momento de dictar sentencia, nos mantenemos a favor de las reglas de la carga de la prueba, entendida como la conducta de las partes en la actividad que han de desplegar en el proceso sobre los hechos en que fundamenten la aplicación del derecho en su favor; y como la determinación del fallo del juez sobre las consecuencias de la eventual carencia probatoria sobre los hechos.

En efecto, el tratamiento de la prueba surge cuando el tribunal no está convencido de su certeza. Por esa conjunción, yo me afilio a la tesis que se refieren a las reglas generales de la prueba y no solo a la carga de la prueba, que en verdad vienen a ser una innovación y no la reliquia de una antigualla de la prueba.

Sobre este particular, por ejemplo, en procesos de evidente interés público, como lo son el de derechos humanos, que generalmente se interponen contra el estado, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene la tesis de la carga dinámica de la prueba, porque no se trata de procesos civiles, ya que su fin es la protección de los derechos humanos, por lo que el procedimiento reviste particularidades propias que lo diferencian del proceso de derecho civil, sin que por ello en los casos de que se aplique la carga dinámica de la prueba se deje de cuidar la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes. Razón por la cual, en estos casos de derechos humanos, dice la mencionada Corte, “todo tribunal interno o internacional debe estar consciente que una adecuada valoración de la prueba según la regla de la “sana crítica” permitirá a los jueces llegar a la convicción sobre la verdad de los hechos alegados”. La jurisprudencia interamericana citada se basa en que en cuanto a la carga de la prueba, “en los procesos sobre violaciones de derechos humanos, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de alegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado”, puesto que, en

particular, en estos casos, “es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio” y que, “En consecuencia, sobre éste recae la carga de la prueba².

Por lo expuesto, parto del principio de la necesidad de la carga de la prueba, pero sobre la necesidad de su flexibilización, de manera excepcional, de su carácter absoluto, por lo que considero necesario un texto normativo para su incorporación en el derecho procesal civil venezolano. En esta innovación pueden existir nuevas reglas de reparto de la carga probatoria en atención a las circunstancias del caso, sin reglas taxativas, por el desplazamiento de las cargas probatorias. Por ejemplo, la casación civil peruana ha señalado que en los casos de simulación absoluta debe aplicarse la carga probatoria dinámica³.

La innovación de la carga de la prueba, a mi juicio, son las reglas, por un lado, que la aportación de las pruebas principalmente corresponde a las partes para demostrar sus alegatos, y, por otro lado, que a los jueces corresponden los poderes oficiosos probatorios sin menoscabar el equilibrio procesal. Y también la consagración de las reglas de la libertad de los medios probatorios, junto con las reglas de la apreciación de las pruebas por la sana crítica, del estímulo de la diligencia probatoria de las partes y de la valoración indiciaria del incumplimiento de los deberes de las partes de facilitarlas o de producirlas o de colaboración de las pruebas y de su deber de no retención. E, igualmente, de la consagración de las reglas especiales para evitar la llamada inversión discrecional de la carga de la prueba sin regulación alguna. Asimismo, dentro de esta innovación esta la regulación de los supuestos en que el juez debe dar por probados o no probados los hechos controvertidos, o en lo que puede aplicar el principio de la carga dinámica de la prueba, por ejemplo, en los casos de responsabilidad objetiva por daños o de interés público o social, reconocidos en la ley. En este orden de ideas, resulta ilustrativo que, en el reciente Acuerdo de Escazú, del 4 de marzo de 2018, que entrara en vigencia por haber sido ratificado ya por más de 11 países, la carga dinámica de la prueba se regula como “prueba de interés público”, y como una excepción en el ámbito de la justicia ambiental, para los casos de reclamos de daños ambientales por violación de las normas ecológicas⁴.

Además, parte de esa innovación son las reglas de la exigencia obligatoria de la motivación de la valoración probatoria y de la valoración conjunta de la prueba y de que la valoración probatoria de la instancia pueda ser revisada en casación no solo en los casos de errores de derecho en su apreciación, sino

² Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala Sentencia del 8 de marzo de 1998 Párrafos 70 y 76). Y Caso Durand y Ugarte Vs. Perú Sentencia de 16 de agosto de 2000 (Párrafo 65).

³ Walter Eduardo Campos Murillo, obra citada, p. 211.

⁴ Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Artículo 8, 3, “e”). (Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (cepal.org))

también en los supuestos excepcionales en que sea arbitraria o irracional. Este contexto la innovación de la regulación de la prueba en base a principios generales y especiales, resulta más conforme con la garantía del derecho fundamental del debido proceso, que dejar solo como criterio general de valoración que el juez decida en favor o en contra de las partes por sus mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba, sin que interese su conducta dentro del proceso como actora o demandado y sin tener en cuenta el interés público. Ya que la consagración absoluta de esta discrecionalidad del juez es exonerar a una de las partes de la carga de probar como conducta procesal que implica invertir la carga de la prueba en contra de lo previsto expresamente en el principio general de que la prueba de sus alegatos corresponde a las partes.

Y, por otro lado, creo que la prueba, con las innovaciones señaladas, es útil, porque el considerarla por principio como innecesaria, en el caso particular de nuestra administración de justicia representa un grave riesgo, porque, entonces, los jueces decidirían en base a sospechas o meras probabilidades o en sus creencias de como **los hechos ocurrieron** o en su **puro convencimiento subjetivo de la no relevancia de la prueba**. Y sin un enlace lógico y racional entre una afirmación de las partes y sus consecuencias.

Y, considero, finalmente, que consagrar la carga dinámica de la prueba, sin regular su aplicación, por ejemplo, dejando, al momento de decidir, a criterio del juez determinar a quién de las partes correspondía la prueba por su mejor condición, afecta el derecho de defensa en juicio, pues las partes no saben de antemano cuáles son los hechos que le corresponde probar, pues eso lo dirá el Juez cuando dicte sentencia, es decir cuando ya no pueda probar⁵. Es decir, que debe regularse legalmente si el juez estima aplicar la carga dinámica de la prueba, el momento en que el juez ha de hacérselo conocer a las partes, en garantía del derecho de defensa de las partes y de la seguridad jurídica.

Concluyo, señalado que ante la interrogante de si la carga de la prueba es una reliquia, considero que sigue siendo un principio determinante del debido proceso, pero no así su carácter dogmático, sino que su regulación ha de ser innovada dentro de reglas expresas del desplazamiento de dicha carga en casos de interés público o social, y que conforme a la garantías del debido proceso si el juez considera que una de las partes está en mejor condición respecto de la actividad probatoria ha de comunicárselo a las partes antes de dictar sentencia.

Por ello, pienso que una forma de tal innovación sería la de establecer un texto normativo que disponga que salvo disposición legal expresa, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, pero, que, si el interés público del proceso

⁵ Walter Eduardo Campos Murillo APLICABILIDAD DE LA TEORÍA DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS AL PROCESO CIVIL PERUANO. APUNTES INICIALES”, (Revista Oficial del Poder Judicial: Año 6 - 7, N° 8 y N° 9 / 2012-2013, p. 212), (11. +Campos+Murillo.pdf (pj.gob.pe))

IDEARIO JURÍDICO Y POLÍTICO SOCIAL

lo justifica, el Juez, en resolución debidamente motivada, puede distribuir la carga de la prueba valorando cuál de las partes está en mejor situación para aportarla y que la decisión debe dictarse en el momento de admitir o de providenciar los escritos de pruebas; o al concluir el lapso probatorio ordenando a dichas partes la práctica, dentro del lapso probatorio o dentro del que se le establezca, de las pruebas pertinentes o que amplíen o aclaren la que existieren en autos⁶.

⁶ En este orden de ideas me he orientado por la propuesta normativa para el proceso civil peruano formulada por Walter Eduardo Campos Murillo (Obra citada, p. 213).

FALACIA COMUNICACIONAL NOTORIA Y MUNDIAL

Caracas, 28 de septiembre de 2020

La Sala Constitucional el Tribunal Supremo de Justicia, mediante la sentencia N° 98 de 15 de marzo de 2000, elaboró para el derecho interno la noción de hecho comunicacional notorio, entendiendo por tal el hecho cierto que por la publicidad por los medios de comunicación social que ha recibido es posible a la sociedad conocer su existencia, es decir, notorio, y que no ha sido desmentido. En otras palabras, que no es un hecho falso, que por más que hubiera sido publicitado no es cierto o ha sucedido, porque jamás acaeció y por ser eso no puede considerarse como verdadero ya que nunca existió. De esta moción, puede decirse, en sentido contrario, que falacia comunicacional, es la afirmación de un hecho falso porque no existe o no ha existido y que, por tanto, esta desmentida. En efecto, el engaño o mentira que se esconde bajo algo, en especial cuando se pone de manifiesto su falta de verdad, es falacia, o como decía Aristóteles, es un hecho que se intenta pasar como verdadero para engañar a otras personas. Y si así como existe un hecho comunicacional notorio nacional, porque es una sociedad la que lo conoce, cuando, por el contrario, es una mentira que es publicitada internacionalmente, se trata de una falacia comunicacional notoria y mundial.

El mejor ejemplo de una falacia comunicacional notoria mundial, es la afirmación de Nicolas Maduro, previamente grabada, y difundida por los medios internacionales, que diciendo hablar en nombre del gobierno de Venezuela, ante la Asamblea General de la ONU, el 24 de septiembre de este año, afirmó la emigración venezolana de más de cinco millones de venezolanos, “es consecuencia directa de las medidas coercitivas, unilaterales y de las agresiones económicas impuestas por el Gobierno de Estados Unidos a nuestro pueblo”, y que ha producido “coyunturalmente el proceso de emigración de ciudadanos, fundamentalmente, por razones económicas”. Asimismo, Maduro afirmó, que, que Venezuela “enfrenta una oleada de retornos voluntarios” que, según cifras de su gobierno, ronda los 70.000, y que muchos de los cuales proceden “de países con altísimos niveles de contagio” de COVID-19 como Colombia, Ecuador, Perú, Chile o Brasil. Además, dijo, que “Ese retorno está fundamentado en varias razones, entre las que citó “la sistemática violación a los Derechos Humanos, políticas anacrónicas y xenófobas” contra los migrantes durante la pandemia de COVID-19, que los obligó a volver a su país de origen al quedarse sin empleo y,

por tanto, sin recursos económicos. (Ver https://www.cnnchile.com/mundo/maduro-chile-oleada-retor-nos-paises-contagios_20200924/). Tal mentira es, en consecuencia, “una falacia comunicacional notoria mundial”, porque el hecho de la emigración masiva de venezolanos no se debe a tales sanciones. En efecto, la dramática migración venezolana no es coyuntural, como lo señaló Maduro en su mensaje en la Asamblea General de la ONU, ni es consecuencia, como él lo sostiene, de las medidas adoptadas por EEUU.

Tal como lo ha reportado ACNUR desde hace ya varios años la nuestra es la crisis de desplazamiento más grave de América Latina. La estimación a finales de 2019 de casi 5 millones de venezolanos que habían salido del país en los últimos 4 años, antes de sanción alguna, así como la implementación de distintos planes de emergencia de organizaciones internacionales para apoyar su llegada masiva en países de destino, dan cuenta de lo contrario.

Tampoco se puede instrumentalizar la compleja situación que viven miles de compatriotas fuera de su tierra, en países donde el trabajo hoy escasea y que ha obligado muchos de ellos a retornar a Venezuela. Menos aún acusar a esos países que han recibido la presión de ingresos masivos, de ser “violadores sistemáticos de los derechos humanos de los migrantes venezolanos”

La situación no es coyuntural y la culpa no es del Covid-19, ni de las medidas adoptadas por EEUU, sino de la crisis humanitaria compleja que vive Venezuela producto de su situación política y social.

Así, como la Sala Constitucional elaboró la noción del hecho comunicacional notorio, Nicolas Maduro, es el precursor de la noción de “falacia comunicacional notoria mundial”.

DESPACHO VIRTUAL JUDICIAL CIVIL EN VENEZUELA

Caracas, 17 de agosto de 2020

Mediante Resolución Número 03-2020, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia estableció, a partir del 29 de julio de 2020, un Despacho Virtual a través de un Plan Piloto de una plataforma digital, para los estados Aragua, Anzoátegui y Nueva Esparta, donde cada estado posee como medios electrónicos disponibles una página web¹ para la publicación de su actividad jurisdiccional y de correos electrónicos. Ello, según la referida Resolución, constituye el inicio de procesos civiles virtuales en Venezuela. Como fundamentos de tal Resolución la Sala de Casación Civil señala principalmente el artículo 267 de la Constitución, el Decreto número 4.160, emanado de la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, mediante el cual se declara el Estado de Alarma en todo el Territorio Nacional por la pandemia del Covid-19; la Resolución número 2020-0001, fechada 20 de marzo de 2020, de la Sala Plena y las posteriores Resoluciones dictadas por esta Sala desde el 13 de abril de 2020, hasta la Resolución 2020-0005 del 14 de julio de 2020, por las que se suspendieron los días de despacho judiciales y los lapsos procesales, salvo para las acciones de amparo, los asuntos urgentes en materia penal y las actuaciones urgentes en otros asuntos, mediante la previa habilitación. La Sala de Casación Civil, estableció este Despacho Virtual en virtud que el Tribunal Supremo de Justicia ha adoptado medidas para la continuidad de la función jurisdiccional, a los fines de avanzar en la tramitación de expedientes a través del sistema digital pero solo para las nuevas causas².

Dentro de ese orden de ideas, nos referiremos a los aspectos procesales del referido Despacho Virtual. Sin embargo, se debe destacar que en nuestro criterio los órganos jurisdiccionales en los casos de emergencia pueden dictar medidas como la del referido Despacho Virtual en protección de la garantía del debido proceso, que según el artículo 337, constitucional, no puede ser restringida en estados de excepción, con fundamento, además del artículo 237 de la Constitución, en sus artículos 26, 49, y 334; y en diversas leyes que se refieren a la tecnología e

¹ Aragua.scc.org.ve, anzoategui.scc.org.ve y nuevaesparta.scc.org.ve

² En sentencia de la Sala Constitucional N° 656, del 30 de junio de 2000, afirmó que “dentro del derecho positivo actual y en el derecho que se proyecte hacia el futuro, la ley debe adaptarse a la situación que el desarrollo de la sociedad vaya creando”.

innovación de la gestión pública, como la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, la Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos y Entes del Estado, la Ley que Regula el Uso de la Telefonía Celular y Internet en el Interior de los Establecimientos Penitenciarios, la Ley del Sistema de Justicia que establece que los órganos de dicho Sistema deberán contar con un portal electrónico y con mecanismos de comunicación electrónica³; y la Ley de Infogobierno, que contempla un Subsistema Nacional de Informativa Forense⁴.

Un primer comentario es el de que el Despacho Virtual, aunque se refiera a algunos aspectos procesales, no constituye un proceso virtual y solo es parcialmente un expediente electrónico judicial. Es, como se dice en la Resolución número 03-2020 de la Sala de Casación Civil (SCC) del Tribunal Supremo de Justicia, un Plan Piloto de una plataforma digital. En otras palabras, es un ensayo de una Mesa de Partes Electrónica Judicial y de Digitación de Expedientes Físicos⁵, que como tal deberá, en el futuro, ser sustituido por un verdadero sistema de expediente judicial. Una Mesa de Partes Electrónica Judicial, como la mencionada, permite la presentación válidamente de escritos o documentos a los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial o la publicación de sus decisiones, mediante medios telemáticos, es decir, no presenciales o a distancia. Según el Despacho Virtual, objeto de estos comentarios, para que los documentos originales recibidos⁶ queden registrados en formularios de recepción de documentos y para que se descarguen de la página web del tribunal del estado respectivo, el peticionante deberá consignar los documentos remitidos para confrontarlos con los recibidos en forma digital, aunque estos se hayan enviado por correo electrónico y recibido en formato PDF, para que puedan ser admitidos. En otras palabras, el Despacho Virtual no es propiamente una Mesa de Partes Electrónica Judicial puesto que esta permite la presentación directa y real de un documento a los órganos jurisdiccionales para cuyo registro y admisión no se requiere de confrontación alguna. Y, además, en la Resolución del Despacho Virtual, en comento, se exige que los escritos y solicitudes se dirijan a la dirección de correo electrónico oficial del Tribunal distribuidor, es decir, ante un centro de distribución general, lo que vendría a ser una mesa de partes física y no electrónica. En efecto, en la Mesa de Partes Electrónica existe una Casilla Electrónica de acceso gratuito dispuesta por el Poder Judicial para las partes y cualquier otro interviniente en los procesos. Y solo en los casos en que no exista tal Casilla se requiere de los interesados la presentación física de los documentos para su confrontación con los documentos digitalizados para su incorporación al expediente judicial electrónico.

³ Artículo 29

⁴ Artículos 5, numeral 8; y 57. Numeral 3.

⁵ La digitación, según su definición técnica, consiste en escribir los datos utilizando el teclado de las computadoras, para ingresarlos según la clase de tarea a realizar y de acuerdo a los programas o aplicaciones (software) que se utilice.

⁶ Demandas, solicitudes, escritos de oposición de cuestiones previas, contestación de la demanda, reconvencción y escritos de promoción de pruebas.

Un segundo comentario, es el de que, de acuerdo con la Resolución, en comentario, los escritos no han de referirse a asuntos urgentes y ni siquiera es necesario la previa habilitación. Solo se requiere que se trate de causas nuevas, lo que evidentemente restringe el acceso a la justicia respecto de las causas pendientes, en cuyo caso para que los escritos sean recibidos es necesario acudir, previamente al tribunal, en forma presencial, para solicitar la habilitación y posteriormente para consignarlos físicamente. Lo cual, en situaciones de medidas de restricción del traslado y circulación en los casos de calamidad pública, será sumamente difícil. Pensamos, que se ha debido aplicar el Despacho Virtual tanto para la tramitación de las causas nuevas como para las causas en curso. Ello por cuanto los casos en los que el proceso se tramita bajo expediente físico también pueden ser objeto del Despacho Virtual por parte de los tribunales de los estados que cuentan medios electrónicos disponibles como una página web. La restricción a los asuntos nuevos y la exclusión de los asuntos pendientes del Despacho Virtual, contraria el artículo 337, constitucional, que establece que en los estados de excepción no puede ser restringida la garantía del debido proceso, del cual forma parte el derecho de acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, a que se refiere el artículo 26, *ibidem*.

Un tercer comentario, se refiere a los requisitos formales para la presentación de los escritos, como el envío por correo electrónico, de la solicitud, demanda o escrito para lo cual se exige que su remisión se haga en formato PDF a la dirección de correo electrónico oficial del Tribunal distribuidor, y además que se indiquen dos (02) números telefónicos del demandante y su apoderado, o al menos uno (1) con la red social WhatsApp u otro que indique el demandante, la dirección de correo electrónico, así como números telefónicos y correo electrónico de la parte accionada, a los fines del llamamiento de ley. Es de notar que no se exige que los escritos o documentos sean firmados digitalmente que la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas establece para la veracidad y la autoría de la información presentada electrónicamente, puesto que la certificación de este requisito aún no se ha desarrollado amplia y debidamente en Venezuela⁷.

Un cuarto aspecto, atiene a la distribución de los escritos y solicitudes, las cuales solo pueden tratarse de asuntos nuevos, por lo que una vez sorteado su distribución el Tribunal distribuidor reenvía vía correo electrónico las solicitudes o demandas a los distintos Tribunales asignados, asentando lo conducente en Libro Digital destinado a tal fin. Y el Tribunal al que le correspondió la causa, procederá a asignar número de expediente de su correlativo, y a registrar en los Libros y realizar minuta en el Diario Digital, remitiendo, además, vía correo electrónico al peticionante, el acuse de recibo y notificando de forma expresa día y hora de la oportunidad en la cual se llevará a cabo la consignación de los originales de los instrumentos enviados vía digital, haciéndole saber las necesarias medidas de bioseguridad. En otras palabras, que él envió de los escritos por medio electrónico no tiene eficacia sin la presencia física de la parte remitente para que consigne los escritos que fueron enviados telemáticamente, hasta el punto de que no podrán ser admitidos si no se consignan físicamente los escritos. Tal exigencia hace inoperante el Despacho Virtual.

⁷ Artículos 16 y 18 de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

Un quinto comentario, es el relativo a las formalidades de la citación en caso de demandas, que, según la Resolución, en comento, se cumple remitiendo vía correo electrónico el auto de admisión y la boleta de citación a la parte accionada a la dirección de correo electrónica aportada en la demanda, junto con el escrito libelar debidamente certificado por el Tribunal. Tal citación, de acuerdo con la Resolución, en comento, puede hacerse por vía telefónica conforme al criterio utilizado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en materia de amparo, según sentencia número 0090, de 25-04-2019, expediente 18-0420. Al respecto, puede observarse que la mencionada Resolución se refiere en general a la vía telefónica como forma de citación, que no es un medio de comunicación electrónico, puesto que es un medio que consiste en la transmisión de sonidos, generalmente de voz, al ser transformados en impulsos eléctricos por medio de un micrófono, que después de que los impulsos eléctricos llegan a su destino un altavoz se encarga de volver a transformar los impulsos en sonidos, haciendo que el receptor comprenda lo que quiere decir el emisor. Aun en el caso de la telefonía celular los sonidos viajan a través del aire, siendo recibidas y transformadas nuevamente en mensaje verbal a través de antenas repetidoras o vía satélite, o célula, que cubre un área. Ocurre, que en todas partes no existen áreas con células que permiten la telefonía móvil o celular. Y, por otro lado, no todos pueden usar telefonía WhatsApp, con aplicación de chat para teléfonos móviles de última generación, es decir, los llamados smartphone, que sirven para enviar mensajes de texto y multimedia entre sus usuarios, pero para lo cual es necesario que se acepte entre ellos y no es la telefonía que disponen los tribunales. Desde otro orden de ideas, las llamadas telefónicas no podrían considerarse como un medio propio de notificación de las partes de un proceso civil, “pues realmente no habría forma de certificar de que las sentencias sean efectivamente informadas por vía telefónica ¿Acaso grabarán las conversaciones en un disco compacto? ¿Se agregará el disco compacto al expediente como constancia de que se practicó la llamada telefónica? En ese sentido, se trata a todas luces de una notificación defectuosa, porque a todo evento, sólo se le participaría a la persona que se tomó una decisión, pero no del contenido de la misma, por lo que el ciudadano quedaría en completa indefensión, pues empezarían a correrle los lapsos para interponer, por ejemplo, una aclaratoria o ampliación de la sentencia (cuyo contenido desconoce), que son sumamente breves (tiene hasta el día siguiente a la notificación)”⁸. Por otro lado, la sentencia número 0090, fechada 25-04-2019, expediente 18-0420, de la Sala Constitucional, antes citada, no es un precedente puesto que no contiene motivación alguna sobre la procedencia de la vía telefónica como forma de notificación o citación. En efecto, dicha sentencia no hace ninguna interpretación de la llamada telefónica, en razón de que simplemente en su parte dispositiva señala que para la terminación del proceso de amparo por desinterés procesal y para notificar de la multa impuesta al recurrente, basta la vía telefónica, sin mayor razonamiento. Pienso, pues, que en los casos de sentencias en los procesos civiles la citación por vía telefónica es violatoria de la garantía del derecho de defensa y una grave indefensión.

⁸ Ver, Acceso a la Justicia <https://www.accesoalajusticia.org/notificacion-telefonica/>

En el orden de ideas anterior, la Resolución Resolución número 03-2020, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, que hemos venido comentado, en otra disposición establece que, llegada la oportunidad de dictar el fallo, se publicará este, y en formato PDF, enviándose el texto íntegro de la sentencia a la Rectoría Civil respectiva, para que esta a su vez la remita a la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, a los fines de su publicación en el portal web. Y solo en el caso que la sentencia se dicte fuera de la oportunidad legal correspondiente, se ordenará la notificación de las partes remitiendo la boleta respectiva a la dirección de correo electrónica aportada y en el portal web a los fines de que ejerzan los recursos pertinentes contra la decisión. Al respecto considero, por un lado, que normalmente no es posible acceder a dicha página, porque de ordinario no se puede encontrar la dirección IP del servidor o no funciona porque la página no está operativa del TSJ, tal como ocurrió desde el 31 de enero de este año, cuando dejó de estar operativa. Ello a pesar que el artículo 120 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia ordena que este Tribunal debe mantener y actualizar un sistema de información físico y electrónico y que el artículo 29 de la Ley del Sistema de Justicia ordena a los órganos de este Sistema, que deben mantener su sistema de información actualizado y mantener y actualizar un portal electrónico que contendrá, entre otras, la información contemplada en este artículo, así como un mecanismo de comunicación electrónica disponible para todas las personas. Por otro lado, la Ley mencionada del Tribunal Supremo de Justicia, en sus artículos 91, 92 y 93, dispone claramente que las notificaciones para presentar pruebas o participar en audiencias orales y públicas se realizará mediante “boletas” que entregarán en físico alguaciles, pero que también “se ordenará su publicación en el portal electrónico” del máximo juzgado y señala que esta última vía servirá para informar a las partes, en caso de que no se pueda hacer por la manera tradicional. Por la inseguridad del acceso a la página web del Tribunal Supremo de Justicia, para garantía del debido proceso, pienso que la notificación de las partes y principalmente de las sentencias debe hacerse remitiendo la boleta respectiva a la dirección de correo electrónica aportada al Despacho Virtual, y no solamente cuando la sentencia se dicte fuera de la oportunidad legal correspondiente.

Un último comentario, se refiere a la evacuación de las pruebas de inspección judicial, testigos, posiciones juradas, cotejo y experticia, entre otras. En la Resolución que analizamos, se establece que el Tribunal fijará la oportunidad, garantizando los protocolos de seguridad sanitaria, usando los medios tecnológicos que permitan garantizar la salud, así como la veracidad, autenticidad y legalidad del medio de prueba.

Es decir, deja a los tribunales la potestad para determinar los medios informáticos para su evacuación, para lo cual han de tener presente las garantías señaladas de la veracidad, autenticidad y legalidad del medio probatorio, así, como en nuestro criterio, el de la libertad de las pruebas, no prohibidas por la ley, a que se contrae el artículo 395, del Código de Procedimiento Civil. Asimismo, se permite a cada parte, a los fines de controlar los medios de pruebas promovidos, descargar el escrito de promoción de pruebas de su contraria, al recibir el acuse de recibo

enviado por correo electrónico por el Tribunal. Y, por otra parte, la actuación debe ser conservada mediante video; y, por supuesto, el Juez de la causa es quien *debe dirigir personalmente la actuación virtual, bajo sanción de nulidad*.

Al respecto, consideramos que los tribunales deberán ponderarla viabilidad de la implementación de las audiencias virtuales para las pruebas de testigos y pericial. No así para la inspección judicial, que, por requerir la presencia física del Juez en el lugar indicado en la audiencia de pruebas, para que aprecie de manera directa y personal el hecho controvertido no es viable una actuación virtual. Por supuesto, en todo caso en su evacuación presencial debe disponerse la observancia de las medidas dispuestas por las autoridades sanitarias de distanciamiento social y uso de mascarilla y guantes. La prueba de testigos y de peritos puede efectuarse de manera virtual, para lo cual el Tribunal deberá informar a las partes, testigos o peritos, que el desarrollo de la audiencia será virtual y la forma de participar, los equipos requeridos para intervenir en la audiencia virtual y el programa a emplear para el desarrollo de las audiencias (Google Hangouts Meet o Zoom).

Por supuesto, que deberá informarse también a las partes, que la no participación de los testigos y los peritos en la audiencia se le tendrá como que se prescinde de estas pruebas. Por otro lado, pensamos que, si a los testigos y peritos les es imposible materialmente participar en la audiencia virtual, las partes tienen el derecho de proponer su reemplazo o solicitar su prescindencia, dentro del plazo que le fije el Tribunal. Y, si los medios tecnológicos escogidos por el Tribunal, garantiza al Juez una comunicación directa con las partes y sus abogados y aseguran su debida conservación, se garantizaría la declaración de partes o la confesión mediante una actuación virtual⁹.

Un aspecto en los procesos virtuales es el de si son compatibles con el principio de la inmediación. El uso de tecnologías de la información y comunicación garantiza la inmediación del Juez en las audiencias, al permitir una comunicación inmediata, directa y efectiva con las partes, sus abogados, testigos o peritos. E, inclusive, se dice que la virtualidad garantiza los principios de oralidad, concentración, economía, celeridad y publicidad¹⁰. Sin embargo, para el profesor Gustavo Adolfo Amoni Reveró. “A pesar de tales ventajas, por ahora no parece aconsejable valerse de la presencia virtual para toda intervención oral, porque ello podría poner en peligro el principio de inmediación en ciertos casos susceptibles de ser manipulados, en especial mientras se aprende a dominar los aspectos técnicos de la intervención procesal electrónica”¹¹.

⁹ Ver, Johan Mitchel Quesnay Casusol, “Impacto del COVID-19 en el proceso civil: Las audiencias “virtuales” (La Ley. El Angulo de la Noticia, 13 de abril de 2020. <https://laley.pe/art/9547/impacto-del-covid-19-en-el-proceso-civil-las-audiencias-virtuales>).

¹⁰ Ver, Johan Mitchel Quesnay Casusol, “Impacto del COVID-19 en el proceso civil: Las audiencias “virtuales”, citado anteriormente.

¹¹ Vid, “El uso de la videoconferencia en cumplimiento del principio de inmediación procesal” (Rev. IUS vol.7 no.31 Puebla ene./jun. 2013. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472013000100005).

Finalmente, en nuestro criterio, la Resolución en comentario dentro de las reglas del Despacho Virtual debió contemplar las reglas relativas a la validez, eficacia jurídica y probatoria de los documentos y actos objeto del trámite de este Despacho cuando cumplan con sus requisitos formales. A tales efectos, ha podido, basada en la Ley de Infogobierno, aplicar analógicamente las disposiciones de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, estableciendo que los escritos del Despacho Virtual tienen la eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos¹². En este orden de ideas, la Resolución que he venido comentando dispone que la Unidad Receptora les asigna a los documentos recibidos digitalmente un número de expediente de su correlativo, los registra en formularios de recepción de documentos y en los Libros y realiza una minuta en el Diario Digital y además los descarga en la página web del Tribunal respectivo. En mi concepto, dichos registros y la incorporación en el disco duro del computador correspondiente, efectuados por el funcionario receptor y que pueden ser accesibles para ser consultados y verificados posteriormente, que permiten reconocer su autoría, les otorgan a los documentos y escritos como documentos electrónicos, la misma eficacia probatoria que un documento privado escrito. En este orden de ideas, los escritos presentados ante el Despacho Virtual, en virtud de las formalidades para su registro, que indicamos anteriormente, caben en la definición de documento electrónico, contemplado en la Ley de Infogobierno¹³. Por otro lado, la jurisprudencia reiterada de la Casación Civil ha establecido que los correos electrónicos o mensajes de datos, agregados en formato impreso a las actas procesales, reproducidos en formato impreso, tendrán la misma eficacia probatoria atribuida por el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil a las copias o reproducciones fotostáticas¹⁴. En consecuencia, a mi juicio la Resolución objeto de estos comentarios ha podido establecer tal eficacia probatoria de dichos escritos y documentos presentados mediante el trámite del Despacho Virtual.

Reconocemos el esfuerzo y la iniciativa de contemplar el Despacho Virtual para la situación de emergencia causada por el estado de excepción de calamidad pública de la pandemia del Covid-19, y es de desear que en verdad sea el inicio de la tramitación de expedientes a través del sistema digital para todas las causas civiles en un futuro. Para ello, la legitimidad democrática exige una amplia consulta con los integrantes del Sistema de Justicia, para lo cual no basta el solo criterio de cinco (6) de ellos, añuque sean magistrados del Tribunal Supremo.

¹² Artículos 4 y 6 de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas

¹³ Artículo 5, “Definiciones. A los efectos de la presente Ley, se entenderá por: (...): - 6. Documento electrónico; Documento digitalizado que contiene un dato, diseños o información acerca de un hecho o acto, capaz de causar efectos jurídicos”.

¹⁴ Sentencia N° 274 de fecha 30 de mayo de 2013, (Caso Orión Realty, C.A. contra el ciudadano F.d.V.R.R.); Sentencia de fecha 5 de octubre de 2011, expediente N° 2011 000237(Caso Transporte Doroca C.A.); y sentencia de 15 de junio de 2016 (Caso “Orión Realty, C.A. contra el ciudadano F.D.V.R.R”).

PROTOCOLO DE DOCUMENTACIÓN DE LOS ACTOS PROCESALES ELECTRÓNICOS¹

I. PRESUPUESTOS PARA LA REGULACIÓN DE LA JUSTICIA TELEMÁTICA. PLURALIDAD DE SUJETOS

Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de sus derechos ante los tribunales, así se reconoce en el artículo 26 de la Constitución y en los artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.1, de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Y, para ello, la Administración de Justicia ha de ser eficaz y eficiente. Y un instrumento de esta eficacia es su modernización mediante la aplicación de las nuevas tecnologías a los actos judiciales, que mejoren la confianza en el sistema de justicia, lo que implica garantizar una mayor seguridad de sus actuaciones. Ello porque otro principio del funcionamiento de la administración de justicia como servicio público es la transparencia. Las leyes que han incorporado esas tecnologías señalan como propósitos de la modernización del sistema de justicia el garantizar el derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas, además capacitar en el uso de las nuevas tecnologías a los funcionarios judiciales. Para ello han de cumplirse con los requisitos mínimos de interconexión, interoperabilidad y seguridad jurídica necesarios en el desarrollo de los diferentes medios utilizados en el mundo judicial, a fin de garantizar la autenticidad en la transmisión de los datos. Así se justifica, por ejemplo, en la Ley 18/2011, del 5 de julio, de España, el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

En Venezuela, diversas leyes contemplan la posibilidad de utilizar las tecnologías de información en los procesos judiciales. Por ejemplo, el Código Orgánico Procesal Penal, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la Ley de Protección de Víctimas, Testigos y demás Sujetos Procesales; la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa; la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y el Financiamiento del Terrorismo; y la propia Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Lo cual incluso ha sido reconocido en procedimientos ante el propio Tribunal Supremo de Justicia según la Ley Orgánica que lo rige. Por ejemplo, la Sala

¹ V. CONGRESO DE DERECHO PROCESAL. Homenaje al Dr. Jorge Rosell Sehem. Valle de La Pascua, estado Guárico. 16 de octubre de 2020.

Constitucional, en No. 1 de 27 de enero de 2011 dispuso realizar una videoconferencia desde el Consulado de Venezuela en la ciudad de Vigo, España, para que la parte interesada pudiera ser oído en un procedimiento seguido por dicha Sala.

En este orden de ideas, en las leyes citadas y hasta en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, la telemática judicial es ya reconocida como una forma de realizar actos procesales de audiencias orales, sin la presencia personal, en las sedes tribunalicias, de los sujetos procesales, en los supuestos de dificultades para permitir la presencia virtual de las personas en los órganos jurisdiccionales. Además, se estableció el Modelo de Organizacional de Tribunales o Sistema de Gestión, Decisión y Documentación, denominado “Juris 2000”², como uno de los productos del “Proyecto de infraestructura de apoyo al Poder Judicial”, calificado de sistema informático para la automatización de creación de expedientes, distribución de causas, libro diario de actuaciones, elaboración de documentos, publicación de sentencias, elaboración, distribución y consignación de boletas, control de ubicación de expedientes y suministro de información al público. Sistema que, sin embargo, no ha funcionado debidamente. Existe también la *Propuesta de Procedimiento Especial Único de Audiencias Virtuales y/o a Distancia, aplicables en Situaciones Extraordinarias de Fuerza Mayor, Excepcionales y/o Calamitosas*, de la magistrada de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Bárbara Gabriela César Siero, de abril de este año 2020. Aún más, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, en Resolución No. 2018-0014, de fecha 21 de noviembre de 2018, creó el expediente judicial electrónico solo en materia de delitos de violencia contra la mujer. Y, por su parte, la Sala de Casación Penal, en Resolución No. 20161, de fecha 12 de diciembre de 2016, sobre Participación Telemática de los Sujetos Procesales en las Audiencias de la Sala de Casación Penal, consagró el acceso telemático para las audiencias que convoque dicha la Sala, ya sea mediante telepresencia, videoconferencia u otro medio de comunicación telemático, audiovisual, bio multidireccional e instantáneo, pero siempre que los equipos y servicios tecnológicos necesarios estuvieren disponibles para tal fin y no se perjudicare el desarrollo de la audiencia o del proceso³.

Y, mediante Resolución Número 03-2020, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, a partir del 29 de julio de 2020, creó un Despacho Virtual a través de un Plan Piloto de una plataforma digital para los estados Aragua, Anzoátegui y Nueva Esparta, donde cada entidad posee como medios electrónicos disponibles una página web (aragua. scc. org.ve, anzoategui.scc.org.ve y nuevaesparta.scc.org.ve), para la publicación de su actividad jurisdiccional y de

² Creado por Resolución de la Sala Plena N° 70 de fecha 27 de agosto de 2004, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.015 de fecha 3 de septiembre de ese mismo año.

³ <https://zdenkoseligo.blogspot.com/2016/12/resolucion-no-2016-001-del-lunes-12.html>

correos electrónicos, ello, según la referida Resolución, constituye el inicio de procesos virtuales en Venezuela⁴.

II. LA IMPARCIALIDAD Y CERTEZA DE LAS ACTAS PROCESALES EN LOS CASOS DE PROCURACIÓN E INTERMEDIACIÓN TELEMÁTICA PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA. EL DERECHO DE LOS ABOGADOS DE ACCESO A LA TELEMÁTICA JUDICIAL

Ahora bien, la administración de justicia presenta características propias que han de tenerse en cuenta para la aplicación de las nuevas tecnologías informáticas. Primeramente, en su funcionamiento intervienen una variedad de sujetos, jueces, abogados, los funcionarios auxiliares, secretarios y aguaciles; peritos y testigos, y, no siempre en una misma sede, sino incluso en diferentes lugares, cercanos o alejados de las sedes judiciales. Y los ciudadanos generalmente acuden a los órganos de la administración de justicia, personalmente, o a través de abogados, e, inclusive, el estado a través de fiscales o de apoderados. Es decir, que el acceso a la justicia tradicionalmente se sirve de medios de procuración y de intermediación presenciales. Por ello, la imparcialidad y la seguridad de la autenticidad de las actuaciones judiciales y de las notificaciones y su custodia, son elementos a considerar a la hora de aplicar tales tecnologías telemáticas, por la ausencia presencial. Por ello, como se explica, en la ley española, antes citada, si bien se adoptan idénticos principios y en muchos aspectos del sistema informático, sin embargo, el acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos no es plenamente aplicable a la Administración de Justicia, por lo que es necesaria una regulación específica. Con la circunstancia, además, que las normas de regulación del sistema electrónico judicial son normas procesales y no técnicas. Y, los actos procesales, además, están sujetos a formalidades y a cómputos de plazos.

Aún más, no se debe olvidar que la abogacía es hoy día un componente del sistema de justicia, por lo que también ha de asegurársele el uso de las nuevas herramientas digitales para el ejercicio de la profesión. Lo cual es determinante para la efectividad del derecho de acceso a la justicia y de la tutela judicial efectiva y del principio de la transparencia de los procesos judiciales. Por tanto, es un deber del Estado para garantía de esos derechos y principio, proveer a la abogacía de “un uso adecuado y responsable a la tecnología, dando prioridad al desarrollo e implementación de la seguridad de la información y la protección de los datos que administran en el ejercicio de su labor”⁵. En otras palabras, que siendo el sistema de justicia uno de los fundamentos del Estado democrático de Derecho, en los casos de aplicación de la telemática judicial su estructura resulta fundamental para la efectividad de dicho modelo jurídico político estatal. Es decir, de una estructura que otorgue garantías al derecho de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva,

⁴ lega-lettersN158.pdf

⁵ Jiménez Cuestas, Oscar Javier, “La Ciberseguridad en el Ejercicio de la Abogacía”, Universidad Piloto de Colombia, Bogotá (disponible en: 00004885.pdf).

mediante la protección del uso correcto de los medios electrónicos para la seguridad colectiva y de los derechos y bienes particulares. Es por ello, que su uso requiere de una regulación de registros y utilización de medios electrónicos adecuados de alegatos, audiencias, pruebas y sentencias, que permitan una tutela judicial efectiva.

III. LA NECESIDAD DE UNA ESTRUCTURA TELEMÁTICA JUDICIAL. PROTOCOLOS TÉCNICOS PROCESALES. LA SEGURIDAD JURÍDICA

Por otro lado, la regulación del sistema informático judicial no solo supone toda una estructura, como las sedes judiciales electrónicas, en donde se realizan las actuaciones que lleven a cabo ciudadanos y profesionales con la Administración de Justicia, en donde debe haber un responsable de los contenidos de la misma, es decir, el órgano que origine la información que se incluya en la sede. Y, además, puntos de acceso general de la Administración de Justicia, a través del cual se podrá acceder a todas las sedes del territorio nacional, independientemente del acceso personal a esas sedes. La telemática judicial requiere de protocolos o procedimientos técnicos de protección de datos personales, de la confidencialidad, de la integridad y que garantice la disponibilidad de la información, de modo de asegurar la autenticidad de las actuaciones no presenciales y de proteger contra cualquier amenaza o riesgo por el inadecuado uso de la información. Es decir, de protocolos orientados a la seguridad de la información, que en casos de deficiencia de servicios públicos, como sucede en Venezuela, la telemática judicial, incluyendo los despachos de abogados, requiere de efectivos instrumentos de protección frente a los ciberataques y de prevención de los delitos informáticos.

1. La Seguridad Jurídica cibernética

Pero aparte de lo estrictamente estructural, la seguridad jurídica en el sistema electrónico judicial es determinante de la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho del debido proceso. De allí que en las normas reguladoras de este sistema en el ámbito judicial se deben establecer requisitos esenciales de la autenticidad de los actos y de garantía de su integridad y de su custodia, que vienen a ser una suerte de protocolos o procedimientos técnicos procesales que condicionan la validez y eficacia de los actos procesales y de los actos judiciales. Así, por ejemplo, el uso de diversos sistemas de firma electrónica además de la cedula de identidad como formas de identificación y autenticación, con códigos seguros de verificación, de las partes y abogados, como de los titulares de los órganos de la propia Administración de Justicia, mediante sellos electrónicos y certificados electrónicos provistos por órganos autorizados para ello. Otro presupuesto de la seguridad jurídica en los procedimientos judiciales electrónicos se refiere a las comunicaciones a través de medios electrónicos, que serán válidas siempre que exista constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas y del contenido íntegro de las comunicaciones, y se identifique con la autenticación que sea exigible al remitente y al destinatario de las mismas.

Un aspecto, es el expediente electrónico, que según como se dice, “es el heredero digital de los autos de los tribunales”. Por lo que en esos protocolos se regula la configuración que han de tener los documentos judiciales electrónicos, sus copias electrónicas y lo relativo a las condiciones en que se deben archivar los documentos judiciales electrónicos. Un aspecto de la seguridad jurídica de la documentación de los actos procesales y judiciales electrónicos, establecido en los referidos protocolos, se refiere la sede electrónica, u oficina de registro de escritos, de las comunicaciones y notificaciones electrónicas como comprobante del ingreso de tales escritos o comunicaciones. En este las previsiones relativas a la tramitación electrónica de los procedimientos judiciales. En cuanto al inicio del procedimiento, se establece la obligatoriedad de que el mismo lo sea siempre por medios electrónicos, que en el caso de que los justiciables no lo inicien directamente, sino a través de abogados, estos tienen la obligación de efectuar la presentación del escrito o demanda en forma telemática. Otro aspecto es la distinción entre las firmas electrónicas de las partes o abogados y los funcionarios judiciales, a quienes la administración de justicia les provee de sistemas de firma electrónica, que identifiquen al titular del a la oficina u órgano judicial en la que presta sus servicios. Se dice en la doctrina, que en el derecho procesal el expediente de papel “camina lentamente hacia la desaparición para renovarse en su versión online, a la que podrá accederse desde la comodidad de cualquier lugar con conexión a internet”⁶.

La aplicación de medios electrónicos a los procedimientos judiciales tiene la finalidad de suprimir o reducir la documentación, mediante su sustitución por datos, transmisiones de datos o certificaciones. De allí la importancia del expediente judicial electrónico, que según la Ley 18/2011, de España, a la cual me refiero, “es el conjunto de datos, documentos, trámites y actuaciones electrónicas, así como de grabaciones audiovisuales correspondientes a un procedimiento judicial, cualquiera que sea el tipo de información que contenga y el formato en el que se hayan generado”. Ahora bien, el principio de la seguridad jurídica de los procedimientos judiciales electrónicos, concretamente, del expediente judicial electrónico, según el derecho comparado, es la garantía de su autenticidad, confidencialidad, integridad, disponibilidad, autoría y conservación.

Para terminar, quisiera referirme a lo que en el derecho comparado se enuncia como “principio procesal de claridad digital.”, que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva garantizando la claridad de la transmisión de la audiencia a través de la plataforma digital elegida y la accesibilidad de las partes a su soporte magnético. Mediante la aplicación del principio jurídico procesal de claridad digital en el presente proceso para dotar de validez a la audiencia única virtual. Este principio, según la jurisprudencia peruana, actúa como un mandato orientador, interpretativo e integrador, originado del propio derecho procesal electrónico que se materializa en todos los procesos judiciales en los que se haga uso de los medios tecnológicos y de la comunicación, brindándole medios adecuados para el cumplimiento del fin del proceso mismo que es la solución justa y célere del proceso. Mediante este principio, se otorga valor integral a la grabación de la

⁶ Nicolás Ignacio Manterola, “El expediente electrónico como materialización del debido proceso” 29 de septiembre de 2017, disponible en <http://ar.microjuris.com/>. Id SAIJ: DACF170422 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, SAIJ

audiencia en su totalidad, para impedir que exista modificación de lo ocurrido en la audiencia; por lo que es responsabilidad del tribunal en el caso concreto de recoger la grabación, trasladarla y custodiarla debidamente con el fin de poder garantizar su autenticidad, inalterabilidad e indemnidad. La aplicación del referido principio de la claridad digital exige que en las audiencias virtuales se garantice que la transmisión misma de la audiencia, a través de la plataforma digital elegida, tanto de imagen como de sonido, se lleve a cabo en tiempo real, mediante conexión bidireccional y simultánea; que en la realización de la audiencia se prevea la protección en casos de falla o interrupción; que se permita la interacción visual, auditiva y verbal del Juez y las partes, de modo de garantizar su participación plena en dicho acto procesal. Por ello, en los protocolos se establece que el órgano jurisdiccional debe coordinar la realización de la audiencia con las partes y abogados a través de una conferencia de actos previos; por el cual es necesario contar con los números de contacto de las partes y abogados. Igualmente, que se garantice la accesibilidad de las partes al soporte magnético de la audiencia, para lo cual la misma debe ser grabada e introducida en el expediente judicial, por lo que, una vez realizada la audiencia, las partes puedan tener acceso a una copia de la misma e incluso que le pueda ser enviada a sus correos electrónicos. Y, por último, la aplicación de este principio exige garantizar la integridad de la grabación de la audiencia en su totalidad, en el sentido que no debe existir manipulación de la misma es decir, mutaciones o cortes, por lo que es responsabilidad del Tribunal recoger la grabación, trasladarla y custodiarla debidamente a fin de garantizar su autenticidad, inalterabilidad e indemnidad⁷. Por su parte, el Tribunal Constitucional del Perú, en su jurisprudencia ha afirmado que, la utilización del sistema de videoconferencia en un proceso de Habeas Corpus. no transgrede, el derecho de defensa y el derecho del debido proceso, si se aplican los elementos del principio de la claridad digital, “constituyéndose, más bien, en un instrumento tecnológico que coadyuva a los fines del proceso”. Ha dicho, además, que el sistema de videoconferencia resulta compatible con los principios de oralidad, publicidad y contradicción; y que, en ese sentido, “su utilización no es incompatible con el principio de inmediación que informa al proceso penal.”⁸

En Venezuela, apenas comenzamos a experimentar la sustitución del expediente documental por el expediente on line, y de los juicios telemáticos, ahora bajo los requerimientos de la no interrupción de la función jurisdiccional por motivo del estado de excepción por la calamidad pública del Covid-19, pero para que se garantice los derechos de acceso a la justicia, a la tutela judicial efectiva el derecho de defensa, se requiere un Protocolo que garantice el principio procesal de la claridad digital, para lo cual es necesario una ley que lo regule.

⁷ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD. Juzgado civil de La Esperanza de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, Perú (Expediente 05601-2020-0-1618-JR-FC-01). RESOLUCIÓN NÚMERO UNO. La Esperanza, once de setiembre del año dos mil veinte (Disponible en: <https://lpderecho.pe/juzgado-reconoce-principio-claridad-digital-evitar-fallas-trasmision-audiencias-virtuales-ex>)

⁸ STC No. 02738-2014-HC/TC (Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/02738-2014-HC.pdf>).

LAS PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ANTE LA DIGITALIZACIÓN DE LA JUSTICIA (LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL ACCESO A LA JUSTICIA, DEL DEBIDO PROCESO Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS)¹

Me es grato, satisfactorio y honroso participar en estas II Jornadas del Instituto de Altos Estudios Dr. Oscar Cambra Núñez, en homenaje al Dr. Oscar Alcalá Graterol, a cuya relevancia espero contribuir con el tema de mi exposición las perspectivas y desafíos del derecho constitucional, concretamente, las garantías constitucionales del acceso a la justicia, del debido proceso y la defensa de los derechos humanos, ante la digitalización de la Justicia. Tema que me permito explicar en estos términos:

Para la comprensión de estas perspectivas y desafíos es necesario partir de la distinción constitucional entre jurisdicción y servicio de administración de justicia. Y de la Justicia como un valor superior del ordenamiento jurídico nacional. Por lo que desde el inicio creo pertinente señalar que la digitalización es un proceso técnico de transformación de documentos en soportes digitales de almacenamiento y la utilización de medios de simplificación de la comunicación y de intercambio desde cualquier sitio. Y que por ello permite la realización de actividades a distancia sin necesidad de una reunión presencial. Desde este punto de vista propiamente digitalización de la Justicia es como se dice en la práctica “*juicios on line*” o “*telemáticos*”. Es, decir, la celebración de procesos judiciales, vistas y comparecencias de forma telemática. Pero, sin embargo, constitucionalmente la presencialidad de las partes en el proceso ha sido y es la regla general, sobre todo en los procesos penales, tratándose, por tanto, una excepción, la digitalización de la posibilidad de hacer cualquier tipo de intervención en el mismo por medios telemáticos. Por lo que uno de los temas de discusión es si la videoconferencia puede establecerse como regla general para la celebración de los juicios. Quede claro que de lo que se trata en verdad es de la digitalización del proceso, pero no de la jurisdicción, ni de la Justicia.

¹ II Jornadas del Instituto de Altos Estudios Dr. Oscar Cambra Núñez. Perspectivas y Desafíos ante la Digitalización de la Justicia. (Homenaje al Dr. Oscar Alcalá Graterol). UNIVERSIDAD BICENTENARIA DE ARAGUA. Maracay, 9 de diciembre de 2021.

En mi concepto, constitucionalmente, la jurisdicción como función del estado de dirimir conflictos, ha pasado a ser el derecho de acceso a la justicia y de obtener la tutela judicial efectiva de derechos e intereses legítimos. Por lo que como tal siguen siendo función y responsabilidad personal de jueces y los tribunales, es decir, juicios de valoración para la aplicación del derecho y no de programas de software de fórmulas informáticas jurídicas de solución para los problemas de interpretación y aplicación del Derecho por medio de computadoras. Para esta función jurisdiccional los jueces y los ciudadanos se sirven del proceso, como un instrumento, que es la conjunción de diferentes actos comprendidos en etapas diversas para culminar en la sentencia. Por tanto, cuando se habla de la digitalización de la Justicia no es de la jurisdicción sino propiamente del método de información, comunicación y almacenamiento de los datos documentales de los actos del proceso, que se prevé en el servicio de la administración de la Justicia y de los mecanismos para evitar la paralización de los juicios en casos de circunstancias excepcionales, como los estados de emergencia o de alarma. Pero también, digitalización de la Justicia son los sistemas que permitan la optimización del tiempo en los juicios, el mejoramiento de la eficiencia de la información y de la seguridad del archivo de los actos del proceso, el ahorro en tiempo y en los costos del desplazamiento en los juicios, agilización del trabajo y los procedimientos y la posibilidad de algunos actos de despacho online sin sede presencial. Es decir, la modernización del servicio de justicia mediante técnicas de teletrabajo y de audiencias mediante videoconferencias en determinados casos.

Vinculado al tema de las perspectivas y desafíos del derecho constitucional ante la digitalización de la Justicia, se encuentran los estándares internacionales de protección de derechos humanos y de sus garantías constitucionales que se refieren a este tema de la digitalización judicial. Así por ejemplo, en casos de circunstancias excepcionales o de emergencia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y el Relator Especial sobre independencia de magistrados y abogados de Naciones Unidas, Diego García-Sayán, consideran que, en estos casos, como de la pandemia del COVID-19, los estados deben garantizar se garantice el más amplio acceso a la justicia como medio fundamental para proteger y promover los derechos humanos y libertades fundamentales, en razón de que los estados adoptan diversas medidas con el fin de reducir la propagación del COVID-19, que tienen un impacto en el funcionamiento del sistema de justicia, y, por ende, en el derecho de acceso a la justicia y en el pleno ejercicio de los derechos y libertades, por ejemplo, en los casos de acciones de hábeas corpus y de amparo, o de las acciones penales o de protección de grupos vulnerables, que no deben paralizarse. En efecto, entre tales medidas de prevención los estados acuerdan la suspensión de la actividad jurisdiccional, la suspensión de plazos y actos procesales en causas extraordinarias, con algunas excepciones consideradas como urgentes. Por lo que los estados han de contar con sistemas de trabajo a distancia, el uso de plataformas digitales y la celebración de audiencias por videoconferencias, entre otros medios, preferiblemente en estos casos, para garantizar el acceso a la justicia de los ciudadanos y la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos.

En este contexto del derecho constitucional de protección de los derechos humanos, en los casos en que se acudan a diferentes sistemas digitales, estos medios deben ejercerse dentro del marco y los principios del debido proceso legal. En particular, por ejemplo, según los estándares internacionales, antes señalados, la suspensión de la actividad judicial presencial debe analizarse bajo un criterio estricto, ya que el poder judicial es un pilar fundamental para la protección y promoción de los derechos humanos. Además, que esas restricciones deben cumplir con el principio de legalidad y proporcionalidad, en el sentido de que las medidas deben ser lo menos restrictivas. Y, que en los casos de digitalización de la Justicia los Estados deben asegurar la independencia e imparcialidad de los tribunales y garantizar el cumplimiento efectivo de las decisiones judiciales emitidas por los órganos jurisdiccionales, bajo la responsabilidad personal de los jueces. De manera que el error judicial inexcusable o la equivocada aplicación del derecho, es atribuible a los jueces y no a los errores de los programas digitales informáticos.

Por otro lado, el uso de medios tecnológicos en la prestación de servicios de justicia puede tener un impacto negativo en el acceso a la justicia de algunos sectores de la población en razón de la desigualdad digital existente, ya que el uso de estos medios presupone el acceso a medios electrónicos y al conocimiento tecnológico para acceder a los servicios de justicia. Además, de la falta de cobertura de internet en gran parte del territorio de los Estados y la deficiencia de los servicios de energía eléctrica. Por tanto, es un desafío para el derecho constitucional en estos casos de digitalización de la Justicia el garantizar el acceso a un internet asequible y pluralista a todas las personas y en particular a las personas y grupos en situación de vulnerabilidad. Y en ese orden de ideas, a pesar de existir esa brecha digital debe garantizarse el acceso en persona a los servicios de justicia, acompañado de medidas adecuadas para proteger la salud y la integridad de los operadores de justicia, el personal judicial y los usuarios, puesto que la presencia personal es la esencia de los actos contradictorios y decisorios de los procesos.

Un desafío para el derecho constitucional por el uso de medios tecnológicos para la prestación de servicios de justicia, es garantizar en los procesos on line o telemáticos, el acceso a la justicia bajo los principios de oportunidad, celeridad, transparencia y objetividad que aseguren una prestación del servicio esencial de la administración de justicia; por lo que no pueden menoscabar los derechos al debido proceso de las partes y los participantes en las audiencias virtuales, especialmente el derecho de defensa en materia penal, a la asistencia jurídica personal en casos como los penales; a un procedimiento contradictorio, y el derecho a ser juzgado sin demora; y, además, que la confidencialidad y seguridad de la información transmitida mediante este tipo de mecanismos debe garantizarse en todo momento. Por ello, los juicios telemáticos no pueden afectar el principio de contradicción de las partes y la salvaguarda de los derechos de defensa y tutela judicial efectiva de los ciudadanos; deben prever garantías para las interrupciones y los problemas técnicos de conectividad; no pueden impedir la publicidad del proceso; han de garantizar la participación de terceros interesados en el proceso; deben publicitar las audiencias virtuales e identificar debidamente en estas audien-

cias a las partes e intervinientes; y, han de garantizar la no filtración de información a testigos de lo que ocurre en las audiencias virtuales. Y, por último, evitar las llamadas “cajas negras” en los procesos telemáticos.

Concluyo señalando que la Justicia como valor y como jurisdicción a cargo de jueces y tribunales no puede dejar de ser prioridad en los procesos digitales, aun en los estados de excepción; y que la falta de innovación tecnológica y la no protección de las garantías judiciales en los estados de excepción de emergencia por alarma por calamidad pública, como, por ejemplo, por la pandemia del Covid-19, es una violación del derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva. Y que constitucionalmente, ante las falencias técnicas de la inexistencia de una plataforma tecnológica para la tramitación de los procesos judiciales o de expedientes electrónicos; sostengo el criterio de que los jueces pueden acordar durante el periodo que dure la suspensión de los días de despacho judicial la utilización de medios telemáticos propios o de terceros para recibir comunicaciones, efectuar traslados de actos procesales y realizar audiencias orales, usando para ello las tecnologías de información y comunicación o tecnologías de información, según la terminología de la Ley de Infogobierno; con fundamento en los artículos 334, 338 y 339, de la Constitución, en concordancia con sus artículos 19, 22, 26 y 49².

² La telemática judicial y la garantía del derecho de acceso a la justicia, de tutela judicial efectiva y del debido proceso en casos de la declaratoria de estados de excepción de alarma por la Pandemia del Covid-19” (Derecho y Sociedad, mayo 2020, <https://derysoc.com/la-telematica-judicial-y-la-garantia-del-derecho-de-acceso-a-la-justicia-de-tutela-judicial-efectiva-y-del-debido-proceso-en-casos-de-la-declaratoria-de-estados-de-excepcion-de-alarma-por-la-pandemia/>)

LA REGLA DE LA DELIBERACIÓN COMO PRESUPUESTO DE LOS LAUDOS ARBITRALES¹

La deliberación es una regla técnica propia del proceso de los tribunales arbitrales colegiados. Regla técnica, porque su cometido más que procedimental, es ordenar el debate o la discusión previa la aprobación del laudo, salvo que se le hubiere establecido como forma procesal obligatoria. En el procedimiento arbitral consiste en las discusiones de las reuniones del tribunal de arbitraje, privadas y secretas, porque no se admite la presencia de las partes y de ninguna persona, a menos que ello expresamente se deje a la decisión del tribunal.

Generalmente, las reuniones se realizan después de una audiencia sobre un incidente previo, o después de la audiencia final, oportunidad en la cual todos los miembros del Tribunal se congregan para una reunión en persona. Salvo que se haya establecido en la respectiva reglamentación, o lo hubiere decidido el Tribunal, que las reuniones pueden llevarse también a cabo por teléfono o videoconferencia o por correspondencia. Las reuniones están sometidas al quórum de la mayoría de los miembros del Tribunal, tanto para su realización como para las decisiones; así como a la formalidad de la fijación previa de un día y hora, en cuyo caso estas reglas temporales se convierten en formas procesales determinantes de la validez de las decisiones que se adopten.

Algunas reglas distinguen entre reuniones, deliberaciones y decisiones del Tribunal, como, por ejemplo, las Reglas de Arbitraje del CIADI (Reglas 14 a 15). Las formas relativas a la presencia en las reuniones y al *quórum* de las decisiones de los árbitros, así como a la manera en la que decide el Tribunal, se establecen en las respectivas actas de términos de referencia o actas de misión; o en las reglas del procedimiento de arbitraje.

Reunión, es el acto presencial. Y, deliberación o debate es propiamente la discusión; y decisión es el respectivo laudo o medida que adopte el Tribunal arbitral. Audiencia es el acto del Tribunal arbitral para oír a las partes, sus apoderados, consejeros y abogados, y a los testigos y peritos.

¹ Colaboración para la Asociación Venezolana de Arbitraje para el Panel sobre el Laudo Arbitral

En el procedimiento arbitral de los tribunales colegiados la distinción entre reunión, deliberación y decisión, es mucho más precisa que en los tribunales colegiados de la jurisdicción judicial.

En estos tribunales arbitrales judiciales, previamente se designa ponente, quien presenta un proyecto de decisión para su consideración en la reunión del tribunal, que se convierte en decisión si es aprobado por el tribunal o por la mayoría de sus miembros. Por ejemplo, las reglas y formas que rigen la designación de ponente, las sesiones de Sala, los proyectos de sentencias y la firma y publicación de la sentencia, a que se contraen los artículos 99 a 105, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

En los procedimientos arbitrales no se distingue entre designación de ponentes y de consideración de proyecto de laudo. La finalidad es que en la elaboración del proyecto de laudo participen todos los árbitros. En la práctica, los árbitros acuerdan privadamente designar un ponente, que generalmente es el presidente del tribunal, pero ello no es una regla del procedimiento, salvo que en el acta de términos de referencia o en el acta de misión los árbitros y las partes lo hubieren establecido. En el Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje se distingue entre Conferencias, que son consultas a las partes sobre la conducción del arbitraje (Arts. 24 y 22), y Audiencias que son los actos para los cuales el Tribunal Arbitral convoca para oír a la parte respecto de sus alegatos (Art. 26). Y, establece la presentación del laudo ante la Corte Internacional de Arbitraje para su examen previo en cuanto a su forma (Art. 34).

La Ley de Arbitraje Comercial, en las normas sobre el proceso arbitral, no se refiere a las reuniones del tribunal arbitral, ni a sus deliberaciones, sino a las formas de los laudos (Arts. 29 y 30). El Reglamento de Conciliación y Arbitraje del CEDCA, salvo en lo atinente a las audiencias, no señala reglas para las reuniones de los árbitros, ni se refiere a su deliberación, sino a la presentación previa del laudo a la consideración de las partes y a sus formalidades de la escritura, de su firma, de la mayoría requerida, su motivación y su integralidad (Arts. 39 y 37 y 38). Estas son las formas y contenido del laudo. Sin embargo, en el Acta de Términos de Referencia, a que se contrae su Reglamento, en el artículo 29.5, pueden incluirse como reglas del arbitraje las relativas a las reuniones, deliberaciones y decisiones del Tribunal. Asimismo, el Tribunal Arbitral puede establecer estas reglas, según la facultad que se le confiere de establecer normas para adelantar el proceso arbitral (Art. 30.1). El Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, salvo lo relativo a las audiencias, tampoco contiene reglas para las reuniones de los árbitros, ni se refiere a su deliberación, sino a referentes a su forma o contenido, pero, en el Acta de Misión, prevista en su artículo 62, pueden establecerse dichas reglas.

Desde otro punto de vista, la reunión y deliberación es un deber de los árbitros (Art. 26.2, del Reglamento del CEDCA) Finalmente, dada la propia naturaleza del arbitraje, la deliberación personal es un principio general. En efecto, la deliberación, es un proceso de debate a través del cual se arriba a una decisión de manera colegiada, partiendo del análisis y valoraciones individuales de cada uno de los

integrantes del Tribunal Arbitral, respecto de los hechos que le han sido puestos en su conocimiento y en función de la normativa legal aplicable a esos hechos concretos, con la finalidad de solucionar la controversia (“*La deliberación. Derecho y deber de los árbitros*”; Rodríguez, Ricardo, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/download/17035/17333>)

La deliberación, por tanto, es una regla básica y, además, que ésta sea efectuada, previa reunión, por todo el Tribunal Arbitral y su decisión adoptada por su mayoría. Por ello, la asistencia a las reuniones y deliberaciones es una obligación de los árbitros (Art. 41, de la Ley de Arbitraje Comercial, Art. 23 del Reglamento de la Cámara de Caracas y 26.2, del Reglamento del CEDCA) Constituye un deber de cada árbitro (Art. 23 del Reglamento de la Cámara de Caracas) y un derecho igualmente de los árbitros. Como deber, su ausencia injustificada es motivo de su sustitución (Art. 41, de la Ley de Arbitraje Comercial; 26.2, del Reglamento del CEDCA)

Por tanto, considero que la deliberación ha de documentarse para acreditarse que los árbitros se reunieron para debatir el caso y adoptar la decisión, pues, es el medio de prueba de que el Tribunal Arbitral ha cumplido con la regla de la deliberación (Rodríguez, Ricardo, *ibidem*) Es saludable, que el Presidente del Tribunal Arbitral, o un árbitro, redacte el proyecto de laudo en función de las reflexiones deliberadas, en el cual deberá tratarse de expresar y recoger cada uno de los argumentos expuestos por los cabritos. Luego de ello, los cabritos revisarán el proyecto y formularán comentarios u observaciones, con frecuencia a través de correos electrónicos y utilizando el control de cambios, lo que permitirá generar una decisión acorde con la deliberación colectiva de manera unánime; o por mayoría de no lograrse el consenso. Por ello, se sostiene que no es adecuado dictar laudos sin reunión y sin deliberaciones previas personales, aunque las observaciones puedan hacerse por escrito; porque la no deliberación atenta contra el deber y el derecho de la deliberación personal de los árbitros, puesto que, si deliberación significaría que uno de ellos solamente redacte el laudo a espaldas de los demás, y éstos, simplemente lo aprueben o disientan sin deliberación, lo que afecta la idoneidad de la decisión.

LA REFORMA DE LA CASACIÓN POR LA VÍA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y NO POR LA VÍA LEGISLATIVA¹

Sumario

Las fuentes no constitucionales de la nueva casación civil

Las reglas del control difuso de la constitucionalidad.

El derecho comparado en materia del control difuso de la constitucionalidad.

Las reglas del control difuso de la constitucionalidad y la sentencia N° 510 de fecha 28 de julio de 2017 de la sala de casación civil

La inseguridad jurídica de las reglas procesales fijadas fuera de la reserva legal.

Los límites competenciales constitucionales de la sala de casación civil y de la sala constitucional

El desconocimiento del carácter imperativo y no formal o neutral de las leyes procesales.

Comentarios sobre aspectos del recurso de casación según las interpretaciones de la sala de casación civil.

Comentarios sobre la sentencia de la sala de casación civil (scc) no. 18-00125 del 27-08-2020 sobre la formalización informática del recurso de casación y de su impugnación

Reflexiones finales

Bibliografía

Resumen

El presente trabajo consiste principalmente en el estudio de las sentencias Nos. 510/2017 y 322/2018, de la Sala de Casación Civil y de la Sala Constitucional, respectivamente, por las que, mediante el control difuso constitucional, aplicado por la primera de las Salas nombradas, y su revisión, por la segunda de ellas; se creó lo que denominan “nueva casación”. Al igual que el estudio de dichas

¹ Ensayo elaborado con la colaboración del Dr. Juan Vicente Ardila Peñuela para el Fondo Jurídico del Instituto Jurídico Roman Josué Duque Corredor, de Maturín en enero 2021.

sentencias a la luz de las reglas fundamentales para la debida aplicación del control difuso, y del respeto a la separación de las funciones de los poderes públicos y de la reserva legal, tanto en el derecho nacional como en el derecho comparado. Igualmente, se hace énfasis en la inseguridad jurídica derivada de reglas procesales establecidas en la jurisprudencia y no en la ley. Finalmente, se hacen comentarios sobre la incorporación al derecho procesal venezolano, por la vía, del control difuso y de ober dicta, de una cuarta hipótesis de suposición falsa no contemplada en el encabezamiento del artículo 322, del Código de Procedimiento Civil, que incluso no fue modificado por ninguna de las sentencias referidas. Y también se analiza el empleo de medios informáticos para la formalización del recurso de casación establecidos en la sentencia No. No. 18-00125 del 27.08.2020 de la referida Sala de Casación.

I. LAS FUENTES NO CONSTITUCIONALES DE LA NUEVA CASACIÓN CIVIL

Mediante las sentencias No. 362 del 11 de mayo de 2018 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y N° 510 del 28 de julio de 2017 de la Sala de Casación Civil del mismo Tribunal, integrado por los magistrados designados por la Asamblea Nacional en diciembre de 2015; a través de la mutación de la revisión del control constitucional difuso en control concentrado de la constitucionalidad y de la conversión de la figura obiter dictum en fuente directa del derecho procesal; y posteriormente de la sentencia N° 254, del 29 de mayo de 2018, de la misma Sala de Casación Civil, que califico de «decisión reglamentaria»; dichas Salas introducen en Venezuela un tipo mixto de una casación formal y de una casación de instancia. Modelo este que consiste en la casación de oficio, la casación parcial, la casación sin reenvío como regla general, la eliminación del recurso de nulidad y en el establecimiento de una audiencia de partes en el trámite del recurso de casación. Y que indudablemente se aleja del modelo tradicional de este recurso, cuya reforma, sin embargo, ya se había adelantado con las modificaciones introducidas por el Congreso de la República en el Código de Procedimiento Civil de 1990, cuando estableció la procedencia de la casación de forma solo en los casos en que se menoscabe el derecho de defensa o se omita, lesione o quebrante el orden público; y la casación de oficio únicamente para los supuestos de infracciones de orden público y constitucionales que se encontraren, aunque no se las hubiere denunciado; y también al consagrar la competencia de la Sala de Casación Civil para analizar el establecimiento o valoración de los hechos o de las pruebas. Asimismo, en la reforma de 1990, se había adelantado la casación sin reenvío en los casos de ser innecesario un nuevo pronunciamiento sobre el fondo del asunto o cada vez que los hechos que hubieran sido soberanamente establecidos y apreciados por los jueces del fondo, permitan a la casación aplicar la apropiada regla de derecho. Sin embargo, en la reforma de 1990 del indicado Código se mantenía la casación múltiple en los casos de casación de forma, el recurso de nulidad contra la nueva sentencia de reenvío y no se contemplaba la casación sin reenvío como regla general. Aspectos estos sobre los cuales en la doctrina se discutía aun sobre su derogación o reforma.

La reforma de la nueva casación de instancia surge por la desaplicación de los artículos 320, 322, 323 y 522 del Código de Procedimiento Civil al resolver sobre la procedencia del recurso de casación civil, en un caso particular, por la sentencia N° 510/2017-), y por la declaratoria de la nulidad de tales artículos por la sentencia No. 362 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 11 de mayo de 2018 (-en adelante No. 362/2018-), en el procedimiento de revisión de la mencionada sentencia de la Sala de Casación Civil. Sentencias estas que además de eliminar el artículo 522, citado, reformaron o reescribieron los artículos 320, 322, parcialmente, y 323 del Código de Procedimiento Civil, y declararon “*en desuso*”, también, por vía de consecuencia, el artículo 210. Ello sin que hubiera sido impugnada, en el caso particular, la sentencia recurrida por inconstitucionalidad alguna y ni siquiera cumplido el debido proceso contradictorio sobre la inconstitucionalidad de las citadas normas procesales, que vale como una formalidad esencial en las acciones de nulidad populares. E incluso, esa nueva casación, derivada de la mencionada sentencia No. 362/2018, de la Sala Constitucional, fue regulada o “*reglamentada*” por la sentencia N.º 254, del 29 de mayo de 2018, de la misma Sala de Casación Civil, que cómo se expresó, citando al profesor **Luis Aquiles Mejía Arnal**, carecía de toda relación con la cuestión debatida, y que dispuso que los futuros recursos de casación debían regirse por esta sentencia, a pesar de que era un fallo dictado para un caso particular y por lo tanto, sin efectos erga omnes o generales.

Es verdad que se ha propuesto doctrinariamente la reforma del prototipo de casación civil introducido en el Código mencionado de 1990, respecto de la fase del reenvío, del recurso de nulidad, de la casación múltiple, y de la reposición de la causa por la declaratoria con lugar de una infracción de forma, distintas a la violación al derecho de defensa. Tal planteamiento incluso fue el fundamento que tuvo en cuenta la Asamblea Nacional para justificar la modificación del recurso de casación en el proceso laboral con la ayuda oportuna de la sanción de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo de 2002, en cuyo proyecto los distintos sectores del Sistema de Justicia tuvieron la más amplia participación. Además de que, en estricto derecho, tanto en una u otra de las sentencias mencionadas de las referidas Salas del Tribunal Supremo de Justicia; se quebrantaron directamente las reglas del llamado control difuso de la constitucionalidad y del control concentrado de la constitucionalidad, y al mismo tiempo, se usurpó la reserva legal y de paso fue totalmente desconocido el debido proceso de la acción popular de nulidad de las leyes por inconstitucionalidad. Y, además, se confeccionó, mediante una sentencia calificada de reglamentaria de sentencias anteriores, e, incluso de la propia Sala Constitucional, las reglas para el ejercicio en el futuro del recurso de casación civil.

Según el académico y profesor **Ramón Escovar León** la sentencia No 510/2017 de la Sala de Casación Civil, ratificada con la sentencia N.º 362/2018 de la Sala Constitucional, que eliminó el reenvío y estableció la casación de instancia, no es más que “*una manera de arrebatarse a la Asamblea Nacional sus facultades legislativas*”. Por nuestra parte, consideramos, sin lugar a dudas, que

estas sentencias resultan ser propias de lo que en la doctrina y en el derecho comparado se atribuye a una suerte de activismo judicial por el cual se prescinde de elementos fundamentales del Estado democrático de Derecho, por un supuesto afán innovativo del proceso. Sobre estas sentencias, haremos, reflexiones y comentarios, para la historia del derecho venezolano y para el derecho comparado, de como se consagró una casación de instancia no por ley o código alguno, sino por intermedio de sentencias dotadas de simples efectos particulares sin que, por supuesto, éstas sentencias puedan sustituir la competencia del legislador para crear disposiciones jurídicas de donde nace legitimante el derecho. O, una mejor forma de decirlo sin que tengan la calidad de fuente formal de derecho, amén de lo que significan como trastocamiento por parte de esas Salas de las reglas fundamentales del Estado democrático de derecho, del principio de la reserva legal, de los límites constitucionales de la jurisdicción, de la garantía del debido proceso y de las reglas del control difuso y del control concentrado de la constitucionalidad.. Y aún más, aceptando con benevolencia que es posible complementar normas jurídicas en revisiones de este tipo de sentencias definitivas y firmes dictadas por una cualquiera de las otras salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República, por cuyo intermedio se ejercite un control difuso de la constitucionalidad que recaen sobre leyes u otras normas jurídicas; puede argumentarse que si la Sala Constitucional considero inconforme lo decidido por la Sala de Casación Civil, como así lo declaro, no podía convertir de oficio esa revisión en un control concentrado de constitucionalidad y declarar, sin trámite alguno, la nulidad de los artículos en cuestión con efectos generales y ex nunc. En efecto, con toda la competencia de la Sala Constitucional de revisión de sentencias en casos de control difuso de constitucionalidad, esta Sala no está exonerada absolutamente de cumplir con el procedimiento debido y contradictorio de dicho control concentrado de constitucionalidad, conforme lo exigen los artículos 128 y 145, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en concordancia con su artículo 25.1, y los artículos 26 y 49, de la Constitución. En efecto, en el caso concreto, no cabía insurreccionarse contra las reglas, valores y principios que componen la noción más elemental del debido proceso de las acciones colectivas o populares de inconstitucionalidad, lo cual no podía ignorar la Sala Constitucional, de acuerdo con el artículo 257, de la Constitución, porque el debido proceso, obligatorio para todo tribunal, está rodeado de estrictos requisitos destinados a asegurar la pulcritud de los procesos judiciales por medio de las observancias de las debidas fórmulas de necesario cumplimiento para investir las de su más completa autenticidad y del valor reclamado para toda clase de procedimiento. De manera que su subversión, siempre que dañe derechos e intereses del ciudadano, produce su nulidad, en vista de que el debido proceso asume la calidad de una formalidad esencial constitucional; de lo contrario, en caso de desacato a ese conjunto de imposiciones, entonces el fin último de consolidar o defender los derechos y libertades ciudadanas se viene abajo e igualmente arrastra el más eficaz mecanismo republicano y democrático en manos del ciudadano para combatir el ejercicio abusivo del poder, como lo es la denuncia de la usurpación o la extralimitación de las funciones públicas.

En nuestro criterio, la causa principal del quebrantamiento de las reglas del control difuso de la constitucionalidad y de la usurpación de la reserva legal, parte de la sentencia No. 362, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 11 de mayo de 2018, que proviene de su incongruencia, porque su rol era revisar si el control difuso utilizado por la Sala de Casación Civil, en su sentencia No. 510 del 28 de julio de 2017, era acertado o no como herramienta para la declaración de la desaplicación de los artículos 320, 322, 323 y 522 del Código de Procedimiento Civil, y, por consecuencia, también la de su artículo 210; y si objetivamente hablando esa Sala de Casación Civil tenía o no competencia para sustituir los preceptos establecidos por el legislador por nuevas regulaciones del proceso de casación civil venezolano, mediante una sentencia producida dentro del radio de acción de un recurso de casación, en un caso particular, y para disponer o no en una sentencia de efectos particulares la inaplicación erga omnes de los mencionados artículos. Es decir, el objeto de la referida sentencia de la Sala Constitucional debió ser la de decidir, si la Sala de Casación Civil había aplicado como corresponde el control difuso constitucional de desaplicación particular de normas legales. O, en otros términos, decidir si constitucionalmente por medio de una sentencia de casación relativa a la verificación o no de los errores o infracciones de las normas denunciadas como cargos de casación en contra de una sentencia de segunda instancia, exclusivamente dictada para la resolución y solución de un caso particular; la referida Sala de Casación, aprovechándose de una cuestión incidental, había o no asumido un omnímodo poder al derogar prácticamente el Título correspondiente del recurso de casación contenido en el Código de Procedimiento Civil vigente. Es decir, si por el conducto del llamado control difuso de constitucionalidad, por el que la desaplicación de normas legales carece de efectos absolutos o erga omnes, dicha Sala podía o no atribuir a su sentencia efectos derogatorios de normas legales. Sencillamente, la Sala Constitucional debía circunscribirse a decidir en este caso particular, si la Sala de Casación Civil, al utilizar un método reñido por la ley, le era posible modificar y derogar las citadas normas jurídicas. Puesto que el recurso extraordinario de casación busca solo controlar el debido proceso y la correcta interpretación de las leyes por parte de los jueces a fin de establecer si hicieron el correcto empleo del derecho y, si, por tanto, hubo o no un trastrocamiento del sistema procesal, que convenientemente toca a la referida Sala Constitucional evitar. Y ello por cuanto esta Sala, por aplicación del artículo 34, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, aun cuando declare conforme la desaplicación efectuada por la Sala de Casación Civil (-lo que no lo declaro-), al proceder de oficio a dar inicio como un asunto de mero derecho, al procedimiento de nulidad de los artículos desaplicados por la Sala de Casación Civil, no puede omitir absolutamente el debido trámite procesal que dicha nulidad reclama, conforme el artículo 257, de la Constitución, que por definición equivale, como se ha hecho mérito antes, a una formalidad esencial de un proceso popular o colectivo.

Debe recordarse que la Sala Constitucional en sentencia N° 1717 del 26 de julio de 2002, Caso: Importadora y Exportadora Chippendale C.A., diferenció el control difuso de la constitucionalidad y el control concentrado de la misma, en cuanto a su procedimiento y en relación a sus efectos, cuando apuntó con vocación de futuro que:

“A diferencia de lo que ocurre en el control difuso, cuando el órgano competente realiza el control concentrado de la constitucionalidad, los efectos de sus decisiones tienen un carácter general, en el entendido de que la declaratoria de nulidad de una norma que es contraria a la Constitución, expulsa a aquélla del mundo jurídico y, esa decisión, surte efectos *erga omnes*. A esta altura, lo importante para esta Sala es destacar que, a través del control difuso de la constitucionalidad, el criterio que lleva al juez a considerar como inconstitucional determinada norma jurídica únicamente produce efectos en el caso concreto, por lo cual, esa consideración no ocasiona consecuencias inmediatas más allá de la contienda en la que el control difuso se produce, habida consideración de que el juez no se estaría pronunciado sobre la validez de la norma en cuestión con carácter *erga omnes*”.

Criterio este de diferenciación que ratificó la mencionada Sala Constitucional en la sentencia No. 362, de fecha 11 de mayo de 2018, en comentó al afirmar:

“(..) cuando se ejerce el control difuso de la constitucionalidad, se le resta eficacia a una o varias normas jurídicas dejando de ser aplicadas para el caso en particular por considerarse que es o que son contrarias a alguna o varias normas del Texto Fundamental, en otras palabras, la falta de aplicación de la norma considerada inconstitucional no apareja consecuencias inmediatas más allá de la litis en la que el control difuso se produjo, habida consideración de que el juez no se estaría pronunciado sobre la validez de la norma en cuestión con carácter *erga omnes*.

A diferencia de lo anterior, cuando el órgano competente realiza el control concentrado de la constitucionalidad, los efectos de sus decisiones tienen un carácter general, en el entendido de que la declaratoria de nulidad de una norma que es contraria a la Constitución, expulsa a aquélla del mundo jurídico y, esa decisión, surte efectos *erga omnes*.

En nuestro ordenamiento jurídico, el único órgano competente para llevar a cabo de manera exclusiva y excluyente el control concentrado de la constitucionalidad es esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (vid. Artículos 334, último párrafo y 336.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con lo dispuesto en los artículos 25.1 y 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), por lo que las declaraciones con carácter general que se hacen en el obiter dictum de la sentencia objeto de revisión, no pueden surtir los efectos allí indica”.

La indicada Sala Constitucional, en su sentencia No. 362/2018, ya citada, declaró que la sentencia de la Sala de Casación Civil, No. 510 del 28 de julio de 2017, objeto de revisión:

“evidenció las graves deficiencias de las cuales adolece nuestro recurso de casación civil, en virtud de la discrepancia existente entre ciertas normas procesales preconstitucionales que lo regulan con los postulados de los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las cuales son compartidas por esta Sala”.

Pero, asimismo, afirmó, que, no comparte la Sentencia No 510 del 28 de julio de 2017, de la Sala de Casación Civil, respecto:

“el pronunciamiento con efectos generales y *ex nunc* que se hace en dicho fallo, en tanto que el control difuso es un control concreto, referido a un determinado caso, siendo sus alcances solo *inter partes*”.

Vale decir, en razón de lo expuesto, que la Sala Constitucional declaró no conforme la aplicación del control difuso de la constitucionalidad que hizo la Sala de Casación Civil al atribuirle efectos generales a su sentencia. Pero, sin que hubiere sido bastante para impedirlo, la referida Sala Constitucional en su comentada sentencia No. 362/2018, consideró que tal desvirtuación del control difuso por parte de la Sala de Casación Civil, no infringió formalidad esencial alguna, puesto que estimó:

“necesario y perentorio emitir un pronunciamiento que le de prevalencia al fondo de lo que ha sido planteado, más allá de la forma en que se hizo la desaplicación por control difuso, sin que sea imperioso el trámite de procedimiento alguno, por tratarse de un **asunto de mero derecho**”.

Brevemente, para la Sala Constitucional no tiene importancia la forma como se aplica el control difuso de la constitucionalidad, por cuanto es más necesario y perentorio emitir un pronunciamiento que le de prevalencia al fondo del asunto, a pesar de su doctrina expuesta en su sentencia N° 1717 del 26 de julio de 2002, Caso: Importadora y Exportadora Chippendale C.A.; y que ratificó en la misma sentencia No. 362, del 11 de mayo de 2018, por la que se diferenció el control difuso de la constitucionalidad y el control concentrado de la misma, en conexión con su procedimiento y a sus efectos. Bien es verdad que la referida Sala Constitucional, tratándose de una materia relativa al debido proceso, abjuró lo concerniente al procedimiento de revisión de sentencias de control difuso de constitucionalidad y lo cambió radicalmente por uno de índole sumario, de cognición abreviada de nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, lo que entra en colisión con la Constitución de la República. En el orden de las ideas anteriores, debe señalarse que si bien, según el texto del artículo 34, ibidem, en los casos de revisión de decisiones sobre el control difuso de la constitucionalidad, la Sala Constitucional puede ordenar de oficio el inicio del procedimiento de nulidad que dispone la Ley que regula el Tribunal Supremo; pero, en contraste con lo anterior y de acuerdo con este mismo artículo, ello no era posible porque dicha Sala en la misma sentencia mencionada, declaró inconforme la sentencia de la Sala de Casación al otorgarle *efectos generales* y *ex nunc* a la desaplicación de los artículos del Código de Procedimiento Civil. Mas, esto no le sirvió de traba a la misma Sala Constitucional para que no obstante que estatuyera que no compartía el criterio de la Sala de Casación Civil, porque “*el control difuso es un control concreto, referido a un determinado caso, siendo sus alcances solo inter partes*”, sin embargo, considerara que ello no es más que una formalidad. Lo que, a nuestro juicio, por esta razón, esa Sala incurrió en el inexcusable e insuperable vicio de contradicción en sus considerandos utilizados para construir su dispositivo que, irrevocable a la duda, inculcó una falta de coherencia argumental; en fin, una manifiesta falta de motivación.

A manera de ligera advertencia, ayudará y en mucho que si bien para el supuesto del inicio de oficio del trámite de nulidad por inconstitucionalidad, no se requiere la demanda popular de inconstitucionalidad que exige el artículo 32, de la citada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; porque el artículo 89, *ibidem*, faculta a este Tribunal para actuar de oficio en los casos que disponga la ley; conviene subrayar que esta actuación judicial de nulidad de leyes es de naturaleza contradictoria, por lo que es capital en todo esto, que ha debido la Sala Constitucional cumplir con un acto obligatorio y de pronto despacho: fijar una oportunidad para escuchar alegatos y opiniones de los interesados, entre otros de abogados, que forman parte del Sistema de Justicia, y de la Asamblea Nacional, a la que se le había presentado un proyecto de reforma del Código de Procedimiento Civil, así como de procesalistas y de asociaciones de derecho procesal con lo que se coartó por anticipado a esos interesados la posibilidad de realizar actividades en pro o en contra de lo debatido. Ello en razón de que aun en los casos de inicio de oficio de procesos judiciales y en los asuntos de mero derecho, no se puede prescindir de formalidades esenciales, en atención a lo que se deriva del artículo 257, constitucional, en concordancia, con el artículo 49, *ibidem*, como lo es oír los alegatos de los interesados. Ello, fundamentalmente por el carácter popular de la referida nulidad, que en este tipo de procedimiento se requiere y se necesita, porque de lo que se trata es de eliminar la voluntad general expresada en la ley.

A mayor abundamiento, la garantía del debido proceso y del derecho a la defensa de toda persona, de ser oída en cualquier clase de proceso, son aplicables a toda actuación judicial, y con mayor razón cuando se trata de acciones populares, donde se presume que todo ciudadano tiene interés en tales acciones. A lo expuesto, se añade que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en su artículo 145, no incluye los procedimientos de nulidad del control concentrado de la constitucionalidad, a que se contrae el artículo 25.1, *ibidem*, dentro de las causas en las que no se requiere sustanciación, sino que, lejos de esto, dispone que se substanciarán con arreglo al procedimiento pautado en los artículos 128 y siguientes. En otros términos, hasta incluso en los casos en los que la Sala Constitucional declare urgente o de mero derecho un procedimiento de nulidad del control concentrado de la constitucionalidad y le dé inicio de oficio; después de todo, debe emplazarse a los interesados para una audiencia pública, máxime en los asuntos que tengan que ver con la administración de justicia, cuyo titular es la población, por lo que inequívocamente su ejercicio incumbe a la categoría de derechos colectivos, en cuyos procesos es de derecho afianzar de antemano el acceso a la justicia, de conformidad con el artículo 26, de la Constitución, aunado a que en derecho la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos, según el artículo 253, *ibidem*. Adicionalmente, privar a los interesados de ese oportuno llamado a comparecer al proceso, será tanto igual, en lo que atañe a todo proceso judicial, a desconocer su genuino derecho de ser oídos, en los casos de acción popular a los procesos judiciales; lo que implica, por otro lado, una violación del artículo 119 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, respecto de la **Participación ciudadana**, que enérgicamente preceptúa:

“Toda persona tiene derecho a participar de manera organizada, directa y protagónica en la formación de las políticas y control de la gestión del Tribunal Supremo de Justicia, a través de los consejos comunales y las demás formas de organización popular, incluyendo las que corresponden a los pueblos y comunidades indígenas, de conformidad con lo previsto en el ordenamiento jurídico. Es obligación del Tribunal Supremo de Justicia, sus órganos auxiliares y todos los tribunales de la República generar las condiciones más favorables para garantizar el ejercicio pleno y efectivo de este derecho”.

No valoro la Sala Constitucional la naturaleza y alcance del control difuso de constitucionalidad, sobre lo cual vale la pena citar la opinión autorizada, de un jurista clásico venezolano:

“Tal declaración de *inaplicabilidad* debe hacerse aún de oficio sin que las partes le hubieren alegado en virtud de la obligación de mantener la Supremacía de la Constitución. Pero esta *inaplicabilidad* de ley colindante no puede ser declarada de manera general y absoluta; de suerte, pues, que la ley cuestionada sigue en vigencia y aplicándose en cualquier otro caso, hasta tanto sea declarada su nulidad por inconstitucional, por la Corte Suprema de Justicia, órgano cuya competencia le es privativa. En síntesis, mediante esta disposición se atribuye a los jueces de instancia el control incidental de la Constitución Nacional en los juicios que conozcan, dando la primacía de sus preceptos en la aplicación de esta relación a cualquier otra disposición de ley positiva y sólo en el caso aislado que se resuelva. Sus efectos son suspensivos y temporales para el caso controvertido; por nunca de nulidad”. (cf. Armando Hernández-Breton. Código de Procedimiento Civil Venezolano. Tercera Edición. Aumentada y Corregida. Editorial La Torre, Caracas. 1969, p. 7 y 8, nota (1) en comentario al artículo al artículo 7)

II. LAS REGLAS DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Para la mejor comprensión de este estudio, debe señalarse que la Sala de Casación Civil en uso de sus poderes especiales para casar de oficio las sentencias que le fueren recurridas, mediante su sentencia, No 510 del 28 de julio de 2017, anuló la sentencia recurrida del 4 de febrero de 2015 del Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, por falta de motivación en el análisis probatorio. Igualmente, después libró la correspondiente sentencia sustitutiva o sustituta, al hacer uso de la casación sin reenvío que fue consagrada sobre la base de la doctrina de dicha Sala, desarrollada y ratificada en su mencionado fallo N° 510 del 28 de julio de 2017. Y como se dijo, en esta misma sentencia, por obra del control difuso de la constitucionalidad y del manejo discrecional e impropio de argumentos y consideraciones no relacionadas con la materia objeto del recurso de casación; que, la misma Sala de Casación Civil las definió como de obiter dictum. Es decir, sin que tales razones tuviesen un carácter vinculante; sin embargo, declaro la inaplicación de los artículos 320, 322, 323 y 522 del Código de Procedimiento Civil, y también, su artículo 210. Sentencia esta que fue objeto de revisión por la sentencia N° 362 del 11 de mayo de 2018 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo

de Justicia, que tenía el encargo de verificar, según a lo estatuido por el artículo 25.12, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la procedencia de la aplicación del control difuso de la constitucionalidad por la mencionada sentencia No 510 del 28 de julio de 2017. O, con otras palabras, la Sala Constitucional debía decidir si la utilización por la Sala de Casación Civil del control difuso era o no acertado al otorgarle efectos erga omnes o generales, Y, asimismo, pronunciarse sobre si resultaba en buen derecho reescribir los artículos desaplicados; o si se había o no apartado de un vinculante precedente jurisprudencial de la referida Sala Constitucional. Conexamente con lo anterior, por otra parte, la Sala de Casación Civil, en Sentencia N.º 254, del 29 de mayo de 2018, dictada en otro caso particular, reglamentó la Sentencia de la Sala Constitucional, No. 362 del 11 de mayo de 2018, para preparar y armar nuevas regulaciones de rito a cumplir para los futuros recursos de casación, en razón de sus efectos ex nunc y erga omnes, en su decir, “en aplicación de la nueva redacción de dichas normas por efecto del control difuso constitucional declarado” (Sic).

En este sentido, se ha insistido que la Sala de Casación Civil otorgó a su sentencia de desaplicación de los artículos del Código de Procedimiento Civil relativos al recurso de casación efectos generales y, por tanto, con un claro marcado carácter obligatorio para todos los jueces y magistrados de la República; es decir, equiparada a un valor de una fuente formal de derecho derogatoria. Y esto es así, porque la sentencia de la Sala de Casación Civil, que fue objeto de revisión por la Sala Constitucional, ordenó explícitamente:

(...) **EX NUNC y ERGA OMNES, A PARTIR DE SU PUBLICACIÓN, esta Sala FIJÓ SU DOCTRINA SOBRE LAS NUEVAS REGULACIONES EN EL PROCESO DE CASACIÓN CIVIL (VENEZOLANO)**, dado que se declaró conforme a derecho la desaplicación por control difuso constitucional de los artículos 320, 322 y 522 del Código de Procedimiento Civil, y la nulidad del artículo 323 eiusdem, y por ende también quedó en desuso el artículo 210 íbidem, y **SE ELIMINÓ LA FIGURA DEL REENVÍO EN EL PROCESO DE CASACIÓN CIVIL**, como regla, y lo dejó sólo de forma excepcional cuando sea necesaria **LA REPOSICIÓN DE LA CAUSA** (...).

Mediante esta sentencia, la Sala de Casación Civil aplica esta doctrina a rajatabla e introdujo nuevas regulaciones sufridas por el proceso de casación, ahora con el apoyo de la revisión que de esos fallos llevó a cabo la Sala Constitucional, que a pesar de no compartir la forma en que la Sala de Casación Civil aplicó el control difuso de la constitucionalidad, empero, así y todo, declaró de oficio la nulidad de los artículos 320, 322 y 522 del Código de Procedimiento Civil, y la nulidad del artículo 323 eiusdem, y por ende también la del artículo 210 íbidem. Todo ello haciendo abstracción de una formalidad esencial que caracteriza el proceso universal o popular de los juicios de nulidad, es decir, sin la participación ciudadana, que, en los casos de regulación de procesos judiciales colectivos, ha de permitírsele su intervención para que así hagan valer sus pretensiones y de ser útil, promover pruebas, de ser el caso; para lo cual es inaplazable dar curso al procedimiento previsto a tal fin por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Hay que insistir, aparte de la constitucionalidad o no de la actuación de la Sala de Casación Civil, que la desaplicación de normas legales a causa del control difuso de constitucionalidad jamás puede engendrar efectos anulatorios frente a todos, por lo que creemos necesario referirnos a ese control difuso e indirecto de constitucionalidad, atribuido al Poder Judicial, en el artículo 334, de la Constitución, y en el artículo 20, del mencionado Código de Procedimiento Civil, como la competencia de los jueces para aplicar preferentemente las normas constitucionales cuando las leyes la contradigan, mediante un método que la doctrina califica como “desaplicación”. Si con ello resuelven un caso particular. Ahora bien, después de las consideraciones que hemos venido realizando, ha de subrayarse una circunstancia plena de significado, puesto que la piedra angular sobre la que se basa la legitimidad de la actuación del Poder Judicial está hincada y echa sus raíces únicamente en la Constitución y por supuesto, que como norma jurídica puede ser objeto de las más diversas interpretaciones. Pero que reverencien los límites de los principios fundamentales que enaltecen el estado de derecho, o estado constitucional democrático, como lo es la separación de los poderes públicos y el respeto a la reserva legal y a la titularidad del poder constituyente.

II. EL DERECHO COMPARADO EN MATERIA DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Es conocido que, desde los comienzos tempranos de las democracias constitucionales, se nos enseña que los jueces son erigidos como los garantes de la Constitución para asegurar su supremacía. Basta recordar sus fuentes históricas, como lo fue el célebre caso *MARBURY vs. MADISON* del fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos del 24 de febrero de 1803, bajo el voto del juez presidente John Marshall, que hoy resulta un símbolo, como lo sigue siendo, en lo tocante a lo que significa la Constitución y sobre cuál debe ser el rol de los tribunales para ejercitar el control de constitucionalidad de las leyes ordinarias. Positivamente, si bien en este fallo histórico mencionado se reconoce al Poder Judicial competencia para no aplicar las leyes contrarias a la Constitución, también refuerza el principio que la Constitución, como voluntad última y originaria, por el que se organiza el gobierno y las funciones en las tres conocidas ramas de los poderes públicos; es decir, que fija, además, los límites que no podrán ser transpuestos por tales poderes. Y así mismo, que como la Constitución es la ley suprema es inalterable por medios ordinarios. E, igualmente que las leyes solo pueden alterarse por otras leyes al extremo tal que su derogatoria es potestad del Congreso. Asimismo, en el fallo citado la Suprema Corte afirmó que es de la esencia misma del deber de administrar justicia, el que los tribunales deban tener en cuenta la Constitución y que ella está en la cúspide sobre cualquier ley ordinaria, y que es la Constitución y no la ley la que regirá el caso al cual ambas normas se refieren. Pero que, si bien han de aplicar preferentemente la Constitución y no la ley, es claro que “*los constituyentes elaboraron ese instrumento como una regla obligatoria tanto para los tribunales como para la Legislatura*”. Se dice, entonces, que de este fallo yace el origen del control difuso de la constitucionalidad por parte de los jueces, según el cual estos deben aplicar preferentemente la Constitución y no la ley cuando

consideren que contraria las disposiciones constitucionales, pero que tanto como los legisladores, los jueces deben obedecer con el mismo recato a la Constitución.

Equivalentemente, los estudiosos señalan como otra fuente histórica de este control difuso, el juicio intentado por el médico Thomas Bonham, resuelto por el juez inglés, Edward Coke, en 1610, hace más de 400 años. En razón de que hay autores que consideran que lo decidido por este juez en realidad fue una teoría constitucional, como lo es el reconocimiento de la primacía de la ley fundamental, que no solo correspondía al Parlamento admitirlo, sino también a los jueces en casos particulares. Es decir, que no obstante la distinta realidad histórica a la norteamericana, la interpretación que dio el juez Coke a la aplicación preferente de la ley fundamental es la misma formulación de la doctrina de la *judicial review* de la Suprema Corte de los Estados Unidos.

Sobre este control llamado difuso, la doctrina y la jurisprudencia del derecho comparado se han ocupado cada una por su lado de enunciar reglas que regularizan su aplicación y legitimidad. Por ejemplo, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, en su doctrina jurisprudencial vinculante sobre el control difuso, precisó que el control difuso se ejerce en estricto sentido para los fines constitucionales preservando la supremacía de las normas del bloque de constitucionalidad, siendo de carácter excepcional y de última ratio, por lo que solo procede cuando no se puede salvar por vía interpretativa la constitucionalidad de las normas. Acerca de esta doctrina, fue de la inteligencia de la mencionada Sala, que los jueces deben tener presente que las normas legales gozan de presunción de constitucionalidad y son obligatorias para todos sin excepción, y que es un permanente servicio de los jueces cautelar la seguridad jurídica, por lo que la activación del control difuso debe ceñirse a los parámetros de compatibilidad constitucional. Y, además, enfatiza que la facultad de los jueces para ejercer el control difuso está limitada al caso particular, constituyendo un control en concreto con efecto inter partes, y que no les está permitido un control en abstracto de las leyes.

En ese sentido, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, considera como reglas para el ejercicio del control difuso, con carácter vinculante para todos los jueces del Poder Judicial, las siguientes:

“1. Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales, en tal sentido, quien enjuicie la norma esgrimiendo infracción a la jerarquía de la norma constitucional, debe cumplir con la exigencia de demostrar objetivamente la inconstitucionalidad alegada. **II. Realizar el juicio de relevancia**, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso. **III. Identificar la norma del caso**, por lo que el juez debe efectuar una **labor interpretativa exhaustiva**, distinguiendo entre disposición y norma; siendo obligación de los jueces haber agotado los recursos y técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad de la norma legal. **IV. En esencia el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto** que conlleva la inaplicación al caso particular, por lo que es exigencia ineludible iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el

medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia”.

De la anterior doctrina y dadas las consideraciones que anteceden, se observa claramente que, para el legítimo ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, según la regla del **juicio de relevancia**, la aplicación preferente de la norma constitucional procede cuando sea necesario para resolver un caso y cuando dicha norma se vincula con el caso. Al igual que por la regla de **labor interpretativa exhaustiva**, los jueces tienen obligación de agotar las técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad de la norma legal, en razón de la regla de **la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales**. A estas reglas se agregan la del **respeto del principio de la separación de poderes**, impuesto por la Constitución que impide al Poder Judicial invadir la competencia del Poder Legislativo, que ocurre cuando al aplicar el control difuso de la constitucionalidad, el juez no se limita a desaplicarla la ley, sino que también la reescribe, la reforma o la deroga. E, igualmente, **las reglas relativas a la legitimidad del ejercicio de la función jurisdiccional**, cuáles son las del respeto por los órganos del Poder Judicial de su competencia para conocer de las causas y asuntos y del cumplimiento de los procedimientos que determinen las leyes, a que se refiere el artículo 257, constitucional.

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana, ha señalado al respecto que la competencia del control difuso reconocida a los tribunales no les permite actuar como un juez abstracto de constitucionalidad, sino en la medida en que su intervención sea necesario para resolver un caso, puesto que es la Corte Constitucional a la que corresponde la competencia sobre el control abstracto de constitucionalidad. Dentro de este contexto, el Tribunal Constitucional dominicano ha señalado que el control difuso de la constitucionalidad, *“supone, por un parte, la existencia de un litigio y, por otra, un cuestionamiento de orden constitucional, en relación con la norma que sirve de fundamento a las pretensiones de una de las partes”*. Y, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de Méjico, ha asentado como jurisprudencia, que el control difuso que se ejerce por los jueces es aplicable en los procesos ordinarios que conozca para resolver casos concretos, por lo que no les corresponde juzgar la constitucionalidad, en general, o abstractamente, de normas legales que no son necesarias para resolver un asunto, acorde con la materia correspondiente y con base a las pruebas y alegatos de las partes. Es decir, que dentro del objeto del litigio la constitucionalidad haya sido discutida en las pretensiones de las partes y no de algo incidental.

Lo pertinente respecto de la doctrina comparada, es que en los sistemas mixtos, donde se prevé principalmente el control concentrado de la constitucionalidad, el control llamado difuso es la facultad de todo juez de ejercer el control de constitucionalidad y, por lo tanto, el poder de declarar la no aplicación por inconstitucional una ley, que contraría la Constitución, no de manera general, sino con relación a un caso concreto que deba resolver en sus respectivos ámbitos de competencia jurisdiccional. Porque de hacerlo de manera general, sería ejercer el control concentrado de la constitucionalidad, que solo corresponde a los tribunales

supremos. En otras palabras, como lo ha dicho la doctrina comparada, *“presupone, por ello, la existencia de un proceso, de una acción judicial, de un conflicto de intereses en el ámbito del que haya sido suscitada la inconstitucionalidad de la ley que debería regir la disputa. Tiene, así, un carácter incidental y concreto”*. O sea, se trata de una cuestión planteada por una de las partes o por el juez en un proceso judicial, en un conflicto de intereses. Aún más precisamente, *“el reconocimiento de la inconstitucionalidad no es objeto de la causa; lo que la parte pide en el proceso es el reconocimiento de un derecho que es afectado por la norma cuya validez se cuestiona y, para decidir sobre el derecho objeto de la pretensión el órgano judicial habrá, necesariamente, de decidir esa cuestión prejudicial sobre la constitucionalidad de la norma, supuesto lógico de solución del problema principal”*. Esta precisión es determinante para no restringir el control concentrado que es el método principal de este control de la constitucionalidad, puesto que permitir que los jueces, como lo ha hecho la Sala de Casación Civil, declaren la inconstitucionalidad de leyes de manera general, sin que ello se requiera para pronunciarse sobre las pretensiones del parte; sería debilitar la competencia del control concentrado de los tribunales supremos. En conclusión, como lo asienta la doctrina anteriormente transcrita, la desaplicación de la norma en el caso concreto de carácter definitivo por el Poder Judicial por contrariar la Constitución, *“es consecuencia de su función resolutoria en carácter sustitutivo, como tercero imparcial obligado a la prestación de tutela, lo que le confiere autoridad y fuerza de obligar”*.

Por otra parte, el control difuso de la constitucional no solo consiste en la aplicación preferente de la norma constitucional respecto de la ley que se considere contraria a la Constitución, sino que además no autoriza al juez para que, con la intención de introducir cambios en la ley, la vuelva a escribir. Puesto que aun cuando el Poder Judicial tiene la jurisdicción para no aplicar la ley que considere que hiere disposiciones constitucionales, no por eso se sustituye al legislador para rehacer, cambiar o retocar alguna la ley, en razón del límite que al ministerio jurisdiccional impone constitucionalmente el régimen de la reserva legal que se atribuye con exclusividad al Poder Legislativo, cuya violación supone el desconocimiento de la supremacía de la Constitución respecto del principio de la separación de los poderes, cuya garantía *“es fundamental para la conservación de la democracia constitucional, de suerte que la consecuencia de su eliminación no es otra que la supresión de la Constitución”*, que ocurre cuando el Poder Judicial invade la competencia del parlamento como Poder Legislativo.

IV. LAS REGLAS DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y LA SENTENCIA NO. 510 DE FECHA 28 DE JULIO DE 2017 DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL

Pues bien, en Venezuela esa primigenia idea del efectivo mecanismo procesal de la aplicación preferente de la Constitución en los casos en que las leyes contraríen sus disposiciones, por parte de los jueces, cuando sea necesario para resolver un caso concreto, se instituye en el artículo 334 constitucional y en el artículo 20

del Código de Procedimiento Civil, pero dentro de los límites formales y materiales de la competencia del Poder Judicial, establecidos en el artículo 253, en concordancia con el artículo 257, de la Constitución; y del principio de legalidad y de división de poderes contemplados en los artículos 7, 136, 137, 138 y 139, *ibidem*. Claramente, el 334 *ibidem* y el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, cada uno por su lado, divulgan y ponen al alcance de cualquier juez el control difuso o indirecto de la constitucionalidad, en caso de hallar una contrariedad entre una ley u otra norma jurídica con la Constitución, siempre y cuando con la desaplicación de la ley se resuelve una pretensión debatida por las partes en el proceso. En este supuesto, necesariamente el juez tiene el imperativo de aplicar la norma constitucional porque ésta prima. Por otra parte, el último párrafo del mismo artículo 334, desarrolla el control concentrado de la Constitución y le coloca esa delicada y exclusiva tarea a la Sala Constitucional, en una clara distinción entre este mecanismo y el mencionado control difuso. Es indiscutible, pues, que en Venezuela se hizo recepción del control mixto adoptado por otras legislaciones, pero, no se contempló el control difuso, como en algunos países, como un incidente, mediante una sentencia interlocutoria, con la fuerza suficiente para paralizar el proceso para someter al tribunal constitucional la cuestión de inconstitucionalidad de la norma requerida para la resolución de la controversia. Por el contrario, en Venezuela, la cuestión de la aplicación preferente de la norma constitucional, como parte del objeto del litigio, es resuelta mediante una sentencia definitiva, en la resolución del fondo del asunto. Es decir, no se instituyó el control difuso como una incidencia que suspende el proceso. De hecho, en Venezuela, el juez, para solucionar un caso, en su sentencia definitiva de mérito, aplica el control difuso y, después remite su decisión a la Sala Constitucional para que ésta revise dicho pronunciamiento respecto a si cabía o no cabía, aplicar preferentemente la Constitución para dirimir el caso particular y no la refutada ley. Y, en nuestro criterio, la competencia de la Sala Constitucional, en este supuesto, es también para determinar si el tribunal que aplicó el control difuso, lo hizo correctamente, de manera particular y no de manera general o abstracta.

A lo largo de los planteamientos hechos, se pone de relieve que la Sala de Casación Civil utilizó el método del control difuso de constitucionalidad y como se ha dicho, en un caso particular sobre la procedencia de un recurso de casación, sin que la constitucionalidad de norma alguna fuera el motivo, para decidir el recurso de casación y para resolver la controversia, con la desaplicación por inconstitucionales de los artículos 320, 322 y 522 del Código de Procedimiento Civil, y la nulidad del artículo 323, *eiusdem*; y para declarar al paso “en desuso” el artículo 210 *ibidem*”. Y, además eliminó la figura del reenvío en el proceso de casación civil, como regla, y lo dejó sólo como forma excepcional, cuando sea necesario acordar la nulidad procesal con la subsiguiente reposición de la causa al punto de donde partió la nulidad para así hacer renovar el acto írrito. Tal control difuso, como puede concluirse, no era necesario para pronunciarse sobre el recurso de casación, hasta el punto de que, la sentencia N° 510, del 28 de julio de 2017, de la mencionada Sala, lo desechó sin necesidad de resolver previamente sobre la constitucionalidad de ley alguna, sino que esta cuestión fue un *ober dictum* o *ober dicta* en dicha sentencia.

Según hemos venido diciendo, es preciso precisar en cuanto al punto que nos interesa, que la Sala de Casación Civil, en su sentencia No. 510 de fecha 28 de julio de 2017, quebrantó las reglas del control difuso de la constitucionalidad concernientes al juicio de relevancia, a la labor interpretativa exhaustiva y de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales, así como de la regla del respeto al principio de la separación de poderes, como ya se aclarado y que a nuestro juicio, rigen implícitamente en los artículos 334, de la Constitución, y en el artículo 20, del Código de Procedimiento Civil, respectivamente. Somos del entendimiento que el quebrantamiento de las reglas del control difuso de la constitucionalidad por parte de la Sala de Casación Civil, se evidencia incluso de la sentencia N° 362, del 11 de mayo de 2018 de la Sala Constitucional, que al revisar la sentencia de la mencionada Sala de Casación Civil dijo expresivamente no compartir el pronunciamiento de esa Sala por el que concedió efectos generales y *ex nunc* a su fallo, "en tanto que el control difuso es un control concreto, referido a un determinado caso, siendo sus alcances solo *inter partes*". Lo cual visiblemente, habla de un desconocimiento del criterio que con carácter vinculante había sentado dicha Sala Constitucional en su sentencia N° 1717 del 26 de julio de 2002 (Caso: Importadora y Exportadora Chipendele C.A.), en relación con el control difuso de la constitucionalidad y respecto de su diferencia con el control concentrado de la misma, en el sentido de que:

"a través del control difuso de la constitucionalidad, el criterio que lleva al juez a considerar como inconstitucional determinada norma jurídica únicamente produce efectos en el caso concreto, por lo cual, esa consideración no ocasiona consecuencias inmediatas más allá de la contienda en la que el control difuso se produce, habida consideración de que el juez no se estaría pronunciado sobre la validez de la norma en cuestión con carácter erga omnes".

(.....) A diferencia de lo anterior, cuando el órgano competente realiza el control concentrado de la constitucionalidad, los efectos de sus decisiones tienen un carácter general, en el entendido de que la declaratoria de nulidad de una norma que es contraria a la Constitución, expulsa a aquélla del mundo jurídico y, esa decisión, surte efectos erga omnes."

En nuestro ordenamiento jurídico, el único órgano competente para llevar a cabo de manera exclusiva y excluyente el control concentrado de la constitucionalidad es esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (vid. Artículos 334, último párrafo y 336.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con lo dispuesto en los artículos 25.1 y 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), por lo que las declaraciones con carácter general que se hacen en el obiter dictum de la sentencia objeto de revisión, no pueden surtir los efectos allí indicados. Así se declara".

De modo que, de acuerdo con los artículos 334, último párrafo y 336.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 25.1., 10 y 11; y 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; la sentencia N° 510 de fecha 28 de julio de 2017 de la Sala de Casación Civil no resultaba conforme, , por las razones dichas; y al mismo tiempo, por otro lado, esta Sala desconoció el precedente dictado por la Sala Constitucional, en cuyo caso, esta Sala debió anularla, conforme el artículo 4°, de

la Ley Orgánica de dicha Tribunal . Aún más, si habiéndose declarado inconforme a derecho y al precedente vinculante en materia de aplicación del control difuso de la constitucionalidad, entonces, en congruencia con los preceptos contenidos en el artículo 34 y en el artículo 89, ambos de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, no había lugar a la apertura de oficio del juicio de nulidad. En efecto, de manera explícita, dicta el artículo 34, citado, que únicamente si, desde un estricto enfoque constitucional, considera conforme la desaplicación de las normas estimadas como inconstitucionales, la Sala Constitucional podrá disponer el juicio de nulidad, tal como se desprende de los artículos 33 y 34, de la citada Ley Orgánica, cuyos textos, disponen:

Artículo 33. Consulta sobre control difuso de la constitucionalidad.

Cuando cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales de la República ejerzan el control difuso de la constitucionalidad deberán informar a la Sala Constitucional sobre los fundamentos y alcance de la desaplicación que sea adoptada, para que ésta proceda a efectuar un examen abstracto sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión. A tal efecto deberán remitir copia certificada de la sentencia definitivamente firme.

Artículo 34. Proceso de nulidad de oficio

Conforme a lo que se dispone en el artículo anterior, *cuando se declare la conformidad a derecho de la desaplicación por control difuso, la Sala Constitucional podrá ordenar el inicio del procedimiento de nulidad que dispone esta Ley*. Igualmente procederá cuando el control difuso de la constitucionalidad sea ejercido por dicha Sala. (destacado nuestro).

Y, a todo esto, el artículo 89, mencionado, con autoridad manda:

“El Tribunal Supremo de Justicia conocerá de los asuntos que le competen a instancia de parte interesada, *no obstante, podrá actuar de oficio en los casos que disponga la Ley*”. (destacado nuestro)

Sin mayor profundización del tema, pensamos que la Sala Constitucional en su Sentencia No. 362 del 11 de mayo de 2018, hizo uso de una argumentación artificial respecto de su competencia de revisión de sentencias y colocada en trance de caer en el vicio de lo que la doctrina francesa del derecho comparado considera “falseamiento de la Constitución” (“*Faussement de la Constitution*”), que alude a la situación en la que se otorga a las normas constitucionales una interpretación y un sentido distinto del que realmente tienen, que es concretamente transgresión o una modificación no formal de la Constitución que la doctrina alemana llama (“*verfassungswandlung*”). A diferencia del fraude a la Constitución que en su noción más elemental hace tránsito a la utilización del procedimiento de reforma constitucional para proceder a la creación de un nuevo régimen político, de un nuevo ordenamiento constitucional, sin alterar el sistema de legalidad establecido.” Incluso dicha Sala Constitucional, en la sentencia N° 74 de fecha 25/01//2006 (Caso Amparo Constitucional interpuesto por Acción Democrática), se refirió a esta distinción entre falseamiento constitucional y fraude Constitucional. Al respecto vale la pena recordar que la Asamblea Nacional consideró la sentencia N° 301 del 27 de febrero del 2007 de la Sala Constitucional, como un atentado contra la Constitución, y hasta dispuso que se investigara la responsabilidad de sus magistrados; porque declaro inadmisibile por perdida sobrevenida

del interés procesal la acción de nulidad ejercida por Adriana Vigilanza Garcia y Carlos A. Vecchio, en contra del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, pero que sin embargo reescribió dicho artículo por considerarlo inconstitucional.

Por otra parte, la Sala de Casación Civil para justificar la desaplicación erga omnes de las mencionadas normas jurídicas y declarar en desuso otra, igualmente no solo desaplico la casación múltiple, sino la anuló, porque, en su criterio:

“(.....), contraría palmariamente el postulado de celeridad establecido en la Constitución al igual que en el Código de Procedimiento Civil y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia...”, viéndose burlada la cúspide cimera de la Justicia Civil y por ende el Ciudadano o Ciudadana que impetra una Tutela Judicial Efectiva, cuando, aún más, podríamos agregar que obtenida la cosa juzgada, se abre una nueva etapa del proceso: La “*ejecutivi*” o etapa de ejecución de la sentencia, sobre la cual penden en determinadas situaciones, la posibilidad de ejercer un nuevo recurso de casación, lo que hace del recurso de casación y del proceso una especie de laboratorio dialéctico colocado lejos de la Justicia”.

V. LA INSEGURIDAD JURIDICA DE LAS REGLAS PROCESALES FIJADAS FUERA DE LA RESERVA LEGAL

Al obrar en estas especiales circunstancias de revisión de sentencias, la Sala Constitucional, al declarar oficiosamente la nulidad parcial por inconstitucionalidad de los artículos 320, 322, parcialmente, y 522 del Código de Procedimiento Civil y la nulidad total por inconstitucionalidad del artículo 323 *eiusdem*, que habían sido desaplicados, por la Sala de Casación Civil, instauró “*como nuevo modelo la llamada casación de instancia, sin reenvío, y sin reposición por vicios de forma de la sentencia*”, al extremo que admite por el impulso de lo resuelto como nuevo recurso de casación, que tuvo la necesidad de reescribir el texto de tales normas para cambiarle su vigencia. Por lo cual, quedó eliminado el reenvío, la casación múltiple y el recurso de nulidad; y se dejó indemne la figura de la nulidad con subsiguiente reposición de la causa para solo cuando se estime procedente el recurso de casación por quebrantamiento u omisión a formas sustanciales de procedimiento que hayan producido menoscabo en el derecho a la defensa de alguna de las partes como señaladamente estatuye el artículo 313, ordinal 1, del Código de Procedimiento Civil; y en cuyos supuestos, resulta urgente reponer la causa a un estado anterior a la sentencia de mérito, siempre, claro, que la reposición tenga carácter útil. En cambio, se mantuvo en vigor el cuarto aparte del artículo 320 *eiusdem* concerniente a la aludida institución de la casación de oficio. Sobre eso, la Sala Constitucional pensó igual; al punto de que reputó válido y vigente este aparte cuarto, del artículo 320, pero restringido solo en conexión a las infracciones de orden público y constitucionales que se encontraren, aunque no se las haya denunciado; a diferencia de la Sala de Casación Civil que, con verdadero exceso, extendió jurisdicción en lo atinente a la casación de oficio para cualquier supuesto de infracción de ley, por falsa aplicación, errónea interpretación o falta de aplicación de una norma jurídica sustantiva, sin analizar si se había afectado el orden público y explicar el por qué y cuál la norma jurídica está dotada de esa

calidad (Ver, TSJ/SCC, Sentencia. N° 432, del 28-06-17). Asimismo, la Sala Constitucional no emitió ningún pronunciamiento sobre la posibilidad de la casación parcial del fallo recurrido, puesto que, si bien su reconocimiento no implicaba la desaplicación de norma alguna; pese a ello, si se erigió como una nueva regla procesal obligatoria creada por la Sala de Casación Civil al aplicar el control difuso. Definitivamente, con este comportamiento se pone de relieve un lamentable desconocimiento de las formas procesales porque tal figura no está desarrollada en nuestro derecho positivo e ignoró que, conceptuada como un modo especial de actuación, debió la ley precisar al detalle sus alcances; mas no otorgarle virtualidad por la vía de la jurisprudencia por lo que bastará la más banal de las reflexiones para advertir que la sentencia no está bien ajustada y arreglada a derecho. Sucintamente, en Venezuela la declaratoria con lugar del recurso de casación produce la nulidad total de la sentencia recurrida y no parcial, pues lleva en sí la orden de reconstruirla íntegramente. Se requiere que exista una norma que expresamente la consagre y fije sus contornos. La casación parcial, pues, surge solo del criterio de esta Sala que le atribuyó efectos generales a la sentencia por la que eliminó la totalidad del reenvío y la reposición, y, en su lugar, precisó que la Sala podrá casar total o parcialmente la sentencia recurrida, al anular los artículos 320 y 322, antes citados. Es así, que, en cuanto a la casación parcial, en su sentencia N° 510 del 28 de julio de 2017, fijó el siguiente criterio, como regla procesal:

“CASACIÓN PARCIAL: En este supuesto, la Sala puede anular o casarla en un aspecto, o en una parte de la misma, quedando firme, incólume y con fuerza de cosa juzgada el resto de las motivaciones no casadas, independientes de aquella, debiendo la Sala recomponer única y exclusivamente el aspecto casado y verter su doctrina estimatoria, manteniéndose firme el resto de la decisión, por cuanto los hechos fueron debida y soberanamente establecidos en su totalidad, siendo, por tanto, innecesario la nulidad total del fallo.

En efecto, si la Sala encuentra suficiente casar parcialmente, dicta su doctrina y modifica el dispositivo en lo relativo a la infracción declarada; sin necesidad de reenvío, que como se estableció supra queda eliminado a partir del presente fallo. En tal sentido, pueden prosperar uno o varios quebrantamientos de forma o infracciones de ley, pero estos no llevan a anular toda la sentencia recurrida, sino una parte de ella, es decir, alguna de sus motivaciones o disposiciones, de modo que la sentencia de la Sala reemplaza únicamente la parte infirmada, quedando definitivamente firme, subsistentes las otras partes de la recurrida y así debe decirlo la Sala, sea porque limita la suya a dichos puntos, sea porque incorpora a la que profiere los puntos que no varían de la sentencia del tribunal de la recurrida”.

Lo antedicho, es una muestra de la inseguridad jurídica que se desprende de las sentencias comentadas, puesto que, por una parte, la Sala de Casación, al des- aplicar los artículos 320 y 322, del Código de Procedimiento Civil, determinó, con efectos generales, que puede anular o casar la sentencia recurrida en un aspecto, o en una parte de la misma; mientras que la Sala Constitucional nada dijo sobre la competencia de la Sala de Casación Civil para declarar la casación parcial y tampoco fue decidido si la mencionada Sala de Casación Civil puede declarar la casación parcial como una nueva regla procesal con efecto erga omnes, cuando

la propia Sala Constitucional se declaró inconforme con la atribución de efectos generales que la Sala de Casación Civil otorgó a la aplicación del control difuso. En otras palabras, ¿es o no una regla vigente la casación parcial?, Otra razón de la inseguridad, como lo señala el profesor Luis Aquiles Mejía, es la de que *“cabe preguntar si la figura de la casación parcial podrá ser utilizada en los casos de quebrantamiento de formas procesales, cuando el defecto de procedimiento no afecte la totalidad de las declaratorias del fallo, sino una concreta petición. Por ejemplo, respuesta la causa al estado de que se practique de nuevo una prueba ¿podrían quedar firmes aquellas partes del pronunciamiento no afectadas por la prueba cuestionada? De ser así, quedaría por dilucidar si podría ejecutarse de inmediato la parte del fallo no anulada por la casación. Pienso que no porque la ejecución ha de ser total y no por partes, comoquiera que el proceso aun ha terminado, No hay sentencia definitivamente firme”*.

En Venezuela, el recurso de casación se orienta fundamentalmente contra la totalidad de la sentencia recurrida y no frente a una parte determinada de la misma y en el supuesto de prosperar, el fallo que dicta la Sala de Casación Civil sustituye completamente a la sentencia impugnada ante esa sede de casación porque, la consecuencia de su declaratoria con lugar es anular por entero la sentencia recurrida, pues es de doctrina que la sentencia es un todo indivisible a riesgo de alterar su esencia. En efecto, el recurrente ataca su validez por padecer de vicios de tanta entidad que, de existir, la revocan íntegramente y se le desautoriza totalmente como ajustada a derecho. Por tanto, que la casación parcial no está conforme con el carácter integral del recurso de casación como medio de impugnación de la sentencia, como una unidad, por lo que para permitir la casación parcial habría que reformar todo el sistema del recurso de casación contemplado en el Código de Procedimiento Civil y fijar una regla o modo de actuación que lo tolere. No puede, ante esta circunstancia, la Casación Civil escudada bajo los auspicios de las sentencias antes citadas para declarar parcialmente procedente el recurso de casación y anular la sentencia recurrida solo en alguna de sus partes; de modo que, siendo así, las otras partes de la sentencia quedarían firmes y con la autoridad de la cosa juzgada. Por eso, definido el debido proceso como una forma esencial de procedimiento; por vía de jurisprudencia no se puede extender la jurisdicción a la casación civil para dar paso a la casación parcial, que no solo implica modificación sustancial de una forma procesal esencial, sino de todo el sistema relativo a la cosa juzgada y a su ejecutoria.

Además, de la incertidumbre anterior de si es posible o no la casación parcial, ocurre que según la misma Sala Constitucional en su sentencia 362 del 11 de mayo de 2018, respecto del control difuso la forma de desaplicación “no es algo de más allá”; por lo que será la Sala de Casación Civil la que en cada caso decidirá cuando esa formalidad de la nulidad total importa o no importa.

Las aludidas imprecisiones en las referidas sentencias representan un alto grado de inseguridad, como lo es el crear reglas procesales mediante fallos judiciales.

A ello se agrega, el precedente de la sentencia reglamentaria N° 254, del 29 de mayo de 2018, de la misma Sala de Casación Civil, de reglamentar para casos futuras las reglas procesales establecidas en anteriores sentencias, lo que agrava la incertidumbre, porque tales reglas pueden ser modificadas por sentencias posteriores, al libre criterio de dicha Sala.

La Sala Constitucional se ha dejado llevar en su sentencia 362/2018 por una concepción en extremo simplista como lo es asignar al legislador una inexplicable inconsecuencia u olvido, de lo cual no pudo defenderse. Siendo que, conforme al principio de la legalidad de los actos procesales, desde hace mucho tiempo, la doctrina del alto Tribunal nos instruye que *“no es potestativo de los tribunales subvertir las reglas legales con que el legislador ha revestido la tramitación de los vicios, pues su estricta observancia es de orden público”*. Doctrina esta que nos rige a partir de 24-12-1915 hasta hoy, sin sufrir mengua ni modificación, circunstancia que la convierte en diuturna y en una doctrina clásica y secular.

A la Sala Constitucional, por alta que sea su investidura, no le resulta dable ni hacedero, desconocer las reglas legales del procedimiento a riesgo de violar el debido proceso, como modelo de conducta destinado a servir de garantía al ejercicio de los derechos ciudadanos en el proceso, sin que sea valedero manipularlo bajo la justificación de que el procedimiento sea largo y no expedito. Esas son las reglas en juego y no caben reglas inesperadas sino de actuar dentro del estrecho círculo que la ley le asigna. Y así lo ha dicho con energía del convencimiento la propia Sala Constitucional al postular:

“Dentro del conjunto de garantías que conforman la compleja noción del debido proceso entendido en sentido formal, se encuentra el derecho de toda persona a ser juzgada de acuerdo con el procedimiento judicial establecido con anterioridad en la ley, ello en virtud del principio de la legalidad de las formas procesales que rige en ordenamientos jurídicos como el venezolano, donde está excluido el principio de la libertad de formas ” (cf. SC N° 2.403 de 09-10-2002)

Por tanto, cada vez que un juez o magistrado de la República haga uso del control difuso de constitucionalidad, la ley ordena que ese pronunciamiento sea revisado por la Sala Constitucional y si ésta lo declare conforme, siendo este el caso, se pone en movimiento el proceso de nulidad previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Es este un señalado trámite especial que debe cumplirse y no saltárselo bajo un argumento estéril y blando, de que es imperioso resolver la celeridad del proceso.

VI. LIMITES COMPETENCIALES CONSTITUCIONALES DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL Y DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Antes de ponderar la bondad jurídica de la doctrina de la Sala de Casación Civil sobre las nuevas regulaciones en el proceso de casación civil venezolano, contenidas en diversas sentencias, entre otras en las citadas sentencias N° 510, del 28 de julio de 2017; del 14 de agosto de 2019 (Exp. AA20-C-2019-000065)

y en la sentencia N° 138/2020; así como en la comentada sentencia de la Sala Constitucional de Justicia, N° 362, del 11 de mayo de 2018; creemos necesario abordar un igual trabajo con respecto a la estirpe de las sentencias de la Sala de Casación Civil para utilizar sin estorbo, su novedosa doctrina, del control difuso con efectos erga omnes, en base a un *obiter dictum*, para lo cual hemos elegido a otra de sus sentencias, la distinguida con el N° 125 del 27 de agosto de 2020, para certificar que esas nuevas regulaciones importunan e inoculan una inseguridad jurídica en el proceso de casación.

A decir verdad, sobre la cuestión cabe hacer, por oportuno y conveniente, un estudio conjunto de esos fallos para precisar si tales precedentes de la utilización del control constitucional difuso y del *obiter dictum*, resultan provechosos para el sistema procesal venezolano preferido por el legislador para acomodar y despachar los procedimientos civiles. Indubitadamente, ese singular procedimiento perfilado por la Sala de Casación Civil para afinar la casación de instancia, con la supresión absoluta del reenvío, no parece ser juicioso, como principio para el sistema procesal y la seguridad jurídica. En primer lugar, en la sentencia N° 510 del 28 de julio de 2017, se utilizó el *obiter dicta* como una modalidad y herramienta para incluir los argumentos que justificaron la desaplicación de los antes citados artículos del Código de Procedimiento Civil y el desuso de otro, como quedó descrito antes. Este es un argumento tóxico que va en perjuicio del mejor criterio técnico del control difuso de constitucionalidad, como se expresó anteriormente. Se suma a esto, el que ha sido y es de la común opinión y compartida por los juristas, de que la sola expresión *obiter dicta* dentro de la visión y enfoque más rudimentario, como aquella parte de una sentencia en el que el juez expresa ciertas consideraciones, “de paso”, por lo que por su naturaleza se le asigna un valor meramente complementario y que, por consiguiente no obligan para el futuro; y, por tanto, no son obligatorios para los demás jueces y magistrados de que han de seguir el *obiter dicta*, puesto que este sólo tiene un interés minúsculo hasta para el asunto en concreto. Con mayor razón para no ampliar su radio de acción como valor universal y de forzado e inducido acatamiento.

La acrisolada doctrina apunta en esa dirección:

(...) entre estos razonamientos de índole jurídica que se vierten en los considerandos de una sentencia hay algunos que son la base y el fundamento inmediato de la decisión (*ratio decidendi*), pero hay otros que son puras afirmaciones incidentales, argumentos de orden retórico o dialéctico o manifestaciones que se hacen pura y simplemente a mayor abundamiento (*obiter dicta*). Pues bien: de una manera rigurosa, una sentencia del Tribunal Supremo consiste en lo que decide y en la razón inmediata de decidirlo en estrecha vinculación con el caso decidido. Sólo esto es la verdadera jurisprudencia”.

Por tanto, esa atípica categoría conceptual del *obiter dicta* fue pésimamente manejada. Ello es fácil de comprender con hacer un repaso a los antecedentes historiadados en ese fallo N° 510/2017, ya que el recurso de casación formalizado en ese caso concreto por la parte agraviada por la sentencia dictada por el ad quem, fue declarado sin lugar y para nada se apeló a las razones en que se basó el

obiter dicta para mejorar o auxiliar los considerandos de que se valió la Sala para sostener o robustecer lo dispositivo de la decisión que declaró sin lugar el formalizado recurso de casación. Por descontado, que ese mecanismo mental delineado por la Sala de Casación Civil no está en sintonía con lo que constituye todo obiter dicta, que por ser una digresión que introduce una información adicional sin conexión con el tema que se está tratando o, por no dejar o bien prevalecerse de las circunstancias del caso en especial; es por lo que se ha de concluir que tales consideraciones son huérfanas de valor normativo. Sin duda que la Sala de Casación Civil hizo un uso desafortunado del mismo. En el mejor de los casos, ese obiter dicta apunta a un criterio auxiliar de interpretación y hace las veces de ser una recomendación de lege ferenda acaso para tenerla en cuenta para una reforma de la ley, o bien, un motivo para proponer una ley; con relación a lo que fue materia de decisión y no respecto de otra muy distinta de aquello que sirvió a la razón para decidir, que es lo importante en estos menesteres.

De ahí, que la doctrina sólida pone el acento en lo que se decide; y esto es así, con independencia ni depender de su extensión ni del atractivo teórico de sus argumentaciones, y sin que por esa causa éstas se refieran a un modo especial y exclusivo a lo que circula alrededor del caso concreto al grado tal que un argumento o afirmación de esa calidad “de paso”, puede ser útil en el asunto que se sentencian y no serlo para otro caso. En compensación a lo precedentemente expuesto, sí, verdaderamente, los obiter dicta representan, en el mejor de los casos, un razonamiento para pulir o retocar un relevante razonamiento de los jueces para resolver un determinado conflicto y no otro; antes bien, si por definición excluido de la ratio decidendi es incomprensible cómo al mismo tiempo servirá de fundamento para la desaplicación universal de normas jurídicas mediante el uso del control constitucional difuso, cuyo radio de acción hace tránsito nada más que para un caso concreto que en puridad sólo conoce el juez con jurisdicción sobre el mismo. Y, cómo ese “dicho demás”, ha de convertirse en una instrucción de inexorable cumplimiento desde su publicación para todo el universo los jueces que asuman el conocimiento de casos semejantes. Sí así es, quiere decir que como el obiter dicta va a corroborar y reforzar la decisión principal, pero, sin ningún poder vinculante, su naturaleza es simple: puesto que nada más que es un complemento gracioso o de adorno. No cabe duda, que las Salas mencionadas, le han dado una resonancia al obiter dicta que la Constitución ni la ley han previsto. Porque estos argumentos “de paso”, carecen de valor y significación jurídica, puesto son argumentaciones subsidiarias o de mayor abundamiento, ya que tan solo tienen esa entidad de juridicidad, aquellos criterios o doctrinas que constituyan la razón suficiente para adoptar y justificar la decisión respecto de las pretensiones de las partes (“ratio decidendi”).

Para arribar a la anterior convicción, bastará una ligera lectura de los artículos 334, primer aparte, constitucional y del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, por más que la Sala Constitucional haya revisado esas sentencias y las haya revestido de virtualidad jurídica. Puesto que, la decisión de la referida Sala Constitucional al entrar a revisar los fallos de los tribunales de aplicación del control

difuso de la constitucionalidad, no tienen un impacto total y general como ha ocurrido; en razón, que constitucionalmente, estos solo se producen cuando la Sala en cuestión, ejerza debidamente el control concentrado de constitucionalidad, prescrito en el último párrafo del artículo 334 *ibidem*. Indudablemente, que el control difuso depende de la voluntad y compromiso del juez, para no aplicar la ley, cuando advierta a tiempo un vicio de inconstitucionalidad al internarse a resolver un caso concreto y no para todos. Este es el *quid* que defiende su existencia y este radio de acción o de movimiento no se puede rebasar, a riesgo de maltratar la Constitución, por más categoría suprema de que esté revestido un tribunal, ya que no se trata de jerarquía o autoridad, sino del respeto de la supremacía de la Constitución. Después de todo en la especie, como hemos apreciado, se echa de menos un uso religioso y controlado de este mecanismo de protección de constitucionalidad con el subsiguiente peligro a la garantía de paz ciudadana.

Precisando el aspecto que interesa, como advierte la Sala Constitucional en su sentencia N° 362 / 2018 al revisar la N° 510 del 28 de julio de 2017 de la Sala de Casación Civil, que esta incurrió en un desatino al declarar frente a todos la inconstitucionalidad sucesiva de los artículos 320, 322 y 522 del Código de Procedimiento Civil, la nulidad del 323 *eiusdem*, y en desuso el artículo 210 *ibidem*. A esta acción equivocada, se agrega el que la Sala Constitucional, sin que hubiera seguido el procedimiento correspondiente de acción popular de nulidad, aun así, confirmó la inaplicación de los citados artículos, y por si no fuera suficiente reescribió los enunciados preceptuados en sus textos con el único objetivo de otorgarles efectos generales a la mencionada sentencia de la referida Sala de Casación Civil que carecía de tales efectos. A propósito de esto, si la citada Sala de Casación Civil captó su inconstitucionalidad y explicó su por qué, se insiste, esa decisión solo interesaba para zanjar la cuestión en estudio; mas no, se repite, hacerla extensiva de cara a todos.

Con referencia a lo anterior, siendo el control difuso una cuestión ajena a otros casos y a otros jueces o magistrados; no es propio de su naturaleza, otorgarle los efectos generales de una acción de nulidad en una revisión de sentencia de aplicación de dicho control difuso. Ni más ni menos, esto significa consentir y tolerar un grado prelación a este control, que solo tiene, como se ha dicho, una reducida importancia y nunca trocarlo en un juicio universal, total y general mediante su revisión. Con absoluta certeza y seguridad se puede decir que ello cambió radicalmente la índole o condición natural y propio del control difuso de la constitucionalidad al transformarlo en una especie de fase previa del control concentrado, en desprecio al carácter principal y no subsidiario de este. E, incluso posteriormente complementado con “una decisión reglamentaria” en la cual se establece de manera general unas nuevas reglas de la casación de instancia.

La Sala Constitucional, a nuestro entender desbordó y colmó, y por mucho, las fronteras de su ordinaria su competencia y dictó una decisión incongruente porque si conoció como autoridad máxima de la revisión de la sentencia N° 510/2017, sus poderes estaban restringidos a esclarecer si el fallo de la Sala de Casación Civil estuvo acertado o no, por modo que, si confirmaba o le daba carta de naturaleza a lo resuelto, forzosamente debía afectar o beneficiar no más que a

las partes y a nadie más. Ejemplificando mejor lo expuesto: si el control difuso aplicado por la Sala de Casación Civil era inoperante para llegar a las conclusiones a que llegó dicha Sala; y, por tanto, la Sala Constitucional debió y no lo hizo, determinar si aquella actuó acabadamente en cuanto a las reglas del control difuso de constitucionalidad de los citados artículos.

Significativamente resulta contradictorio los modos de actuación de la aplicación “a la limón” del control del control difuso por las respectivas Salas, al extremo que, en una revisión de dicho control, se creó un nuevo proceso de casación civil, que suprimió el reenvío y el recurso de nulidad. Simple y llanamente, la Sentencia N° 510 del 28 de julio de 2017, representó un puente entre el control difuso y el control concentrado en un mismo procedimiento para fijar unas nuevas regulaciones al proceso en casación, completadas posteriormente en otra decisión de otro caso concreto, que no guardaba conexión alguna con ese tópico. Todo ello representa una yuxtaposición de procedimientos, intercambiando los efectos entre uno y el otro; injerto vicioso que transmuta el objetivo que cada uno de ellos persigue. Esto es, a través de un control difuso es imposible expandir sus efectos más allá de lo que la figura especialmente consiente en derecho. No obstante, la Sala Constitucional confirmó esa desaplicación, pero sin reparar la manifiesta violación de los severos límites de la legitimidad jurisdiccional por parte de la Sala de Casación Civil, de anular los artículos del Código de Procedimiento Civil, que, como ley nacional, solo podían ser derogados por la reforma legal de dicho Código, según el artículo 202, constitucional, agravada la situación porque posteriormente produjo una decisión reglamentaria por la que construyó, en su decir, una nueva casación.

Ello es un precedente dañino y hasta peligroso. Según esto, en Venezuela, las leyes procesales podrán ser derogadas por esta curiosa táctica cuando redunde en sabido que las leyes únicamente se derogan por otras leyes, sea expresa o tácitamente, tal cual lo prescribe el artículo 218, de la Constitución. O, por el conveniente ejercicio de las acciones populares de nulidad, conforme los artículos 333, y 336, numeral 1, *ibidem*. Por lo que verdaderamente, tales precedentes de las sentencias comentadas, son manifestaciones de un grave grado de inseguridad jurídica, en lugar de su certeza, como lo deben ser los métodos de control de constitucionalidad y sus efectos. De modo, que, de hoy en adelante, no será necesario derogar leyes procesales por el Poder Legislativo, sino que para ello bastará que cualquier juez haga desaplicación de una regla procesal, y, que la Sala Constitucional, por ser algo más allá de mera forma, luego la anule, o reescriba para modificar todo un vigente Sistema de Justicia; y finalmente que la Sala de Casación Civil posteriormente reglamente lo decidido por la Sala Constitucional. La Sala de Casación Civil y la Sala Constitucional por muy alta que sea su jerarquía y prestigio, están desprovistas, mediante el procedimiento del control difuso, del poder para anular leyes que atañen al proceso a seguir en casación, y que regulen las formas esenciales de ese procedimiento y los modos de actuación de un Tribunal Supremo, a través de una mixtificación del modelo de control difuso de constitucionalidad, como una fase previa del control concentrado de la constitu-

cionalidad. Y mucho menos para redactar nuevos artículos con arreglo a lo decidido, en casos particulares, al punto de suprimir y declarar en desuso otros al paso de ordenar la desaplicación de los citados artículos. Todo ello mediante sentencias de aplicación del control difuso, primeramente, y, luego, por sentencias de nulidad dictadas en una segunda fase de revisión de dicho control difuso, y posteriormente, por sentencias reglamentarias de las anteriores sentencias.

Creemos, que el centro de nuestra preocupación es advertir lo negativo del trastrocamiento para el Estado democrático de derecho en materias que interesan al Sistema de Justicia de la sociedad, y que por ello importa regular debidamente el control difuso, así como la revisión de su aplicación mediante una ley de jurisdicción constitucional que evite la desvirtuación del modelo del control de la constitucionalidad, contemplado en los artículos 334, y 336, de la Constitución. Ese esfuerzo baldío de las Salas muestra un cuadro desolador; porque esa desvirtuación atenta contra la potestad indeclinable de la Asamblea Nacional de legislar en las materias de competencia nacional, entre éstas las de leyes procesales que integran la reserva legal, y contra la participación ciudadana en el proceso de formación de leyes del Sistema de Justicia. En resumen, bajo ninguna interpretación puede otro poder atribuirse la capacidad de interferir en las funciones y atribuciones del Poder Legislativo; y ni siquiera sustituirlas, so pena de caer en usurpación de funciones, en orden a que, en lo que concierne a nuestra opinión, el Poder Judicial no puede dictar leyes, pues esto es un monopolio de la Asamblea Nacional. Opuestamente, el enervamiento del control difuso y de la revisión de su aplicación, responde a un típico caso de mutación constitucional, en su subtipo de “fal-seamiento constitucional”, al que hicimos referencia con anterioridad.

VII. EL DESCONOCIMIENTO DEL CARÁCTER IMPERATIVO Y NO FORMAL O NEUTRAL DE LAS LEYES PROCESALES

Las sentencias objeto de estos comentarios, no respetan el carácter imperativo, y no formal o no neutral, de las leyes procesales como garantía del debido proceso. De suerte que tales sentencias, hacen inseguros y muy problemático sus exactos alcances, como normas imperativas; por lo que bien, en ese sentido, cabe recordar a un maestro clásico venezolano:

“El presente Código se intitula de Procedimiento por ser esta denominación una propia y adecuada a su ámbito, dentro de lo convencional, toda vez que está integrado por las tramitaciones contenciosas y por las de carácter voluntarias..., entes no contrapuestos antagónicamente en frente al organismo Jurisdiccional (Tribunal), sino que como conceptos diferenciales en cuanto a la sede en que se deben desenvolver sus cuestiones fundamentales, más propiamente como dimensiones fijadas por la Ley acerca de la administración judicial; procesos y asuntos no contenciosos. Resulta Ley en Derecho Común, rigiendo, por lo tanto, en la aplicación de las leyes de excepción en cuanto éstas no lo derogan de manera relevante y sin que se pueda prescindir de su observancia en lo referentes a las disposiciones generales aplicables al caso (...).”

Véase que el Código, como ley de derecho necesario, expone los imperativos de conducta y los modos de actuación a cumplir dentro del proceso por todos los sujetos procesales y de ahí que, sea el que fije los modelos a seguir según y conforme a la dinámica que determina el conjunto de fuerzas y las actividades esenciales para que los procesos civiles progresen en el tiempo y el espacio, con la obligada asignación a las partes de cómo deben moverse activamente para tener y sacar ventajas en pro de sus derechos, intereses y bienes jurídicos y administrar el tiempo útil para realizar eficientemente los actos y actuaciones procesales a fin de lograr la función y propósito para el cual fueron establecidos por el legislador, bajo el peligro de que caduquen esos derechos por negligencia en su actuar.

Sea lo que sea, el Código citado, en su artículo 7º, igualmente, nos alerta que en todo proceso rige el principio de la legalidad que pone a disposición de los que intervienen como sujetos en un pleito, una serie de medios que preestablecidos en la ley estructuran la secuencia y desarrollo de los trámites y fórmulas judiciales que actúan como modelos de máxima seguridad por los que el Estado protegerá, por medio de esos estrictos mecanismos procesales, al ciudadano en el goce del indeclinable derecho de que su persona, bienes e intereses jurídicos no le serán violentados; disposiciones que no deben relajarse, salvo que siga otra ley nueva que las derogue. La Sala de Casación Civil, en el caso en estudio, derogó la ley, con lo que invadió funciones que no le corresponden. Pues bien, a la Sala Constitucional no le importó dentro del principio de la separación de funciones y del principio de legalidad, de que exista otra rama del poder público encargado especialmente de esos menesteres y no otro.

VIII. COMENTARIOS SOBRE ASPECTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN SEGÚN LAS INTERPRETACIONES DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL

En razón del principio constitucional de la seguridad jurídica en relación con el valor que revisten las debidas formas procesales, resulta ilustrativo destacar la obvia relevancia de la certeza en la aplicación de esas reglas, que las definen; que si bien son formales, sin embargo, tienen un similar imperativo a las del derecho sustantivo, por ser instrumentos fiables del debido proceso y de la correcta aplicación de la ley, para lo cual son útiles algunos comentarios sobre este tema, en virtud de que reivindican un conjunto de exigencias destinadas a resguardar el orden, la convicción y la eficiencia que resulta de su esmerada sumisión para conseguir su más elevada meta: la de cuidar el ejercicio del derecho a la defensa y a la valiosa tramitación del proceso y la justicia. Ello es determinante puesto que dicho principio de la seguridad jurídica radica en la creencia del ciudadano de que su persona, su familia, sus pertenencias y derechos estarán protegidos por las diferentes leyes y que las autoridades del Estado, en el supuesto en que tenga que intervenir en un procedimiento legal, le socorra la confianza y esperanza de que habrá de ser diligenciando según lo previamente establecido en el ordenamiento jurídico positivo legal.

En este orden de ideas, entrando al tópico propio del presente trabajo, sin duda la Sala de Casación Civil, en la sentencia No. 125 de 30.07.2020, aplicó al pie de la letra las nuevas regulaciones que han de cumplir los recurrentes en sede de casación civil para tener derecho a que al menos se examine su formalización. Por ejemplo, en ese particular asunto, se delató la denuncia de que el dispositivo del fallo vino a ser el resultado directo de la comisión por el juez sentenciador de una suposición falsa que desdijo la verdad objetiva del expediente. Ante este escenario que trae consigo la posibilidad de que la Sala de Casación Civil entre a tomar conocimiento de la cuestión de hecho, la ley ha consolidado un medio técnico para incursionar en el examen crítico sobre el contenido de documentos y actas procesales, para controlar, por excepción, la legalidad de una argumentación esgrimida por el juez a la hora de solucionar la controversia, pero que a la postre descuelga en errónea, inexacta o falsa. Justamente, esto fue lo que se abordó en esa sentencia que se cita; más, la Sala desechó de plano la denuncia por considerar que lo relativo al tema de la interpretación de los contratos debe ser estrictamente formalizada como un asunto que preocupa a la casación sobre los hechos, y lo exteriorizó así:

“Por lo cual, y en atención a todo lo precedentemente expuesto, la presente denuncia es desechada por falta de técnica grave en su formulación, al confundir el formalizante dos (2) supuestos distintos de casación por infracción de ley en un subtipo de casación sobre los hechos, como si fueran el mismo, confundiendo el señalamiento de un hecho positivo y concreto como premisa de la suposición falsa, con las conclusiones del juez en el análisis de las cláusulas del contrato, argumentación errónea que no puede corregir ni asumir la Sala, pues de hacerlo crearía un claro desequilibrio procesal a las partes en juicio al no mantenerlas en igualdad de condiciones ante la ley, sin preferencia ni desigualdades, como lo preceptúa el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil. Así se declara”.

Ahí, en ese trozo de esta sentencia de la Sala de Casación Civil, de inmediato se sabe que la razón suficiente para dejar fuera de combate la delación por suposición falsa ideológica, en el decir de la Sala, descansó en que el recurrente denunció, como si fueran lo mismo, dos supuestos distintos de suposición falsa. Premisa que funcionó como una causa excluyente y determinante por la que la Sala de Casación Civil adquirió la convicción de que la formalización cometió una falta grave de técnica, motivo más que suficiente para desestimarla de raíz. Sin entrar a profundizar el tema de la llamada técnica de casación por quebrantamiento de las formalidades que gobiernan el recurso como obligado presupuesto procesal a cumplir irrestrictamente por los recurrentes, en la sentencia en cuestión se da por sentado el antecedente de que solo en el caso de llenar a cabalidad esos rigurosos requisitos de orden formal, le nacerá al recurrente el derecho a que la Sala de Casación Civil como mínimo lea su formalización y pase a trabajar y calibrar el buen mérito de las delaciones consignadas en el escrito de formalización del recurso de casación.

Antes de cualquier otra consideración en cuanto a lo que interesa para este trabajo, conviene decir que sobre este punto no prevalece hasta ahora una doctrina

sólida y seria sobre esa malhadada técnica como se ha calificado ese rigor formalista, por cierto, muy desaprobada por la doctrina y jurisprudencia, tan abundante que excusa su cita. Aunque la Sala de Casación Civil en muchos de sus fallos defiende el rigor formal que ha de caracterizar el recurso de casación, no pisa terreno sólido comoquiera que se mueve al respecto con criterios discrecionales y deja el tema en tierra de nadie. En algunas sentencias deja la tesis expuesta de que la llamada técnica de casación no existe y equivale a una rémora procesal y prevalece la teoría de echar por tierra o desterrar del mundo procesal a cuantas formalidades inútiles se pretenda darles un valor normativo con capacidad de hacer sitio al perecimiento del recurso de casación. Ha calificado esa conducta como un anacronismo. En otras sentencias, va en contracorriente a esa tesis, y actúa con grande severidad en el cumplimiento de las mencionadas formalidades o fórmulas y las aplica sin contemplaciones, como en el caso citado de la sentencia N° 125/2020, para justificar el por qué no examina la infracción denunciada, quizás en detrimento de la tutela judicial efectiva y del debido proceso. Pero, como en Casación las ecuaciones fracasan, esa sentencia luce como un caso clínico del por qué, en lo que concierne a la suposición falsa, si resulta útil estudiar y trabajar la formalidad que milita en favor de la pulcritud y exquisita manera de presentar esta clase de denuncia, traída al proceso civil venezolano con el Código de Procedimiento Civil de 1916. Artefacto técnico este que hace las veces de llave maestra para abrir la oportunidad para que la casación por la vía de la excepción y sin traicionar su oficio de contralora de la ley, actúe con las precauciones debidas a fin de penetrar en el estudio de las actas del expediente con el exclusivo propósito de averiguar cómo la instancia se ocupó de establecer y apreciar los hechos.

Por lo que es válido centrar la atención en que la suposición falsa guarda estricta conexión con el error de hecho del juez por una equivocada apreciación y calificación de los hechos en general, pero si el error es respecto del contenido de un documento o acta procesal, la ley le concede un particular y estricto tratamiento. En ese trance, al recurrente se le advierte que ha de proceder conforme a las condiciones exigidas para que casación acceda a este tipo de cuestionamientos invocados en la formalización. Ello porque la casación no procede a inspeccionar puntos de orden fáctico, a no ser que se maneje propiamente la denuncia de la casación sobre los hechos con una explicación que represente con fundamento la falsedad por la vía de la excepción, y, sin olvidar que el error consiste en las equivocaciones del juez en la constatación de los hechos del litigio al examinar las pruebas para fijar estos hechos.

La suposición falsa está en la base misma en sede de casación de un medio de impugnación único, denominado casación sobre los hechos, aunque autores de alto prestigio critiquen esta denominación, porque ellos piensan que casación no está en capacidad de establecer hechos en ningún caso, sino solamente declarar la infracción de una norma específica para valorar el mérito de la prueba, que propiamente no es casación sobre hechos. En seguimiento a este propósito, innegablemente que la casación tiene por norte de ordinario ejercer, y para ello ha de examinar las cuestiones de derecho o infracciones de

ley, revisando los considerandos empleados por el juez de alzada para examinar si la motivación elegida para apuntalar lo dispositivo del fallo deviene correctamente en esa parte de la sentencia, donde la casación no tiene trabas para captar el error de derecho cometido por la instancia, siendo este el caso en el que la Sala de Casación Civil es libre y desembarazada para ejercer activamente, ésa, su competencia natural. Pero, no tiene la misma competencia para sobre la cuestión de hecho, por lo que, por ser excepción, es necesario que los recurrentes acomoden su denuncia a los requisitos de la denuncia de la casación sobre los hechos, puesto, que por definición la Sala de Casación Civil no es más que un tribunal de derecho.

Después de todo lo expuesto, el caso resuelto por la sentencia No. 125/2020 es útil y valioso a los fines de este ensayo. En efecto, en el caso de la especie, el recurrente denunció como motivo de su recurso de casación la comisión de una suposición falsa ideológica. Y conforme a la doctrina pacífica de la casación civil, el interesado en la suerte de esta infracción tiene el compromiso de acatar una elaborada técnica, Si no la obedece, sin más remedio su denuncia quedará desechada al grado que casación civil ni siquiera la va a leer. Formalidades estas, en lo que concierne a la cuestión de hecho, clasificadas como esenciales para el debido proceso; ya que de otro modo resulta ineficaz la prohibición a la casación de inmiscuirse o interferir en realidades procesales, cuyo destino está en manos de los jueces del mérito, en respeto a sus impenetrables y soberanos poderes de apreciación de los hechos, como jueces naturales. Demás está decir que el legislador venezolano dosifica al detalle las vías y medios para que casación amplíe su jurisdicción con el objeto de ingresar a trabajar la cuestión de hecho y abrir la puerta para valorar la decisión de los jueces del mérito en cuanto al establecimiento y apreciación del hecho o de las pruebas, como en los casos en que los dispositivos de los fallos judiciales sean la consecuencia de una suposición falsa. Solamente en la ocurrencia de estos excepcionales supuestos, la casación adquiere el fuero de revisar actas e instrumentos para certificar cómo los jueces de la instancia constaron los hechos y de cómo los apreciaron. Así es que en lo que atañe a la suposición falsa, el Código de Procedimiento Civil en el elocuente lenguaje de la jurisprudencia distingue taxativamente sólo tres (3) subhipótesis de este motivo de casación sobre los hechos previstas en el artículo 322, encabezamiento, del Código de Procedimiento Civil; entre éstas aparece aquella en que el juez haya atribuido a “instrumentos o actas del expediente menciones que no contiene”

En este apretado caso, el rasgo común que compone un caso clásico de suposición falsa, consiste en que el juez inventa, se imagina y pone en circulación una mentira procesal que se aprehende sin ningún esfuerzo intelectual, al grado que bastará la confrontación de lo declarado en el instrumento o acta que corra al expediente con lo resuelto al punto por el juez; de esa pronta revista a lo ahí afirmado, la casación encuentra algo no afirmado en esas piezas del expediente, es decir, palabras o expresiones que no dicen, en cuyo caso,

sin duda que se está ante un expresivo y revelador trastrocamiento de la verdad. En tal estado de cosas, la Sala casará el fallo sin adelantar apreciación alguna sobre la nobleza jurídica de esos instrumentos o actas, y ordenará dejar de lado para la controversia ese hecho positivo que no tiene respaldo probatorio que resulta falso. Mas, por la vía de la jurisprudencia, el alto Tribunal difundió a partir de 1939, una nueva interpretación de esta subhipótesis de falso supuesto. En ese tiempo dejó asentada la siguiente doctrina

(...) equivale a atribuir la existencia en un instrumento de menciones que no contiene, *el hecho de desnaturalizar la mención que, si contenga*, al punto de hacerle producir efectos distintos de los en ella previstos, o al punto de que produzca los efectos que hubiere producido otra mención que el instrumento no contiene” (destacado nuestro).

Esta notable y perspicaz doctrina se siguió en otros fallos. Doctrina que ha recibido acogida hasta ahora sin que se haya intentado modificar su interpretación, tanto que constituye jurisprudencia pacífica y por el transcurso del tiempo, diuturna. Si algún cambio ha habido, no está referido a la naturaleza y sentido propio de ese tipo de suposición falsa, sino a una serie de requisitos a modo de cláusula de cierre de preceptivo cumplimiento por los recurrentes, a riesgo de quedar expuestos a que la formalización de su recurso les sea desestimada de pleno. Todo ello como fruto de la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1987, nacida en torno a la nueva redacción y naturaleza de los motivos de casación sobre los hechos, denominación o calificación, que incluso ha sido criticada por algunos autores, como ya antes se expresó.

Por lo demás, sale un dato incontestable de esta experiencia jurídica, puesto que, a pesar de la tesis constitucional de la informalidad procesal, la Sala de Casación Civil elaboró un modo de ser exigido a los recurrentes a la hora de entrar a redactar una infracción por suposición falsa, al grado que ha desestimado por falta de técnica adecuada, toda aquella infracción que no se amolde a esa técnica. Es decir, que no es verdad la tesis de la informalidad absoluta del recurso de casación a la que se han referido tanto la Sala Constitucional como la Sala de Casación Civil.

Es tan cierto, que la Sala de Casación Civil exige como una formalidad valorativa que quien alegue falso supuesto debe fijar con precisión en cuál de los casos contenidos en el artículo 322, encabezamiento, del Código de Procedimiento Civil, ubica su denuncia por exigirle la técnica de la formalización del recurso de casación. Casos estos, que son: 1) Atribuir a instrumentos o actas del expediente menciones que no contiene. 2) Dar por demostrado un hecho con pruebas que no aparecen en autos; y 3) Dar por demostrado un hecho cuya inexactitud resulta de actas e instrumentos del expediente mismo. La suposición falsa pura y simple debe referirse a un hecho concreto; que se trate de un error material por lo que de ningún modo se trata de una falta de motivación en el establecimiento de un hecho, ni puede confundirse con una defectuosa valoración probatoria; ni tampoco con vicios en el establecimiento o apreciación de los hechos. Todo porque la

suposición falsa debe referirse a un hecho concreto, que redunde en falso al grado que hoy por hoy, constituye un motivo autónomo de casación.

Lo que lo caracteriza la suposición falsa simple es una falta de exactitud de orden material, para lo que será bastante con el ejercicio de una simple inspección visual que conduzca a ponerlo de manifiesto, sin que sea necesario hacer un trabajo del entendimiento o de deducción o de enjuiciamiento. En concreto, las deducciones o inferencias que los jueces hagan por vía de interpretación de un concepto implicado en el texto de cualquier documento o instrumento o acta del expediente no configuran el referido falso supuesto. Esta es la regla. En cambio, la suposición falsa ideológica está referida a un error intelectual del juez en la interpretación del contrato o en el contenido de algún documento u otro medio de prueba que importe por relevante a la controversia, de cuyo examen el juez haya sacado una falsa conclusión que justamente es lo que persigue con ahínco este tipo de suposición falsa porque, es un punto sin discusión de que en principio la interpretación de los contratos y el trabajo probatorio es un asunto reservado a la perspicacia, sensatez y a los enjuiciamientos utilizados por la instancia sin que casación este habilitada para intervenir y censurar esos criterios, en lo que los jueces son soberanos.

Se ha dicho desde hace mucho tiempo que esa soberanía de los jueces de la instancia no llega al extremo de interpretar a su gusto los contratos y dar a estos una denominación distinta de la que la ley les atribuye y si bien ese error de calificación o interpretación de un contrato cae bajo la censura de casación, ello de por sí no constituye falso supuesto, sino un error de derecho revisable mediante el texto legal infringido que contenga la definición del contrato, siempre que hubiere sido erróneamente interpretado, falsamente aplicado o dejado de aplicar; pero, si equivale a suposición falsa la desnaturalización que se haga del sentido claro y expreso de las convenciones y prescindir, por tanto, de los preceptos legales a que ellas deben someterse. Entre una y la otra situación existe un tenue línea de distinción que tocará al recurrente explicar. Bien se comprenderá que ese parecer se basa exclusivamente en que la ley se encarga de definir los contratos para lo cual es harto el concepto vertido en la norma y comparar ese supuesto o enunciado de hecho con la realidad del expediente; por eso para cuestionar el punto de la calificación correcta de los contratos, es suficiente invocar la infracción del artículo que lo describe; aunque, a veces, casación indica que tal refutación solo se acepta a través de la suposición falsa ideológica; por supuesto, ello es una especial e insuperable inconsecuencia de casación con su jurisprudencia secular y la doctrina consolidada.

Dadas las condiciones que anteceden, corresponderá invocar suposición falsa simple cada vez que el juez atribuya una mención o adultera una mención o término que corre al contrato o documento, tan grave para que la estipulación del contrato quede desnaturalizada y produzca un efecto no previsto en ella. Y aquí surge la clave para descubrir la suposición falsa semántica, que consiste en discernir si hubo interpretación o desnaturalización de la voluntad contractual; en esta dirección el punto de inflexión de la denuncia, ha de centrarse en expresar cuál fue la mención que hubiere sido corrompida o falseada al dársele a un vocablo

puesto en el instrumento, acto o de alguna prueba, una acepción que no tiene. Ni modo, una vez establecido ese hecho creado en la imaginación del juez, adrede o por descuido y por tanto inventado, indicar que ese error de hecho al enjuiciar los hechos, condujo a un error de derecho. Es decir, denunciada la mentira procesal, invocar las normas jurídicas falsamente aplicadas; todo lo cual desembocará en una distorsión material del real contenido de los documentos, actas o actuaciones sobrantes en autos y, en lugar de decidir en punto a lo estipulado en el contrato o lo escrito en los documentos e instrumentos, el juez coloca en su lugar un hecho distinto, que es falso. Decisivamente, se sigue atacando un hecho concreto derivado de una transfiguración de la palabra, mención o expresión inserta al documento o acta del expediente, mas no se trata de verificar si hubo *obrepción* o *subrepción* de la palabra sino de precisar el justo alcance de estas dentro de un contexto documental.

Confirmado este aspecto que alimenta los comentarios anteriores, la piedra de toque para medir la intensidad y la realidad de la existencia de la suposición falsa ideológica consiste en rebatir un razonamiento final del juez que a la postre resulta inexacto, falso o incorrecto con relación al contenido o naturaleza del contrato o documento. De cualquier manera que para hacer la oportuna y debida delación de esas especiales circunstancias, es inconveniente recurrir conforme este motivo de suposición falsa contra las conclusiones del juez que, por regla general, están fuera del concepto rígido de esta suposición falsa; y de ahí que casación en tales supuestos deseche una suposición falsa orientada a combatir por falsas las dichas conclusiones, resultado del error intelectual en que incurrió el juez, a cuyo fin, el formalizante deberá refutar la bondad del mismo por medio de las pertinentes delaciones por violación directa de la ley y no por suposición falsa. En efecto, retomando el hilo de la suposición falsa, el blanco de la infracción reside en una equivocación mental del juez, resultado particular de un falseamiento del sentido de las palabras, menciones o expresiones contenidos en alguna o algunas de la estipulaciones contractuales o medios de prueba, siempre que el recurrente no plantee ni pretenda acusar o denunciar una desinteligencia que envuelva una divergencia del criterio con relación a los enjuiciamientos del juez. Esto es un asunto distinto a la suposición falsa intelectual o ideológica, según lo entiende la jurisprudencia de la casación civil.

En relación con ello, en síntesis, a lo antes dicho, el recurrente tiene la carga de aislar cuál fue la mención desnaturalizada y cuál el errático sentido o alcance que el juez dio a la misma mención en contrario a lo verdaderamente pactado. Exige, la jurisprudencia de casación, además, el que se delaten las normas falsamente aplicadas a esos hechos inventados por el juez y aquellas que debió aplicar. Esto último merece una anotación. Una que otra vez, la Sala declara la existencia de una suposición falsa ideológica, pero, a contrapelo no repara en que el recurrente ni por asomo delató cuál o cuáles fueron las normas jurídicas que el juez de alzada aplicó falsamente, cuyo quebrantamiento, según lo antes expuesto, lleva al abandono de la infracción. O bien, saca de propósito la delación, aunque sí nombró como infringidas las normas falsamente aplicadas, mas no hizo lo mismo con delatar las normas jurídicas que se debió aplicar y no aplicó el juez de la recurrida.

Y puede suceder que existan situaciones en que ni siquiera hay norma con que enlazar la delación como no aplicada, pero la jurisprudencia urge al recurrente además de denunciar la norma falsamente aplicada y las que debió aplicar el juez y no aplicó. El Dr. **Pedro Alid Zoppi** comenta el punto y escribe:

“Es más: cuando el juzgador aplica indebidamente una norma jurídica (falsamente como dice el Código) es posible que no exista” otra “norma inaplicada”, porque la indebida aplicación no significa necesariamente que existe una “norma contraria”.

Quiere decir que, la casación es muy inconstante y voluble. Aplica un requisito en un caso y desestima la delación instantáneamente y en otras la pasa por alto sin precisar el por qué esa omisión no resulta grave para la suerte de la formalización. Esto entraña que ese presupuesto formal deberá exigirse, siempre que sea posible conectar la falsa aplicación en los casos de suposición falsa con la correlativa denuncia de falta de aplicación de la ley. Es, por tanto, necesario que la Sala lo precise; aún más, será muy dogmático un fallo y proclive a la injusticia que en todo momento se exija el cumplimiento de estos requisitos formales, puesto que a veces no habrá norma con que conectar la infracción, tanto que en ese supuesto se le pide una carga procesal que la ley no pone en cabeza del recurrente.

Y hay todavía más. La exigencia obligada de precisar por el recurrente las normas que debió aplicar el juez y no aplicó, resalta como un requisito relativo y no absoluto que conduzca a la desestimación de la denuncia porque el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil preceptúa:

“(…) estableciendo además cuales son las normas jurídicas aplicables para resolver la controversia, ya sean éstas las indicadas por las partes en los escritos de formalización o de contestación, o las que la propia Corte Suprema de Justicia considere que son las aplicables al caso”.

Lo prescrito en el Código de Procedimiento Civil da crédito que el requisito en cuestión no califica como obligatorio con la capacidad de sacar de juego la denuncia porque, en definitiva, será a la Sala de Casación a quien estará dirigido el mandato de la ley y no a la parte, la que podrá hasta equivocarse en la indicación de la norma jurídica y con todo y eso, su formalización no debe sufrir mengua.

Ha de insistirse con energía que, si se denuncia la conclusión del juez de falsa o inexacta, como una suposición falsa ideológica, por no resultar compatible el texto de la mención que se interpreta; que la labor consistirá en averiguar cuál es la voluntad o intención de las partes, lo cual es una interpelación sana del derecho. Pero, no ocurre lo mismo, al distorsionarse los hechos, por la desnaturalización de las menciones o textos de las actas procesales, porque desde luego lo que existe es una tergiversación mental de los hechos.

En tal hipótesis, el alto Tribunal está en la urgencia de hacer un análisis de dicha conclusión a que se arriba, para luego valorar el contenido de los documentos que obran en el expediente.

La común noción de falso supuesto por desnaturalización es la que acaece al deformar el espíritu, entendimiento o acepción, normal e inequívoco de un texto o expresión literal, lo que requiere del concurso de rigurosos requisitos por cuanto se trata de puntualizar y grabar profundamente el cabal y legítimo significado de palabras dentro de un contexto documental específico para saber si hubo una sustitución del concepto o vocablo claramente revelado por otro falsamente supuesto. No es pues, un enjuiciamiento o conclusión interpretativa falsa, sino el trastrocamiento letal o etimológico de las palabras escritas de los documentos o de las actas procesales. Esa tarea exige de continuo, poner de manifiesto qué las palabras utilizadas por el juez, no se corresponden con el contenido textual del documento o instrumento, para lo cual será indispensable invocar el porqué de la incompatibilidad mental, a fin de destacar las menciones alteradas dentro de un contexto específico; y ello se traduce en un vicio de naturaleza equivalente al que suele producir el falso supuesto simple, o en sentido estricto de aseverar un hecho sin prueba alguna o que resulta inexacto por contradecir la prueba existente en los autos, que la jurisprudencia ha venido admitiendo como tal. Desde luego, se trata de una delación muy trabajosa.

Está claro, pues, que este tipo de suposición falsa rebasa la simple confrontación porque su complejidad exige un análisis concienzudo del por qué se ha producido una transfiguración de las menciones, palabras o expresiones colocadas en un documento, instrumento o acta del expediente, que bien vistas aparecen como muy alejadas del texto de donde sigue la declaración cierta, por la que el juez le cambia o demuda la trascendencia o el valor literal de algo que se dice que consta en lo declarado por cualquier instrumento. Preciso es de aclarar que no hay confundir la tergiversación que el juez haga de los planteamientos hechos por las partes con su demanda y la contestación a esta o de la reconvencción y su respuesta por el reconvenido, con ese cambio de enfoque de lo alegado, puesto que ello no constituye una suposición falsa, sino una incongruencia por alteración de la causa de pedir o de los términos como fue planteado el conflicto judicial. Doctrina está muy vieja, pero hoy todavía vigente.

Pues bien, la Sala de Casación Civil, según las nuevas regulaciones del proceso en casación, ahora incorpora un cuarto caso de denuncia de suposición falsa por obra de juicios falsos o conclusiones falsas, que no es la de una suposición falsa positiva, o la afirmación falsa de un hecho, sino de un juicio falso. Si bien, al tener en cuenta la doctrina todavía vigente de la referida Sala, el motivo primitivo de casación del falso supuesto por el que se impugnan hechos puros falsos, engloba en tal suposición falsa semántica la tergiversación sobre el contenido de un documento de donde el juez deriva conclusiones erróneas o inexactas; lo cual si equivale a la hipótesis primera de suposición falsa.

Pero en la sentencia N° 125/2020, nada le sirvió de impedimento a la Sala de Casación Civil para poner un cuarto caso de suposición falsa, que cual se ha encargado de precisar en su más variada doctrina sobre el punto, es un error de juzgamiento cometido por el juez al interpretar los hechos que resultaron demostrados en el proceso. Supuesto este que es una cuestión de derecho y que, por tanto, no cabe agruparlo junto a los tradicionales casos de cuestiones de hecho previstos

en el artículo 322, mencionado. Y para cuya delación la casación civil exige la técnica formal de la debida denuncia de la suposición falsa y no la de las infracciones de ley. Cuando en realidad, ni en la jurisprudencia, ni en el nuevo tipo de casación de instancia, definido por la Sala Constitucional, está previsto expresamente un cuarto caso de suposición falsa, en fuerza de que no se modificó el encabezamiento del artículo 322, ya citado. Al fin y al cabo, no se contempla ese nuevo tipo de suposición falsa, que es obra de la interpretación de dicha Sala en unas sentencias. En concreto, en ninguna regla procesal, formal o jurisprudencial, existe la denuncia de suposición falsa ideológica por conclusión o juicio falso, para que se desestime por mala formalización el recurso de casación por no ubicar su denuncia en un inexistente cuarto supuesto de falso supuesto.

Vale la pena recordar, que el principal argumento de la Sala de Casación Civil por el que no admitía en su jurisprudencia consolidada la desnaturalización del contenido del contrato como una delación por suposición falsa semántica, se pone de manifiesto en la propias sentencias de dicha Sala sobre la nueva casación, al decir que ello no es tergiversación de menciones o palabras, sino de un error de percepción o de derecho en la interpretación del contrato; lo cual, incluso, define como una desviación ideológica de lo pactado como lo es interpretar un contrato de compraventa como un contrato preliminar. En efecto, destaca la Sala en su sentencia N° 125/2020, que el recurrente afirma:

“Es evidente que tanto la (...) actora reconvenida como la demandada (...) contestes que el contrato celebrado (...) era un verdadero contrato de compra venta, siendo de observar que dicho hecho fue desvirtuado completamente por el juez a-quem, pues su labor era indagar la voluntad e intención de las partes contratantes al establecer determinadas obligaciones y derechos, al incurrir en suposición falsa producto de la valoración errónea o desnaturalizada del citado contrato, ya que le otorga efectos distintos a los previstos en él, como consecuencia de un error de percepción producto de un criterio jurisprudencial aplicado de forma retroactiva ”

Y luego, dice la Sala en la citada sentencia que reitera que:

“El hecho positivo y concreto que el juez de la recurrida haya dado por cierto valiéndose de una suposición falsa lo constituye la calificación dada por este al documento fundamental de la demanda como un contrato preliminar de compra venta y no como un contrato de venta pura y simple ”.

Y remató su decisión, cuando afirmó:

“(…) incurrió el juez de la recurrida (...) dentro del primer caso de suposición falsa contenida en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, o sea, atribuirle a un acta o instrumento del expediente menciones que no contiene, por cuanto el juez en su sentencia le otorgó al documento fundamental de la demanda menciones que no contiene calificándolo de contrato preliminar de compra venta, incurriendo así en el vicio denunciado”.

Desde un enfoque estrictamente formal exigido por la casación civil, no es, extraño ni está fuera de lugar, que se desestime una delación de suposición falsa y rechazarla sin más trámites; si en estos casos de conclusión falsa respecto de la interpretación o calificación de un contrato, se invoca la suposición falsa ideológica porque tal hipótesis no encuadra en la primera subhipótesis del artículo 322

ibidem. A simple vista se observa que en una delación en esta hipótesis de suposición falsa no se cumple con la técnica para confeccionar esa difícil e industriosa delación, puesto que hasta en la sentencia mencionada se citaron los artículos falsamente aplicados y cuáles debió la alzada aplicar y no aplicó, que es cuestión de derecho y no de hecho. Esto significó que la Sala debió estudiar el mérito mismo de la delación de derecho para averiguar si hubo o no la aducida adulteración ideológica en cuanto al contenido del contrato a objeto de precisar si en verdad hubo venta u opción de compra; mas no escudarse en un rígido rigor formalista de que al denunciar como suposición falsa el error de calificación del contrato, el recurrente ubicó la denuncia en dos supuestos distintos de suposición falsa, en razón de que el recurrente denunció como motivo de casación la suposición falsa indicada en la primera hipótesis del artículo 322 del Código de Procedimiento Civil, de atribuir a instrumentos o actas del expediente menciones que no contiene, o de desnaturalizar las que contienen; cuando en realidad se trataba de una calificación falsa de un contrato y no tergiversación de menciones o términos contenido en el texto del contrato.

Al percatarse la Sala de la distinción que existe entre la suposición falsa pura y simple de atribuir a instrumentos o documentos insertos al expediente menciones que no contiene y la tergiversación del contenido del contrato, que no equivalen a una sola hipótesis, entonces, como resultado de ese nuevo modelo de casación, por ober dicta, fabricó un cuarto caso de suposición falsa que no se refiere a la falsedad de un hecho, sino a un error de derecho o de enjuiciamiento.

Además, que no le está permitido, como se ha expresado antes, valerse de nueva regla procesal que fue la de que se valió la Sala para desestimar la delación en el caso particular del recurso de casación que examinaba, cuando en el primer aparte del artículo 322, citado, que no fue modificado no se contempla un cuarto caso de suposición falsa.

No de balde, la Sala de Casación Civil en sus sentencias Nos. 254/2018 y 125/2020, quebrantó sus autprecedentes, habida cuenta que se apartó de su propia jurisprudencia reguladora del recurso de casación, en torno a lo que constituye una tergiversación ideológica o de juzgamiento falso, porque fue de su inteligencia de que éste tipo de falsedad no se contextualiza dentro del caso estatuido en la primera hipótesis de suposición falsa de desnaturalización semántica, sino en un cuarto caso; ello no obstante que en su jurisprudencia la incluye en la primera subhipótesis. Al respecto se advierte que la doctrina contenida en las sentencias que repetidamente hemos hecho mención, de ninguna manera se declara desaplicado el encabezamiento del artículo 322, ibidem, que señaladamente dispone cuáles son los casos de casación sobre los hechos y entre estos, la suposición falsa en sus diversas especies.

En los marcos de las observaciones anteriores, notoriamente se echa de ver que la Casación Civil quebranta una forma esencial del recurso de casación, porque cada una de esas subhipótesis de suposición falsa, reclaman distintas regímenes de singular acatamiento, así como especiales y disciplinados

sistemas de actuación, elevados como fórmulas esenciales de procedimiento; además que al juez de casación le está jurídicamente vedado enmendar o reformar esas estrictas regulaciones por estar fuera de su ámbito de actuación y menos la de imponer una técnica similar de su denuncia de suposición falsa a los errores de conclusiones o de juzgamiento por falsa aplicación de la ley, que de no seguirse escrupulosamente determinará la desestimación de la formalización del recurso de casación. En otras palabras, la Sala de Casación Civil, usurpó las atribuciones de la reserva legal, al punto de urdir textualmente un nuevo caso de suposición falsa por tergiversación ideológica, lo que está fuera de sus poderes asignados por la Constitución y que enmarcan su actividad y los distinguen de las otros conferidos a los demás integrantes del poder público; y que cada uno de ellos deben moverse con seguridad dentro de esas ceñidas fronteras y límites sin que sea lícito asaltar a las de los demás.

De manera semejante no es exacto tampoco, el criterio manejado por la Sala de Casación Civil sobre el silencio de pruebas tildado por la jurisprudencia como falso supuesto negativo, pero no obstante este equívoco, con todo no cabe en aquella figura de suposición falsa, ya que la nota característica de éste motivo de casación de silencio de prueba, es la afirmación de un hecho positivo que resulta ser falso al no tener respaldo probatorio, por tratarse de una mentira procesal que el juez se imagina o inventa. Esto suscita un desafío al buen entendimiento porque lo que la Sala tradicionalmente decía es que la suposición falsa negativa, constituía o equivalía a un silencio de pruebas, o una falta de motivación, porque ocurre cuando el juez afirma un hecho, pero no explica de cuál medio probatorio lo extrae. O, también, decir que no está probado un hecho relevante alegado y probado por la parte. En este caso, no hay otra cosa que invocar el silencio de prueba del medio que fue omitido por el juez que justamente tiene por misión demostrar la existencia en el expediente de un hecho trascendente para resolver lo controvertido.

Y consecuente con este pensamiento, en su jurisprudencia lo cierto es que en Venezuela no hay cupo para la suposición falsa negativa, porque si la suposición falsa es un motivo autónomo de casación diferente a los que tienen que ver con la infracción a normas jurídicas relacionadas con el establecimiento o apreciación de los hechos o de las pruebas; resulta difícil armonizar el silencio de pruebas como un quinto caso de suposición falsa, en atención a que el silencio de pruebas comporta una infracción a norma jurídica expresa para el establecimiento de los hechos, que cabe invocar mediante otro cargo o motivo de casación distinto a la suposición falsa. Esto es un descuido de falta de precisión de la Sala de Casación Civil al encarar las llamadas nuevas regulaciones del proceso en Casación, que acrecienta la inseguridad jurídica de la nueva casación.

En efecto, no resulta vano recordar el problema de la técnica de casación de la misma jurisprudencia que la Sala mencionada reclama para obtener el éxito deseado y anular el fallo por padecer de falso supuesto. En efecto, según sus repetidas sentencias, la suposición falsa vale como un supuesto autónomo, a tal grado que la infracción en cuestión atiende al fondo del problema que

pone de relieve un error de hecho evidenciado al utilizar normas que no van al caso, en orden a que se articulan con hechos que resultaron falsos, que no existen y sin embargo el juez los usó. Desde luego, hizo suyo una indebida relación de lo verdaderamente discutido con el derecho que aplicó. Pero, la Sala ha desestimado denuncias de este cuño porque el recurrente no invoca como infringida la regla de valoración que se considera violada. Entonces, ¿es un motivo autónomo o no? Pues, al asumir esa categoría no importa para la suerte de la denuncia alegar la infracción de una norma jurídica de esa calidad. Este modo de proceder siembra el desconcierto porque en un caso no importa su alegación, mientras que en otros sí. También se ha llegado el caso en que, incumplida esa técnica, en opinión de la Sala de Casación Civil, de obligatorio cumplimiento; más, así y todo, conoció del asunto en “aras de ofrecer una respuesta efectiva que satisfaga el derecho de petición”, pronunciamiento que se insurrecciona contra sus propias decisiones.

El planteamiento concreto respecto de esta nueva regulación, siguiendo al académico y profesor **Ramón Escovar León**, es que de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, la manera de revisar la forma cómo ha sido interpretado un contrato por parte del juez del fondo por medio de la denuncia de suposición falsa, como está prevista en el artículo 322 del Código de Procedimiento Civil, que no regula los errores en el juzgamiento de los hechos; impide el acceso a la justicia puesto que para su denuncia se exige al justiciable que supere obstáculos de orden «técnico» de la denuncia de forma estricta de la suposición falsa, que es una excepción a la regla de la casación de derecho. Este error en la interpretación de los contratos, es el falso supuesto por desviación ideológica o desnaturalización que la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil equipara equivocadamente al primer caso de suposición falsa, prevista en el artículo 322 del Código de Procedimiento Civil. Interpretación esta, según el académico citado, es verdad que abrió una brecha en materia de interpretación de los contratos, “*pues permite el control de la interpretación formulada por el juez de la instancia*”. Sin embargo, la situación para combatir la interpretación contractual realizada por el juez de la instancia quedó restringida a los casos de suposición falsa –rectius: falso supuesto– por desnaturalización de las cláusulas contractuales y a los casos de atribución de menciones, que por la Sentencia 23-07-03, (Caso Venezolana de Inversiones y Proyectos (Veinpro C.A.) vs. La Asociación Civil Pro-Vivienda Doctor Jorge Darío Patiño Gil), “*se trata de una especie de formulario o recetario que hay que seguir paso a paso para evitar que la denuncia sea desechada por falta de técnica*”. Muy cierto, según el mismo autor, la Sala de Casación Civil, en su sentencia N° 187/2010, al modificar su tesis tradicional dio un importante giro al admitir la necesidad de combatir conclusiones como casos de falso supuesto ideológico, producto de invenciones del sentenciador, que produce por vía de consecuencia un error de derecho, concretamente por falsa aplicación de “*la norma aplicada al caso concreto, pero que no hay manera de atacar un falso supuesto de esta naturaleza si el formalizante se amolda a ese rigor técnico*”.

Desde otra vertiente, la filosofía que guía a la Sala de Casación Civil para justificar la desaplicación de las mencionadas normas jurídicas y declarar en desuso otra tuvo por norte también que:

(...) la casación múltiple contraría palmariamente el postulado de celeridad establecido en la Constitución al igual que en el Código de Procedimiento Civil y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (...), viéndose burlada la cúspide cimera de la Justicia Civil y por ende el Ciudadano o Ciudadana que impetra una Tutela Judicial Efectiva, cuando, aún más, podríamos agregar que, obtenida la cosa juzgada, se abre una nueva etapa del proceso: La (...) etapa de ejecución de la sentencia, sobre la cual penden en determinadas situaciones, la posibilidad de ejercer un nuevo recurso de casación, lo que hace del recurso de casación y del proceso una especie de laboratorio dialéctico colocado lejos de la Justicia”

Nadie puede negar que esta situación reina en Venezuela, pero ello no amigora el que la Sala de Casación Civil, por vía de contragolpe, se transfigure en un legislador positivo y entre en el lugar del Poder Legislativo para cambiar las leyes de procedimientos judiciales, materia reservada a la Asamblea Nacional, a través de reglas procesales establecidas mediante el control difuso y de su posterior reglamentación en futuras sentencias.

Finalmente, en la sentencia N° 811/2017, la Sala de Casación Civil, eliminó la réplica y la contrarréplica, vencidos el lapso para la impugnación del recurso de casación, haya habido o no impugnación; y estableció que discrecionalmente, dada la complejidad y trascendencia del caso particular, puede llamar a las partes a audiencia en donde expondrán sus alegatos y defensas oralmente, de manera pública y contradictoria, limitando sus exposiciones a los argumentos de la formalización de impugnación, sin poder traer hechos nuevos, pudiendo además, ser interrogados sobre aspectos fácticos o jurídicos, por los magistrados de la citada Sala, sin consecuencias adjetivas adversas en el supuesto de inasistencia de alguna o de ambas partes; y, en este último caso, la inasistencia absoluta de ambas partes, se declarará desierto el acto; y, si solo comparece una de las partes, la audiencia se desarrollará con la exposición del asistente. Luego, concluida la audiencia oral o declarada desierta, comenzará a correr el lapso de ley para dictar la sentencia correspondiente. En esta audiencia, según el profesor Luis Aquiles Mejía, se podrían admitir breves escritos dirigidos a los magistrados. Esta previsión de la audiencia no obligatoria evita los retardos en que ha incurrido la casación social, al llamar a audiencia, aun en aquellos casos en que resultan superfluas nuevas alegaciones.

IX. COMENTARIOS SOBRE LA SENTENCIA DE LA SALA DE CASACION CIVIL (SCC) NO. 18-00125 DEL 27-08-2020 SOBRE LA FORMALIZACION INFORMATICA DEL RECURSO DE CASACION Y DE SU IMPUGNACION

La sentencia mencionada en el epígrafe parece que autoriza la utilización de los medios electrónicos o telepáticos para consignar por medio de un especial correo digital, los escritos de formalización y el del contra recurso. En su afán de

interpretar correctamente lo estatuido en los artículos 312 y siguientes, del Código de Procedimiento Civil, en atención a los principios y garantías constitucionales referentes al derecho a la defensa, derecho a ser oído, de petición, debido proceso y una tutela judicial eficaz, conforme a lo previsto en los artículos 2, 29, 49, 51 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, concatenados con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; advierte la Sala que el fallo, en comentario, matiza su decisión N° 585 de 13 de diciembre de 2019, en la que se aclaró el verdadero sentido de lo prescrito en los artículos mencionados del citado Código Procesal. Ahí, dio paso a que el uso de los medios electrónicos es posible, a cuyo fin estableció los requisitos al punto que obligó a los recurrentes a indicar su número de teléfono y de correos electrónicos, lo mismo que los que interesan al contra recurrente para proceder a su notificación y entonces, éste con la oportunidad de contestar aquel recurso.

En la nueva sentencia, la Sala de Casación Civil en síntesis dispuso:

Visto que es un **hecho público notorio comunicacional**, la pandemia mundial sufrida por la enfermedad conocida como virus Covid-19 o Coronavirus, y que esta afecta a toda la población mundial desde hace más de seis (6) meses, y esta enfermedad ha incidido de forma directa en el modo de vida de los ciudadanos, impidiendo su desenvolvimiento normal, dados que los controles sanitarios impiden el traslado de los mismos de distintas poblaciones y capitales de los estado del país a la Capital de la República, con sede en Caracas, donde tiene su asiento este **Tribunal Supremo de Justicia**, y como la **formalización e impugnación del recurso extraordinario de casación**, es un medio jurisdiccional extraordinario que se ve concentrado en las Salas de Casación y este amerita el traslado de los interesados del interior del país a la capital de la República, esta **Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia**.

Más adelante continuó así:

al ejercicio de un recurso efectivo ante los órganos de administración de justicia, como garantía del derecho de petición, con un procedimiento acorde y efectivo conforme a la Constitución, con una justa tutela judicial efectiva y un debido proceso, que garantice el derecho a la defensa, con una pronta y oportuna resolución del caso, en igualdad ante la ley, sin discriminación de ningún tipo, ante un juez competente, independiente e imparcial. (Cfr. Fallos de esta Sala Nos. RC-193, del 17 de marzo de 2016. Exp. N° 2015-628 y RC-510, del 9 de agosto de 2016. Exp. N° 2016-126).

“Enseguida expresa:

Que la **formalización del recurso extraordinario de casación**, puede ser presentada de forma digital mediante la implementación de correo electrónico, en el cual el formalizante remitirá al correo electrónico institucional de la Secretaría de esta Sala, -secretaria.salacivil@tsj.gob.ve- la **formalización del recurso extraordinario de casación**, en **formato “PDF”**, con una **diligencia anexa** en el **mismo formato**, explicativa de la cualidad con que obra en el caso y sus pormenores, comprometiéndose a consignar el mismo escrito que envió en **formato**

“PDF” en forma original ante la Secretaria de esta Sala, en la primera oportunidad que pueda trasladarse a la sede de este Máximo Tribunal del país, **y dicho escrito original deberá ser igual al enviado mediante el correo electrónico**, para que sea agregado al expediente y Sala pueda entrar a conocer del caso. De igual forma, **hecha la formalización electrónica**, la Sala procederá a la **notificación por medios electrónicos, telefónicos o digitales de la contraparte**, para garantizar a esta, que, por el mismo medio electrónico, proceda a realizar **la impugnación o contestación a la formalización**, si fuera su voluntad. De dichas actuaciones, tanto de la formalización, como las notificaciones y la impugnación, dejará expresa constancia la secretaria de la Sala en el expediente, mediante auto expreso”.

Y finaliza de esta forma:

“Con esta decisión la Sala hace una **atemperación de su doctrina** referente a la forma, medio y lugar de presentación del **recurso extraordinario de casación y su impugnación**, y así ampliar y permitir un mayor acceso de los justiciables al órgano de administración de justicia. Así se decide”.

En primer lugar, este nuevo modo de actuación para el procedimiento de casación tiene carácter temporal o definitivo; esto es, consagrar un único mecanismo o instrumento para actuar en casación a los fines de formalizar recurso de casación y de contestarlos. La Sala no dice más nada. Sólo advierte que: **una atemperación de su doctrina referente a la forma, medio y lugar de presentación del recurso extraordinario de casación y su impugnación, y así ampliar y permitir un mayor acceso de los justiciables al órgano de administración de justicia.**

Quiere decir que la Sala, según sus palabras, suaviza, dulcifica o modera su anterior doctrina n. 585 de 13 de diciembre de 2019, por la que:

“Sobre los anteriores razonamientos de esta Sala de Casación Civil, en apego al postulado constitucional consagrado en los artículos 26, 49 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Sala de casación Civil a fin de estar en consonancia con los nuevos criterios referentes al recurso de casación y al procedimiento ordinario, reinterpreta los artículos 314, 317 y 318 del Código Civil y establece que el anuncio solamente ha de hacerse ante la sede del Tribunal que dictó la sentencia que se recurre y que la formalización ha de ser presentada ante la sede de la Secretaría de esta Sala de Casación Civil y de manera extraordinaria ante la sede del Juzgado contra la cual se recurrió y por motivo de fuerza mayor, caso fortuito o imposibilidad material ante el Juez rector del Circuito Judicial correspondiente, estando obligados los Secretarios y Jueces de estos órganos a informar de inmediato a la Secretaria de esta Sala de Casación Civil sobre la presentación del escrito de formalización, así como remitir el escrito, so pena ya indicada”.

Quiere decir la Sala mencionada que no abandona su doctrina, sino que la ablanda, por lo que continua vigente y el recurrente que se ampare en ella, sin disputa actúa dentro de las debidas formas procesales. Podría decirse que la Sala de Casación Civil modificó sustancialmente los artículos a que se refiere, aunque se escuda en que acudió a un análisis o diagnóstico de la ley, sin embargo, rebasó

los límites de su actuación, en vista que suprimió un sector de las normas y sustituyó su contenido por otro, no dispuesto en su texto. No obstante, eso es harina de otro costal. Pensamos que la jurisprudencia 585/2019 violó la Constitución, sin el reparo de que incorporar los medios electrónicos o digitales o telemáticos para permita la interacción entre la Sala de Casación Civil o cualquier otro tribunal con los litigantes; no sólo son de gran unidad sino una necesidad.

La sentencia N° 125 de 27 de agosto de 2020 va más allá e impone la urgencia de utilizar esos modernos medios de comunicación a distancia al punto que facilita el acceso al recurso de casación por las razones dichas. La pregunta es si la SCC con tal pronunciamiento rebasó su competencia de reguladora de la aplicación de la ley para determinar si el juez de la recurrida hizo uso correcto del derecho, amén de revisar la forma como se tramitó o despacho el procedimiento para poner los correctivos de último minuto como la de echar mano a la nulidad procesal con subsiguiente reposición de la causa, único caso en que la Sala de Casación Civil deberá disponer un nuevo conocimiento de la cuestión porque en lo demás, con arreglo a su doctrina de la sentencia N° 397 de 14-08-2019, por el que se diseñó un nuevo procedimiento único en la jurisdicción civil, todo a la espera de lo que resuelva la Sala constitucional. En rigor, si este fallo matiza o suaviza el fallo anterior (SCC 585- 13-12-2019) y es probable que la Sala se haya excedido con típico abuso de poder o en usurpación de funciones al invadir el radio de acción del Poder Legislativo en virtud de toda materia que tenga que hacer con la creación de procedimientos judiciales pertenece a la reserva legal que funciona como un límite en cuanto a las materias que corresponden fijar la ley y no una jurisprudencia.

Ahora bien, en otras legislaciones, la solución no ha sido por la ruta de la jurisprudencia, sino que se han ocupado de dictar ley o leyes que regulan el uso de las tecnologías de información y comunicación en la administración de la justicia. Esto es lo óptimo. Realmente la jurisprudencia de la SCC busca transformar radicalmente la relación entre el pueblo con los tribunales, a través de la utilización de los medios tecnológicos que ayuden la administración de la justicia sin que ello obstaculice los derechos a la tutela judicial efectiva y el debido proceso y el principio de la unidad de ambas. Significativamente, el uso de esos mecanismos modernos va en pro de hacer más efectivo y útil un proceso público sin dilaciones al capacitar a los profesionales del derecho y a los órganos de la justicia para que éstos los utilicen, a cuyo fin, digno estatuir los requisitos mínimos para determinar la eficacia y seguridad de esos medios electrónico de comunicación.

La Sala he hecho hincapié en tales circunstancias, lo que desde un punto de vista práctica redundan en útiles y beneficiosos para todos, con independencia de si se rebasa o no la Constitución. No creo que en la sociedad jurídica se levantan voces en contra, porque la llamada justicia electrónica, en virtud a que, sin duda, ello contribuye a la transparencia judicial, promueve una interacción cercana entre los profesionales de derecho y la ciudadana en general y los tribunales, mejora la eficiencia de dicha administración. En definitiva, recurrir a la tecnología no solo es urgente y oportuno, sino que colma una necesidad que apremia incorporar al

poder judicial con vistas a los tremendos resultados que su cumplido uso ha contribuido al desarrollo de otros sectores de la sociedad.

Además, en Venezuela existen áreas judiciales que han venido incorporando esos mecanismos con éxito y no puede ser de otra manera, por lo que ese esfuerzo de la SCC debe verse como positivo. Naturalmente, esta nueva forma de actuación plantea varios desafíos, como toda innovación que rechazan los conformistas, sin embargo, nada se opone a que se le dé virtualidad jurídica y se le otorgue un completo recibo. Mas, en Venezuela existe un problema técnico porque es notorio las deficiencias de la Internet; por lo que, en ocasiones, se pierde la conexión por días y como la Administración va a encarar este radical cambio; cualquier deficiencia no podrá ser atribuida al litigante puesto que esa calamidad da curso a una causa extraña no imputable, lo que generará desacuerdos y disputas. Esto último, la jurisprudencia no se lo pasa por la mente; cómo actuar ante, por ejemplo, que el sistema funciona mal, y la formalización y la contestación no encuentren respaldo en la realidad. ¿Qué mecanismos tienen a la mano del recurrente o del contra recurrente para cuestionar ese estado de cosas? Aquí estamos en la luna.

Según la letra del fallo 125 de 28 agosto 2020, ese nuevo medio de hacer las cosas en sede judicial no reemplaza al previsto en la doctrina contenida en la sentencia No. 585 de 13 diciembre de 2019. Ello significa que, todavía así, el recurrente tiene abierta la expectativa de utilizar los canales procesales señalados en esta última sentencia. Creemos que sí, porque la SCC advierte que matiza, suaviza y ablanda la doctrina, por lo que cubre un espacio no considerado en la interpretación de los artículos 314, 317 y 318 del Código de Procedimiento Civil.

Otro punto expuesto en su doctrina: es:

“(…) comprometiéndose a consignar el mismo escrito que envió en **formato “PDF”** en **forma original** ante la secretaria de esta Sala, en la primera oportunidad que pueda trasladarse a la sede de este Máximo Tribunal del país, y **dicho escrito original deberá ser igual al enviado mediante el correo electrónico**, para que sea agregado al expediente y Sala pueda entrar a conocer del caso”.

Entonces, todavía queda la carga de llevar el original a la Sala. Y si no lo hace, puede tal omisión llevar a sacar de juego la formalización. La palabra encierra un riesgo en interés propio y es tanto de importante dilucidar el asunto que la SCC considera:

De igual forma, *hecha la formalización electrónica*, la Sala procederá a la notificación por medios electrónicos, telefónicos o digitales de la contraparte, para garantizar a esta, que, por el mismo medio electrónico, proceda a realizar *la impugnación o contestación a la formalización*, si fuera su voluntad.

Si se toma este pasaje que complementa lo antes expuesto, se denota que lo que importa es la formalización electrónica realizada en la forma explícita por la Sala, por lo que la falta de consignación del original nada perjudica y, sobre todo, si el contra recurrente, una vez notificado, contesta la formalización. Lo que interesa es si fue notificado debidamente.

Por lo demás, la sentencia no establece sanción alguna, por lo que descarta se declare el perecimiento de la formalización del recurso de casación.

Desde luego, que, si no hay notificación, no nace el plazo para contestar, lo que, en definitiva, constituye una modificación sustancial del artículo 318 del Código de Procedimiento Civil; el plazo para formalizar sigue siendo continuo y automático a partir del día fijado en el auto que admite el recurso, pero el de contestar no se abre de derecho, sino que es de menester aguardar la notificación de la Sala de Casación Civil.

Si se acude a la mecánica expresada en ese fallo de utilizar la formalización electrónica, ¿cómo queda el término de la distancia porque los nuevos medios electrónicos acaban con el traslado a Caracas desde el interior de Venezuela? En ese caso, como no hay traslado, sustituido por el medio electrónico, siendo así, queda suprimido el término de la distancia porque el enunciado de la norma ha caído en el vacío.

¿Qué habrá de hacerse, en caso de que, llegado el último día, se presentan fallas técnicas en el funcionamiento de las vías electrónica? ¿Perece el recurso? O bien, ¿se abre la posibilidad de prorrogar o reabrir el lapso? Y esto se explica porque hay doctrina de casación que estableció que el recurrente no puede dejar para última hora cumplir con su carga de consignar su recurso. Esta es una tesis rígida, pero está vigente. Y otro punto, si hay varios apoderados. Y uno de ellos reside en una zona o sitio donde no resultan afectados por la suspensión del servicio por razones técnicas, ¿perece el recurso?

Otro enfoque: el fallo sólo rige para las formalizaciones y su contestación. Quedan fuera los recursos de hecho. Ejercitado éste, recalado el expediente en la secretaria de la Sala de Casación Civil, ¿cuándo el recurrente queda en estado de utilizar el medio electrónico? Por manera que es perentorio poner en claro esta situación, puesto que, si el recurso de hecho es declarado con lugar y dictado más allá del plazo para ello, necesita ser notificado para formalizar y si resulta ser librado durante ese plazo, ¿cómo el recurrente sabe de su suerte para formalizar por vía electrónica?

En suma, vamos a pasar por alto toda discusión técnica académica sobre la cuestión y buscar una solución que no implique que el juez de casación se convierta en legislador positivo. En este caso, cabría la interpretación progresiva de la norma jurídica porque la ley escrita no se adapta a las nuevas circunstancias reales de la vida. Y de este modo el juez consiga armonizar el enunciado de la norma con esas situaciones cambiantes, sin que ello conduzca a la creación de nuevos supuestos que el prefeto o regla jurídica no abarca, pero lograr una adecuación de la norma a las nuevas necesidades imperantes a fin de hacer una interpretación sensata. Entran en juego la seguridad jurídica, la racionalidad y razonabilidad de un fallo como éste. Siempre hay un apego a la interpretación literal, lo que la norma dice diáfananamente. Cabría, entonces, considerar o condenar a la SCC por hacer uso de poderes que no tiene al modificar o cambiar ese supuesto de hecho y poner otro a tono con nuevas realidades, en el sentido que la norma jurídica cae en desuso.

En ese sentido, justificaría el fallo porque asegura un desarrollo eficiente y actual del derecho, comoquiera que este tipo de averiguar el sentido de la norma, sencillamente las enriquece con el valor de entrar en la ecuación legal y no incompatibles con el texto de la ley. Consideramos que estas intenciones deben alentarse, estimularse, pero reclama la situación, una organización previa y que los ciudadanos sean capaces de manejar los medios electrónicos y por encima de todo, la garantía de eficiencia de esos mecanismos a la luz de los inconvenientes que en Venezuela ofrecen esos servicios electrónicos. Debe mejorarse y ser más cuidadosos.

X. REFLEXIONES FINALES

Nuestra preocupación no es propiamente el modelo de la casación de instancia, establecida por vía judicial, salvo las inseguridades de las reglas procesales de origen jurisprudencial y las imprecisiones señaladas; que nos parece de grande utilidad para la justicia y el Derecho de la cual fluye; sino es el medio utilizado, que no resulta apropiado ni consecuente con las líneas de pensar de la Constitución. Está bien, que la Sala de Casación Civil a modo de incidente pueda hacer control difuso de constitucionalidad, pero no obstante ello nunca en condición óptima para cambiar los procedimientos y los modos de actuación que la ley. Y tampoco la Sala Constitucional a través de la revisión del control difuso en juicio sumario de nulidad por inconstitucionalidad, máxime en los casos de nulidad de, leyes que son acciones populares. En ese predicamento, es preocupante que la Sala de Casación Civil se ha empeñado en su jurisprudencia en diseñar por adelantado medios de garantía para la pureza de los procesos civiles, y en obligar a través de esos excesos a las partes, los jueces y magistrados, sin las seguridades del caso dado que son esas reglas jurisprudenciales y no legales. Lo cierto es que nada justifica, ni la buena intención, avasallar a la ley sobre todo las de procedimiento porque constituyen modelos de cómo se enjuician las relaciones entre los ciudadanos. Nada puede sustituir la ley para sustituir los procedimientos porque ellos persiguen como finalidad garantizar el derecho de acceso a la justicia.

Y si bien la Constitución nos exige de continuo, idear procedimientos rápidos, breves y seguros en pro de la justicia, y que de la cual el proceso es un instrumento necesario y útil, al punto que destierra toda idea de crudo formalismo, como avisa el artículo 257 constitucional; sin embargo, según este mismo artículo, no es a los jueces a los que corresponde mejorarlo, puesto que son las leyes las que les fijan su competencia y sus procedimientos. De ahí que la vía de la Sala de Casación Civil para remediar un anacrónico proceso, es con arreglo a la Constitución y no a través de sus fallos por el que se ha de cambiar ese estado de cosas. Es la ley y solo la ley la que ordena lo honesto y prohíbe lo contrario y la que manda a conservar el orden y el sosiego; puesto que “necia sería la sabiduría que pretende aparecer más sabia que la ley”, como lo advierte, Cicerón. Esperamos que más tarde que nunca esas ideas de la Sala de Casación Civil, sean reconocidas y mejoradas por el legislador, superando la incertidumbre de sus reglas procesales jurisprudenciales y precisando lo relativo a la casación sobre las conclusiones por parte de los jueces sobre la interpretación y la calificación de los contratos, como cuestión de derecho y no como cuestión de hecho

BIBLIOGRAFIA

ARDILA PEÑUELA, Juan Vicente, Comentarios sobre la sentencia de la Sala de Casación Civil N° 18-00125 del 27-08-2020 sobre la formalización informática del recurso de casación y de su impugnación. Instituto de Estudios Jurídicos Dr. Román J, Duque Corredor, Inicio de las actividades de este Instituto en fecha 26 de agosto de 2020.

BERTRAND ARGENTE en J. M. MANS. *Los Principios Generales del Derecho*. Bosch, Casa Editorial, S.A. 1979, p. 281, número 22.

CARBONELL, Miguel, “Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad”. (Disponible en: http://www.uca.edu.sv/deptos/ccjj/media/archivo/4fa7a1_03carbonellmarburyvmadisonlosorigenesdelasupremaciaconstitucional.pdf)

DIEZ-PICAZO, Luis, “Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo (la jurisprudencia en broma y en serio)” en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, nov., 1964, p. 933.

DUQUE CORREDOR, Román J., “Proceso, Tutela Judicial y Estado Social de Derecho”, Fondo Editorial José Gabriel Sarmiento Núñez, RETEJURIS Madrid-Caracas (junio 20219), PP. 25-30.

_____, “El despacho judicial virtual en Venezuela”, Fundación Alberto Adriani, Colección Estudios Jurídicos Dr. José Román Duque Sánchez, N° 3, noviembre 2020.

DUQUE SÁNCHEZ, José Román. *Recopilación de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Vol. I, II y III. Ediciones Magon. Caracas. 1971

ESCOVAR LEÓN, Ramón, “Reflexiones sobre el razonamiento jurídico. El sistema de casación venezolana” (La Casación Civil vs. La Casación Social). Ed. Legis 2012.

_____, “La interpretación de los contratos y la casación venezolana”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, N° 13, 2020, pp. 116-1

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Sir Edward Coke, El Bonham’s Case y la Judicial Review”, *Observatorio da Jurisdicao Constitucional*. Año 6, no. 2, Jul./dez. 2013. ISSN 1982-4564. Instituto Brasiliense de Direito Publico (disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/233834295.pdf>).

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola y FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A., *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y convencional*. Disponible en: [tps://lpderecho.pe/descarga-pdf-dos-tomos-diccionario-derecho-procesal-constitucional-convencional/](https://lpderecho.pe/descarga-pdf-dos-tomos-diccionario-derecho-procesal-constitucional-convencional/)

FUENMAYOR, José Andrés, “Recurso de Casación en el nuevo Código de Procedimiento Civil”, en XIV Jornadas “J.M. Domínguez Escobar. Homenaje a la memoria del Dr. Luis Loreto, p.114.

IDEARIO JURÍDICO Y POLÍTICO SOCIAL

HERNÁNDEZ-BRETÓN, Armando, *Código de Procedimiento Civil Venezolano*. Tercera Edición, aumentada y corregida, Editorial La Torre. Caracas, 1969, p.1, nota 2

MEDINA REYES, Roberto, “El Tribunal Constitucional y el control difuso de constitucionalidad”, 27-11-2019, 00:03, disponible en: <https://acento.com.do/opinion/el-tribunal-constitucional-y-control-difuso-de-constitucionalidad-8754614.html>.

MEJÍA ARNAL, Luis Aquiles, “La nueva casación civil”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia RVLJ*, N° 11, 2018, pp. 403, Nota 4, al pie de página (disponible en: [RVLJ-11-397-416.pdf](http://www.rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2018/07/Revista-No.-10-III-125-139.pdf)).

_____, “Recientes modificaciones jurisprudenciales de la Casación Civil venezolana”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* (disponible en: <http://www.rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2018/07/Revista-No.-10-III-125-139.pdf>).

MULINO R, María Concepción, “Derecho Constitucional. Mutaciones en las Interpretaciones de la Sala Constitucional” (Decisiones del TSJ 2000-20018), Presentación, Instituto de Estudios Jurídicos Román J. Duque Corredor, Catedra José Santiago Núñez Aristimuño, 09-07-2020

VIVEIROS, Mauro, “El control de constitucionalidad: el sistema brasileño como un modelo híbrido o dual”, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho Departamento de Derecho Constitucional, Memoria para optar al grado de doctor, Madrid, 2011, PP

ZOPPI, Pedro Alid. “Soluciones a Errores en el Código de Procedimiento Civil”. Vadell Hermanos. Editores. Valencia. Venezuela. 1989, p.180 y 181.

DISPOSICIONES FUNDAMENTALES DEL PROYECTO DE CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA¹

En la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma del vigente Código de Procedimiento Civil, elaborado por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, que apenas hace poco tiempo se conoce, se justifica dicha reforma en razón de lo dispuesto en el artículo 257 de la Constitución, para permitir el paso, se dice, al proceso oral en materia civil, con el objeto de darle preponderancia a la oralidad sobre la escritura, incorporar la concentración y la inmediación en el procedimiento, la celebración de audiencias en el proceso y uniformar los procedimientos. Ahora bien, ya el Código de Procedimiento Civil de 1986, incorporó en forma gradual y experimental el procedimiento oral como sustituto del procedimiento ordinario escrito, como un ensayo en determinadas materias civiles de crédito y de obligaciones patrimoniales, de tránsito, o las que por ley o por acuerdo de los particulares debían tramitarse por el juicio oral, dentro de una limitada cuantía de doscientos cincuenta mil bolívares de la época. Ello con la intención de contribuir a la formación progresiva de la mentalidad y experiencia que requiere el juicio oral, de manera que comprobado su éxito se pudiera aconsejar su extensión a otras materias o a todas en general. Así razonaba la Exposición de Motivos del presente Código sobre el por qué no se incorporaba de manera inmediata el juicio oral, sino que se dejaba al Ejecutivo Nacional la potestad de la determinación de los tribunales en donde se iría a aplicar el procedimiento oral, así como para modificar su cuantía y para extender su aplicación a otras materias, como se desprende de los artículos 859 y 880, del vigente Código. Lo cierto, es que con las reformas procesales para incorporar el proceso oral, como se expresa en la Exposición de Motivos de la Reforma del 2011 del Código General del Proceso de Costa Rica de 1989, debe tenerse presente que no hay que exagerar de la oralidad y de que la incorporación de la oralidad por sí misma no soluciona todos los males. Y hay que tener claro, además, que su adopción requerirá la modificación de la forma de pensar de quienes toman las decisiones administrativas y de todos los operadores jurídicos. Y, por otra parte, debe te-

¹ Colaboración sobre Proyecto del Código de Procedimiento Civil del Tribunal Supremo de Justicia para el Instituto de Estudios Jurídicos de Dr. Roman J. Duque Corredor, Maturín, noviembre de 2011.

nerse presente que la oralidad no significa ausencia de escritura, porque los llamados actos de proposición y de preparación de la sentencia, como la demanda, la contestación, la reconvencción, la intervención de terceros y de pruebas indispensablemente hay que escribirlos o documentarlos. Desde al inicio se debe advertir que la oralidad es la forma procesal como se manifiesta el llamado principio del juicio por audiencias, pero no el de la verbabilidad de todos los actos del proceso. De modo que en el proceso oral hay que atender también a los principios y reglas de los actos que se manifiestan por escrito, entre otros, por ejemplo, además de los actos de proposición, la documentación de la sentencia.

Lo cierto es que hasta 1999 ni el Ejecutivo Nacional y desde 1999 hasta el día de hoy, ni al Tribunal Supremo de Justicia, como órganos de gobierno del Poder Judicial, respectivamente, tomaron la decisión, en base a los artículos 859 y 880, antes citados, en concordancia con el artículo 257, de la Constitución, de determinar los tribunales civiles donde era posible aplicar de inmediato el juicio oral, ni tampoco de aumentar su cuantía ni de extenderlo a otras materias o todas las materias civiles y mercantiles. No es verdad, pues, como se dice en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Procedimiento Civil del TSJ que para darle paso al procedimiento oral en materia civil era necesario derogar integralmente el Código vigente, sino, por el contrario, aplicar los artículos pertinentes para extenderlo a toda la materia civil y mercantil. O, en todo caso, reformar o modificar algunos artículos del juicio oral que ya se encuentra previsto en el vigente Código de los artículos 859 a 879.

Se me ha pedido por el Coordinador de este Foro, el académico Ramón Escovar León, el más moderno y más denso de nuestros casacionistas actuales, que haga algunos comentarios a *Las Disposiciones Fundamentales del Proyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil*, que para abreviar llamaré en adelante “Proyecto TSJ”. En su Exposición de Motivos este Proyecto dice que “*se incorporaron novedosos principios procesales que marcan la diferencia y permiten que el proceso tenga fluidez e igualmente garantice los derechos constitucionales de los justiciables*”. Esos principios, que se califican de novedosos son: *el de la constitucionalidad del proceso, de la celeridad, concentración procesal y de la prohibición de generar incidentes, de la contradicción, de la publicidad y de la simplificación*. Con estos principios, que se encuentran bajo el Título Preliminar del Proyecto TSJ, como Disposiciones Fundamentales, se persigue, según la misma Exposición de Motivos, mencionada, “*la obtención de celeridad procesal sin menoscabo de las garantías de las partes que debe estar presentes en toda controversia judicial*” y que por la eliminación de la escritura se evita el uso abusivo de recursos y los mecanismos destinados a demorar la resolución de la controversia y resguardar y promover el acceso de la población a la Justicia, con un juez dotado de “*una función asistencial que garantiza una relación personal e inmediata de éste con las partes, con los hechos, con las pruebas con evidente beneficio para la incesante búsqueda de la justicia material*”.

Veamos, en primer lugar, si las Disposiciones Fundamentales incorporan “*principios novedosos*” y si la estructura del procedimiento oral que se contempla es beneficiosa para una Justicia equitativa, que es la que en verdad es la justicia

material, para cuya efectividad la función del Juez no es propiamente asistencial, sino prestacional, es decir, protagónica, pero sin parcialización y con total independencia. Más que una función asistencial del Juez lo pertinente es un sistema procesal donde los sujetos procesales, incluyendo al Juez, cumplan con cada una de sus responsabilidades y sus cargas procesales. En efecto, no basta una relación personal de Juez con las partes, si el Juez no asume su rol de director del proceso, es decir, una función dirigenal y no asistencial, dentro del cual la equitativa distribución de las cargas procesales es una garantía procesal, porque, en definitiva, como se dice en la Exposición de Motivos de la Reforma del 2011 del Código General del Proceso de Costa Rica, “*en la legislación procesal debe asegurarse de que cada uno de los sujetos cumpla con sus deberes, estableciendo un sistema de cargas procesales con graves consecuencias en caso de incumplimiento, puesto que lo que se pretende es que todos los participantes en el litigio cumplan sus responsabilidades para que el proceso sea dinámico y célere*”.

Lo primero que se debe observar es que el juicio oral no es un proceso verbal sino de estructura mixta, compuesto por actos escritos y audiencias públicas orales. Y que históricamente, bajo la inspiración del Código Procesal Austríaco de 1885, que fue el primer instrumento que lo consagró, el juicio oral surgió como sustituto del proceso escrito, considerado formalista, lento, costoso e inadecuado para tramitar los retos de la administración de justicia estatal. Por tanto, el procedimiento ordinario en estos juicios consiste en un *proceso mixto: escrito y oral, con predominio de las audiencias orales, una preliminar y otra final, que algunos Códigos llaman audiencia complementaria*. En este orden de ideas, el juicio oral propuesto en el Proyecto TSJ sigue, en líneas generales, el modelo que desde 1988 viene señalando el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Civil, contemplado en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, e incluso en el vigente Código venezolano, según el cual, los actos del tribunal y de las partes que no tengan lugar en audiencia, como la demanda, la contestación, junto con la promoción de las pruebas, se realizarán en forma escrita. Y, que parte de la idea que las actuaciones del tribunal y de las partes y sus pruebas que no hayan tenido que practicarse antes de la audiencia oral y las sentencias deben realizarse y se dictarán en forma oral, salvo que la ley o el juez por razones justificadas disponga otra cosa, sin que se redacte ninguna acta de las pruebas singularmente. Pues bien, este modelo, se basa en el principio que *la forma escrita* solo rige para los actos que hayan de realizarse fuera de las audiencias y en el principio que *la forma oral*, ha de aplicarse a los actos y a las pruebas que deban realizarse en las audiencias; así como en el principio de *la identidad personal o física del juzgador*, en el sentido de que no solo en tales actos, sino también aquéllos cuya ejecución se disponga practicarlas fuera de ellas, han de cumplirse bajo la dirección del mismo Juez que debe pronunciar la sentencia. Este modelo está ya consagrado en el Código de Procedimiento Civil vigente, en los artículos 860, 862, 863, 864, 865, 872, 875, 876 y 877, del Código actual.

En el modelo del proceso oral del derecho procesal comparado un solo juez es quien recibe la demanda, admite y evacúa las pruebas antes de la audiencia oral y en esta audiencia; y quien lleva a cabo tanto la audiencia preliminar como

la audiencia o debate oral y que es el mismo que dicta la sentencia en esta última audiencia. Ello porque se considera que para mejor garantía del principio del contradictorio y de la verdad real que un mismo juez esté presente en todas las audiencias del juicio. Y porque si en el juicio oral el principio fundamental es la relación personal y directa del juez con las partes, es decir, la inmediatez, y el principio de la identidad física del juzgador, es una contradicción que dicte la sentencia un juez distinto al que determinó el objeto del proceso y de las pruebas, recibió los medios probatorios y escuchó los alegatos de la demanda y de su contestación. En el Proyecto TSJ, por el contrario, el proceso de primera instancia se tramita ante dos jueces diferentes y en dos etapas diferentes. En la primera etapa, se cumple *la audiencia preliminar* que, según el artículo 328 del referido Proyecto, se tramita en dos fases: *la fase de mediación y la fase de sustanciación ante el Juez de Mediación y de Sustanciación*. Y, en la segunda etapa se cumple *la audiencia o debate oral*, en la que se practican las pruebas que no se debieron practicar antes, se escuchan las conclusiones de las partes y se pronuncia el dispositivo de la sentencia; todo lo cual se efectúa ante otro juez, *el Juez del Juicio*. Obsérvese que el Juez que admite la demanda, determina el objeto de la litis y de las pruebas, no es el Juez que va a dictar la sentencia.

En este particular, el Proyecto del TSJ hace una trasportación inercial del juicio oral laboral al juicio oral civil, sin tener en cuenta que los aspectos civiles y mercantiles tienen mayor complejidad y mucha más diversidad que los laborales y que por la complejidad del debate probatorio de la materia civil y mercantil, conviene mucho más que el Juez que va a sentenciar sea el mismo que conoció desde un comienzo la demanda y la contestación, así como el que determinó el objeto a decidir y de las pruebas, Ello por la importancia que tienen estos elementos respecto del principio de la congruencia de las sentencias y de la consecución de la verdad real. En este orden de ideas, vale la pena recordar que el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y los Códigos que han seguido este modelo, entre otros, el Código General del Proceso de Uruguay, la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, el Código de Proceso de Brasil, el Código Procesal Civil Alemán, el Código del Proceso General de Costa Rica y los proyectos de Código Procesal Civil de El Salvador y del de Honduras, respectivamente; todos atribuyen a un solo Juez tanto la audiencia de mediación y la sustanciación como la audiencia del juicio, que algunos llaman complementaria o final, y que en la práctica ha resultado más eficiente que la bipartición de la función jurisdiccional de la primera instancia entre dos jueces diferentes, uno de mediación y de sustanciación y otro de juicio, cuando para las materias complejas y tan diversas como las civiles y mercantiles, a diferencia de las laborales, lo más efectivo es que el juez que lleve a cabo la mediación y sustanciación sea también el juez de juicio. Además el trasplante de modelos procesales existentes a otras materias diferentes debe verse con extremo cuidado. Al respecto, en la Exposición de Motivos de la reforma del Código General del Proceso de Costa Rica de 2011, al cual he hecho referencia, se dice, con relación al trasplante de modelos procesales, que no debe seguirse la importación inconexa de procedimientos, porque ello tendría como producto la ausencia de un modelo propio y un sistema procesal incoherente. Ese trasplante de la doble función jurisdiccional en el proceso civil puede conspirar

contra los principios del juicio oral y arrecia los riesgos de las nulidades procesales por las discrepancias que pueden surgir respecto del objeto a decidir entre el Juez de Mediación y de Sustanciación, quien es el que lo determina, y el Juez del Juicio que dicta la sentencia.

Antes de continuar, debo hacer la precisión que si bien se me pidió que hablara sobre las Disposiciones Fundamentales del juicio oral contemplado en el Proyecto TSJ, de esas Disposiciones, que están en su Título Preliminar, solo me referiré a las que en el artículo 6°, de dicho Proyecto se llaman “*Principios del Proceso*”, es decir, *la celeridad procesal, la concentración y prohibición de generar incidentes, la oralidad, la publicidad, la inmediación, la contradicción, la simplificación, la instrumentalidad del proceso, el derecho de acceso a la jurisdicción y medios alternos de resolución de conflictos*. El resto de las otras Disposiciones Fundamentales serán tratadas en los Foros posteriores que ha organizado la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre el Proyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil del TSJ.

El Código de Procedimiento Civil de 1986, reformado en 1990, hoy vigente, en su artículo 860, respecto del procedimiento oral establece que el juez debe procurar asegurar *la oralidad, brevedad, concentración e inmediación del procedimiento oral*. Ahora bien, **la celeridad procesal** se contemplaba en el artículo 10° de este Código, como un principio general para todo proceso, y particularmente para los juicios escritos, como el principio de la brevedad de la administración de Justicia, para lo cual se fijaba al juez supletoriamente un término de tres días para decidir si el Código o la ley no le fijaba ningún término para ello y así evitar demoras innecesarias. En el Proyecto TSJ, en su artículo 6°, en cuanto al proceso oral propuesto, se repite este mismo principio de la celeridad como el de la administración de justicia en el menor tiempo posible, y se le vincula con **los principios de la concentración procesal y de la prohibición de los incidentes o incidencias**, en el sentido que las solicitudes hechas en las audiencias deben ser resueltas de inmediato y si lo fueren hechas fuera de aquéllas, deberá postergarse la decisión para la oportunidad de la respectiva audiencia, salvo que la urgencia o una necesidad de trámite exija una decisión interlocutoria inmediata, y por tanto, fuera de audiencia. El principio, pues, de la celeridad procesal se compone por el principio de la brevedad, propiamente dicho, y por los principios de la concentración procesal y de la prohibición de las incidencias., que se derivan todos del principio de la oralidad. En efecto, este principio es cierto que implica la obligatoriedad y publicidad de la forma oral para los actos de las audiencias judiciales, pero no se queda solo en la prohibición de la forma escrita para estos actos, sino que además es consustancial, con el principio de la concentración procesal, en razón de que si el juicio oral, por el principio de la brevedad procesal debe tramitarse en el menor tiempo y en unas pocas audiencias, la duración del tiempo entre la demanda y la sentencia definitiva debe ser racionalmente corta y a través de pocos actos. Pues bien, la concentración procesal consiste en la realización del mayor número de actos en un mismo tiempo y lugar según la audiencia que ha de efectuarse y de su finalidad. Ello para evitar la dispersión procesal. Por otra parte, unido a la brevedad y concentración procesales, consustancialmente, se

encuentra *el principio de la prohibición de los incidentes o incidencias*, precisamente para impedir audiencias largas o sucesivas, sin que por ello renga que afectarse principios constitucionales procesales, como el del debido proceso o el principio de la seguridad jurídica, que es un principio general de todo ordenamiento jurídico. Pero este principio de prohibición de las incidencias no es efectivo sino no se prevé otro principio fundamental, como *el del juez director del proceso*, de modo que ante solicitudes o peticiones antes o en las audiencias, o pruebas complejas o la intervención de terceros, el juez impida demoras del proceso, que afecta la brevedad procesal, y, por ende, la celeridad procesal.

El Proyecto TSJ, engloba en su artículo 6°, a los principios de celeridad procesal, concentración y prohibición de generar incidentes. El primero lo define como el de la brevedad de la administración de justicia y con una primera regla de que las solicitudes hechas en audiencia deben ser resueltas inmediatamente, que es parte del principio de concentración procesal, y con una segunda regla de que las decisiones sobre solicitudes presentadas fuera de audiencia se postergan hasta que tenga lugar la audiencia respectiva, salvo que por la urgencia o de trámite se tenga que dictar de inmediato la decisión interlocutoria y no se pueda postergar para la audiencia respectiva. Todo ello se desprende del encabezamiento del mencionado artículo 6°. Otro principio que se enuncia en este artículo por su vinculación con los anteriores es el de *la inmediación* que el Proyecto TSJ, en el aparte tercero, traduce como que “*el Juez que ha de pronunciar la sentencia debe presenciar el debate y la incorporación de las pruebas de las cuales obtiene su convencimiento*”. Este principio descansa sobre lo determinante que es para que el Juez que va a dictar el fallo que pueda ver y oír a los contendientes; lo que es tan válido tanto para la sentencia definitiva como para las sentencias interlocutorias, porque en unas u otras, existe contradicción, que es otro principio del proceso, por lo que para cualquier fallo la audiencia en un mismo tiempo y lugar con presencia de los pretendientes ante el juez para evidenciar sus alegatos o solicitudes, permite que la sentencia sea más acorde con sus pretensiones. Por ello, en el Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica se dice, por ejemplo, que aparte de las audiencias preliminar o complementaria, que sería la del juicio según el Proyecto TSJ, puede haber otras audiencias para desahogo del proceso donde el juez tenga que tomar alguna decisión. Y se establece en dicho Código Modelo como un principio general supletorio respecto de la forma de los actos procesales, de que, si en el juicio oral no está expresamente determinada la forma de estos actos, ha de aplicarse la que resulte indispensable e idónea para la finalidad perseguida. E, igualmente, establece otro principio general de que los autos interlocutorios se ajustarán, en lo posible, a lo establecido para la sentencia y deberán ser siempre fundados (Ver, “Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica”. Texto del Anteproyecto, Instituto Iberoamericana de Derecho Procesal, Montevideo 1988, p. 79, y artículos 74 y 184.5, pp. 104 y 135). Y esa forma idónea no es otra que la forma oral de las audiencias y de los pronunciamientos judiciales que se dictan en audiencia en presencia de las partes.

Ahora bien, ¿en los casos en que por la urgencia o necesidad de trámite no se pueda esperar la audiencia preliminar o la del juicio para dictar una sentencia interlocutoria, a que se refiere el encabezamiento del artículo 6°, del Proyecto TSJ, no se aclara si deberá fijarse una audiencia para dictar de inmediato esta interlocutoria urgente con presencia de las partes, o si el Juez la dictara sin audiencia y por escrito? Según el principio de la forma oral y escrita del proceso, a que se contrae el artículo 20 del citado Proyecto TSJ, los actos del tribunal y de las partes que no deban realizarse en audiencia por mandato legal se deben realizar en forma escrita y los que han de efectuarse en audiencia, deben efectuarse en forma oral, salvo que la ley establezca lo contrario o que el juez así lo decida por razones justificadas. Por su parte, los artículos 190 y 191 del Proyecto TSJ, en comentarios, establece que fuera de las audiencias, los actos del Tribunal se realizarán por escrito y que en audiencia, el Juez comunicará sus decisiones verbalmente, de las cuales se dejará constancia en las actas. De modo que según el texto del encabezamiento del artículo 6°, en comentarios, las decisiones interlocutorias urgentes surgidas por pretensiones hechas fuera de audiencia se dictan sin audiencia y sin las partes, y por escrito. Pienso que es más congruente con el principio de la oralidad y de la concentración procesal y de la inmediación, y con el **principio de la simplicidad procesal** a que se refiere el artículo 6°, aparte 5°, del Proyecto en cuestión, y con el principio que atribuye al juez la dirección del proceso, que se establezca en el mismo artículo 20, en comentarios, que para que se dicten estas interlocutorias urgentes el juez debe fijar una audiencia ad hoc, con presencia de las partes, de modo que su pronunciamiento sea oral y público y no escrito. En este sentido, en verdad la oralidad sería preponderante sobre la forma escrita, como ha de ser el juicio oral, como aspira la Exposición de Motivos del Proyecto TSJ, de modo que la forma oral se aplique también para los incidentes, para que el juicio oral no se parezca al juicio escrito y para que la prohibición de los incidentes sea efectiva y no conspire contra la celeridad procesal y tampoco contra la simplicidad formal, que es una de las novedades del juicio oral, de acuerdo con la citada Exposición de Motivos. Igualmente, considero que al Proyecto TSJ se pudieran incorporar como principio general que para los casos urgentes o por necesidad de trámite en que la sentencia interlocutoria debe dictarse de inmediato, los jueces puedan fijar una audiencia para ello, con lo cual la forma oral sería preponderante y no la forma escrita, además que se garantizaría mejor la concentración procesal y los principios del contradictorio y de la inmediación. Y con lo cual el juez ejercería plenamente su función de director del proceso.

El artículo 6° del Proyecto TSJ, además de los anteriores principios de la celeridad, concentración y prohibición de generar incidentes, se refiere, como principios del proceso, a los principios de *la oralidad, publicidad, inmediación, contradicción, simplificación, instrumentalidad del proceso y al derecho de acceso a la jurisdicción, a la participación protagónica del pueblo y a los medios alternativos de solución de conflictos*. En cuanto a estos dos últimos, desde ya se puede decir, que no son principios rectores del proceso. En efecto, la llamada *participación protagónica del pueblo* no condiciona la validez ni la secuencia del juicio civil, porque en este proceso la relación procesal no es colectiva y porque ciertamente la participación protagónica la tienen el juez y las partes y no el pueblo

como magnitud indeterminada, porque estos procesos civiles no son juicios populares. Si acaso en los procesos en que puedan derivarse efectos para derechos o intereses colectivos, el problema será de la legitimidad procesal de los terceros intervinientes, pero no de la validez del proceso. Inclusive en el Proyecto TSJ ni siquiera se trata de esta legitimidad en el Título relativo a la Intervención de Terceros. Y en cuanto a *los medios alternativos de resolución del proceso*, más que principios son formas de auto composición. Por lo que si se quiere es convertir en un mandato del juez el procurar la conciliación, o de que ejerza la mediación, debería consagrarse como una obligación de los jueces, pero no dentro de los principios del proceso. Para lo cual basta con que se establezca en la audiencia preliminar como obligatoria la función conciliatoria del juez al igual que las funciones formales o de sustanciación y su realización como un presupuesto de validez del proceso, tal como incluso se dice en la Exposición de Motivos del Proyecto TSJ, pero no dentro de los principios del proceso.

El *principio de la oralidad*, que se consagra en el aparte primero del artículo 6°, que he venido comentando, está constituido por el desarrollo del juicio por audiencias y por la excepcionalidad de las formas escritas, como ya se ha dicho y que el Código de Procedimiento Civil, vigente, ya contemplaba en su artículo 860. A este principio le son consustanciales el principio de *la inmediatez*, o de la presencia física del juez, ya explicado, y el de *la publicidad*, que consiste en la obligatoriedad del conocimiento público de las audiencias y de los actos orales, y que solo admite la privacidad para el estudio y conferencias de los jueces para sentenciar o redactar los fallos, y la confidencialidad para los casos que así lo disponga expresamente la ley, o por razones de seguridad, moralidad o de protección al derecho del honor, a la reputación y a la intimidad de alguna de las partes, como se desprende del aparte segundo del citado artículo 6°. La publicidad de los actos procesales está consagrado en el artículo 24 del Código vigente, el cual contempla como excepción la realización a puertas cerradas de los actos del proceso por motivo de la decencia pública, cuando así lo determine el tribunal, según la naturaleza de la causa. Es decir, que es el tipo de causa la que permite al juez la reserva de los actos del proceso por motivo de la decencia pública que evidentemente incluye la moralidad. La diferencia con el Proyecto TSJ, es que en este proyecto se especifican como motivos específicos, además de la moralidad, la protección del honor, reputación e intimidad, que en algunos casos ciertamente puede ser más de interés privado que de la decencia pública, lo cual podrá ser objeto de contradicción por la parte que considere que debe aplicarse la publicidad porque no se afecta la moralidad que por definición es pública. En su redacción el Proyecto, en cuanto a las excepciones de la publicidad sigue la redacción del artículo 7°, del Código Modelo, que considera como estas excepciones a las razones de seguridad, de moral o de protección de la personalidad de alguna de las partes. Por supuesto que este principio de la publicidad lleva consigo la prohibición a las partes o terceros y auxiliares de justicia a publicar los actos que hubieren sido declarados reservados, ni dar cuenta de ellos al público, so pena de una multa hasta el límite máximo de diez (10) unidades tributarias (U.T); que en el artículo 24, del Código actual, es de un monto entre un mil a cinco mil bolívares, o arresto hasta de ocho días, que impone el juez por cada falta.

El principio de la contradicción, se consagra en el aparte tercero del artículo 6º, del Proyecto TSJ, en el sentido que las partes y los terceros intervinientes tendrán garantizadas las oportunidades de alegación, de prueba y de impugnación de los actos procesales. Principio este equivalente al principio del derecho de defensa y al principio de igualdad procesal que se contempla en el artículo 15, del vigente Código de Procedimiento Civil. En efectos en estos derechos se traducen las garantías procesales constitucionales del derecho de defensa en todo estado y grado del proceso y del derecho de ser oído en cualquier clase de proceso, que propiamente es el derecho de la audiencia, a que se contrae el encabezamiento, y los numerales 1 y 3, del artículo 49, de la Constitución, que consagra dentro de los derechos civiles el debido proceso. Por otro lado, el contradictorio no es solo para los actos de demanda o de contestación, sino para cualesquiera acto de pretensión o de prueba, por lo que en el juicio oral es esencial para la validez de las audiencias. Este principio a que se refiere el aparte tercero del comentado artículo 6º, debe verse en concordancia con la garantía de la defensa y el principio de la igualdad procesal y con el principio de que las partes están a derecho, a que se contraen los artículos 11 y 21 del Proyecto TSJ, que son reproducciones de los artículos 15 y 26, del vigente Código de Procedimiento Civil, respectivamente.

El Proyecto TSJ, consagra aparte de las reglas de la oralidad, ya comentadas, en el aparte cuarto de su artículo 6º, como un principio *el de la simplificación*, que entiende como la brevedad de los actos procesales y su sencillez, sin dilaciones indebidas ni formalismos innecesarios o reposiciones inútiles. Ciertamente que este principio es consecuencia del principio de la oralidad, por lo que debe considerársele incluido en el principio de la celeridad, la concentración y la prohibición de los incidentes.

El Proyecto TSJ, en sus apartes quinto y sexto, contempla como principios del proceso oral el principio que denomina "*Instrumental del proceso*" y *el principio del derecho de acceso a la jurisdicción*, respectivamente. Por el primero de estos principios se quiere destacar el carácter auxiliar del proceso respecto de la justicia, que la Constitución en su artículo 257, lo contempla como un elemento definidor del sistema de justicia, para lo cual se estima como adecuado el procedimiento breve, oral y público, que por definición ha de ser expedito, para que la administración de justicia pueda dispensar una tutela judicial efectiva, conforme lo exige el artículo 26, constitucional. Por tanto, a mi juicio, este principio debería catalogarse como "*el principio de la tutela judicial efectiva*", respecto del cual se entiende mejor la instrumentalidad del proceso. En verdad lo que se pretende con el proceso es obtener una tutela judicial a través de la cual se reconozca la Justicia en cada caso. De forma, que en mi criterio este principio ha de entenderse en el sentido que la finalidad de las normas procesales es permitir la aplicación de las normas de fondo. Y *el principio del derecho a la jurisdicción*, que en un sentido sigue la orientación del artículo 26, constitucional, ha de precisarse que más que el acceso a una función pública como lo es la jurisdicción, que es un concepto jurídico y abstracto, propiamente es el derecho de acudir a los órganos de la administración de justicia para hacer valer derechos o intereses legítimos para obtener la tutela judicial efectiva de esos derechos y para obtener con prontitud la

decisión correspondiente. Es decir el derecho de acción o de demandar, por el que la regla es la admisión de toda demanda no prohibida por la ley y la excepción su inadmisión.

Por cuanto el examen del principio del Juez como director del proceso implica constatar el principio de que las partes son quienes disponen del proceso o principio dispositivo, que se consagra en el artículo 8 del Proyecto del TSJ, que limita los poderes decisorios de los jueces; con el principio de la verdad objetiva, que implica el examen de los poderes oficiosos de los jueces, que de manera ilimitada se contempla en el artículo 11, del mismo Proyecto, al establecer que el Juez debe velar porque el proceso “no se desvíe hacia aspectos inadmisibles” y, en los artículos 376 y 394 del mismo Proyecto que atribuyen a los jueces ilimitadas facultades probatorias, lo cual implica una injerencia del juez en la actividad procesal de las partes me limitaré a presentar consideraciones generales respecto del primer principio. El juez como director del proceso se enuncia como el deber del Juez de impulsarlo de oficio hasta su conclusión, salvo que esté en suspenso por causas legales y en el deber de disponer su reanudación si se ha paralizado, o poderes de impulso procesal. Y respecto del principio de la verdad objetiva éste consiste en que el Juez debe tener por norte la verdad, pero dentro de los límites de su oficio, es decir el de la congruencia con lo alegado y probado y el de la imparcialidad e igualdad o el de la no indefensión y en la prohibición de suplir alegatos de las partes y de sacar elementos de convicción fuera de los hechos alegados y probados. Ahora bien, el Juez como director del proceso civil, cuyo fin es el de resolver las controversias entre particulares, en mi concepto tiene dos connotaciones: la de la dirección formal del proceso para que éste llegue a su término, mediante el control de la regularidad de los actos procesales, o poderes ordenatorios, y, eventualmente, la de ordenar pruebas de oficio o poderes probatorios, pero no la connotación de la dirección material del proceso, es decir de alterar o de influir en el mérito de la causa, porque el proceso civil no es un proceso inquisitivo o acusatorio. En las reformas procesales para introducir la oralidad en el proceso civil existe la tendencia de confundir esta forma verbal con la oficiosidad del proceso inquisitivo, desnaturalizándose la función jurisdiccional y violentando las garantías del debido proceso de la defensa, la igualdad, la contradicción y la imparcialidad. Como decía Couture, el problema no está en que el Juez dirija el proceso, sino qué Juez lo va a dirigir; si un Juez acusador, un Juez verdugo o un Juez policía o un verdadero Juez imparcial.

NOCIONES ELEMENTALES SOBRE MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS

I. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO POLINÓMICO DE LA PRUEBA

La prueba es el medio que, a través de un proceso judicial, permite confirmar que el derecho en realidad que alegamos nos pertenece o si pertenece a la contra parte. Y su finalidad lograr la certeza en el juez sobre a cuál de las partes asiste la razón y, además, es el fundamento de las sentencias como decisiones de fondo. Función en el proceso determinante, puesto que como decía Jeremías Bentham, “el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas”. Y, según Carnelutti, “la prueba es el corazón del problema del juicio, del mismo modo que es el corazón del problema del pensamiento”. De manera que abogado que solo alegue y no sepa probar no es abogado. Por ello, con este Seminario intensivo que desarrollaremos hoy, ello se pretende no solo a hablar el lenguaje probatorio, sino también formar en el estudio integral de la prueba como soporte del derecho, de actividad procesal de las partes, como resultado de la subsunción de los hechos en el Derecho. Para ello, es necesario a manera de prope-
dética iniciar su estudio por sus nociones elementales sobre los medios probatorios y sobre valoración de la prueba. Estudio que comprende lo que se denomina el trinomio conceptual relativo a la probática judicial constituido por los conceptos de medio de prueba, prueba y objeto de la prueba (Carlos Alberto Matheus López, “Sobre la función y objeto de la prueba”, al cual me permito agregar la valoración de las pruebas, de modo que su estudio viene a ser un **Cuatrinomio, o polinomioprobatorio**, que contiene los cuatro (4 términos), de un “Cubo Perfecto”: medio de prueba, prueba, objeto de la prueba y valoración de las pruebas.

II. CONCEPTOS FUNDAMENTALES PARA LA COMPRENSIÓN DE LA SISTEMÁTICA PROCESAL Y SUSTANTIVA DE LA PRUEBA Y SU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

La actividad probatoria es la diligencia de las partes o del Juez para comprobar los hechos en que las partes fundamentan sus alegatos a través de medios que permitan llevarlos al proceso. Y los medios probatorios son los medios no prohibidos por la ley en que las partes apoyan la existencia y veracidad de los hechos

relacionados con la demanda o contestación o reconvencción, permitidos y regulados formalmente por la ley, e idóneos para transportar los hechos necesarios para que el Juez funde su decisión y determine el derecho aplicable. Por otro lado, mérito probatorio: es el resultado de la verificación de la comprobación de tales hechos por la valoración del Juez, conforme al valor legal tasado, a la sana crítica a la libre convicción. De la conjunción de estas definiciones se extrae el concepto integral sistemático de la prueba como de la actividad procesal de las partes, o del Juez, para llevar al proceso mediante los medios legales los hechos que mediante su valoración del Juez han de servir de fundamento a la sentencia para aplicar la correcta regla de Derecho al caso concreto debatido.

Desde otro orden de ideas, la actividad probatoria es una garantía constitucional del derecho al debido proceso y del derecho a la tutela judicial efectiva, conforme los artículos 26 y 49, de la Constitución. Y como garantía del debido proceso es propiamente es el derecho de acceder a los medios probatorios y de realizar la prueba como parte del derecho de acceso a la justicia. Sin embargo, el derecho a la actividad probatoria está sujeta, como límites constitucionales, al respeto de los derechos de protección de la integridad personal, de la vida privada, de la prohibición de la auto culpabilidad, de la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia privada, según se deriva de los artículos 46, 47, 49, numeral 5 y 49, respectivamente de la Constitución.

III. METODOLOGÍA DEL ESTUDIO Y DEL OBJETO DE LA PRUEBA

La metodología del estudio de la prueba y de su objeto, responde a las siguientes interrogantes: ¿Qué se prueba, quien prueba, ¿cómo se prueba y cuando se prueba? ¿Qué se prueba?, que constituyen el estudio de su objeto. ¿Quién prueba?, que consiste en el estudio de la carga de la prueba. ¿Cómo se prueba?, o el estudio de los medios de prueba y su regulación. ¿Cómo se prueba?, es decir el estudio de los medios probatorios. Y, ¿cuándo se prueba?, o el estudio de las reglas procesales de promoción, evacuación y valoración. Y la obligación de las partes de probar sus afirmaciones de hecho constituye el supuesto concreto de aplicación del Derecho. El objeto de la prueba, tal como se desprende de los Art. 506, que es la regla general; 389.1, del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 1.354, del Código Civil. Por tanto, no existe actividad probatoria sobre las cuestiones de derecho, inclusive del derecho extranjero, que está excluido de prueba y puede ser aplicado de oficio por el Juez, conforme el artículo 60 de la Ley de Derecho Internacional Privado.

IV. LOS HECHOS COMO OBJETO DE LA PRUEBA

El hecho controvertido es propiamente el objeto de la prueba, como se desprende del Art. 389,2º, del Código de Procedimiento Civil. Además ha de tener relación con las pretensiones o alegatos de las partes, es decir, su pertinencia. Hechos que pueden estar referidos a las personas, sus conductas, los lugares y a las cosas. Pero también son objeto de la prueba las negaciones de hechos concretos

en el espacio y en el tiempo de los cuales dependa la aplicación de una norma, como, por ejemplo, se deduce del artículo 1.194, del Código Civil, que establece que el propietario de una edificación o construcción responde del daño causado por la ruina de estos a menos que pruebe que la ruina no ha ocurrido por falta de reparaciones o por vicios en la construcción.

V. HECHOS EXCLUIDOS DE PRUEBA.

Los hechos convenidos por las partes, no debe ser probados, según los artículos 389, 2º, y 398, del Código de Procedimiento Civil. Así como los hechos notorios conforme lo establece el artículo 506, eiusdem, puesto que son los hechos que son generalmente conocidos o admitidos.

Una modalidad de estos hechos es el hecho comunicacional, que es aquel cuya publicidad lo hace conocido como cierto en un momento dado por un conglomerado, incluyendo al Juez, de acuerdo como lo precisa la sentencia de la Sala Constitucional N° 0098 del 15-03-2000. Este hecho comunicacional es un hecho, no una opinión o un testimonio. Además, su divulgación ha de ser simultánea por varios medios.

Y, además, que se considere como cierto, en el sentido de que no sea rectificado, modificado o corregido durante un tiempo prudencial). Y que sea contemporáneo con el proceso o la sentencia, tal como lo precisa la referida Sala en su sentencia N° 0098 del 15-03-2000. También están excluidos de la prueba, los hechos presumidos por la ley, como lo precisa el artículo 1.398 del Código Civil.

Igualmente están excluidos de la actividad probatoria los hechos que constituyan afirmaciones o negaciones absolutas, indefinidas o indeterminadas. Por ejemplo, siempre he vivido en Caracas es una afirmación indeterminada. Así como, nunca he vivido en Mérida, Negación absoluta. Sin embargo, la negación de una negación se convierte en una afirmación y por tanto debe ser probada. Porque, la negación de una negación se convierte en una afirmación.

Por ejemplo, si el demandado a quien se demanda porque no cumplió una obligación, que es una primera negación, alega que no incumplió la obligación, que es una (segunda negación, está afirmando que, si la cumplió, por lo que debe probar este hecho extintivo de la demanda, como lo ha precisado la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia del 27-07-2004, en el “Caso Inversiones y Administradora de Bienes Combines C. A. Vs. Nelson José Mendoza Linares.

VI. LOS MEDIOS DE PRUEBA

Son los instrumentos que la ley autoriza para el traslado de los datos o hechos para verificar los alegatos y las pretensiones de las partes y a los que les reconoce eficacia en el proceso para demostrar la veracidad o la falsedad de los hechos controvertidos. Su finalidad: Es que el Juez los tome en cuenta la hora de sentenciar.

VII. REGULACIÓN LEGAL

La regla consagrada de los medios probatorios en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil es la de la libertad y amplitud probatoria, en donde se comprenden los medios previstos expresamente en las leyes, por lo que denominan legales, por estar prevista y regulada su promoción y evacuación en las leyes. Y, cualquier otro medio idóneo no previstos en las leyes y no prohibidos por éstas, que, por su idoneidad, pueden valerse las partes, que son los llamados pruebas libres, pero que también son legales, aunque las formas de promoción y evacuación no están previstas en las leyes.

Además, el promover y evacuar los medios probatorios es un derecho solo de las partes y no de los jueces a los cuales se les reconoce como una potestad o una obligación, pero sin que ello signifique sustituirse a las partes en la actividad probatoria.

Las pruebas denominadas legales esta reguladas principalmente en el Código Civil, como **la prueba escrita** (arts. 1.350; que puede ser un **instrumento público** (arts. 1.357 y 1.384), o **un instrumento privado** (arts. 1.358, 1.363, 1.366, 1.371, 1.375, 1.379 y 1.380) y una variedad como las tarjetas (Art. 1.383), la testimonial (Arts. 1.387 a 1.399, las presunciones (Arts. 1.394 a 1.399), la experticia (Art. 1.422), la inspección ocular (Art. 1.428), la confesión (Arts. 1.400 a 1.405), el juramento decisorio (Arts. 1.406 a 1.418), el juramento deferido de oficio (Arts. 1.419 a 1.421), los informes (Art. 191), las actas del estado civil (Art. 4537), las partidas eclesiásticas (Art. 458), las pruebas supletorias de las partidas de estado civil (Art. 458), Los exámenes y experticias hematológicas y heredo biológicas (Art. 210) y los planos del contrato de obra (Art. 1.368). Y, en el Código de Procedimiento Civil la confesión judicial o posiciones juradas (Art. 403), el juramento decisorio y deferido (Art. 420 y 422). Asimismo, regula también la **prueba por escrito** como las copias fotostáticas, informes exhibición, La testimonial para ratificar instrumentos privados emanados de terceros y las publicaciones de la prensa o en gacetas (Arts. 429, 431, 432, 433 y 436); la experticia (Art. 451), la inspección judicial: (Art. 472), la prueba de testigos (Art. 477), las reproducciones de objetos, documentos y lugares: (Art. 502), la reconstrucción de los hechos (Art. 503), las reproducciones (Art. 502), el interrogatorio libre y sin juramento hecho por el Juez (Art. 401,1º), la reconstrucción de hechos experimentos), denominados **prueba científica genérica** (Arts. 503 y 504). Las otras pruebas previstas en otras leyes: Art. 395, encabezamiento: (P., e., los documentos administrativos, el careo de testigos, los testigos expertos, etc.). Y, los medios de prueba de que quieran valerse las partes no previstas en otras leyes, que son las llamadas pruebas libres (Art. 395, único apte).

VIII. CONDICIONES DE LOS MEDIOS PROBATORIOS LIBRES

La admisibilidad y la validez de estos medios depende que no estén prohibido por otras leyes o que no sean violatorios de garantías constitucionales. Además, que científicamente sean idóneos, en razón que la Idoneidad de la prueba es

un motivo de admisibilidad, además de la legalidad y de la pertinencia, como se desprende del artículo 398, del CP. Y, por último, que en su promoción se emplee por analogía las disposiciones formales del Código Civil, o en su defecto, las que señale el Juez, según el artículo 395, único aparte, eiusdem; y que garanticen el control de la prueba por el adversario, en atención a lo dispuesto en los artículos 49, 1, de la Constitución y 15, del CPC.

IX. COMENTARIOS A ALGUNOS MEDIOS DE PRUEBA CONTEMPLADOS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL (CPC)

Un aspecto es la ampliación de la prueba escrita, porque se regulan las copias y reproducciones de los instrumentos públicos y privados reconocidos conforme el artículo 429 eiusdem, que estén disponibles por las partes, las cuales no requieren autorización del Juez para producirlas en el proceso, a diferencia de las otras copias y reproducciones a las que se contrae el artículo 502, de dicho Código, que son autorizadas por el Juez en el proceso. En todo caso los originales de estas copias o reproducciones deben ser instrumentos públicos, según el artículo 1.357 del CC; o privados reconocidos conforme lo previsto en los artículos 1.363 y 1.364, 1.366, 1.368 y 1.369 de dicho Código. Las copias se presumen fidedignas si las copias no son impugnadas por la contraparte por no ser fidedignas. Y el promovente que quiera valerse de las copias impugnadas puede solicitar su cotejo con el original o con una copia certificada expedida con anterioridad, en atención a lo dispuesto en el artículo 1.385, eiusdem, o mediante una inspección judicial o experticia sobre el instrumento original. Y respecto a su promoción las copias pueden promoverse en la demanda, en la contestación, en la reconvenición y en el lapso de promoción de pruebas.

Otro aspecto para destacar es la de **la prueba de reproducción en el proceso**, es el medio para llevar al proceso lugares, cosas o documentos, **visibles**. Y, que son de dos categorías:

1. Las pruebas de reproducción dentro del proceso como los planos, calcos, copias, fotográficas, de objetos, documentos y lugares; reproducciones cinematográficas o de otra especialidad que requieran el empleo de instrumentos o medios mecánicos, es decir, reproducciones de objetos, estáticos o en movimiento, de cosas o personas o animales, con o sin sonidos; o fenómenos naturales, que pueden ser complemento de otras pruebas, como la de experimentos, a que se contrae el artículo 504 del CPC, o como de inspecciones judiciales, previstas en los artículos 475 y 502 eiusdem. Un requisito de su admisibilidad es que ha de ser posible que el objeto de la reproducción pueda ser percibido, es decir, visible directamente por quien efectúe la reproducción. Por otro lado, el Juez al admitir esta prueba debe autorizar a quien va a realizar la reproducción y así como indicar el medio de reproducción, y si, además, es necesario utilizar tal prueba como complemento de otras pruebas. Algunos opinan que las reproducciones solo caben sobre cosas, lugares o documentos y no sobre las personas y los semovientes y o sobre cosas que escapan a los sentidos de la vista, al oído o al olfato, porque pueden ser objeto de otra prueba más idónea, como la prueba de experimentos,

contemplada en el Art. 504 CPC; salvo que sea complemento de una inspección judicial, que si puede recaer sobre personas o animales. Y en la oportunidad de la promoción de las pruebas el promovente debe especificar el objeto y el medio técnico, y el sitio donde se va a realizar. Y;

2. Las pruebas de reproducción fuera del proceso, que son pruebas libres, si no están prohibidas por la ley. Por ejemplo, grabaciones de conversaciones particulares o de objetos ilícito; y además tienen que ser idóneas, pero su autenticidad y veracidad han de ser objeto de otras pruebas complementarias dentro del proceso. Pueden promoverse con la demanda, la contestación, la reconvencción, o la promoción de las pruebas, señalando los datos técnicos para su identificación, así como el autor, el tiempo, lugar, contenido, etc., y deben promoverse conjuntamente con las pruebas complementarias de su autenticidad o autoría y su veracidad.

La prueba de reproducción de fotografía como medio probatorio legal es una prueba de reproducción de hechos visibles, estáticos de lugares, objetos y documentos. Y medio complementario de la prueba de reconstrucción de los hechos según el artículo 503 del CPC y de la inspección judicial conforme los artículos 472, 475 y 502, eiusdem, que puede recaer sobre personas o animales.) Si se trata de fotografías de personas, actividades o de animales, serían medios libres de prueba, conforme el artículo 395, CPC, si se relacionan con los hechos litigiosos, siempre que se garantice el control de su autenticidad, es decir, quien las realizó y las condiciones del lugar, la fecha y la hora, y acompañar su negativo. La jurisprudencia de casación, por analogía, asimila las fotografías extra proceso a los instrumentos privados, de forma que, analógicamente, quedan reconocidas como imágenes ciertas si la parte a la que se le oponen no las desconocen, por aplicación de los artículos 1.363 y 1.368, del CC, en concordancia con el artículo 429, del CPC.

La prueba de experimentos o prueba científica genérica, contemplada en el artículo. 504 del CPC), son los medios para llevar a los procesos hechos no visibles sobre personas, animales, objetos o cosas, que el Juez no puede percibir directamente, como radiografías, radioscopias, análisis hematológicos, bacteriológicos y cualquiera otro fenómeno de carácter científico (sismógrafos, termómetros, o barómetros). Puede ser prueba complementaria de inspecciones judiciales (art. 475), de reconstrucciones de los hechos (Art. 504) y autónoma si conviene a la actividad probatoria.

Se diferencia de la experticia en que no es un dictamen sino un resultado que se quiere obtener sobre lo alegado. Por ejemplo, la prueba de ADN. Las pruebas obtenidas fuera de juicio deben ser promovidas a través de una testifical para que el testigo calificado, como experimentador, o científico, admita su autoría y su idoneidad. Otros, por el contrario, opinan que se pueden promover como pruebas libres y que dentro del proceso debe demostrar su autenticidad y veracidad, salvo que se trate de experimentos a los cuales las leyes les den autenticidad, como ciertos registros, como metrología. En estos casos, corresponde la prueba contraria a quien discuta su autenticidad o veracidad, con otra prueba científica.

X. EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

Es una prueba instrumental que por su formato representativo de mensajes o de firmas puede calificarse de documento técnico o informático y por el medio que se utiliza, se le denomina “documento electrónico”. *Su naturaleza y valor se regula en el Decreto N° 1.204 del 10-02-2001 con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, publicado en la G.O. N° 37.148 del 28-02-2001.* La regulación de este documento, aparte de facilitar el comercio electrónico, tiene por finalidad dotar de reconocimiento jurídico a los mensajes de datos y firmas electrónicas, basado en los principios de la eficacia probatoria, equivalencia funcional, neutralidad tecnológica, respeto a las formas documentales y a las firmas electrónicas, otorgamiento y reconocimiento jurídico de los mensajes de datos y firmas electrónicas, funcionamiento de las firmas electrónicas, no discriminación del mensaje de datos firmado electrónicamente, libertad contractual y responsabilidades. Jurisprudencialmente, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia de fecha 24-10-2007 (Caso “DISTRIBUIDORA INDUSTRIAL DE MATERIALES C.A. (DIMCA), vs. ROCKWELL AUTOMATION DE VENEZUELA C.A.”), atendiendo al artículo 2º, de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, conceptúa, así: *“Documento electrónico o mensaje de datos es “...toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio...”*. La misma casación atribuye al documento electrónico, como característica más relevante *“que sus datos electrónicos se encuentran almacenados en la base de datos de un PC o en el proveedor de la empresa; y que su comprobación requerirá una ulterior reproducción o impresión del documento.”*

Además, ha precisado sobre el particular, que la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas establece en su artículo 7: *“...cuando la ley requiera que la información sea presentada o conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con relación a un mensaje de datos si se ha conservado su integridad y cuando la información contenida en dicho mensaje de datos esté disponible. Un mensaje de datos permanece íntegro, si se mantiene inalterable desde que se generó, salvo algún cambio de forma propio del proceso de comunicación, archivo o presentación...”*. *“Es un medio de prueba atípico, cuyo soporte original está contenido en la base de datos de un PC o en el servidor de la empresa y es sobre esto que debe recaer la prueba”*.

Dentro de los instrumentos la jurisprudencia de casación, lo considera un instrumento descriptivo, pues, cataloga el documento electrónico como: *“un medio atípico o prueba libre, por ser aquel instrumento que proviene de cualquier medio de informática o que haya sido formado o realizado por éste”*. Y, que, por tanto, *es el conjunto de datos magnéticos grabados en un soporte informático susceptible de ser reproducidos que puede fungir como objeto de prueba y su reproducción, independientemente de su denominación, debe ser considerada otro documento que actúa como medio para su traslado al expediente”*.

Y, precisa que, en sentido amplio, “*debe entenderse como cualquier tipo de documento generado por medios electrónicos, incluyendo en esta categoría los sistemas electrónicos de pago, la red de internet, los documentos informáticos y telemáticos, entre otros*”.

El criterio jurisprudencial, se confirma con los artículos 23 y 24, de la Ley de Registro Público y del Notariado, que atribuye a los documentos electrónicos emanados de Registros y Notarías, con la firma electrónica del respectivo funcionario, la misma eficacia probatoria de los documentos auténticos. Por el hecho de que está definido en un texto legal, así como sus características y su valor probatorio, considero que el documento electrónico que llene los requisitos exigidos para su eficacia probatoria, es una prueba legal y no libre, solo que en lo relativo a su promoción y evacuación, se regula analógicamente por las reglas de las pruebas libres, y, concretamente, por la aplicación analógica de las reglas de las pruebas documentales, como se establece en el artículo 4º, de la indicada Ley, en los siguientes términos: “*Los Mensajes de Datos*”, que llenen los requisitos exigidos por el artículo 16 de la Ley mencionada, “*tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, sin perjuicio de lo establecido en la primera parte del artículo 6 de este Decreto-Ley. Su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil. La información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas* (artículo 429). Son, pues, un medio mixto: el soporte informático (contenido) y su reproducción (modo de trasladarlos al proceso). Y, respecto de los documentos que carezcan de los requisitos requeridos para su validez y eficacia, por el artículo 16, *eiusdem*, que se consideran parte del mensaje de datos, el artículo 17, de la Ley citada, establece que: “*La Firma Electrónica que no cumpla con los requisitos señalados en el artículo anterior no tendrá los efectos jurídicos que se le atribuyen en el presente Capítulo, sin embargo, podrá constituir un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica*” (Art. 506 CPC). Estos medios que carecen de los requisitos, me permito denominarlos “medios electrónicos simples”.

Como requisito para su eficacia: la ley citada requiere la certificación por parte de los proveedores de servicios de certificación, autorizados por el organismo competente en materia de datos, mensajes y firmas electrónicas. Los certificados electrónicos emitidos por proveedores de servicios de certificación extranjero, tienen la misma validez y eficacia jurídica reconocida en la referida Ley, siempre que tales certificados sean garantizados por un Proveedor de Servicios de Certificación, debidamente acreditado conforme a lo previsto en la misma Ley, que garantice, en la misma forma que lo hace con sus propios certificados, el cumplimiento de los requisitos de seguridad, validez y vigencia del certificado del otro proveedor. Ahora bien, de no estar garantizados los certificados electrónicos extranjeros por un Proveedor de Servicios de Certificación debidamente acreditado conforme a lo previsto en dicha Ley, si bien carecen de los efectos jurídicos que

se le atribuye legalmente, sin embargo, podrán constituir un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica. Todo ello según lo determina el artículo 44 eiusdem. De manera, que los medios que satisfacen los extremos de validez y eficacia son pruebas legales, que solo por carecer de reglas propias de promoción y de evacuación, se regulan por las normas concernientes a las pruebas libres, en el presente caso las de las pruebas documentales, ya que son las que por analogía procede aplicarlas por mandato del artículo 395, del CPC.

Además, estos medios electrónicos que cumplen con los requisitos legales de seguridad, validez y vigencia tienen atribuida como regla expresa de valoración, la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos. Por el contrario, los medios electrónicos simples, que no están prohibidos legalmente, son medios de los cuales pueden valerse las partes, si consideran que son conducentes para la demostración de sus pretensiones, es decir, pruebas libres, conforme el artículo 395, del CPC., sirven como indicios

En cuanto a los aspectos referentes a la existencia, validez y eficacia de las pruebas electrónicas practicadas sin la existencia de un verdadero sistema de certificaciones, la sentencia de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, N° 00157, de fecha 13-02-2008 (Caso “PDV-FIT, PDV-Informática y Telecomunicaciones S. A. vs. INTESA”), consagró una orientación para determinar su autenticidad, en estos términos: A) Puede sostenerse que respecto de los mensajes de datos, por su equiparación con los documentos privados, emanados de terceros, para su existencia y validez, se requieren el reconocimiento o la ratificación por éstos mismos, a través de la prueba testimonial, conforme se prevé en el artículo 430, del CPC. B) En caso de que se opongán a una parte como emanando de ella, si no se reconoce o no lo niega, se tendrá por auténtico, conforme el artículo 444, eiusdem. C) Al desconocerse esos mensajes de datos, por ejemplo, correos electrónicos sin firma digital o de certificación, la prueba de su existencia electrónica y validez y su integridad o no alteración, es decir, de **su autenticidad**, su emisor, su recepción o lectura, se debe hacer, en el proceso, por otros medios como la inspección judicial, experticia o la prueba de informes y no a través de la prueba de cotejo, por cuanto no es posible hacer el cotejo con una simple impresión del mensaje de datos. Ciertamente, este cotejo no es idóneo para probar el emisor, la lectura por el usuario y su contraseña¹.

¹ En preparación de este tema durante su redacción para su edición en el presente Volumen, la Sala de Casación Civil, en sentencia del 9 de diciembre de 2021, (Caso “Andrés Eloy Blanco Rodríguez vs. Salvador Carrillo Croce”), estableció que no es necesario promover una prueba de experticia informática para que los correos electrónicos tengan valor probatorio como prueba documental, a en razón que según el artículo 4º, del Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensajes y Firmas Electrónicas son asimilables a las copias o reproducciones fotostáticas y, por tanto, a los documentos escritos. Sentencia mediante la cual ratificó el criterio jurisprudencial establecido en la sentencia de dicha Sala N° 460, de fecha 5 de octubre de 2011, Caso “Transporte Doroca C. A. vs. Cargill de Venezuela, S. R. L.”

XI. PRUEBA DE INFORMES

Este medio probatorio está regulado en el Art. 433 del CPC, el cual era conocido en el contencioso administrativo y en materia de separación de cuerpos y de divorcio, como se desprende del artículo 191 del CC. Es llamada “**testimonial de personas jurídicas**” porque se trata de declaraciones o informaciones de estas personas sobre hechos litigiosos que aparezcan en documentos, libros, archivos o papeles o copias, que se hallen en tales personas. Sobre su admisibilidad se plantea, ¿si solo es promovible contra terceros y no contra la parte? Al respecto se observa que textualmente según el citado artículo 433 “proceden, aunque no sea parte”. Pero se dice que frente a la contraparte solo procede la exhibición a que se contrae el artículo 436, eiusdem, como lo ha establecido la Sala de Casación Civil en su sentencia N° 1151 del 24-09-2002. Dicha prueba de informes es la respuesta o declaración de un tercero a requerimiento del Tribunal sobre hechos que estén documentados, que puede venir acompañada de copias. Respecto de su valoración, no es propiamente una prueba escrita, sino una declaración de un tercero, por lo que considero que no cabe su tacha como una prueba por escrito, sino que, por presumirse su autenticidad y exactitud del contenido de la respuesta y, además, es posible enervarla o destruirla por cualquier otro medio. De modo que se aprecia por la regla de la sana crítica contemplada en el artículo 507 del CPC, según la citada Sala en sentencia N° 1389 del 15-11-2004. Finalmente, en cuanto los requisitos de su promoción, ha de indicarse cuál es el objeto preciso referido al litigio y su relación con los papeles que tenga el tercero y no puede sustituir la testimonial. Además, ha de promoverse oportunamente, conforme el artículo 396, eiusdem Y ha de ser requerida por la parte al Juez y su contenido debe ser una reseña, información o explicación. Y puede acompañarse de los documentos a los que se refiriere.

XII. PRUEBA DE EXHIBICIÓN

Está regulada en los artículos 436 y 437 del CPC y es una prueba auxiliar de la prueba escrita. Por el que se trae al proceso un documento que está en poder de la contraparte o de un tercero. Aparte de su promoción oportuna, en el lapso legal de promoción de las pruebas a que se contrae el artículo 396, eiusdem, el demandante puede promover la prueba de exhibición en el escrito de demanda, y, el demandado en su contestación. Lo cual debe hacerlo acompañando a la solicitud o promoción de la exhibición, de la copia del documento que es su objeto, o la indicación de sus datos acerca de su contenido y de un medio de prueba que por lo menos constituya presunción grave que el instrumento se halla o se ha hallado en poder de la contraparte. Por ejemplo, una carta misiva, contemplada en el artículo 1.371 del CC. Ahora bien, si el documento emana de la parte, se presume que existe en su poder, como lo ha establecido la Sala de Casación Social en sentencia N° 0222 del 04-07-2000. Por otro lado, no es necesario conocer el lugar exacto de la ubicación del documento y al requerido puede mediante cualquier prueba desvirtuar la presunción de que está en su poder, como lo asentó la Sala Política Administrativa en sentencia N° 1151 del 24-09-2002. Y, por último, es

necesario la intimación del Tribunal al adversario bajo apercibimiento que de no presentarse se tendrá como cierto los datos afirmados por el solicitante acerca del contenido del documento. Por lo que en la práctica de esta prueba de exhibición no se aplica el principio de que la parte está a derecho, contemplado en el artículo 26 del CPC. El plazo de presentación puede ser prorrogado, en garantía del derecho de defensa, según doctrina de la Sala citada últimamente, contenida en su sentencia N° 1983 del 03-11-2004. Por cuanto al admitir la prueba de exhibición se presume que existía el documento o que estuvo en poder del requerido, este debe demostrar lo contrario, porque de no hacerlo los datos afirmados por el promovente se tienen como ciertos. Respecto de su valoración, el Juez, junto con otras pruebas, puede concluir acerca de la veracidad de los datos del documento cuya exhibición se solicitó. Porque, por ejemplo, existe en el expediente algún medio probatorio o indicio que le permita al Juez presumir su existencia. Por ejemplo, que en un expediente o archivo cursa o cursó un documento. En caso de que surja esta incidencia porque la prueba de la existencia del documento resulta contradictoria, el Juez resolverá en la sentencia definitiva, pudiendo sacar de las manifestaciones de las partes y de las pruebas suministradas las presunciones que su prudente arbitrio le aconsejen.

XIII. PRUEBA TESTIMONIAL

Se trata de las declaraciones de **testigos referenciales**, porque son personas que han visto u oído personalmente aquello a que se refiere su declaración; **testigos referenciales**, o la declaración de la persona que conoce los hechos porque le han sido referidos por terceras. Ahora bien, para pueda ser admitida la declaración del testigo, es necesario que no sea un testigo **inhábil**, es decir, un tercero, que tenga un interés directo o indirecto en las resultas del proceso que puede ser económico o un beneficio personal. O porque se trate de un pariente o el amigo íntimo por su interés moral. O, un ascendiente o descendente o su cónyuge, el sirviente doméstico, al igual que el enemigo no puede testificar contra la parte que sea su enemigo. Aparte, son también testigos inhábiles el magistrado que este conociendo de la causa, el abogado o apoderado de la parte a quien represente; el vendedor en causas por evicción; el heredero presunto, el donatario, el amigo íntimo, los socios en los asuntos de la sociedad. Tampoco son hábiles los parientes consanguíneos, hasta el cuarto grado de consanguinidad, o afines, hasta el segundo grado, salvo que lo que se pretende probar parentesco o edad, en cuyo caso los ascendientes o descendientes, son testigos hábiles Inhabilitaciones relativas u absolutas, que se establecen en los artículos 478, 479 y 408, del CPC. Concluido el testimonio, según el artículo 491, del CPC, se redacta el acta por la secretaria del Tribunal, que debe leerse al testigo para que exprese su conformidad o haga las observaciones que se le ocurran, y luego el testigo firma e lacta con el Tribunal y las partes que hubieren concurrido al acto, si estos supieren y pudieren hacerlo. Acta del testimonio que debe cumplir con el contenido que indica el artículo 492, *eiusdem*. La declaración de los testigos se hace mediante el interrogatorio y repreguntas de viva voz y en público, y cada pregunta y repregunta debe versar sobre un solo hecho, por mandato del artículo 485, *eiusdem*, y deberán ser respondidas

verbalmente, sin leer ningún papel o escrito, salvo que se requiera para consultar cantidades o en los casos difíciles o complicados, como lo advierte el artículo 498, eiusdem. Y el artículo 487, permite al Juez preguntar al testigo. Durante el interrogatorio el tribunal debe protección del testigo, por lo que el Juez ha de interrumpir el testimonio para corregir errores y proteger al testigo contra todo insulto y para hacer efectiva su libertad para decir la verdad, según lo precisa el artículo 488 del Código en comentario.

En la técnica del testimonio se distinguen las **interrogantes sugestivas** que abiertamente sugiere las respuestas suministrando solapadamente los detalles, por lo que son inadmisibles. Las **interrogantes capciosas**, porque son loas, elogios, adulaciones, o con apariencia de verdad para inducir al error y lograr una respuesta deseada del testigo. Por ejemplo, responda, usted que es veraz y enseña la verdad y que no se deja llevar por nadie. UN ejemplo de esta interrogante es la pregunta que se le hizo a Jesús, “¿Maestro es lícito dar tributo al Cesar?”, que también es una interrogante inadmisibles. ¿También se distinguen las interrogantes determinativas, o llamadas inocentes, como, por ejemplo, “Cuál es el color del perro blanco?”. “¿Cuántas personas vio?”. Son igualmente inadmisibles. Hay otra interrogante llamada **disyuntiva incompleta**, porque no deja al testigo sino dos alternativas, de sí o no. Por ejemplo, “¿Había un perro en el lugar sí o no?”. La **Interrogante disyuntiva completa** es cuando se pregunta al testigo, “¿El perro era blanco o marrón?, y el testigo responde “blanco o marrón”; o “ni blanco ni marrón, sino negro”. Igualmente son inadmisibles **las interrogantes expectativas**, por ejemplo, “¿No había un perro en la casa?, y el testigo responde sí o no. Un tipo de interrogante es la llamada, **implificativa**, porque no había perro alguno y sin embargo se pregunta al testigo, “¿Cuál es el color del perro?”, para poner en duda la existencia del perro. Y **la interrogante consecutiva** cuando se pretende poner en contradicción con su dicho al testigo, al preguntársele, en esta forma: “¿El demandante alcanzó un trozo de carne al perro blanco?, cuando antes dijo que el color del perro era distinto.

Un aspecto importante en la regulación de la prueba testimonial es su valoración a lo cual se refiere el artículo 508 del CPC, en el cual existen reglas legales expresas y reglas de sana crítica, como lo precisó la Sala de Casación Civil de la antigua Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23-05-1990, en el Caso “Luisa Elizondo de Berecibar Vs. Distribuidora Chumaceiro C. A” y SCC TJS RC 0448 del 20-12-2001. Las reglas legales son: la concordancia de las testimoniales entre sí y de éstas con las demás pruebas; la desestimación del testigo inhábil o del perjurio y la motivación del por qué se desechó el testigo por inhábil o por contradictorio, aunque no hubiere sido tachado. Y las reglas de la sana crítica, consisten en la estimación cuidadosa y racional de los motivos de las declaraciones y la confianza que merezcan los testigos por su vida, edad, la profesión que ejerzan y demás circunstancias que el Juez aprecie por la experiencia común o en máximas de experiencia según la regla de sana crítica a que se contrae el artículo 12, del CPC.

Por otro lado, en materia civil el testigo único vale como plena prueba cuando es idóneo y merece fe su declaración, según la referida Sala, en sentencia del 17-11-1988, en el Caso “Abelardo Caraballo Klei Vs. Bárbara Ann Gracia de Caraballo”.

XIV. LA PRUEBA DE POSICIONES JURADAS

Esta prueba consiste en el emplazamiento las partes para que contesten bajo juramento el interrogatorio o posiciones que le haga el contrario sobre hechos pertinentes del proceso de que tenga conocimiento personal, la cual está contemplada en el artículo 403 del Código en comento. Es la confesión rendida ante un Juez, bajo juramento, solicitada por la contraparte, que equivale a plena prueba si se admiten los hechos, no se comparece a responder las posiciones; se niega a responder las preguntas; no se responde asertivamente; o se responde falsamente. Es una carga sustancial u obligación no simplemente procesal. Porque la falta de comparecencia o la negativa a contestar las posiciones es una confesión judicial. Su finalidad es obtener de la parte contraria el reconocimiento o aceptación de hechos por quienes se le oponen. En relación a sus efectos, se distingue, el reconocimiento del hecho ante la contraparte que la releva de prueba, de allí viene al apotegma “a confesión de parte relevo de prueba”. Y si el reconocimiento del hecho beneficia a ambas partes, o al declarante no existe confesión, por tratarse de una favorable confesión. Los sujetos obligados por la carga de la confesión de acuerdo al contenido de los artículos 404 y 407, del CPC, son los siguientes: 1) Las partes de la Litis. 2) Los representantes de las personas jurídicas, o las personas designadas por éstos o sus apoderados para absolver en su lugar las posiciones, si tienen conocimiento directo y personal de los hechos de la causa. 3) Los apoderados de las partes siempre que subsista el mandato en el momento de la promoción de las posiciones y 4) Los representantes de incapaces por los hechos realizados en nombre del mandante o en los que haya intervenido personalmente. Y las **personas exceptuadas de la carga**, son las mismas personas eximidas para comparecer a declarar como testigo, según el artículo 408, eiusdem. Y en su promoción y admisibilidad, rige **el principio de la reciprocidad**, puesto que la parte que solicite las posiciones juradas queda obligada a absolver las posiciones a su contraparte, de acuerdo con el mandato consagrado en el artículo 406, eiusdem. De modo que, acordadas las posiciones solicitadas por una de las partes, el Tribunal fija en el mismo auto la oportunidad en que el solicitante debe absolverlas a la otra, considerándose a derecho para el acto por la petición de la prueba. Igualmente, por el **principio de irrenunciabilidad**, una vez solicitadas las posiciones juradas el promovente no puede renunciar a su práctica. Y, por otro lado, si quien las solicitó no asiste al acto no se libera de las posiciones recíprocas.

El **objeto de las posiciones juradas**, conforme el artículo 405, eiusdem, son los hechos pertinentes al mérito de la causa y los hechos personales, que cumplan con las siguientes condiciones el hecho personal ha de ser del conocimiento real y directo de la parte de los relevantes de la Litis. Hecho relevante es la relación existente entre el absolvente, representante o apoderado ante quien se hace la confesión. Además, han de ser hechos pertinentes, es decir, concernientes a los hechos

controvertidos. Por ello, están excluidos de las posiciones juradas los hechos irrelevantes, porque no guardan relación con la litis, o que no fueron alegados en la demanda o en la contestación. También están excluidos los hechos admitidos o no controvertidos, los hechos presumidos o los hechos notorios que no son objeto de prueba, los hechos impertinentes, porque no guardan relación o no conciernen al debate. Y, finalmente, la norma jurídica está excluido de las posiciones juradas porque el Derecho no es objeto de prueba.

Conforme el artículo 405, del CPC, las posiciones juradas pueden promover: desde el día la contestación de la demanda; después de ésta durante la promoción o evacuación de las pruebas y hasta el momento de los informes. Solo se pueden promover por una vez en primera instancia y por una vez en segunda instancia, a menos que se aleguen en contra hechos o instrumentos nuevos, caso en el que se pueden promover otra vez, pero solo con referencia a esos hechos, como lo advierte el artículo 419, *eiusdem*. Y solo en el lapso de promoción si el absolvente reside en el extranjero, según los artículos 418 y 396, *eiusdem*. Sus **formalidades de la promoción de las posiciones juradas** se regulan en los artículos 405 y 416, *eiusdem*, mediante una solicitud al promoverse, y si el Juez las admite, ordena la citación personal de quien debe absolverlas personalmente; y fija el día y la hora para las posiciones juradas. Debe notificarse personalmente a quien se obliga a absolverlas mediante boleta librada por el Juez y dejada por el Alguacil en el domicilio de quien deba absolver las posiciones juradas, o por un Alguacil de otros Tribunal distinto, o por un Notario, según el artículo 233, *eiusdem*. O, por comisión a otro Juez del domicilio del absolvente en el lugar de su residencia para que las absuelva ante el Tribunal comisionado, salvo que prefiera comparecer a contestar ante el Juez de la causa, anunciándolo previamente, Y, por rogatoria a un Juez del extranjero según el artículo 188, del CPC. Sin embargo, están exentos de la citación personal, la persona o el apoderado designados mediante diligencia o escrito para que absuelvan posiciones en lugar de los representantes de las personas jurídicas, si estas personas tienen conocimiento directo y personal de los hechos de la causa, conforme se precisa en el artículo 404, *eiusdem*.

Las posiciones juradas, respecto de **las formalidades de la evacuación** pautadas en el artículo 413, *eiusdem*, se realizan en audiencia pública el día y hora fijados y se harán constar en un acta firmada por el Juez, el Secretario y las partes, llamada “Acta de posiciones juradas”, en la cual se deja constancia de la presencia del absolvente y de las partes y de la juramentación del absolvente. Si el absolvente comparece se da lectura previa de los artículos concernientes a los efectos de la no comparecencia y de la negativa a contestar las posiciones juradas. Y si el absolvente no concurre se dejan transcurrir 60 minutos después de la hora fijada. Si transcurre el plazo otorgado y el absolvente no comparece, el promovente procede a estampar las posiciones sin excederse de 20 posiciones. En dicha Acta se transcribe el interrogatorio y las respuestas, salvedades y reclamaciones y se deja constancia que el acto termino y que se dio lectura al Acta, y de las firmas del Juez, del Secretario y de los intervinientes. Y las partes puede solicitar que el acto de posiciones juradas se reproduzca o se grabe, por permitirlo el artículo 189, *eiusdem*. En el acto de posiciones el promovente solo puede formular hasta 20

posiciones, salvo que, por la complejidad del asunto, a solicitud de parte, el Juez conceda otro número adicional que no puede exceder de 10 posiciones, como lo determina el artículo 411, eiusdem.

Un aspecto importante de la formulación de esta prueba de confesión, lo es el tipo de respuestas a las posiciones, puesto que se distinguen: **las posiciones simples**, por ejemplo, “¿Diga si debe o no debe Bs. 1.000?”, y el absolvente se limita a decir “Si debo”, que es un hecho que obra en su contra. **Las posiciones cualificadas**, cuando a esa posición, “¿Diga si debe Bs. 1.000?”, el absolvente admite el hecho, pero le asigna un significado diferente, como, por ejemplo, “Si recibí Bs. 1.000 pero no como préstamo sino como donación”. O, “Si lo debo, pero no al 2% de interés sino al 1%”. O, “Si lo recibí, pero lo pagué”. Otras posiciones son las **compuestas o complejas**, cuando el absolvente admite el hecho perjudicial, pero alega otro hecho favorable y separado bajo esta forma: “Si debo Bs. 1.000, pero me debe Bs. 2.000, por un servicio que le presté”. O, “Si le debo los alquileres por Bs. 1.000, pero el arrendador me debe por mejoras Bs. 3.000”. Las posiciones juradas ha de formularse de manera **asertiva**, como lo ordena el artículo 409 del CPC, puesto que han de interrogarse en forma positiva, como, por ejemplo, “¿Diga si es cierto que usted debe?”, de modo que el absolvente puede responder categóricamente “SI” o “No”). La posición es **inquisitiva**, cuando se interroga no en forma asertiva sino impositiva imponiendo un “Si” o un “No”, como, “Diga que es verdad que usted si debe Bs. 1.000”). No están permitidas porque no se pueden responder bajo la alternativa de “Si” o “No”. El Juez debe dispensar al absolvente de responder. **La posición negativa**, es una aseveración interrogada en forma negativa: “Diga cómo no es cierto que usted estuvo en Caracas”. El absolvente puede responder categóricamente “Si es cierto”. O “No es cierto”. Por eso debe responderse. La posición **afirmativa de negación**, es una interrogación que encubre una negación: “Diga que es falso que usted estuvo en Caracas”. Es asertiva, pero de una negación, por lo que el Juez debe solicitar que se clarifique para no inducir a equívocos al absolvente. Es posición **insistente o repetitiva**, se interroga sobre hechos que ya han sido objeto de otras posiciones. No se permiten **porque** pretende verificar la veracidad del absolvente. Son **posiciones Impertinentes**, cuando el hecho objeto en la pregunta no tiene relación con la litis. O, impertinente dudosa, si no es clara su relevancia para el proceso. El Juez puede ordenar que se responda, sujeto a que no se tome en cuenta si confirma su impertinencia la valorar la posición.

Por su parte, en atención a las **reglas de contestación de las posiciones juradas**, contenidas en los artículos 409 y 414 del CPC, el absolvente debe responder directa y categóricamente o confesar o negar Y se le tiene por confesa a quien no responda de manera terminante.

Si la posición versa sobre el contenido de un instrumento que exista en el proceso, la contestación puede referirse a ellos. No puede el absolvente leer papel alguno para contestar, salvo que se trate de cantidades u de asuntos complicados. Y las preguntas y las respuestas se hacen verbalmente, pero se transcriben fielmente en el Acta.

En cuenta a la valoración de las posiciones juradas se aplican las reglas de la prueba de contenidas en los artículos 412 y 414 del CPC y en el artículo 1.401 del CC y se consideran **Confesión** por la admisión categórica de los hechos; la no comparecencia del absolvente que ha sido citado personalmente; la negativa a contestar una pregunta pertinente o relevante; o responder categóricamente, salvo que por el tiempo transcurrido o que por su naturaleza es probable el olvido y si el absolvente incurre en perjurio. Y para su apreciación como prueba de confesión, el artículo 1.404, del CC, establece como principios, la prohibición al Juez de dividir el contenido o conjunto de la posición, separando los hechos relacionados con la respuesta del resto en el caso de las respuestas calificadas. Se permite en las respuestas complejas o compuestas, que el Juez separe las declaraciones no relacionadas inmediatamente y directamente con el hecho de la pregunta, cuando se trata de hechos nuevos no conexos con el hecho controvertido objeto de la pregunta. No es válida la revocación de la confesión por el absolvente sino prueba que ella ha sido el resultado de un error de hecho. Y la confesión no puede revocarse so pretexto de error de derecho.

ESTADO DE EXCEPCIÓN DE ALARMA POR LA CALAMIDAD PÚBLICA DEL COVID-19 Y SUS EFECTOS EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES¹

SUMARIO

Introducción. 1.- El principio de trato justo y equitativo y los límites de la exclusión de la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos. 2.- Aplicabilidad del derecho internacional en los casos de reclamos por responsabilidad del Estado. 3.- El estado de necesidad como defensa en los casos de graves crisis. 4.- La pandemia del COVID-19 como justificación del estado de necesidad. Conclusión

INTRODUCCIÓN

La calamidad pública por la pandemia del Covid-19, que determinó el estado de excepción en Venezuela, bajo la categorización de un caso de alarma prorrogado hasta la presente fecha; implica restricciones en el ejercicio de los derechos y garantías consagrados en la Constitución, salvo las indicadas en el artículo 337, de la misma Constitución y en el artículo 7º, de la Ley Orgánica de Estados de Excepción, es decir, las referentes a los derechos a la vida, la prohibición de incommunicación o tortura, el derecho a la información, así como la relativa a la garantía del debido proceso y los demás derechos humanos intangibles; y sin que ello signifique la no aplicación de las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como lo advierte el artículo 339 de la misma Constitución.

Por tanto, el referido estado de excepción afecta las actividades públicas y privadas. Por esta circunstancia, que sin duda limita las actividades económicas de los Estados, es posible que surjan reclamos por violaciones de tratados de protección de inversión extranjera y la interrogante sobre qué efectos puede tener en esta materia, es decir, las consecuencias procesales que estos estados de excepción determinan en el arbitraje. Sobre todo, en los casos de calamidad pública que, por

¹ Publicado en el Anuario Anual de la Asociación Venezolana de Arbitraje (ANAVI) No.1-A10, p. 211-222 (<https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2021/03/ANAVI-No1-A10-pp-211-222.pdf>)

afectar la salud de una nación, los Estados dictan medidas que limitan las actividades económicas, entre ellas las de servicios comerciales, de la industria y la del tráfico mercantil nacional y externo.

Por ejemplo, la de ocupar empresas o sus equipos o dependencias; o de limitar sus operaciones de procesamiento o de transporte externo, de importación o de exportación. Medidas que también pueden representar la no ejecución de proyectos de inversiones extranjeras. O regulaciones, por ejemplo, las de controles cambiarios que obstaculizan la repatriación de sus beneficios o utilidades. Y hasta medidas de nacionalización o estatización de los activos de los inversionistas extranjeros o cambios de las regulaciones económicas vigentes, con fundamento en el marco jurídico del estado de excepción.

Por ello la conceptualización de esta causal del estado de necesidad y del estándar internacional del trato justo y equitativo son de importancia en la actualidad para el derecho arbitral. Materia esta que importa también para el derecho internacional público, como lo sostiene la ONU en la Resolución de su Asamblea General sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos del 12 de diciembre de 2001 (AG/56/ 83), al aprobar el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de dicha Organización².

I. EL PRINCIPIO DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO Y LOS LÍMITES DE LA EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHOS ILÍCITOS

La consagración de este estándar del trato justo y equitativo con relación a la discrecionalidad de su interpretación por los árbitros y su relevancia en la sistemática y alcance en el contexto del Tratado respectivo de inversión, resultan determinantes para la aplicación de la eximente del estado de necesidad; puesto que el trato justo y equitativo de acuerdo con la doctrina arbitral pretende asegurar que los inversores extranjeros no sean tratados injustamente, sino con la debida consideración a todas las circunstancias³.

Por ejemplo, como se señala en el Boletín Información de Arbitraje Internacional del 27/03/2020⁴, la mayoría de los casos relativos a la aplicación de este estándar fueron objeto de decisiones arbitrales con motivo de la crisis económica de Argentina de 2000-2001. En un caso se excluyó la responsabilidad del Estado

² Resolución de la asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (AG/56/ 83). Disponible en: [https://www.dipublico.org/4076/responsabilidad-del-estado-por -hechosinternacionalmente-ilicitos-ag5683/](https://www.dipublico.org/4076/responsabilidad-del-estado-por-hechosinternacionalmente-ilicitos-ag5683/)

³ Swisslion DOO Skopje v. Macedonia, Caso CIADI N° ARB / 16/09, Laudo, 6 julio 2012, 273

⁴ «La pandemia de COVID-19 y el arbitraje de inversiones», Arbitraje Internacional, acceso el 11 de enero de 2021, <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/the-covid-19-pandemic-and-investment-arbitration/>

argentino por daños causados a inversores extranjeros al aceptarse la defensa de un estado de necesidad. Y, en otro caso, el tribunal arbitral no aceptó esta defensa al concluir que el Estado argentino había incumplido con su obligación del trato justo y equitativo, porque “fue demasiado lejos al dismantelar completamente el marco legal construido para atraer inversores”⁵.

Es decir, la ponderación de la proporcionalidad de las restricciones derivadas del estado de necesidad fue el criterio para considerar injusto el trato recibido por los inversores. Por ello, es necesario precisar la defensa de estado de necesidad como eximente o justificación por parte de los Estados del no cumplimiento de dicho estándar internacional. En mi criterio, la Resolución de la Asamblea General de la ONU sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos del 12 de diciembre de 2001 (AG/56/83), antes citada, puede servir como principio general de orientación para la práctica arbitral sobre las causales de exclusión de ilicitud en la responsabilidad internacional del Estado en materia de compromisos económicos en los casos de reclamaciones contra los Estados en materia de inversiones extranjeras.

II. APLICABILIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LOS CASOS DE RECLAMOS POR RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

El principio de que todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional es hoy día un presupuesto indiscutible, tanto para el derecho internacional público como para el derecho de inversiones extranjeras, por lo que su conceptualización reviste gran importancia en las relaciones entre los Estados y entre estos y los particulares. Esta Responsabilidad puede consistir en una acción u omisión, es decir, en un comportamiento atribuible a un Estado, que constituye una violación de una obligación internacional, cuya calificación como hecho internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional sin que pueda ser afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno.

Por su trascendencia internacional, la Asamblea General de la ONU, en su Resolución AG/56/83, antes citada, llama la atención a los gobiernos sobre el debido tratamiento de este principio de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, entendiéndolo por Estado a todo órgano o toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole propias del poder del Estado. Y entendiéndolo por hecho ilícito al comportamiento de un órgano del Estado por el que se excede en su competencia o contraviene el derecho internacional.

⁵ LG&E Energy Corporation v. República argentina, Caso CIADI N° ARB / 02/01, Laudo, 25 julio 2007, 109. / LG&E Energy Corporation v. República argentina, Caso CIADI N° ARB / 02/01, Decisión sobre responsabilidad, 3 octubre 2006, 259 (Vid, La pandemia de COVID-19 y el arbitraje de inversiones, citado en la Nota anterior)

Se incluye como ilicitud a la violación de una obligación internacional, mediante una serie de acciones u omisiones, definidas en su conjunto como ilícitas y que tiene lugar cuando se produce la acción u omisión que, tomada con las demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir un hecho ilícito⁶. Como principio universal estos criterios rigen no solo en las relaciones entre los Estados, sino también entre Estados y los particulares, concretamente, para la solución de controversias surgidas entre inversionistas y el Estado, es decir, en el derecho arbitral de la inversión extranjera. Por ejemplo, el artículo 42 del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones [CIADI], reconoce como normas aplicables por el tribunal arbitral las del derecho internacional público que puedan ser aplicables. Y con mayor razón si tal aplicabilidad se contempla en un Acuerdo Bilateral de Inversiones.

III. EL ESTADO DE NECESIDAD COMO DEFENSA EN LOS CASOS DE GRAVES CRISIS

Ahora bien, también el derecho internacional contempla reglas respecto de las circunstancias que excluyen la responsabilidad por la ilicitud, dentro de las cuales, además del consentimiento válido de otro Estado de la medida lícita de legítima defensa tomada de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, se incluyen la fuerza mayor, el peligro extremo y el estado de necesidad⁷.

La invocación de alguna de estas circunstancias, por otro lado, no excluye la responsabilidad aun cuando la ilicitud haya dejado de existir, ni tampoco impide la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión, en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución de la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, porque sea materialmente posible y porque no entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que se derivaría de la restitución en vez de la indemnización. De los motivos de la exclusión de la responsabilidad del Estado, en los casos de graves crisis económicas o de calamidades públicas, el estado de necesidad es la defensa que invocan los Estados en la práctica de la materia arbitral de inversión extranjera.

⁶ Las obligaciones internacionales pueden ser establecidas por una norma consuetudinaria de derecho internacional, por un tratado o por un principio general aplicable en el marco del ordenamiento jurídico internacional. Vid, Naciones Unidas, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (Nueva York: Naciones Unidas, 2007), acceso el 11 de enero de 2011, https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2001_v2_p2.pdf

⁷ La existencia en un caso determinado de una circunstancia que excluye la ilicitud de acuerdo con el presente capítulo constituye una defensa contra una reclamación por el incumplimiento de una obligación internacional, que, de mediar esa defensa, estaría bien fundada. Esas seis circunstancias son: el consentimiento, la legítima defensa, las contramedidas, la fuerza mayor, el peligro extremo y el estado de necesidad. Vid. Naciones Unidas, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional

Por esta razón, haré breves comentarios sobre el estado de necesidad en los casos de estado de excepción de alarma por calamidad pública en esta materia.

Aunque genéricamente cabe dentro del concepto de causa extraña no imputable, y en este concepto como un caso de fuerza mayor, sin embargo, el derecho internacional trata separadamente el estado de necesidad como motivo de exclusión de la responsabilidad del Estado por un hecho ilícito, en razón de que no supone un comportamiento involuntario o impuesto.

En efecto, este motivo se configura si este hecho es el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente que, además, no afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto. Y, siempre que una obligación internacional no excluya la posibilidad de invocar el estado de necesidad, o que el Estado no haya contribuido a que se produzca el estado de necesidad.

Los Estados invocan el estado de necesidad por la protección de intereses generales, como la salvaguardia del medio ambiente, la preservación de la existencia misma del Estado y de su población en un momento de emergencia pública, o la garantía de la seguridad de una población civil, y en casos de crisis humanitarias. Además de que el estado de necesidad difiere de la fuerza mayor porque no es un hecho impuesto o involuntario, sino un comportamiento justificado para evitar o precaver un grave peligro para los intereses esenciales del propio Estado, y por ello es una excepción al principio del derecho internacional de la responsabilidad del Estado por sus acciones⁸.

Por tanto, la doctrina predominante admite la excepcionalidad del estado de necesidad como motivo de exclusión de responsabilidad por la ilicitud en condiciones muy limitadas⁹. Por ejemplo, la protección de la población en casos de emergencia o calamidad pública, o la garantía de su seguridad. La condición de la excepcionalidad y su interpretación estricta se exige para evitar su ejercicio abusivo. Es decir, como se establece en el artículo 62 de la Convención de Viena de 1969, se trata de un cambio fundamental en las circunstancias que imposibilita justificadamente el cumplimiento de una obligación internacional.

IV. LA PANDEMIA DEL COVID-19 COMO JUSTIFICACIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD

No cabe duda de que, la pandemia de COVID-19 puede significar peligros a la vida y la salud de la población y una amenaza inminente, si los Estados no adoptan medidas de preservación que ciertamente le impiden cumplir con sus tratados de inversión y no por otras causas diferentes, como la de fuerza mayor que impide cumplirlas por ser natural y materialmente imposible, independientemente

⁸ Principio que también es acogido por el derecho constitucional interno. Por ejemplo, el artículo 140 de la Constitución venezolana vigente.

⁹ Vid. Naciones Unidas, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, p. 85.

de la causa de la crisis por la pandemia. La defensa propia en estos casos de inversiones extranjeras es la del estado de necesidad y no la de la fuerza mayor.

Así, por ejemplo, en el Caso National Grid plc v. La República Argentina, el tribunal arbitral estableció que un interés esencial alegado como justificación del estado de necesidad con relación a la protección de la salud depende de las circunstancias de cada caso¹⁰.

Sin embargo, dada la excepcionalidad del estado de necesidad para el incumplimiento de una obligación que materialmente es imposible de cumplir, es necesario ponderar sus condiciones o límites para admitir la exclusión de la responsabilidad del Estado, si las medidas adoptadas son el único medio para salvaguardar el interés esencial de la salud de la población. Porque si no lo son, ante otras opciones, el estado de necesidad no puede ser admitido para excluir la responsabilidad del Estado. Por su parte, en el caso Gabcikovo-Nagymaros¹¹, la Corte Internacional de Justicia examinó si existió un estado de necesidad que permitiera a Hungría suspender la construcción de un sistema de represas por medio de una inversión conjunta mediante un Tratado celebrado con Checoslovaquia y, al respecto, no admitió el estado de necesidad porque consideró que los peligros ambientales invocados por Hungría no estaban suficientemente establecidos, ni eran inminentes; y que además Hungría disponía en ese momento de otros medios, sin que fuera necesario abandonar los trabajos; circunstancias estas que son condiciones necesarias para invocar un estado de necesidad. En mi concepto, las condiciones o límites del estado de necesidad son el criterio para valorar o no el estándar del trato justo y equitativo en estos casos.

Ahora bien, la naturaleza económica o financiera de las obligaciones de los Tratados de Inversión y las causas del estado de necesidad por interés social, por ejemplo, la salvaguarda de intereses humanitarios, ambientales, salubridad e integridad territorial, no son de índole económica como lo sería, por ejemplo, una crisis monetaria; lo cual introduce en su análisis como variante el tipo de obligación y la causa real del estado de necesidad para el tratamiento de este motivo de exclusión de la responsabilidad de los Estados, por lo que es objeto de discusiones doctrinarias y de una diversidad de jurisprudencias.

En efecto, respecto del análisis de este motivo se pondera tanto el contenido de la obligación, como también la causa del incumplimiento, es decir, de la necesidad por un interés social y no económico. La doctrina y la jurisprudencia aceptan para el examen de esta defensa del Estado la aplicación del régimen del derecho

¹⁰ Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (hereinafter the “UNCITRAL Rules”). Caso CNUDMI N° 1:09 cv 00248 RBW, Laudo, 3 de noviembre 2008, 245)

¹¹ «Caso relativo al Proyecto Gabcikovo-Nagymaros (Hungría contra Eslovaquia)». Acceso el 11 de enero de 2021, <https://www.dipublico.org/cij/doc/107.pdf>. / «Sintesis del Caso Concerniente al Proyecto Gabcikovo Nagymaros» Unión para la Apertura Universitaria – Derecho, acceso el 11 de enero de 2021, http://upaderecho2.blogspot.com/2008/08/sintesis-del-casoconcerniente-al_17.html

internacional, no solo para cuando el respectivo Tratado de Inversión no contemple disposición alguna respecto de la aplicación del estado de necesidad, sino también cuando contenga una regulación sobre los motivos de exclusión de la responsabilidad del Estado, o los supuestos de interés social que el Estado puede invocar, puesto que no obstante ser el Tratado de aplicación preferente, sin embargo, el derecho internacional es fuente subsidiaria o supletoria. Ello conforme al criterio interpretativo de diversos laudos que, si bien la necesidad invocada debe analizarse a la luz de la regulación de los Tratados de Inversión, para mayor fundamentación también han de aplicarse las condiciones establecidas por el derecho internacional¹².

Es decir, examinar si en estos Tratados se contienen disposiciones sobre los intereses del Estado como la causal del estado de necesidad, consentidos por las partes; pero también los límites contemplados por el orden internacional, para que el solo interés del Estado no sea lo determinante de su aceptación. Que como expresé anteriormente, estos límites son los parámetros del estándar del trato justo y equitativo. Por ejemplo, en casos ante el CIADI, la República Argentina adujo una crisis de orden monetario al invocar el estado de necesidad como causa para adoptar medidas de alcance económico, y se consideró que el Tratado facultaba al Estado receptor de la inversión para invocar esta causal, conforme al cual debía evaluarse la necesidad por estas circunstancias económicas (Argentina – United States of America Bilateral Investment Treaty 1991)¹³

Otro aspecto, es el relativo a la carga de la prueba de las condiciones del estado de necesidad, sobre el cual se discute si ha de ser el Estado quien ha de probarlos; o si, es el inversionista, el que debe desvirtuar la necesidad invocada por el Estado y el exceso o abuso de las medidas adoptadas para solucionar la necesidad¹⁴.

¹² Por ejemplo, el Laudo del Caso Enron y Sempra fue anulado por no haber aplicado las normas del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional.

¹³ Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Argentina relativo al fomento y la protección recíproca de las inversiones de 1991. Consultar en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/127/download>. <https://investmentpolicy.unctad.org/internationalinvestmentagreements/treaties/bit/162/argentina--united-statesof-america-bit-1991->

¹⁴ Por ejemplo, en el Laudo Caso LG&E se dice que la carga de la prueba sobre los límites de la defensa de la necesidad corresponde a la parte demandante, quien debe probar un acto positivo del Estado para poder desvirtuar su estado de necesidad, es decir, la contribución del Estado a la crisis. Mientras que en el Laudo CMS se decidió que es el Estado quien debe probar una conducta de carácter negativo, en otras palabras, probar su no contribución a la crisis, para poder acceder a la causal de exclusión de ilicitud por necesidad. Vid, Laura Victoria García Matamoros, «El estado de necesidad en el arbitraje de inversión: su invocación consuetudinaria y convencional en los arbitrajes Enron, Sempra, CMS, LG&E y Continental ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)», Anuario Mexicano de

En protección a la vida y la salud de la población por la pandemia del Covid-19 declarada el 11 de marzo de 2020 por la Organización Mundial de la Salud (OMS), los Estados adoptan medidas que podrían alegar como justificación del estado de necesidad como defensa ante los reclamos por incumplimiento de los Tratados de Inversión. En virtud de esta pandemia, la mencionada Organización (OMS) exhortó a los Estados a “tomar medidas urgentes y agresivas”¹⁵. Dichas medidas tienen impacto económico, puesto que como dicen los especialistas ocasionan una desaceleración significativa en la economía global; en razón de que además del distanciamiento social, son restricciones de viajes, el cierre obligatorio de comercios no esenciales y restricciones estrictas a la circulación y al transporte de personas y de bienes.

En otros casos, algunos de los Estados requieren los equipos de manufactura, depósitos e instalaciones; o son objeto de nacionalización en la lucha contra el Covid-19. Y como el incumplimiento de las medidas de este estado de emergencia es sancionado hasta penalmente, los inversionistas deben tomar decisiones que afectan significativamente sus operaciones y su desarrollo financiero futuro. Tales medidas puedan dar lugar a reclamos de inversionistas que consideren que se ha violado el principio del trato justo y equitativo en perjuicio de sus derechos. Es decir, que las medidas por la lucha contra el Covid-19 incumplen los estándares de protección que se encuentran en los Tratados de Inversión, entre otros, la prohibición de expropiación sin compensación; o los casos, por ejemplo, de cierres forzados de los comercios o la clasificación de la actividad empresarial como “no esencial”; o lo desproporcionado de las medidas, que podrían significar una expropiación indirecta. O la prohibición de trato discriminatorio y desigual en el otorgamiento de los planes de ayuda estatal en comparación con otras empresas o con empresas del Estado. Reclamos estos que podría basarse en cláusulas de los Tratados que de forma amplia y general se refieren a la emergencia nacional como una base para las reclamaciones.

Los Estados pueden tener defensas válidas ante los reclamos de violación de los derechos de los inversionistas, que se contemplan en los Tratados de inversión; o, según sea el caso, si se fundamentan en las condiciones contempladas en los artículos del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos al que hemos hecho referencia anteriormente; si al examinarse estas condiciones se concluye que procede la defensa del estado de necesidad por los motivos de exclusión de la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos previstos por el derecho internacional.

Derecho Internacional. Volumen 17 (2017): 469-512, [dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2017.17.11043](https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2017.17.11043). <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1870465417300417#fn0275>

¹⁵ «WHO Director-General’s opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020», World Health Organization, acceso el 11 de enero de 2021, <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-mediabriefing-on-covid-19---11-march-2020>

Algunos tratados recientes de inversión, para estos casos, incluyen cláusulas para corregir el desequilibrio entre los derechos de los inversionistas y las obligaciones impuestas a los estados anfitriones.

CONCLUSIÓN

En resumen, las defensas que los Estados podrían invocar en relación con las reclamaciones relacionadas con COVID-19, son, por un lado, las contempladas en las cláusulas de los Tratados de Inversión, por ejemplo, las que consideran que no constituyen expropiaciones indirectas, las medidas aplicadas de buena fe para proteger intereses públicos legítimos, tales como la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente o la moral pública, la protección social o del consumidor, o la promoción y protección de la diversidad cultural¹⁶.

O, también, algunos Tratados contienen una excepción general con respecto a las medidas adoptadas para mantener el orden que pueden invocarse cuando se plantea una amenaza genuina y suficientemente grave a un interés fundamental de la sociedad.¹⁷ Por otro lado, como no son frecuentes los Tratados que contemplen cláusulas como las anteriores, las defensas que los Estados pueden invocar en los casos de reclamos por las medidas dictadas para luchar contra el virus del Covid-19, son las defensas contempladas en el derecho Internacional, que, en materia de Tratados de Inversiones, en mi criterio, principalmente es la defensa del estado de necesidad, de cuyo desarrollo sistemático son ejemplo los casos de esta defensa invocados por la República Argentina ante la gran cantidad de reclamos que enfrentó después de la crisis económica en 2001-2002. Ello por cuanto, las otras defensas de fuerza mayor y de peligro eminente del derecho internacional son más propias de las reclamaciones entre los Estados.

Finalmente, con relación a la carga de la prueba de las condiciones del estado de necesidad, dado que esta causal es una excepción al principio de la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos, en estos casos de reclamos por la lucha contra el Covid-19, a mi juicio, es el Estado quien ha de probar las condiciones que dan legitimidad a dicha defensa. Salvo que los Tratados de Inversión se establezca que el inversionista debe demostrar la falta de necesidad invocada por el Estado, o que se debe a una acción u omisión del Estado; o probar el exceso o abuso de las medidas adoptadas para solucionarlas. O, que los hechos aducidos por el Estado no caben en los casos de intereses públicos legítimos excluidos de su responsabilidad en dichos Tratados. Por último, en mi criterio, el estándar del derecho internacional del trato justo y equitativo, junto con el de la no discriminación o trato desigual, son los factores determinantes para ponderar si el estado de necesidad excluye la responsabilidad del Estado en la aplicación de las medidas para solventar las crisis, en el caso, por ejemplo, de la pandemia del Covid-19: o si su comportamiento ha sido no excesivo, desproporcionado o desigual.

¹⁶ Por ejemplo, Tratado Modelo de Inversión Bilateral de los Países Bajos del 22 de marzo de 2019 (artículo 12). Y, Tratado entre los Estados Unidos de América, los Estados Unidos Mexicanos, y Canadá. Anexo 14-B Expropiación, para. 3(b).

¹⁷ Vid. Tratado Bilateral de Inversión de Japón-Corea de 2002

BIBLIOGRAFÍA

Arbitraje Internacional. «La pandemia de COVID-19 y el arbitraje de inversiones». Acceso el 11 de enero de 2021. <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/the-covid-19-pandemic-and-investment-arbitration/>

Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (hereinafter the “UNCITRAL Rules”). Caso CNUDMI N° 1:09 cv 00248 RBW, Laudo, 3 de noviembre 2008, 245).

«Caso relativo al Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungria contra Eslovaquia)». Acceso el 11 de enero de 2021. <https://www.dipublico.org/cij/doc/107.pdf>

GARCÍA MATAMOROS, Laura Victoria. «El estado de necesidad en el arbitraje de inversión: su invocación consuetudinaria y convencional en los arbitrajes Enron, Sempra, CMS, LG&E y Continental ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)» Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Volumen 17 (2017): 469-512. [dx.doi.org/10.22201/ij.24487872e.2017.17.11043](https://doi.org/10.22201/ij.24487872e.2017.17.11043).

Naciones Unidas, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. Nueva York: Naciones Unidas, 2007. Acceso el 11 de enero de 2011, https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2001_v2_p2.pdf

Resolución de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (AG/56/83).

Swisslion DOO Skopje v. Macedonia, Caso CIADI N° ARB / 16/09, Laudo, 6 julio 2012, 273.

Tratado Bilateral de Inversión de Japón-Corea de 2002.

Tratado entre los Estados Unidos de América, los Estados Unidos Mexicanos, y Canadá. Anexo 14-B Expropiación, para. 3(b)

Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Argentina relativo al fomento y la protección recíproca de las inversiones de 1991.

Tratado Modelo de Inversión Bilateral de los Países Bajos del 22 de marzo de 2019.

Unión para la Apertura Universitaria – Derecho. «Síntesis del Caso Concerne al Proyecto Gabčíkovo Nagymaros». Acceso el 11 de enero de 2021, http://upaderecho2.blogspot.com/2008/08/sintesis-del-caso-con-cerniente-al_17.html

World Health Organization. «WHO Director-General’s opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020». Acceso el 11 de enero de 2021. <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>.

SISTEMA DE JUSTICIA

LA INSTITUCIONALIDAD Y OBJETIVIDAD DE LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL Y LA REALIDAD DE UNA JUSTICIA ANTIDEMOCRÁTICA EN VENEZUELA¹

La consideración de la Ponencia del entramado de derechos humanos, derechos fundamentales y derechos constitucionales dentro de la arquitectura constitucional del edificio social de derechos y libertades, que conforma la medula del Sistema de Justicia; lleva a la conclusión de que sin ese entramado, no es posible, ni la democracia, ni el Estado de Derecho, puesto que este Sistema de Justicia es garante del Estado de Derecho, es decir, del principio de la división de poderes, de la democracia representativa y de las elecciones libres. Por lo que, es la conclusión de la Ponencia, de la necesidad de la institucionalidad y objetividad de la organización judicial que garantice la independencia y autonomía del Poder Judicial. Coincidió con ese planteamiento, puesto que la realidad de la justicia en Venezuela confirma esos postulados y su conclusión; donde el 88% de la población no tiene confianza en el poder judicial; el 74% cree que el poder judicial está entre los sectores extremadamente corruptos, entre otros, con los de la administración pública y los militares. Y según el índice de independencia del Poder Judicial, Venezuela está en el último lugar, por debajo de Nicaragua y Paraguay, con un 1,4%; y de acuerdo con el índice de percepción sobre el Estado de Derecho, donde el nivel más alto es el segmento entre 90 al 100%, Venezuela está en el nivel más bajo de este indicador, junto con Ecuador y Haití, que no superan el 10%. Y donde los jueces, en un 88% provisorios, se encuentran bajo el llamado “efecto Affiuni”, o del terror judicial, por el caso de la Juez María Lourdes Affiunni, quien se encuentra desde hace 10 años en prisión por haber dictado medidas sustitutivas de la privación de libertad en favor de una persona a quien el gobierno considera su enemigo. A lo anterior se agrega que según el Índice Global de Impunidad (IGI) para 2017, Venezuela, dentro de los sistemas de justicia, tiene uno de los mayores índices de impunidad, en América, con 67.24 puntos, y, en materia de derechos humanos, en 2014, alcanzó un índice de 99% de impunidad; y para el 2017, el índice de impunidad con relación a las violaciones de derechos fundamentales se estableció en 89.47%. Por estos datos, el Centro de Estudios sobre Impunidad y

¹ Intervención en la Mesa 7 sobre DEMOCRACIA Y JUSTICIA INDEPENDIENTE del Panel El Estado de Derecho, garante de la libertad, en el CONGRESO MUNDIAL DEL DERECHO, convocado por la World. Juris Association (WJA), Teatro Real, Madrid, 19 de febrero de 2019.

Justicia de la Universidad de Puebla, México, coloca a Venezuela bajo observación crítica y se le califica de caso típico de alta impunidad. Asimismo, se dice, que es muy lamentable que el gobierno actual haya decidido iniciar el proceso de salida de las instituciones interamericanas, como la OEA y el sistema de derechos humanos. Lo que es una señal crítica de que los niveles de impunidad se han elevado y pueden deteriorarse en el futuro próximo. Esta realidad, confirma la Ponencia que sin una jurisdicción y su organización independiente no hay ni seguridad jurídica, ni de protección de los derechos fundamentales; ni garantía del Estado de Derecho y lo que es más grave, ni siquiera garantía de la integridad de la Constitución. En efecto, la finalidad del sistema de justicia es controlar el sometimiento de los poderes públicos a los principios constitucionales y proteger el ejercicio de los derechos humanos. Y además, porque la jurisdicción es fundamento de la legitimidad de la gobernabilidad, de garantía de los elementos democráticos del Estado de Derecho y fundamento de la seguridad jurídica y de la tutela judicial efectiva. La razón de la institucionalidad de la organización judicial independiente como parte del sistema democrático, es, también esencial, porque sin Justicia no hay Estado de Derecho. No hay democracia posible sin Estado de Derecho. Sin Justicia independiente no hay control de la arbitrariedad y de la corrupción. Y con una Justicia sin credibilidad no se garantiza la supremacía de la Constitución, ni el respeto por los derechos humanos. Y, porque la Justicia no sirve a un gobierno, a un Presidente, a una revolución o a un partido, como ocurre actualmente en Venezuela.

Recientemente, el 2 de febrero de este año, el Bloque Constitucional de Venezuela, dirigió una carta de alegación, al Relator Especial de los Magistrados y Abogados de la ONU, Diego García Sayan, denunciando la desinstitucionalización y la falta de protección de este sistema de justicia ante la masiva violación de los derechos humanos, así como la falta de independencia y autonomía del Poder Judicial. El 8 de febrero, el Relator Diego García Sayan emitió un pronunciamiento, reconociendo la falta de independencia e imparcialidad del Poder Judicial en Venezuela, así como las influencias del gobierno de Nicolás Maduro en la administración de justicia, concretamente en el Tribunal Supremo de Justicia existente en Venezuela, así como la inestabilidad de los jueces, el terror a que han sido sometidos; lo que ha agravado la situación de los derechos humanos y la severa merma de su independencia en que se encuentra el sistema de justicia, según el mismo Relator. E hizo un llamado al gobierno” a respetar, promover y garantizar la independencia e imparcialidad de la judicatura”. Por estos principios, como se formula en la Ponencia, el Bloque Constitucional de Venezuela ha fomentado “La Rebelión de Las Tojas”, como espacio de deliberación y denuncia en el que participan los actores del Sistema de Justicia y representantes de la sociedad civil para el rescate de la independencia del Poder Judicial y para la formación de la Agenda Ciudadana sobre la reinstitucionalización del Sistema de Justicia. Y para motivar esta Rebelión, el Bloque Constitucional proclama como mensaje: “*Rompamos las cadenas para que la Justicia sea: Libre, independiente, incorruptible, sin miedo, idónea, transparente, con vendas en los ojos y sin esposas en las manos*”. Mensaje que deseamos dejar asentado en este XXVI Congreso Bienal del Derecho de la World Juris Association.

LA ILEGITIMIDAD DEL SISTEMA DE JUSTICIA

Caracas, 20 de julio de 2020

La ilegitimidad del Sistema de Justicia depende del origen lícito de la designación de magistrados, jueces, fiscales y defensores y del ejercicio de la función jurisdiccional con independencia e imparcialidad y con las garantías del debido proceso. Ahora bien, del Informe de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, Michelle Bachelet, sobre “*La Independencia del Sistema de Justicia y acceso a la justicia, incluyendo violaciones a los derechos económicos y sociales en la República Bolivariana de Venezuela, y situación de los derechos humanos en la región del Arco Minero del Orinoco*” (A/HRC/44/54), presentado el 15 de julio de 2020 ante el Consejo de Derechos Humanos; se desprenden elementos que permiten determinar la falta de legitimidad del Sistema de Justicia en Venezuela. En efecto, en el referido Informe, la prenombrada Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU ratifica la inexistencia de un Sistema de Justicia independiente en nuestro país, que ya es condición para no reconocer su legitimidad; en razón de que dicho Sistema, según su afirmación, esta socavado por la inseguridad de la titularidad de los jueces, fiscales y defensores, por la inexistencia de procedimientos transparentes para su designación, por la presión política de amenazas de su destitución, la precariedad de la situación de los jueces, principalmente; y por la incapacidad de los órganos de dicho Sistema para proteger los derechos humanos de la vida y seguridad de las personas y sus derechos económicos y sociales.

Tal falta de independencia, según el citado Informe, merma totalmente la capacidad del Poder Judicial para controlar el ejercicio del poder y para velar por el respeto de los derechos fundamentales. Lo cual es un factor determinante de la ilegitimidad de la función jurisdiccional de un Poder Judicial por su incapacidad para ejercer su función principal de garantizar la integridad de la Constitución y la protección de los derechos humanos, a lo cual se agrega la ilegitimidad de origen, fundamentalmente del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), que es el máximo tribunal y el órgano de la dirección de gobierno de la Administración de Justicia. En efecto, como evidencia de tal ilegitimidad, la Alta Comisionada señala que 13 magistrados del actual Tribunal Supremo de Justicia, en el 2015, fueron designados por la entonces Asamblea Nacional sin respetar los lapsos legales, sin cumplir el procedimiento para su postulación y sin atender y responder los recursos de

impugnación de descalificación de los postulados por la sociedad civil. Además, indica que 13 magistrados anteriormente habían sido obligados a jubilarse para nombrar como nuevos magistrados a miembros de los poderes controlados por el gobierno y a militantes del partido oficial, que no llenaban los requisitos de elegibilidad. Y con relación a la legitimidad de origen del resto de los jueces la citada Alta Comisionada señaló que desde 2002 no se realizan concursos de oposición para el nombramiento de los jueces y que del 25% de jueces que formalmente aparecen como jueces titulares no existe prueba alguna oficial de si se designaron legítimamente mediante dichos concursos; por lo que el 75% de los jueces ocupan sus cargos sin la debida legitimidad. Aparte de lo anterior, en el Informe, en comentario, en cuanto a la falta de independencia de los jueces, se dice que la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), aplica aun el decreto de emergencia judicial de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, publicado en la Gaceta Oficial N° 36.805 del 11-10-1999, que contempla la destitución de los jueces por retrasos o corrupción para así poder destituir los jueces por otros motivos. Asimismo, señala, la Alta Comisionada, antes mencionada, que la inseguridad afecta también a los fiscales del Ministerio Público, puesto que casi todos ellos son provisionales y que su nombramiento y destitución se dejan a la potestad discrecional del Fiscal General, pese a que por ley debe ser a través de concurso público; y que además, el Fiscal General actual fue elegido por la Asamblea Nacional Constituyente siguiendo un procedimiento que no respeta las disposiciones constitucionales. Es decir, que carece de legitimidad de origen. Igualmente, se refiere a la incapacidad de la Defensa Pública para defender adecuadamente a las personas que representa y al insuficiente grado de independencia de los defensores públicos durante las audiencias relativas a algunos casos de relevancia política, en los que, incluso, no se permitió a los acusados elegir a sus abogados. Y, en el citado Informe, se advierte que la suspensión por el TSJ, desde 2015, de las elecciones de la Federación de Colegios de Abogados y de estos Colegios, ha disminuido su capacidad para salvaguardar la independencia y la integridad de la profesión de la abogacía como un componente dentro del Sistema de Justicia.

Aparte de la ilegitimidad de origen, antes señalada, la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, informa al Consejo de Derechos Humanos, como ejercicio indebido de la función jurisdiccional que los magistrados del TSJ controlan las decisiones de los jueces inferiores, principalmente en el ámbito penal, bajo la amenaza de su destitución y de su enjuiciamiento, de lo cual el caso paradigmático es el de la Juez María Afiuni, como ejemplo de tal control e intimidación. Asimismo, como muestra de la ilegitimidad del ejercicio de la función jurisdiccional, en el Sistema Judicial venezolano, la prenombrada funcionaria de la ONU, señala las 127 sentencias del TSJ, dictadas desde diciembre del 2015 hasta mayo de 2019, para invalidar acuerdos y decisiones de la Asamblea Nacional. Al igual que la sentencia por la que el TSJ reconoció como presidente de esta Asamblea al diputado Luis Parra, sin verificar si contaba con la mayoría constitucional y legal. Igualmente, dentro de la ilegitimidad del ejercicio de la función jurisdiccional en su Informe la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, se refiere a las sentencias dictadas por el mismo TSJ desde marzo de 2017, por las que se ha retirado la inmunidad parlamentaria a 29 diputados sin cumplir el debido

procedimiento del antejuicio de mérito y del allanamiento de su inmunidad por parte de la Asamblea Nacional. También como ilegitimidad de ejercicio del TSJ se indica en el Informe en comentario, que este Tribunal mediante memorándum interno estableció, en el 2014, tribunales con competencia en delitos de terrorismo para juzgar casos de relevancia política, no contemplados en ley alguna. Y que para esos tribunales se han designados jueces provisionales sin procedimientos transparentes.

En cuanto a la ilegitimidad de ejercicio del Sistema de Justicia la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, en su Informe citado, señala que se continúa con el uso de la jurisdicción militar para juzgar ciudadanos y que los jueces, defensores y fiscales de esta jurisdicción son militares activos que actúan bajo obediencia jerárquica a los mandos militares. Y que, en estos tribunales militares, la Defensoría Pública carece de autonomía para ejercer sus funciones. Y, además, que obligan a designar defensores públicos e impiden nombrar defensores privados. A lo anterior, debe agregarse, que, según el Reporte Sobre la Represión en Venezuela, de junio de 2020, de Foro Penal, durante el período de estado de alarma, desde marzo, no se ha podido tener ningún tipo de comunicación con las personas detenidas arbitrariamente y que se encuentran prohibidas las visitas tanto para los abogados como para los familiares. Además, de acuerdo con el mencionado Reporte, se ha restringido el acceso a los tribunales que llevan las causas, por lo que ejercer las defensas de estas personas es casi imposible, violentándose el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva y del derecho al debido proceso. Por otra parte, en el Reporte Sobre la Represión en Venezuela, antes mencionado, se indica que 240 personas han sido arrestadas con fines políticos, desde el 1º de enero al 30 de junio de 2020; y que de esta cifra de personas arrestadas entre enero y junio, a la fecha de cierre de este Reporte, 113 personas permanecen privadas de libertad y 14 se encuentran en desaparición forzada; y que son 420 los presos políticos en Venezuela, de los cuales algunos son trasladados arbitrariamente, a diferentes cárceles, pero que no se ha podido obtener información oficial sobre estos traslados, por lo que estas personas técnicamente se encuentran en desaparición forzada (<https://foropenal.com/wp-content/uploads/2020/07/REPORTE-junio-2020-1.pdf>).

En el Informe de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, presentado el 15 de julio de 2020 ante el Consejo de Derechos Humanos, al cual se ha venido haciendo referencia, se denuncian violaciones del derecho de acceso a la Justicia y de derechos fundamentales por órganos del Sistema de Justicia, que evidencian la ilegitimidad de ejercicio de estos órganos. Así se señala como violaciones al derecho a la vida y a la seguridad personal que el Ministerio Público muestra incapacidad para investigar estas violaciones; que el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (*Cicpc*) no investiga estas violaciones por parte de la Policía Nacional Bolivariana (PNB) y de su comando las Fuerzas de Acciones Especiales (*FAES*); puesto que al igual que estos órganos policiales el mencionado Cuerpo está subordinado al *Ministerio* del Poder Popular Para Relaciones *Interiores Justicia y Paz*; así como que la Guardia Nacional

Bolivariana se niega dar información a aquel Cuerpo, a los fiscales y a los tribunales sobre las muertes ocurridas en las protestas ciudadanas y que se niega también esta información a los familiares de las víctimas y sobre los desaparecidos que después son localizados en la morgue. Ello sin que el Ministerio Público y los tribunales procuren el acceso a la información a los familiares y que tampoco actúan para investigar tales muertes o desapariciones. A lo anterior se agrega lo señalado en el Informe citado de la intimidación que sufren estos familiares, e incluso hasta de amenazas de muertes, cuando acuden a solicitar información o a denunciar tales hechos a los fiscales, tribunales o al *Cicpc*. Así como que los recursos de *habeas corpus* que introducen las víctimas o familiares desde 2019 no son resueltos. Aún más, que los jueces declaran ser incompetentes para investigar las torturas y malos tratos que se denuncian en los enjuiciamientos que se inician contra los ciudadanos por considerarlos hechos extraños a los de los procesos que conocen. Y ello a pesar que desde 2019 hasta mayo de 2020 han aumentado los casos de torturas, malos tratos, desapariciones, prisión sin comunicación; e incluso que los jueces declaran inexistentes tales denuncias mediante certificados médicos falsos, que los jueces y fiscales no investigan para desestimar debidamente dichas denuncias. Estos obstáculos al acceso a la información y a la Justicia, en estos casos, según el Informe referido, se han agravado durante el estado de excepción de alarma por la calamidad pública del Covid-19.

Por otra parte, del Informe, antes citado, de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, también se evidencia, como ilegitimidad de ejercicio del Sistema de Justicia, que los recursos para proteger los derechos económicos y sociales han sido ineficaces para las víctimas de violaciones de estos derechos, no obstante que estos recursos se contemplan en la Constitución, las leyes y los tratados de derechos humanos suscritos por la República de Venezuela. Entre otros factores, por las considerables demoras que afectan su efectividad, particularmente en casos de demandas de medidas cautelares para evitar daños irreparables. Por ejemplo, las solicitudes de amparo presentadas por 307 personas con VIH en diciembre de 2017, para poder adquirir urgentemente medicamentos antirretrovirales, que no son resueltas, pese a haber transcurrido un tiempo considerable sin que los tribunales hubieren tomado decisión alguna sobre la admisibilidad o los méritos de la acción, incluyendo aquellas medidas que buscan proteger intereses colectivos. O, porque los recursos son declarados inadmisibles por supuestamente requerirse el agotamiento previo de la vía administrativa, cuando los órganos administrativos consideran que esta no es la vía para obtener la medida cautelar sino la vía jurisdiccional. Particularmente, la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, destaca como ausencia de la función jurisdiccional del Sistema de Justicia, la información proporcionada por el mismo estado venezolano que según el TSJ ciertos derechos económicos y sociales no caben en el marco de su protección judicial, advirtiendo que esta circunstancia fue señalada por Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, como una preocupación grave respecto de la falta de protección de estos derechos, en sus Observaciones finales sobre el tercer informe sobre Venezuela del 7 de julio de 2015 (E/C.12/VEN/CO/3, párrafo C.7).

IDEARIO JURÍDICO Y POLÍTICO SOCIAL

Con respecto a la situación del Arco Minero del Orinoco, la Alta Comisionada de Derechos Humanos, se refiere a la violación de derechos colectivos por la destrucción del medio ambiente como consecuencia de las actividades de la minería, la deforestación de sus territorios, la contaminación de las vías fluviales y la fauna y la existencia de brotes de enfermedades infecciosas y la contaminación de los ecosistemas que ha afectado las dietas tradicionales de los indígenas y coartado sus derechos a la salud y a un nivel de vida adecuado. Y, que también en el referido Arco Minero del Orinoco, existen altos niveles de violencia y violaciones de los derechos humanos por parte de elementos armados y criminales organizados y en algunos casos por las fuerzas de seguridad, pero, que, sin embargo, las autoridades no han podido prevenir, investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos, los abusos y los delitos relacionados con estas violaciones.

Por lo expuesto anteriormente, por la ilicitud de origen de los magistrados, jueces, fiscales y defensores y por el indebido ejercicio de la función jurisdiccional, no hay duda que el Sistema de Justicia en Venezuela carece de legitimidad; lo que ha determinado violación de los derechos a la vida y la seguridad personal y de los derechos económicos y sociales. Esta situación, como lo afirma la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, en su informe del 15 de julio de 2020, *“impide que el Poder Judicial ejerza su función clave como un actor independiente en la protección de los derechos humanos y contribuye a generar impunidad y la persistencia de violaciones de estos derechos”*. Por lo que tales transgresiones comprometen la responsabilidad del Estado venezolano y de los componentes del Sistema de Justicia que resulten culpables de esas graves violaciones de derechos fundamentales.

CARTA DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANO ANTE LA JUSTICIA¹

I. EL PRINCIPIO REPUBLICANO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA

El Bloque Constitucional de Venezuela conforme la declaración constitucional que “la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas”, como premisa de su Proyecto de Reinstitutionalización del Sistema de Justicia, parte del principio de que la Justicia es un valor republicano superior, tal como se establece en el artículo 2º de la Constitución, cuyo objetivo es ejercer el control democrático para que la Justicia sea para todos. Asimismo, bajo esta orientación considera que Justicia como valor superior requiere de la participación ciudadana como engranaje de un Gobierno participativo. Por ello, constitucionalmente el ciudadano es parte del Sistema de Justicia². Y que al igual del resto de los poderes la administración de justicia su legitimidad consiste en la satisfacción de impartir la justicia hacia los ciudadanos. De modo que el Sistema de Justicia debe abrirse a los ciudadanos y dejar de ser un universo cerrado producto del control que sobre tal Sistema ejerce el Poder Ejecutivo Nacional sobre el Tribunal Supremo de Justicia y éste a su vez sobre los jueces y fiscales de la República³. Este orden de ideas, el Boque Constitucional de Venezuela ha venido sosteniendo que el principio republicano señalado y la participación ciudadana en el referido Sistema en Venezuela no pasa de ser una simple declaración. Por lo que, por ejemplo, la finalidad de fortalecer y crear los medios de participación protagónica del pueblo, en la formulación y control de las políticas del Sistema de Justicia, así como los procesos judiciales, que se atribuye a dicho Sistema en la Ley que lo regula se quedó en la impresión de la Gaceta Oficial⁴, puesto que en la práctica no existe norma o institución alguna que materialice esta finalidad. Baste señalar

¹ Trabajo presentado al Bloque Constitucional de Venezuela, Caracas, enero de 2020.

² Artículo 253 de la Constitución

³ Ver BLOQUE CONSTITUCIONAL DE VENEZUELA PROYECTO DE REINSTITUCIONALIZACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA ¡Instaurar la Justicia! Informe 2019, p. 11 (disponible en: Diagramación-Informe-Final-BC. -2019.-02.08.20.pdf (bloqueconstitucional.com)).

⁴ Ley del Sistema de Justicia (Gaceta Oficial N° 39.276 del 1º de octubre del 2009).

que después de 21 años de promulgada la Constitución, aun no existen los Colegios Electorales Judiciales de las para la elección de los jueces de los jueces de la jurisdicción disciplinaria, y tampoco se contempla la participación de los abogados y los ciudadanos en la organización de las circunscripciones judiciales, como componentes del Sistema de Justicia⁵.

Con relación al planteamiento de la participación ciudadana en el Sistema de Justicia, el Bloque Constitucional de Venezuela ha sostenido, que no existen niveles de compromiso personal de la ciudadanía en la toma de decisiones de la gestión judicial, y menos aún iniciativas de acercamiento a la gente desde el Sistema de Justicia. Sólo se producen algunas informaciones para tratar de disfrazar la paralización de las causas y la impunidad. La dosis ideológica que ha impregnado la participación, transformándola toda en participación política ha invadido y permeado el Sistema de Justicia, llegando al extremo de incorporar las organizaciones sociales que responden a este tipo de derecho político, sustituyendo la participación ciudadana en los temas constitucionales y legales cuya presencia sólo se exige para legitimar actuaciones. Sin embargo. La Ley mencionada nada agrega que la Constitución no establezca. En pocas palabras, no organiza dicho Sistema de justicia y tampoco identifica cómo funciona la participación ciudadana en este Sistema, ni establece cuales son los derechos que se les reconocen en este texto legal, para desde allí identificar el rol que le corresponde garantizar de participación ciudadana en la estructura del Sistema en comento. La invocación del protagonismo popular y la gestión colectiva propia del marxismo se adoptó en el país utilizando a las personas como hacedores de trabajo que corresponde al Gobierno, con lo cual ha sustituido la participación y la contraloría de los asuntos públicos como corrección de políticas públicas. Si la voluntad personal de los ciudadanos no es tomada en cuenta, ni los méritos personales son considerados; si queda clausurado el debate público, si el margen para el disenso de anula, hay totalitarismo mas no participación. Por ello, el Bloque Constitucional de Venezuela ha sostenido que la ciudadanía lleva largo tiempo expresando con claridad: “quiero que se haga justicia”, frase está impregnada de una exigencia de respeto al ciudadano y a sus derechos, a ser oído y comprendido, como primigenio titula de la potestad de administrar justicia. Los gobiernos han desoído esta demanda. Se ha creído que es un asunto de más personas trabajando en el sistema o más presupuesto; demandar justicia es en realidad una expresión de anhelo de que exista, de que funcione el Sistema de manera eficiente y garantista de los derechos de la gente. Es una forma de demandar participación. Por ello, por el principio democrático de la participación, el Bloque Constitucional de Venezuela ha identificado hemos identificado tres deberes relevantes en la reinstitucionalización del Sistema de Justicia: 1) Participación en la selección de funcionarios del Sistema

⁵ Artículos 269 y 270 de Constitución.

Judicial. 2) La Veeduría ciudadana. Y 3) El Acceso a la información para poder participar debidamente en el Sistema de Justicia⁶.

Por lo expuesto, para el Bloque Constitucional de Venezuela existe el deber de comprometer a la sociedad civil y asumir al más alto nivel del Estado la “apuesta en cultura ciudadana de la justicia”, apoyando las iniciativas en el terreno de instituciones y asociaciones para la participación ciudadana en la acción de organismos de gobierno y control del Sistema de Justicia. Por ello, se ha propuesto un estatuto para el ciudadano ante la Justicia como guía y garantía de su participación en la Justicia. Estos deberes tienen que combinarse para facilitar el ejercicio democrático: un Estado sólido, la autoridad de la ley, y la exigencia de la responsabilidad ante los ciudadanos del poder judicial que nos representa. Desarrollar la democracia participativa en el campo de la justicia, multiplicando las conferencias consultivas sobre los grandes temas (juzgado en libertad, acceso a la justicia, cómo tener un abogado...) institucionalizando la toma en consideración de sus representantes en el campo judicial. Los integrantes del Sistema de Administración de Justicia tienen una deuda pendiente con el cumplimiento constitucional de la participación ciudadana. Así, por ejemplo, el Bloque Constitucional de Venezuela ha propuesto la creación de una veeduría judicial ciudadana en el sistema de justicia transicional⁷. Para este Bloque un objetivo es lograr que el sistema político comprenda el tema de Justicia como un elemento de control del respeto a la Constitución y a la Ley. Se la quiere transparente, cercana, flexible, descentralizada, que posibilite una mayor participación y que se adecúe mejor a nuestra realidad social actual.

II. LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS ANTE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA

El Bloque Constitucional de Venezuela, con relación al Sistema de Justicia Transicional ha planteado la formulación de un Estatuto Ciudadano, donde se contemple la veeduría ciudadana para construir una moral común de los ciudadanos que permita resistir el totalitarismo y no permitir la negación de los valores de libertad, verdad, justicia, identidad que corresponden a toda persona en democracia, de manera que garantice la no repetición de su destrucción. La necesidad de construir esa moral demanda establecer una verdad común que permita cohesión y mayor conciencia ciudadana. Es pues un instrumento para establecer la ética social en la Justicia. Este planteamiento es parte de la tesis del Bloque Constitucional de Venezuela de contar con el Estatuto del Ciudadano que responda a va-

⁶ Bloque Constitucional de Venezuela, VENEZUELA PROYECTO DE REINSTITUCIONALIZACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA ¡Instaurar la Justicia! Informe 2019, ya citado, p. 26 (disponible en: Diagramacion-Informe-Final-BC.-2019.-02.08.20.pdf (bloqueconstitucional.com)).

⁷ BLOQUE CONSTITUCIONAL DE VENEZUELA PROYECTO DE REINSTITUCIONALIZACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA ¡Instaurar la Justicia! Informe 2019, ya citado p. 92-94

lores republicanos, expresados en una redacción tal que además de ser una declaración de derechos, plantee el compromiso ético del cumplimiento de los deberes ciudadanos en el Sistema de Justicia. El planteamiento referido consiste en la elaboración de una Carta de los Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, que responda al compromiso del Estado de respeto al principio republicano y participativo del Sistema de Justicia.

Conforme las orientaciones del orden internacional sobre el derecho de acceso a la Justicia y del derecho comparado sobre los derechos de los ciudadanos ante la Justicia⁸, el Bloque Constitucional de Venezuela, partiendo que la Administración de Justicia como servicio público debe llevar necesariamente aparejado un catálogo de derechos del ciudadano frente a dicha Administración, derechos que no afectan a las cuestiones jurisdiccionales, sometidas al principio de legalidad y tutela judicial, sino a la actuación cotidiana de juzgados y tribunales, en su relación con los ciudadanos que demandan sus servicios considera que un Estatuto o Carta de los Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, debe garantizar los siguientes derechos: 1) Una justicia transparente. 2) Una justicia comprensible. 3) Una justicia de atención al ciudadano. 4) Una justicia responsable ante el ciudadano. 5) Una justicia ágil y tecnológicamente avanzada. 6) Una justicia de protección a los más débiles. 7) Una justicia gratuita de calidad y 8) Una justicia de defensa pública y de asistencia jurídica gratuita eficaz.

El propósito de la propuesta de elaboración de la Carta de los Derechos de los Ciudadanos es contar con un instrumento jurídico que comprometa a jueces, magistrados, secretarios, fiscales, y funcionarios de la Administración de Justicia en sus relaciones con los ciudadanos, así como a abogados, procuradores, graduados sociales, y demás colaboradores con la Administración de Justicia respecto de los ciudadanos que acudan a ellos en busca de su intervención. Con ese propósito, el Bloque Constitucional de Venezuela estima como contenido de la referida Carta, los siguientes aspectos:

1. El ciudadano tiene derecho a conocer el contenido y estado de los procesos
2. Los interesados tendrán acceso a los documentos, libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado.

⁸ CARTA DE DERECHOS DE LAS PERSONAS ANTE LA JUSTICIA EN EL ESPACIO JUDICIAL IBEROAMERICANO (www.poderjudicial.gob.hn/CUMBREJUDICIALIBEROAMERICANA/Documents/cartadederechodelaspersonas.pdf). REGLAS DE BRASÍLIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD (Microsoft Word - VERSIÓN DEFINITIVA Reglas acceso justicia vulnerables.doc (derechoshumanos.net)). Carta de los Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia de España (Microsoft Word - Derechos de los ciudadanos para PDF.doc (justicia.es)). Carta de derecho de los Ciudadanos de la Patagonia Argentina ante la Justicia. Anexo a la Ley Anexo "A" de la Ley N° 2430 del 07/04/2004 - Decreto N° 293/2004 (Carta de derecho de los Ciudadanos de la Patagonia Argentina ante la Justicia (jusrionegro.gov.ar))

3. El ciudadano tiene derecho a que en las vistas y comparecencias se utilice un lenguaje que, respetando las exigencias técnicas necesarias, resulte comprensible para los ciudadanos que no sean especialistas en derecho.

4. El ciudadano tiene derecho a que las sentencias y demás resoluciones judiciales se redacten de tal forma que sean comprensibles por sus destinatarios, empleando una sintaxis y estructura sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico.

5. El ciudadano tiene derecho a ser atendido de forma respetuosa y adaptada a sus circunstancias psicológicas, sociales y culturales.

6. El ciudadano tiene derecho a exigir que las actuaciones judiciales en las que resulte preceptiva su comparecencia se celebren con la máxima puntualidad.

7. El ciudadano tiene derecho a ser atendido personalmente por el Juez o por el Secretario Judicial respecto a cualquier incidencia relacionada con el funcionamiento del órgano judicial.

8. El ciudadano tiene derecho a ser atendido en horario de mañana y tarde en las dependencias judiciales de aquellos órganos en los que, por su naturaleza o volumen de asuntos, resulte necesario y en los términos legalmente previstos.

9. El ciudadano tiene derecho a formular reclamaciones, quejas y sugerencias relativas al incorrecto funcionamiento de la Administración de Justicia, así como a recibir respuesta a las mismas con la mayor celeridad y, en todo caso, dentro del plazo de un mes.

10. El ciudadano tiene derecho a una tramitación ágil de los asuntos que le afecten,

11. El ciudadano que sea víctima de un delito tiene derecho a que su comparecencia personal ante un Juzgado o Tribunal tenga lugar de forma adecuada a su dignidad y preservando su intimidad.

12. El ciudadano tiene derecho a recibir formación y capacitación en materia de sus derechos de ante la Justicia.

13. El ciudadano tiene el derecho a participar en los procesos de selección de jueces en sus circunscripciones judiciales.

Sobre estos principios y bases, el Bloque Constitucional de Venezuela dentro de Proyecto de Reinstitutionalización del Sistema de Justicia propone la elaboración de la Carta de los Derechos de los Ciudadanos, en razón de su derecho de participación ciudadana en su condición de componente del referido Sistema.

LA COMISIÓN NACIONAL DEL SISTEMA DE JUSTICIA DE ÓRGANO VEGETATIVO A ÓRGANO USURPADO

Caracas, 24 de junio de 2021

Con fanfarria y bombos y platillos, el servilismo judicial, celebra el anuncio de la creación por el gobierno de Nicolás Maduro de una Comisión Especial, anunciada en una reunión del Consejo de Estado, para reformar el sistema judicial de Venezuela para resolver los problemas del retardo procesal y el hacinamiento de reclusos en los centros de detención. Y en ese mismo anuncio de inmediato Nicolás Maduro designa su directiva y le fija un plazo de 60 días, para que reforme las leyes de justicia, para que haya una justicia justa y eficaz, que debe rendir cuentas al Consejo de Estado y para que solucione de manera profunda el hacinamiento en los centros de detención preventiva del país y regularice el paso a los centros penitenciarios de todas las personas que estén siendo juzgadas. Comisión está a la que la instruye para que, en el lapso más breve presente un plan para ejecutar los cambios estructurales en el sistema de justicia venezolano.

¿Sabrán los jueces venezolanos que, constitucionalmente, el Consejo de Estado es un órgano de consulta del gobierno y de la administración pública nacional y que no integra el sistema de justicia, Y, que, por la ley que lo rige, su función principal es servir de órgano consultivo en las materias que solicite el presidente, ¿en materia de políticas públicas”? ¿Habrán olvidado también que existe una Comisión Nacional del Sistema de Justicia, creada por ley del 6 de abril de 2009 que legalmente le corresponde generar las políticas requeridas para el funcionamiento del Sistema de Justicia, a los fines de garantizar el acceso universal de todas las personas al mismo, mejorar su eficacia y eficiencia, asegurar el disfrute y ejercicio de los derechos humanos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso? Y, asimismo, ¿tampoco recuerdan, que esta Comisión es a la que corresponde formular los lineamientos para la integración, coordinación y complementación de los órganos que conforman el Sistema de Justicia. Ante ese olvido y el silencio, ciertamente que la Comisión Nacional de Justicia sufre de una ausencia completa de conciencia sobre sus funciones y el entorno, que la ciencia médica llama “estado vegetativo”. Porque no responde a ninguna estimulación del entorno, ni es capaz de hablar. Es decir, no posee conciencia de sí mismo y de los problemas de su ambiente. Síntoma clínico de ese estado vegetativo es su “**mutismo acinético**,

también llamado “coma vigil”, que consiste en un estado de inmovilidad por falta de voluntad, cuya causa, es mensefálica, como dicen los médicos, por la falta de los órganos del cerebro y de la conciencia.

Al Tribunal Supremo de Justicia, dentro del sistema de justicia, corresponde la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial y la inspección y vigilancia de los tribunales de la República y, además, es el rector del Poder Judicial y su máxima representación, por lo que la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial, es de su competencia. El Ministerio Público, por su parte, es quien debe garantizar en los procesos judiciales el respeto de los derechos y garantías constitucionales, así como la celeridad y buena marcha de la administración de justicia, el juicio previo y el debido proceso. Y, la Defensoría del Pueblo, debe velar por el efectivo respeto y garantía de los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados, convenios y acuerdos internacionales sobre derechos humanos. Y, finalmente, el Tribunal Supremo de Justicia tiene la principal iniciativa legislativa cuando se trate de leyes relativas a la organización y procedimientos judiciales. Pues bien, la conciencia por resolver los problemas del retardo procesal y el hacinamiento de reclusos en los centros de detención y la reforma las de las leyes para que haya una justicia justa y eficaz, son competencia de la Comisión Nacional del Sistema de Justicia, la cual por la falta de voluntad de sus órganos principales se encuentra en un estado vegetativo de mutismo acinético institucional.

Se olvida también, que los ciudadanos y los abogados autorizados para el ejercicio participan también en la administración de justicia, quienes además de su condición de componentes del sistema de justicia, han ejercido su derecho de participación ciudadana, presentado, a través de organizaciones, entre otras El Bloque Constitucional de Venezuela y Acceso a la Justicia, anteproyectos de re-institucionalización del dicho sistema y de reformas a diferentes procesos, así como de mecanismos de control de la corrupción judicial.

Al anterior estado vegetativo de la Comisión Nacional del Sistema de Justicia, se junta ahora la invasión del virus mortal de la usurpación, al sustituir el Consejo de Estado del gobierno de Nicolas Maduro, las funciones de dicha Comisión, y principalmente, las de sus órganos de supervivencia. Usurpación esta, que confirma los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de la Comisión Internacional de Juristas y de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de que en Venezuela el gobierno de Nicolas Maduro controla el sistema de justicia y de que sus magistrados y jueces carecen de independencia y de imparcialidad.

Finalmente, ante anuncio del gobierno de Nicolas Maduro, al Consejo de Estado, de haber designado una Comisión de reforma judicial, que denomina de “revolución judicial”, debe advertirse que tal supuesta revolución podrá políticamente pasar por encima de los principios constitucionales de la justicia, pero que no podrá superar los principios de justicia universal y de la responsabilidad gubernamental y personal por los delitos de grave violación de los derechos humanos y de los crímenes de lesa humanidad, establecidos por la comunidad internacional.

EL PATRÓN DE LA GRAN CORRUPCIÓN Y EL SISTEMA DE JUSTICIA¹

De los 12 elementos de este Patrón, señalados por Transparencia Venezuela, uno de ellos es la impunidad garantizada con la captura del Estado y la neutralización de sistemas de contrapesos, supervisión, justicia, contraloría. Estos elementos aparecen en el Sistema de Justicia en Venezuela agravados por la opacidad, lo que violenta la transparencia que es un principio que rige toda actividad y gestión judicial, pero que, además, es un medio de ponerle frenos a la corrupción, porque permite el control ciudadano. En suma, como Patrón de la Gran Corrupción en Venezuela existe un Sistema de Justicia lento, congestionado, ignorante, inaccesible, subordinado y corrupto; porque se manejan sobornos, tráfico de influencias y se encuentra politizado y bajo un régimen de terror. Según el Barómetro Global de Corrupción de la Organización Transparencia Internacional, para el 2013, el 74% de los venezolanos encuestados creen que el Poder Judicial está entre los sectores extremadamente corruptos, entre otros, con los de la administración pública y de los militares.

En ese Patrón, lo característico es:

I. LA IMPUNIDAD DE LA CORRUPCIÓN EN EL SISTEMA DE JUSTICIA

La corrupción junto con la impunidad ha sido rodeada por la complicidad de un Sistema de Justicia subordinado, lo que coloca a Venezuela entre los países con el más alto nivel de corrupción, en un proceso continuado y hasta organizado de ilícitos contra el patrimonio público, con grave incidencia en la violación en gran escala de derechos humanos, que ubican a Venezuela en el nivel más alto de defraudación y de impunidad y en el más bajo de transparencia administrativa de su historia. La incidencia y lo escandaloso de la corrupción y la violación grave de los derechos humanos, ha sido constatada por organismos independientes internacionales, como la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU y el Consejo General de Derechos Humanos.

¹ Trabajo presentado al Evento “Venezuela: la lucha contra la corrupción y crimen organizado”, Modulo “El Patrón de Gran Corrupción en Venezuela, Caracas 12 y 13 de marzo de 2020.

II. LA VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS POR LA IMPUNIDAD DE DELITOS DE CORRUPCIÓN

Un aspecto importante de la Convención de Palermo es el énfasis que se hace en su aplicación para evitar o corregir los efectos adversos de la delincuencia organizada en la sociedad en general y en el desarrollo sostenible en particular, ello en razón de que los derechos humanos se violan o se limitan cuando los Estados permiten la impunidad de los delitos de corrupción, porque distraen los fondos o recursos necesarios para el desarrollo de los pueblos y la satisfacción de sus necesidades fundamentales. Existen datos e índices significativos de la violación de los derechos fundamentales de la población venezolana, debido, entre otros factores, a la corrupción desenfrenada y descontrolada, de capitales públicos utilizados y aprovechados indebidamente, por actos de corrupción, que evidentemente generan una crisis humanitaria de gravedad. En efecto, por su nivel, grado de penetración y modalidad, la corrupción puede tener repercusiones devastadoras sobre la disponibilidad, calidad y accesibilidad de los bienes y servicios vinculados a los derechos humanos. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) considera que las personas y los grupos desfavorecidos sufren de manera desproporcionada a causa de la corrupción; puesto que dependen más de los bienes y servicios públicos y sus medios limitados son para procurarse, en su lugar, servicios privados; y tienen menos oportunidades de participar en la elaboración y aplicación de políticas y programas públicos y carecen de recursos para defenderse y reclamar indemnizaciones. Por esta consideración de la afectación de los derechos económicos y sociales de la población. El ACNUDH promueve una estrategia basada en los derechos humanos para luchar contra la corrupción.

III. TIPOS DE CORRUPCIÓN JUDICIAL DENTRO DEL GRAN PATRÓN DE CORRUPCIÓN EN EL SISTEMA DE JUSTICIA (TABLANTE Y TARRE EL ESTADO DELINCUENTE):

1) *La confabulación entre policías, fiscales y jueces*, según la cual los fiscales usualmente actúan en acuerdo con la policía para manipular las pruebas, según les convenga.

2) *La manipulación de las pruebas*, porque la policía introduce pruebas circunstanciales contradictorias dentro del material justificativo para un auto de procesamiento penal

3) *El negocio de las medidas alternativas del proceso y de las cautelares*: Los fiscales dictan autos de procesamiento penal, sin contar con un cuerpo suficiente de elementos probatorios que comprueben la comisión del delito, o la participación de una persona en el mismo, según se contempla en el Código Orgánico Procesal Penal.

4) *La venta de las sentencias en los tribunales*, es otro de los modos utilizados por jueces corruptos es la venta, a un alto costo, de las sentencias de sus tribunales. En esta modalidad suelen estar involucrados bufetes o abogados influyentes, conectados al poder político, pero también jefes militares.

5) ***El cambiazó de decisiones al no llevar en forma regular el libro diario del juzgado.*** Dentro de los deberes y atribuciones del secretario de cada tribunal está llevar con toda claridad y exactitud los asientos realizados en el mismo, los cuales le corresponde firmar, conjuntamente con el juez, al terminar cada audiencia.

6) **El juzgamiento de ciudadanos por tribunales militares en casos de manifestaciones o protestas,** por supuestos delitos de ataque al centinela o de ofensas a las fuerzas armadas.

IV. EL ARTIFICIO DE LA FLAGRANCIA COMO CORRUPCIÓN JUDICIAL, A QUE SE HA REFERIDO EL DR. ALBERTO ARTEAGA

Con ocasión del enjuiciamiento de los diputados Freddy Guevara, Juan Requesens y Julio Borges, para proceder a la detención inmediata de un presunto culpable de delitos, que ha elaborado el Tribunal Supremo de Justicia, principalmente su Sala Constitucional, como un mecanismo represivo propio de los sistemas autoritarios. La flagrancia es una excepción a la garantía constitucional de la restricción de la libertad mediante orden judicial, porque en caso de flagrancia cualquier ciudadano o un funcionario policial pueden detener sin dicha orden. Y el Dr. Arteaga afirma que no es una categoría o tipo penal, como lo asentó el Fiscal General de la República designado por la Asamblea Nacional Constituyente convocada por Nicolás Maduro, sino una circunstancia fáctica que por la que la comisión de un delito aparece a simple vista, por su actualidad y visibilidad, lo que debe acreditarse después ante el tribunal competente. Por tanto, la flagrancia nada tiene que ver con la sospecha de la comisión de un delito o de su apariencia, ni con una supuesta relación o vinculación con un delito que ya ocurrió.

La corrupción judicial es consecuencia de un régimen político que en su totalidad es corrupto, según expresa **Manuel Villoria**, del Instituto Universitario Ortega y Gasset de la Universidad Rey Juan Carlos. Porque en el caso de las dictaduras o de ciertas pseudodemocracias, la corrupción de los funcionarios puede estar vinculada precisamente a servir con fidelidad a ese régimen.

V. BASES PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN EN EL ENTORNO DE LA REINSTITUCIONALIZACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA

El Bloque Constitucional de Venezuela del ensayo *“La corrupción judicial: razones de su estudio, variables explicativas e instrumentos de combate en España”*, de Manuel Villoria, ha tomado en consideración algunas de sus propuestas para combatir este flagelo institucional:

1. Un análisis sistémico, para definir las prioridades y medios idóneos y para garantizar la consolidación de algunos de los avances alcanzados, como la de normativa sobre ética judicial y la jurisdicción disciplinaria y la organización holística del Sistema de Justicia.

2. La definición de tipos penales en los casos de corrupción judicial atinentes al abuso de la función jurisdiccional y de violación de derechos humanos fundamentales, a los fines de configurar penalmente la injerencia externa de funcionarios y particulares en la administración de justicia, con el agravante de la motivación política y delito especial de la persecución judicial por razones políticas.

3. Los modelos de órganos de la Magistratura, siguiendo los estándares enunciados por la Relatoría de la Independencia del Poder Judicial de la ONU, que garanticen la presencia de jueces en estos órganos y la profesionalidad y legitimidad judiciales.

4. El asociacionismo judicial, como mecanismo de autoayuda frente a las redes externas de corrupción, así como la participación de la sociedad civil en el control de la independencia judicial y en su defensa.

5. La información y el publicitar los casos de corrupción ya juzgados y mostrar a la ciudadanía que la impunidad no existe, tiene un efecto moralizador.

6. Fortalecer la imagen de los jueces y fiscales honestos, crear campeones morales. Romper las redes de abogados corruptos y potenciar la deontología en los Colegios de

7. La internacionalización de la lucha contra la corrupción judicial, mediante la ayuda en organismos multilaterales y Estados colaboradores, evidenciando cuales son los Estados donde el dinero se encuentra, en particular los paraísos que facilitan su opacidad.

8. Control eficaz del rendimiento de los jueces y asegurar políticas de personal judicial justas. Y, potenciar la justicia de proximidad, que involucra a la ciudadanía en la labor de hacer justicia, y desbloquea una gran parte del colapso judicial.

9. Elaboración de una política y una estructura anticorrupción, para la recuperación de activos producto de la corrupción, el decomiso en el proceso penal y el decomiso administrativo preventivo.

Asimismo, el Bloque Constitucional de Venezuela comparte el criterio de la organización Transparencia Internacional que en cuanto a la corrupción judicial constituyen factores esenciales para su control, los siguientes:

1. El no reconocimiento de inmunidades a los titulares de los órganos constitucionales o jurisdiccionales en los casos en que estos hayan incurrido en actos de corrupción.

2. Procedimientos disciplinarios con aplicación de estándares estrictos en los casos de violación de la ética judicial, entre ellos, los de abuso de la función jurisdiccional para favorecer intereses particulares o políticos.

3. Un sistema seguro y confidencial para las denuncias en contra de funcionarios judiciales.

4. Sistemas de mediación del comportamiento de los jueces y de desempeño como miembros del Poder Judicial.

5. La consagración especial del nepotismo como falta a la ética judicial.

6. La promoción de asociaciones de jueces que velen por la ética judicial.

Por lo anterior, a nivel interno, se considera pertinente la creación de un Sistema Integral de Prevención y Control de la Corrupción, que contemple la unificación y sistematización de las normas y creación de las normas, principios, procedimientos y delitos que mitiguen, prevengan y repriman eficazmente los delitos

IDEARIO JURÍDICO Y POLÍTICO SOCIAL

de gran corrupción y delincuencia organizada en todas las instituciones y empresas del Estado. E igualmente la designación una autoridad central, según las normas de la Convención de la ONU contra la Corrupción, para activar los mecanismos de asistencia judicial recíproca e intentar las acciones pertinentes en los demás Estados partes, a los fines de realizar todas las acciones legales y gestiones con objeto identificar y conseguir la recuperación de los capitales y demás activos sustraídos al Estado venezolano y sus empresas u obtenidos con el robo al país. Y, también, dentro del control preventivo, consideramos conveniente, una Oficina de Asesoría Anticorrupción en la Asamblea Nacional, para evaluar los riesgos de infiltración de sobornos, de la delincuencia organizada y el lavado de activos o legitimación de capitales en la elaboración de proyectos de Ley y las investigaciones que se realizan en las distintas Comisiones Parlamentarias y para asesorar al presidente de la Asamblea Nacional y su Junta Directiva, a los Presidentes de las Comisiones, especialmente de la Comisión de Contraloría, y a la Consultoría Jurídica, en estas materias.

CORRUPCIÓN Y JUSTICIA TRANSICIONAL¹

I. GRAN CORRUPCIÓN Y VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

La Agenda 2030 de la ONU, para el desarrollo sostenible, pide a los estados una sustancial reducción de la corrupción y del soborno en todas las formas, y el retorno de los bienes robados. Dentro de las contribuciones para la Agenda los tratados de derechos humanos han identificado la mala gestión de los recursos y la corrupción como obstáculos para la asignación de recursos para promover la igualdad de derechos.

De hecho, los estados con un alto grado de corrupción son los de peores records en el respeto a los derechos humanos. Por ejemplo, en el Índice de 2017 de Transparencia Internacional sobre Percepción de la Corrupción Siria, Sudan y Somalia son países con violaciones masivas de derechos humanos, junto con Venezuela, que aparece, en América y el Caribe, como el país con mayor corrupción, en el Índice de Percepción de Corrupción (IPC) y que ocupa el quinto lugar en el mundo en 2019. Y en el Informe del Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU de 2018 sobre Venezuela se dice que las violaciones de los derechos humanos es un espiral que parece no tener fin. Y según el Informe de la Alta Comisionada de Derechos Humanos también sobre Venezuela, de 2019, existen motivos razonables para creer que se han cometido graves violaciones de los derechos económicos y sociales, incluidos los derechos a la alimentación y la salud, en Venezuela; que confirma en su actualización oral sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela, de marzo de este año.

II. LA TESIS DE LA COMPLEMENTARIEDAD DEL DERECHO CONTRA LA CORRUPCIÓN CON EL DERECHO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

En la teoría del derecho internacional surge la tesis de, enmarcar los derechos humanos dentro de la política anticorrupción, incluso dentro de los principios de

¹ Trabajo presentado al Evento “Venezuela: la lucha contra la corrupción y crimen organizado”, Modulo “El Patrón de Gran Corrupción en Venezuela”, Caracas 12 y 13 de marzo de 2020.

su interpretación. Viene a ser un cambio en el sistema de protección de los derechos humanos y en el del derecho penal universal. Consiste en un método discursivo en la teoría interpretativa de ambos derechos, es decir, la conexión entre las leyes anticorrupción y los instrumentos de protección de los derechos humanos. Se trata, pues, de una integración sistemática de dos materias del derecho internacional: el aproximamiento de los derechos humanos a los instrumentos sobre anticorrupción, sobre todo después de la internacionalización y la constitucionalización de la política anti corrupción, de la obligación de investigar la violación de estos derechos y de la obligación de reparar integrablemente los daños causados por esas violaciones. En efecto, la corrupción como una materia constitucional hace que la anticorrupción sea una preocupación aún más legítima para la comunidad internacional.

III

Para los tradicionalistas de derecho internacional esto sería un “*human rightsism*”². O, el de una preponderancia de los derechos humanos internacionales. De hecho, hay un riesgo de usar excesivamente el lenguaje legal, a veces vago o abstracto, de derechos humanos. Sin embargo, se señala que esta aproximación de la corrupción basada en los derechos humanos no debe emplearse como una panacea. Los críticos de este enfoque de la corrupción dicen que, el lenguaje legal, particularmente el de los derechos, es un lenguaje delimitado, que puede a su vez limitar el de la lucha contra la corrupción.

En verdad, un análisis de los derechos humanos no puede responder la pregunta del “porqué” y el “como” de la corrupción, ya que no es su propósito. Puesto que su criterio no es la de identificar las causas y políticas, económicas o psicológicas y los patrones de la corrupción o de cualquier otro daño social.

Pero, la investigación sobre derechos humanos distingue entre conductas lícitas e ilícitas, para articular los reclamos judiciales para hacer posible el uso del aparato legal para rectificar y eliminar situaciones de ilegalidad y de sancionar personalmente los agentes de las violaciones. Y en esa investigación pueden evidenciarse actos de gran corrupción. Por otra parte, respecto a la corrupción, el enfoque puramente de derecho criminal no ha funcionado muy bien, y esto sugiere probar estrategias complementarias, en la articulación de las conductas ilícitas mediante órganos de investigación, de juzgamiento y de reparación con competencias en ambas materias.

No se trata de cambiar las reglas anticorrupción sino de su mejor implementación. La investigación de las violaciones de los derechos humanos puede contribuir para cerrar esta brecha de implementación. Sobre todo, cuando se concluye

² Anne Peters, “Corruption as a Violation of International Human Rights” (The European Journal of International Law Vol. 29 no. 4 (Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. MPIL RESEARCH PAPER SERIES | No. 2016-18).

que el total reconocimiento que la corrupción es la causa de las violaciones graves de los derechos humanos o de delitos de lesa humanidad.

Ello puede ser del monitoreo universal, legítimo y en detalle de la corrupción sin sobrepasarse a su mandato, en el sentido de no judicializar sus conclusiones. Pero si la corrupción puede constituir una violación a los derechos humanos para la complementación de la lucha contra la corrupción, es necesaria que pueda ser invocada en un procedimiento de demanda individual o de reclamo por delitos relativos a los derechos humanos. Es verdad, que la demostración de una violación real de derechos humanos por actos de corrupción es difícil en términos tanto de argumentos legales y de prueba, pero no es imposible.

Esta orientación de enmarcar los derechos humanos dentro de la política anticorrupción abre nuevas opciones para el monitoreo de la corrupción, puesto que la perspectiva desde los derechos humanos puede complementar el enfoque del derecho penal a la corrupción y, por lo tanto, contribuir al cumplimiento de las metas de desarrollo de la Agenda 2030.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, comparto la tesis de complementar la política anticorrupción con la de la investigación de las graves violaciones de los derechos humanos por la gran corrupción, mediante un sistema integral de justicia transicional de esclarecimiento de los hechos y de reconocimiento del derecho de reclamo de las víctimas del deber del estado de investigar y de reparar los daños de causados por la gran corrupción. Comparto, pues, la propuesta de Transparencia Venezuela³, de la creación de un mecanismo que permita lograr un proceso transicional para Venezuela en el cual esté presente la combinación virtuosa de verdad, justicia, reparación y reconciliación, que comprenda las materias de gran corrupción y violaciones graves de derechos humanos. La diferencia es que yo lo llamaría “sistema integral” y no mecanismo, porque sus componentes serían de diferente naturaleza, extrajudicial, judicial y de apoyo internacional.

³ “Demandas de Justicia ante un Proceso Transicional en Venezuela” (Transparencia Venezuela, mayo 2019 (https://coalicionanticorrupcion.com/images/informes/Demandas_de_justicia_ante_un_proceso_transicional_en_Venezuela.pdf)).

LA DEMOCRACIA, LOS DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA TRANSICIONAL¹

En estos temas se comprenden los procesos de transición política y las soluciones a la actual crisis venezolana y concretamente el tema de la violación de los derechos humanos, al igual que la discriminación política y social, y los procesos de negociación y de diálogo para el cambio político. Dentro de estos temas se destaca la importancia de los procesos judiciales para el restablecimiento de responsabilidades y la reparación de las víctimas y las garantías contra la impunidad en los casos de delitos graves contra los derechos humanos y de corrupción por legitimación de capitales públicos en detrimento de los derechos sociales de los pueblos. La orientación que hemos seguido en el Bloque Constitucional de Venezuela es la de considerar que la participación ciudadana en los procesos de transición para los cambios políticos para profundizar la democracia, proteger la defensa de los derechos humanos y la reparación de las víctimas por sus violaciones, resulta decisiva para la lucha contra la impunidad y para el desarrollo de la justicia transicional.

El propósito de estos estudios es canalizar el debate de la transición en el cambio político en Venezuela y sobre los mecanismos constitucionales y judiciales para establecer responsabilidades y evitar la impunidad en los casos de violaciones de derechos humanos y de corrupción que afecten el desarrollo social por la carencia de recursos públicos por causa del despilfarro y la ilegítima adquisición de bienes y dinero públicos. Asimismo, teniendo presente experiencias internacionales de justicia transicional la orientación es ponderar su aplicación en Venezuela, partiendo del criterio de la necesidad de acuerdos o pactos de gobernabilidad para resolver la crisis institucional existente. La presentación de una investigación sobre los temas de la transición y la lucha contra la impunidad y por la defensa de los derechos humanos la justicia transicional resulta trascendente para el cambio político en Venezuela.

¹ Trabajo presentado al Bloque Constitucional de Venezuela, Caracas, 11 de enero de 2021.

LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN. LA PAZ A TRAVÉS DE LA JUSTICIA PARA LOS PROCESOS DE CAMBIO EN VENEZUELA

Caracas, agosto de 2017

Con ocasión del Acuerdo FARC y gobierno de Colombia se replantea el tema de la justicia transicional o justicia de transición, que formó parte de los instrumentos de negociación previstos en el referido Acuerdo para castigar los crímenes contra los derechos humanos y garantizar la reconciliación y la paz, así como evitar la repetición de tales crímenes. Esta justicia, modalidad del derecho penal internacional, es tema de discusión y de estudio en los procesos de transición de conflictos armados y de gobiernos dictatoriales hacia la paz y la democracia. Por eso, es de interés puntualizar algunos aspectos de este tipo de justicia, que se ha experimentado en algunos países, y que además tiene el apoyo de la ONU.

La justicia transicional, o, mejor, a mi manera de ver, justicia de transición, es un enfoque jurídico de los problemas derivados de procesos de transición de sistemas violatorios de derechos humanos por regímenes totalitarios o por conflictos armados hacia sistemas democráticos y de pacificación, cuyo sustento son primordialmente principios universales del derecho internacional de derechos humanos. Problemas que además de los estrictamente jurídicos son de naturaleza ética, política y social o de convivencia. En efecto, se arbitra la justicia de transición posteriormente a la solución de estos conflictos para reconstruir institucionalmente los estados que han sufrido estos conflictos, mediante la armonización de la justicia y la paz, como respuesta a exigencias de cambios políticos de establecer responsabilidades y de garantizar la paz postconflictos. Y cuya concepción parte que se trata de violaciones generales de derechos humanos dentro de contextos sistemáticos políticos o ideológicos discriminatorios, por lo que no solo significan lesión a las víctimas sino también a valores universales del orden internacional y del orden constitucional de la sociedad. E, igualmente, la justicia de transición se basa en la necesaria reestructuración de las instituciones del Estado que no fueron eficaces o incapaces de impedir esas violaciones; o, que, fueron determinantes de ellas.

Los principios de orientación de la justicia de transición son el derecho de la humanidad a vivir en democracia, hoy de validez universal, y la preminencia de los derechos humanos en la aplicación de las normas jurídicas, fundamentalmente

de carácter penal. Por ello, su objeto es la reconstrucción institucional del Estado y la rehabilitación social, así como la rendición de cuentas y la condena de los responsables y la verdad y el conocimiento real de los hechos pasados constitutivos de las causas y efectos de esas violaciones. Sus propósitos, como rama del Derecho, son el no permitir la impunidad y promover la reconciliación en la sociedad dividida por los conflictos o por régimenes dictatoriales o excluyentes o discriminatorios, fundados en el odio racial o entre clases sociales o categorías políticas. La justicia de transición institucionalmente es un proceso de cambio que comprende la restauración del Estado de Derecho, la reforma institucional, la reconciliación social, la retribución y castigo de los ejecutores de las violaciones y la materialización del derecho a la verdad y a la reparación, por organismos imparciales e independientes.

En concreto, la justicia de transición tiene como idea fundamental de orientación, que después de conflictos graves o de represión o persecución generalizada, no es posible solucionar estas situaciones y determinar responsabilidades y reparar las víctimas y establecer medidas de reparación, si se repiten las divisiones o enfrentamientos de épocas pasadas, sin una institucionalidad que garantice una investigación objetiva y enjuiciamiento penal de las violaciones de los derechos humanos y la reparación o retribución a las víctimas y a la sociedad. Por ello, la verdad de los hechos y la exigencia objetiva de las responsabilidades son prioritarias para la justicia de transición. Es decir, frente a la impunidad, el silencio o el olvido, surge el estudio de espacios o instancias internacionales e imparciales, o de organizaciones nacionales con la participación de organismos o personalidades internacionales, de establecimiento de la verdad y de las responsabilidades objetivas por las violaciones de los derechos humanos, que supere la ineficacia o incapacidad de las instituciones penales tradicionales en cumplir con estas finalidades, sobre todo cuando se trata de violaciones generales derivadas de conflictos bélicos o de contextos represivos o totalitarios dictatoriales, políticos o ideológicos o religiosos. Parte importante es evaluar el derecho penal tradicional respecto de los procesos de transición de si es suficiente para lograr los objetivos de los procesos de transición de establecer objetivamente las responsabilidades, impedir la impunidad y para prevenir la repetición de iguales violaciones.

El calificativo de “transición” otorga a la justicia un sentido de especificidad y de excepcionalidad, porque comprende la reconstrucción, adecuación y conveniencia de las medidas e instrumentos contemplados para garantizar definitivamente la terminación del conflicto o con el régimen represivo o dictatorial y la restauración y consolidación de la democracia y la reconciliación y la paz. Por eso una característica de este sistema llamado justicia de transición que comprende no solo lo judicial, sino lo político y social, es la gradualidad y progresividad de las medidas y la utilización de los medios alternativos por organismos independientes e imparciales para la solución de los complejos conflictos derivados de enfrentamientos políticos, raciales e ideológicos y para el establecimiento de las responsabilidades reales y objetivas. Por esta razón, el

derecho internacional de los derechos humanos admite la excepcionalidad y alternatividad extrajudicial como límites a la justicia penal ordinaria para salvaguardar la paz.

Un aspecto clave, de la justicia de transición es salvar la contradicción entre la justicia y la paz, con una concepción de ambas, dado que el establecimiento de las responsabilidades y las obligaciones, en cada caso, derivadas de las violaciones de los derechos humanos, son consecuencia de violaciones masivas de estos derechos derivadas de contextos complejos bélicos o de sistemas dictatoriales represivos o persecutorios. Por lo que no pueden existir fórmulas o estereotipos universales de la justicia de transición y para cuyos objetivos transicionales, por lo general, los órganos judiciales penales no tienen la capacidad suficiente para conseguirlos.

Dado el nivel de ataque en gran escala a la oposición opositora, por la discriminación y represión del presente régimen y la violación masiva y general de derechos humanos, patentizada con la muerte de más de 70 venezolanos y más de mil privados ilegalmente de su libertad; que responde a un contexto sistemático de tales violaciones y de ataques planificados a la población civil opositora, que incluye la utilización de la jurisdicción militar, para juzgar supuestas alteraciones de orden público; al igual que la posibilidad de llegarse a un proceso de cambio político de transición de una dictadura a la democracia; hacen necesario que en Venezuela se profundice en el estudio de esta justicia específica transicional, no solo a nivel universitario sino también en los espacios de las organizaciones defensoras de los derechos humanos, y en general, en la sociedad civil democrática organizada.

I. LA DESVIRTUACIÓN DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL POR EL GOBIERNO Y LA ILEGITIMA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE VENEZUELA CON LA CREACIÓN DE LA COMISIÓN DE LA VERDAD, LA JUSTICIA, LA PAZ Y LA TRANQUILIDAD PÚBLICA

Las Convenciones de Ginebra de 1949 establecían la obligación de castigar las graves violaciones o crímenes de guerra durante conflictos internacionales, pero esta obligación se extendió a los casos de conflictos que no son de carácter internacional, por ejemplo, a través resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU, que establecieron un Tribunal Criminal Internacional para Ruanda y para Yugoslavia en razón de la violencia desatada por conflictos internos que generaron genocidios. De modo que, a través del derecho internacional consuetudinario, es decir, la práctica seguida por en estos casos, se incorporó al orden jurídico mundial el principio de la justicia internacional y de las obligaciones de los estados de reparar a las víctimas de estos delitos. Hoy día los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparaciones y garantías de no repetición son reconocidos por un régimen convencional o de tratados, que proscriben el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad y que, sobre la base del respeto de la dignidad humana, consagran como valor universal el de la justicia internacional.

Este régimen parte del principio del derecho internacional según el cual los Estados tienen la obligación de responder en caso de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos fundamentales, y que ha dado lugar también a instituciones de la llamada *justicia transicional* o *justicia de transición*, como las comisiones de la verdad y tribunales especiales, nacionales, internacionales o mixtos, para juzgar estos delitos. De ese régimen se derivan decisiones de las Naciones Unidas sobre formas de combatir la impunidad y sobre los estándares para las reparaciones a las víctimas. Asimismo, el mencionado régimen advierte sobre las leyes de amnistías generales y de perdón que crean un clima de impunidad y que niegan a las víctimas el derecho a la reparación. La Convención sobre el Genocidio establece la obligación de castigar este crimen y la Convención contra la Tortura obliga a los Estados signatarios a consagrar la tortura como un delito punible dentro de su jurisdicción interna y a privar de libertad a los sospechosos de tortura y a extraditarlos hacia otras jurisdicciones, o a procesarlos; y a cooperar plenamente con la jurisdicción interesada en recabar y conservar las evidencias de estos delitos. E, igualmente, el régimen internacional citado propugna la inaplicabilidad de leyes que establezcan limitaciones a los crímenes contra la humanidad; así como la inaplicabilidad de invocar el delito político como defensa contra la extradición, o de inmunidades o privilegios que impidan los cargos y enjuiciamientos referentes a estos crímenes, y, además, contempla la jurisdicción universal para juzgarlos, como lo es la Corte Penal Internacional de la Haya, creada por el Estatuto de Roma, del 17 de julio de 1998, cuya misión es juzgar a las personas acusadas de cometer crímenes de genocidio, de guerra, de agresión y de lesa humanidad. En concreto, el derecho internacional no permite que estos crímenes queden impunes. Sin embargo, debe precisarse que dicho régimen tiene aplicación en casos de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos a la vida, a la libertad, y a la integridad física. Y no en casos aislados, en razón de que, por su magnitud, constituyen crímenes contra la humanidad. Los Estados signatarios del régimen contra los crímenes de guerra y de lesa humanidad, tienen como obligaciones: investigar, juzgar y castigar a los violadores; a revelar a las víctimas, sus familiares y a la sociedad todo lo que pueda ser objetivamente esclarecido sobre estos eventos; a ofrecer a las víctimas las reparaciones debidas; y a retirar a los verdugos o torturadores ciertamente identificados de los cuerpos de seguridad y otras posiciones de autoridad. De estas obligaciones nacen el derecho de las víctimas a recibir justicia; el derecho de conocer la verdad; el derecho a recibir compensaciones y otras formas de restitución no monetarias; y el derecho a que se establezcan instituciones nuevas, o reorganizadas y responsables, para prevenir y castigar estos crímenes.

Al lado de los derechos propiamente dichos de reparación, en este derecho penal internacional se contempla especialmente el derecho a la información o derecho a la verdad, no solo como un derecho de la víctima directa o de sus familiares de conocer los hechos que dieron lugar a la violación de derechos humanos, sino también como un derecho de la sociedad. Derecho este que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos define como “*un derecho de carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y a la vez un derecho particular para los familiares de las víctimas, que permite una forma de reparación, en particular, en*

*los casos de aplicación de leyes de amnistía*¹. Asimismo, en el Conjunto de Principios de las Naciones Unidas actualizado para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la Impunidad, establecidos en el Informe de Diane Orentlicher, del 8 de febrero de 2015², se ha señalado que “el ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones”³. Derecho este a la verdad que se traduce en la obligación de los Estados de investigar los hechos que produjeron las violaciones a los derechos humanos, así como el “deber de recordar” o “deber de memoria” que incumbe al Estado, que se define en el Conjunto de Principios, antes señalado, en el Principio como 3, “el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión, que forma parte de su patrimonio y, por ello, se debe conservar adoptando medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado para preservar los archivos y otras pruebas relativas a la violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y para facilitar el conocimiento de tales violaciones. Esas medidas deben estar encaminadas a preservar la memoria colectiva y, en, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas”.

Dentro de esas medidas, sobre todo en los procesos de transición de dictaduras a la democracia, se prevén comisiones investigadoras de la verdad. Por ejemplo, así se crearon, por disposiciones legislativas o actos gubernamentales, en Argentina, la CONADEP, (Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas); en Chile, la “Comisión de Verdad y Reconciliación”; y en El Salvador, la “Comisión de la Verdad”. Y en Brasil, Uruguay, Paraguay, Bolivia, las comisiones de la verdad, surgieron como mecanismos de los activistas y organismos de derechos humanos, sin el apoyo del Estado. El tema con estas comisiones es el de la impunidad, de modo de armonizar la justicia con la reconciliación, que es uno de los propósitos de esos procesos de transición democrática. Pues bien, las comisiones de la verdad se crean como organismos de investigación, estatales o de organizaciones no gubernamentales o de las iglesias, de delitos graves que han afectado masivamente a las sociedades que han enfrentado situaciones de violencia política o guerra interna, con criterios críticos y objetivos, a fin de proponer reformas y establecer instituciones y mecanismos para solventar las profundas crisis y danos derivados de la violencia y para evitar que esos delitos vuelvan a repetirse. Por ello, a través de estas comisiones se busca conocer las causas de la violencia, identificar a los elementos enfrentados, investigar los hechos más graves de violaciones a los derechos humanos y establecer las responsabilidades correspondientes. Concretamente, estas comisiones han de determinar las estructuras del terror y de la violencia y sus diversas manifestaciones; y contemplar la posibilidad de reivindicar la memoria de las víctimas y proponer una política de reparación del daño. Por otro lado, las comisiones de la verdad tienen como justificación la

¹ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ignacio Ellacuría y otros. Informe N° 136/99 del 22 de diciembre de 1999, párr. 224.

² <http://www.derechos.org/nizkor/impu/impuppos.html>

³ E/CN.4/2005/102/Add.1, del 8 de febrero de 2005.

inefectividad del Ministerio Público y del Poder Judicial para sancionar las violaciones a los derechos humanos. Para evitar que las comisiones de la verdad sirvan como organismo para encubrir políticas gubernamentales de los derechos humanos, o que resulten ser mecanismos de persecución de la disidencia, deben gozar de un régimen de garantías como de independencia e imparcialidad; la de no reemplazar a la justicia; las garantías de protección de las personas acusadas y a las víctimas; la voluntariedad de las declaraciones y la protección y asistencia a las personas que presten testimonios; la preservación de los archivos relacionados con violaciones de derechos humanos; y la publicidad del informe. Según el Conjunto de Principios de las Naciones Unidas, Letra “D”, las comisiones de la verdad son *“órganos oficiales, temporales y de constatación de hechos que no tienen carácter judicial y se ocupan de investigar abusos de los derechos humanos o el derecho humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años”*.

Con relación a la América Latina, teniendo presente las experiencias de comisiones de la verdad oficiales de Argentina, Chile, El Salvador, Perú y de comisiones no oficiales, de Bolivia, Brasil y Paraguay, se ha indicado que⁴:

1. La ineficacia del Poder Judicial para aplicar las leyes e imponer la justicia ante las violaciones a los derechos humanos exige la existencia de comisiones de la verdad.

2. Las comisiones de la verdad en América Latina muestran diferentes procesos de organización, desarrollo, y aportación democrática.

3. Los esfuerzos de las comisiones de la verdad contribuyen relativamente a la pacificación nacional, al revelar la historia oculta de la violencia, y abrir la posibilidad de sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos.

4. Cuando la investigación de las comisiones de la verdad no conduce a sancionar a los violadores de los derechos humanos, se convierten en un mecanismo de impunidad y en un recurso oficial para superar el pasado sin curar las heridas.

5. Para que una comisión de la verdad tenga éxito, además de la participación de los organismos de derechos humanos, se requiere un amplio movimiento de apoyo popular, en el cual las organizaciones políticas, religiosas, académicas, sindicales, campesinas y otras unan sus esfuerzos. La búsqueda de la verdad tiene más posibilidades restauradoras en la sociedad cuando forma parte de un esfuerzo abierto de pacificación nacional que compromete a la mayoría de la población.

6. Las comisiones de la verdad tienen más probabilidades de llegar al conocimiento pleno de la verdad cuando actúan en el período inmediatamente posterior a la finalización de la crisis de violencia.

⁴ “Las Comisiones de la Verdad en América Latina”, Serie III Impunidad y Verdad, Esteban Cuya (www.derechos.org/koaga/iii/1/cuya.html).

7. Las investigaciones encargadas en medio del proceso de violencia tienden a ser parciales e incompletas, por el peligro que conlleva identificar y señalar públicamente a los culpables de violaciones a los derechos humanos.

8. Las comisiones independientes tienen más probabilidades de llegar al conocimiento de la verdad que aquellas integradas por personas que forman parte de gobiernos acusados de cometer las violaciones a los derechos humanos.

9. Las investigaciones globales de los sucesos de toda la etapa de violencia y las medidas de reparación tienen un impacto restaurador de la paz social mayor que las investigaciones y las soluciones parciales.

Por otra parte, la consulta a la sociedad para su establecimiento es un principio fundamental de las comisiones de la verdad. Así, en el Principio 6, del Conjunto de Principios de las Naciones Unidas, antes citado, *“en la mayor medida posible, las decisiones de establecer una comisión de la verdad, definir su mandato y determinar su composición deben basarse en amplias consultas públicas en las cuales deberá requerirse la opinión de las víctimas y los supervivientes. Deben realizarse esfuerzos especiales por asegurar que los hombres y las mujeres participen en esas deliberaciones en un pie de igualdad. Teniendo en cuenta la dignidad de las víctimas y de sus familias, las investigaciones realizadas por las comisiones de la verdad deben tener por objeto en particular garantizar el reconocimiento de partes de la verdad que anteriormente se negaban”*.

Ahora bien, teniendo presente el marco establecido en la Ley de la Comisión de la Verdad, la Justicia, la Paz y la Tranquilidad Pública, que fue creada por la pseudo y fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente de Maduro, puede decirse que, además de su naturaleza política, se aparta del marco jurídico internacional antes mencionado, así como de los principios y de las garantías que deben contemplarse para su efectividad y transparencia, así como para los derechos de los presuntos violadores. Además, es evidente que su propósito es el de sustituir al Ministerio Público y al Poder Judicial en sus funciones acusatorias y jurisdiccionales, y los procesos judiciales por procesos políticos. Su estructura y funcionamiento hace recordar, el Tribunal del Pueblo de la Alemania nazi (El “Volksgerichtshof”), establecido por Hitler en 1934 y que tuvo vigencia hasta 1945, para juzgar delitos políticos; o los tribunales populares de Cuba, en 1959. Y, su antecedente más remoto lo es el Comité de Salvación de la revolución francesa, que fue un instrumento para sancionar a los enemigos políticos. E, igualmente, recuerda el modelo de la Checa o Cheka, primera de las organizaciones de investigación secreta soviéticas, creada el 20 de diciembre de 1917 por Félix Edmondovich Dzerzhinsky, cuya función era suprimir y liquidar, sin límite legal alguno, todo acto considerado contrarrevolucionario. Sus ejecutorias condujeron a denominar como chekas a los organismos de investigación políticas secretas que surgieron después de la revolución soviética. Por ejemplo, en la España republicana, se llamaron checas, durante la Guerra Civil Española, a los organismos de investigación política, parapoliciales, para detener, interrogar y juzgar de forma sumarísima a quienes se consideraban enemigos. Respecto de la Comisión de la Ver-

dad, la Justicia, la Paz y la Tranquilidad Pública de la ilegítima Asamblea Constituyente de Maduro, creada, usurpando función legislativa, mediante una inexistente ley constitucional, puesto que tal Asamblea no tiene competencia para dictar actos en ejecución de la Constitución vigente, sino redactar una nueva constitución, se ha dicho “*que hace retroceder a Venezuela a esas épocas primitivas y oscuras, al crear, bajo un nombre confuso, lo que es en realidad un Tribunal de Inquisición*”⁵.

Esta calificación es notoria y ostensible, puesto que no siendo un órgano jurisdiccional o del Ministerio Público, se le atribuyen a través de esa ley constitucional, de la fementida asamblea constituyente madurista, en el numeral 3, de su artículo 3º y en el numeral 8 de su artículo 11, competencias para determinar las responsabilidades a que haya lugar, sin límite alguno y sin especificar su naturaleza. la competencia para “*determinar y declarar la responsabilidad moral y política de las personas e instituciones responsables de los hechos objeto de su ámbito de competencia*” (numeral 9, artículo 11), que de manera general, es la de establecer responsabilidades en los hechos de “*violencia política*”, que se han producido en Venezuela desde 1999 hasta el presente, para lo cual, en el artículo 11, de la ilegítima ley, se asigna a la Comisión funciones inquisitivas para investigar hechos, mediante visitas, inspecciones y audiencias públicas, entre otros atributos, indicados , en los artículos 12 y 13, como un órgano, a la vez, policial, fiscal o judicial. Su índole de tribunal inquisitivo se reconoce en la afirmación de la presidenta de dicha Asamblea, de que “*La Comisión para la Verdad, la Justicia, la Paz y Tranquilidad Pública circunscribirá su ejercicio a los hechos de violencia por motivos políticos y de intolerancia, así como sus delitos conexos dirigidos a causar tal violencia*”. En otras palabras, para castigar los actos de ejercicio del derecho de reunión o manifestación pública, o de la libre expresión, por parte de la oposición, que por adelantado se califican, de manera genérica, de delictuales. Su naturaleza de instrumento de persecución política se evidencia también de las afirmaciones de la referida presidenta, que la creación de esta comisión fue encargada personalmente por el presidente del país, Nicolás Maduro, quien, ya había adelantado que algunos de los líderes opositores que han convocado manifestaciones contra el Gobierno en los últimos meses irán a la cárcel, al considerarlos responsables de los disturbios que se han presentado han en algunas de esas protestas. Además, voceros oficialistas han indicado que la comisión se ocupará de actos como la difusión de contenidos que inciten a la “*violencia*” y el “*odio*”, y de comportamientos que hayan afectado “*a la vida e integridad personal (...) física, psíquica o moral*”, a “*la libertad personal*”, la “*tranquilidad*” y el “*patrimonio*” públicos, así como al “*sistema socioeconómico nacional*”. Es decir, que la comisión en cuestión será un órgano político de control de la opinión pública y el derecho a la información, así como de los derechos políticos de reunión y manifestación; y, por tanto, de la libertad de expresión, al igual que las chekas soviéticas.

⁵ Hernández, Josi Ignacio, “*La Comisión para la Verdad: un Tribunal de Inquisición*”, PRODAVINCI, agosto 17 de 2017(<http://prodavinci.com/blogs/la-comision-para-la-verdad-un-tribunal-de-inquisicion-por-jose-ignacio-hernandez/?output=pdf>)

En efecto, Maduro, la propia Delcy Rodríguez y el constituyente Diosdado Cabello, han indicado que la comisión de la verdad tiene como función acabar con la “impunidad” en el país, desde el 1 de abril por una ola de multitudinarias protestas contra el gobierno⁶.

Aparte de su naturaleza política, respecto de las competencias de la comisión de la verdad, de la constituyente de Maduro, se ha dicho, *que se consagran “imprecisas competencias judiciales a esta Comisión y que son muchas las preguntas que se derivan de este texto: ¿qué tipo de sanciones puede acordar la Comisión? ¿Cuáles delitos o faltas concretas podrán ser investigadas? ¿Pueden imponerse penas privativas de libertad?* “. Y, que “La respuesta a esas preguntas es una sola: *“la Comisión, como la propia constituyente, podrá hacer lo que quiera, en el sentido que su poder es ilimitado y absoluto, pues es un poder de facto, no un poder de Derecho. En cualquier caso, si queda claro que, pese a su nombre, esta no es una Comisión orientada a investigar la verdad histórica como elemento de reparación de las víctimas de violaciones a derechos humanos, como sucede con las legítimas “Comisiones de la Verdad”. En realidad, esta Comisión pretende cumplir, según esta “Ley constitucional”, con un rol diametralmente opuesto: actuar como Tribunal de Inquisición para determinar, a su libre arbitrio, las responsabilidades por delitos de naturaleza política, conduciendo para ello “audiencias públicas”*. Al igual, que *“esta Comisión es un Tribunal especial creado con posterioridad a los hechos que investigará, y que carece de cualquier tipo de independencia, al obrar bajo el control de un órgano de facto y político, como es la ilegítima constituyente. Además, la actuación de esa Comisión no queda limitada por la Ley, pues, de hecho, ella actúa con supuestos poderes supraconstitucionales. La Comisión es, en resumen, un Tribunal de Inquisición que conducirá procesos políticos cuyo propósito, como lo demuestran los abundantes ejemplos históricos citados, no es más que reprimir cualquier oposición a la actuación del gobierno de facto que ejerce la Asamblea Nacional Constituyente”*⁷. Es decir, que la verdad verdadera es que la Comisión de la Verdad de la constituyente madurista, no es una Comisión de la Verdad, sino de persecución política. Aparte de contradecir el derecho internacional humanitario, por cuanto no existe garantía alguna para el derecho a la defensa y al debido proceso, así como al derecho al juez natural y a la prohibición de juzgamiento por órganos extraordinarios creados con ocasión de los hechos a investigarse, a que se refieren los artículos 8, 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y el artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que se ratifican en el artículo 49, de la vigente Constitución, la Comisión de la Verdad, de la constituyente de Maduro, contradice los Principios de las Naciones Unidas actualizados para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la Impunidad.

⁶ “Constituyente crea comisión de la verdad” (<https://noticiassin.com/2017/08/constituyente-crea-comision-de-la-verdad-en-venezuela/>)

⁷ Hernández, Josi Ignacio, “La Comisión para la Verdad: un Tribunal de Inquisición”, PRODAVINCI, agosto 17 de 2017 (<http://prodavinci.com/blogs/la-comision-para-la-verdad-un-tribunal-de-inquisicion-por-jose-ignacio-hernandez/?output=pdf>)

Además, la referida Comisión no fue objeto de ninguna consulta pública, sino que resulta ser una decisión unilateral de retaliación política. En concreto, la referida ilegítima comisión, no garantiza, en forma alguna, ninguno de los mencionados derechos, y de manera antinatural, tampoco garantiza el “*deber de recordar*” o “*deber de memoria*”, y mucho menos el “*derecho a la verdad*”, que es el fundamento y la justificación de las comisiones de la verdad, para que no sean en verdad comisiones de la mentira, como ciertamente lo es la Comisión de la Verdad, la Justicia, la Paz y la Tranquilidad Pública de la ilegítima Asamblea Constituyente de Maduro.

II. IDEAS Y FUNDAMENTOS BÁSICOS DE LA PROPUESTA DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL DEL BLOQUE CONSTITUCIONAL DE VENEZUELA

El derecho ciudadano de participar en los procesos de diálogos y negociaciones de los acuerdos de gobernabilidad de transición política.

El principio de legitimidad democrática de que la aprobación o refrendación de los acuerdos de transición no puede quedar librada a la sola voluntad de los negociadores.

El principio de legitimidad democrática de la soberanía popular que determina que las decisiones fundamentales para la sociedad deben ser tomadas en definitivas por los ciudadanos.

El principio de la democracia pluralista de la no exclusión que determina la decisión de dialogar o negociar como el reconocimiento del enemigo o contrario como un interlocutor válido.

El derecho de los pueblos a vivir en democracia y en paz.

El valor de la justicia restaurativa en los procesos de la justicia transicional como instrumentos de la paz y la reconciliación, a través de medios alternos que garanticen el derecho a la verdad y el derecho a la reparación de las víctimas, como las comisiones de la verdad.

La adaptación del Conjunto de Principios de las Naciones Unidas actualizado para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la Impunidad del 8 de febrero de 2015, para la organización en Venezuela de la justicia transicional.

La definición de justicia transicional según las Naciones Unidas y del derecho internacional humanitario, como “toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación” (“El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos” (S/2004/616), párr. 8).

El enfoque de la Secretaría General de las Naciones Unidas a la justicia de transición, de marzo de 2010, en su principio 9, de que los Estados deben esforzarse “por garantizar que los procesos y mecanismos de la justicia transicional tomen en consideración las causas profundas de un conflicto o un gobierno represivo y combatan las violaciones que se cometan de todos los derechos, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales”.

NOTAS SOBRE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y JUSTICIA UNIVERSAL Y LA LEGITIMACIÓN CIUDADANA PARA INTERVENIR EN LOS CASOS DE GRAN CORRUPCIÓN POR LAVADO DE CAPITAL

Caracas, 12 de octubre de 2020

EL PRINCIPIO DE LA JUSTICIA UNIVERSAL

La Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, designada por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en su Informe de fecha 15 de septiembre de 2020, en sus conclusiones recomienda a la comunidad internacional, incluyendo los Estados: 1) que consideren la posibilidad de iniciar acciones legales contra los individuos responsables por las violaciones y los delitos que, el mismo Informe, califica de crímenes de lesa humanidad de asesinato, encarcelamiento y otras privaciones graves de la libertad física, tortura, violación y otras formas de violencia sexual, desaparición forzada de personas y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o graves daños al cuerpo o a la salud mental o física; y por algunas conductas que pueden constituir también el crimen de lesa humanidad de persecución, tal como se define en el Estatuto de Roma. Y, 2) recomienda a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional que tenga en cuenta la necesidad de las víctimas que se haga justicia oportuna y prontamente sobre la denuncia de estos crímenes que está examinado preliminarmente, desde 2018. Puesto, que evidentemente, me permito agregar, que esta demora va contra el principio general de la justicia debida, pronto y cumplida. En razón de que la CPI debe utilizar los más estándares del debido proceso y de un juicio justo, como se lo demanda su propio Estatuto.

Estas exhortaciones y calificación de las violaciones de derechos humanos, que sin duda son delitos colectivos, implica un breve análisis sobre los Crímenes de Lesa Humanidad y la Justicia Universal.

Este último concepto, de Justicia Universal, que es la justificación por la que la Misión recomienda a la comunidad internacional y a los estados que inicien acciones legales contra los individuos responsables por crímenes de lesa humanidad y por el crimen de lesa humanidad de persecución, cometidos en Venezuela.

En otras palabras, que tal exhortación se hace porque ciertamente hoy día la comunidad internacional y los estados pueden solicitar el enjuiciamiento por estos delitos. Es decir, la posibilidad que los tribunales de los estados o tribunales internacionales persigan, prevengan y sancionen los crímenes internacionales cometidos fuera de su competencia territorial por otros estados, por considerar que por su crueldad ofenden al orden universal de la humanidad, que la inmensa mayoría de los estados reconocen como delitos de lesa humanidad.

Este principio de la justicia universal, es conveniente que se sepa, cobró interés con el Caso Pinochet⁷, pues fue el fundamento jurídico por el que un tribunal español inicio, en 1998, un proceso penal por los crímenes internacionales cometidos durante el periodo de la dictadura chilena y para solicitar la extradición del dictador Augusto Pinochet y en casos, como los dictadores del Congo, Ruanda y Costa de Marfil, entre otros, por tribunales de Bélgica, Francia, España, Alemania, Suiza y Canadá. Incluso, Bélgica abrió un juicio contra Fidel Castro y otros funcionarios cubanos. Y más recientemente, Argentina en la actualidad por las víctimas del franquismo o por asesinato de jesuitas en El Salvador. Este principio es el mismo en que se basa la Misión Internacional mencionada para recomendar a los estados y a la comunidad internacional el enjuiciamiento de las distintas personas mencionadas como responsables individualmente a lo largo de su informe de crímenes de lesa humanidad. Es decir, de delitos que por su gravedad ofenden, agravan e injurian a la humanidad, por ser delitos generalizados o sistemáticos contra una población civil. Exhortación que se hace, en contra de Maduro y sus ministros del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz y de Defensa; y contra los directores de las entidades de seguridad e inteligencia y de los supervisores inmediatos y otras personas de la cadena de mando que tenían o debían tener conocimiento de dichos delitos y de sus autores. O, por haberlos ordenado.

Ahora bien, ¿qué es la Justicia Universal? En el derecho internacional tiene acogida el principio de persecución universal de determinados delitos que la legislación nacional y la normativa internacional, califiquen de delitos internacionales. Como el genocidio, terrorismo y tortura. En base a este principio, los estados que lo acogen tienen jurisdicción para conocer de estos delitos. Sin embargo, hay estados, como Rusia, China y Estados Unidos, que no reconocen este principio por significar el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción penal de los Estados en general. No obstante, en la actualidad, la mayoría de los estados aceptan el principio de jurisdicción universal y su discusión se centra sobre sus límites y requisitos, porque los estados son los que definen la eficacia de la aplicación de sus leyes penales tanto en el tiempo como en el espacio.

En otras palabras, si bien cuando un delito se comete en el territorio de un estado, su competencia se define por criterios de competencia internos establecidos por los estados; sin embargo, si el delito presenta algunos de los elementos de una dimensión internacional, por su carácter o atroz contra el orden universal, también los estados definen su competencia para conocerlos.

Por ejemplo, cuando, el autor y/o la víctima son nacionales de otros Estados, aunque el delito se hubiera cometido fuera del territorio del Estado y se trata de un delito tipificado en el derecho internacional como lesión a la humanidad, por su horror o bestialidad en contra de grupos de la población civil.

En este orden de ideas, la Corte Permanente de Justicia Internacional ha establecido que, si bien es verdad que el principio de la territorialidad del derecho penal sirve de fundamento en todas las legislaciones, no es menos cierto que todas o casi todas estas legislaciones extienden su acción a delitos de carácter internacional cometidos fuera de su territorio. Y, que la territorialidad del Derecho Penal no es, pues, un principio absoluto de Derecho internacional y que de ningún modo atenta contra la soberanía territorial. Nadie, por ejemplo, desde hace tiempo nadie discute que cualquier estado enjuicie la piratería cometida en aguas internacionales, independientemente de la bandera de la nave o de la nacionalidad de la tripulación o de las víctimas.

En efecto, tal soberanía no se afecta, si la jurisdicción territorial se encuentra persiguiendo de modo efectivo un delito de carácter universal cometido en su propio país, o en o en un estado diferente. En otras palabras, la jurisdicción territorial tiene prioridad, si se aplica la categoría de delitos universales, en cuyo caso, existe concurrencia entre la justicia territorial que la admite y la que se ejercita sobre la base del principio de justicia universal.

El principio de la jurisdicción universal ha ido avanzando. Primeramente, se estimaron como delitos internacionales la tortura o tratos inhumanos o degradantes, experimentos biológicos, destrucción y apropiación injustificada de bienes, deportación, la toma de rehenes, detención ilegal. Después el terrorismo. Asimismo, el apoderamiento de aeronaves; la toma de rehenes, y posteriormente, la represión y el castigo del crimen de apartheid; las desapariciones forzadas de personas. Y, por último, el Estatuto de Roma, que contempla la Corte Penal Internacional para juzgar los delitos de lesa humanidad, contempló también delitos de crímenes de guerra y de persecución, si los Estados resultan incapaces de juzgar por sí mismos a los autores de estos delitos internacionales o si se niegan a hacerlo. Por otra parte, algunos estados han incorporado los delitos del Estatuto de Roma en las legislaciones nacionales, lo que constituye un gran avance para la evolución de la competencia universal. Otros han optado por incluir la competencia universal a sus jurisdicciones nacionales para enjuiciar a los autores de esos crímenes, integrando dicho principio en su legislación nacional.

Hoy día, progresivamente el reconocimiento del principio de jurisdicción universal ha ido fundamentándose en la naturaleza del crimen, indistintamente de dónde hubiera sido cometido dicho crimen, de la nacionalidad del presunto culpable perpetrador, de la nacionalidad de la víctima o de cualquier otro vínculo con el Estado que ejerza tal jurisdicción. De modo que, si la jurisdicción territorial no actúa, por la naturaleza de crimen internacional, el estado que reconozca la justicia universal puede conocer de tal crimen, detener u ordenar la detención de los responsables.

Sobre esta consideración en el derecho internacional se han consagrado ilícitos de carácter internacional, que, si han sido reconocidos por la comunidad internacional en su conjunto, se acepta que los responsables puedan ser sancionados por cualquier Estado y tenerlos bajo su custodia. O, si están en otros estados, iniciar procesos, si los tribunales nacionales no actúan y si ese carácter internacional ha sido reconocido por el estado territorial. La razón de esta jurisdicción universal es la necesidad de prevenir y castigar crímenes horribles, practicados de manera sistemática o generalizada, que quedan impunes por aplicación precisamente de un riguroso criterio territorialista, si los tribunales nacionales no actúan.

El principio de jurisdicción universal está vinculado con la naturaleza de ciertos delitos, como los señalados en el Informe de la Misión que nos ocupa, que, por su carácter especialmente lesivo para intereses esenciales de la comunidad internacional, es el factor que constituye el fundamento de exhortación que se hace a la facultad de todos los Estados para su enjuiciamiento. Sin embargo, existen países que atenúan la eficacia del principio de la justicia universal, estableciendo como requisito que la víctima sea de la nacionalidad del estado o que tenga alguna vinculación con el estado. Y, que además en los casos de la misma nacionalidad de la víctima o de los responsables, que un tribunal internacional, o el país donde sucedieron los hechos no esté procediendo a su “persecución efectiva”. Por ejemplo, como el caso del tribunal argentino que está juzgando a exfuncionarios del gobierno de Franco, porque en España reformo su legislación que no permite juzgar por los supuestos crímenes cometidos durante el franquismo.

Además del reconocimiento del principio de la justicia universal por las legislaciones de los estados, mediante el Estatuto de Roma, se desarrolla un sistema de jurisdicción penal internacional, que creó la Corte Penal Internacional, por la que se estableció la jurisdicción universal para los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, pero como subsidiaria y complementaria de las jurisdicciones nacionales, cuando estas no enjuician estos crímenes cometidos en sus territorios.

Ahora bien, ¿por qué es trascendente la recomendación de la Misión Internacional independiente de la ONU, que la comunidad internacional o los estados consideren la posibilidad de iniciar acciones legales contra los individuos responsables por las violaciones y los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra? A mi juicio, se trataría de dos modos de accionar. Uno, que víctimas de tales delitos, venezolanos o ciudadanos de la misma nacionalidad del estado que reconozca el principio de la justicia universal, soliciten de un juez o fiscal, de ese estado, la investigación contra quienes el Informe en cuestión señala como responsables de tales delitos. Y, otro, que los estados que acudieron a denunciar al gobierno de Maduro por tales delitos aporten el citado Informe, con sus pruebas, ante la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, en donde la denuncia se encuentra en su etapa preliminar de admisión del proceso ante la referida Corte.

Sobre estos particulares, es importante señalar que por primera vez en un Informe de la ONU se señala a personas, con nombre y apellido, responsables o posibles responsables de crímenes de lesa humanidad, en los 223 casos individuales y 2.891 violaciones de derechos humanos, investigados, de acuerdo con el derecho penal internacional. Asimismo, se admite que en la comisión de esos delitos hay cadenas de mando claras y directas, lo que se denomina como ‘delincuencia de poder’, donde la gran corrupción es un motor evidente, dicen los expertos. Pero, además, el Informe señala que la justicia venezolana, por su falta de independencia y complicidad, no ha cumplido con su deber de investigar esos delitos para establecer las responsabilidades por estos crímenes, indemnizar a las víctimas y garantizar la no repetición de estas atrocidades. Lo que constituye la prueba de que la jurisdicción interna no ha actuado, que es una de las condiciones que la Corte Penal Internacional exige para procesar estos casos. Sobre la calificación de las violaciones de los responsables indicados en el Informe, que hemos comentado, como crímenes de lesa humanidad, creo conveniente destacar, que se debe a que la Misión Internacional encontró que son parte de una línea de conducta generalizada y sistemática, como políticas de estado. Creo, que este Informe debería decidir que existen fundamentos razonables para comenzar propiamente la investigación sobre estos crímenes.

En cuanto a la exhortación que en el Informe de la Misión se hace a la Corte Penal Internacional, para que tomen en cuenta las necesidades de justicia de las víctimas, coincido con lo expresado por la embajadora Milagros Betancourt, en reciente entrevista PRODAVINCI, que esa exhortación es un llamado de atención, puesto que “sería un desatino en materia jurídica que la Fiscal no incorpore a las necesidades de las víctimas como un elemento para avanzar a la etapa judicial”.

Por tanto, no hay obstáculo para activar la jurisdicción subsidiaria y complementaria de la Corte Penal Internacional, en el caso de la denuncia contra el gobierno de Maduro, puesto que ya en la Fiscalía ante esta Corte, existe, desde febrero de 2018, un examen preliminar sobre la documentación de los casos de violaciones de derechos humanos constitutivos de crímenes de lesa humanidad, que fueron denunciados por los gobiernos de Argentina, Chile, Colombia, Paraguay, Perú y Canadá; los cuales han sido confirmados por el Informe de Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela designada por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU.

Es, pues, a la Fiscal, es a la que corresponde evaluar la incorporación del Informe de la Misión al examen preliminar de las denuncias que ya fueron formuladas contra Maduro y sus funcionarios. Porque como dice la embajadora Betancourt, la Corte Penal Internacional no solo está para castigar sino también para prevenir la comisión de crímenes de lesa humanidad.

Finalmente, numerosos Estados han abierto persecuciones en contra de autores de crímenes internacionales sobre la base de la competencia universal, como Alemania, Australia, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Israel, Países Bajos y Suiza, entre otros, que bien pudieran ser instados por el gobierno interino para iniciar acciones legales contra los individuos responsables por los delitos de lesa humanidad constatados en el Informe a la cual varias veces nos hemos referido. Y hoy, en su 45 periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, varios países han apoyado el Informe.

Y, por otra parte, en su un informe de fecha 14 de diciembre de 2020, la Fiscal ante la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda concluyó que hay “fundamentos razonables” para considerar que los cuerpos de seguridad del Estado venezolano son responsables de cometer crímenes de lesa humanidad contra la población “al menos desde abril de 2017”, de tortura, violación y otras formas de violencia sexual de gravedad y persecución de grupos de la población fundada en motivos políticos. Declaración esta que es el primer anuncio de este tipo de la referida Corte con respecto a Venezuela, después de la publicación del informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que documentó las violaciones de DD HH en el país. La información de la Fiscalía, según se lee en el Informe, señala directamente a las fuerzas de seguridad del régimen. Se trata, específicamente, de: la Policía Nacional Bolivariana (PNB), el Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional (Sebin), la Dirección General de Contrainteligencia Militar (Dgcim), la Fuerza de Acciones Especiales (FAES), el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (Cicpc), la Guardia Nacional Bolivariana (GNB), el Comando Nacional Antiextorsión y Secuestro (Conas) y ciertas otras unidades de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana (FANB). Y, se refiere también, en forma tácita, a los grupos armados paramilitares, llamados “colectivos”, al incluir dentro de los presuntos responsables de estos crímenes de lesa humanidad a “individuos a favor del gobierno”, que “participaron en la represión a los opositores, actuando en conjunto con miembros de las fuerzas de seguridad, o con su consentimiento”. Y, concluye la Fiscalía expresando que espera terminar el examen preliminar “a fin de determinar si existe fundamento razonable para proceder a una investigación durante la primera parte de 2021”. De llegar a iniciarse esta investigación, el gobierno de Venezuela sería sometido a un enjuiciamiento por parte de la Corte Penal Internacional.

Un tema de interés, incluso a nivel mundial es el de la legitimación ciudadana para intervenir en los casos de gran corrupción por lavado de capitales. En efecto, ante tribunales de algunos países cursan procesos penales por supuestos blanqueos ilegítimos de capitales y cuantiosos fondos públicos de Venezuela, como los de PDVSA, la cual es una empresa perteneciente en un 100% a la República, según el artículo 303, de su Constitución y cuya actividad es la industria petrolera, que ha sido reservada en interés de la Nación, conforme el artículo 302, de la Constitución citada. Dichos fondos provienen del ingreso generado por la riqueza del subsuelo, que es un bien del dominio público nacional, de acuerdo con el artículo 12, de la misma Constitución. Tales recursos, por otro lado, está afectados al financiamiento de la inversión real productiva de Venezuela y la educación y la

salud de su población, según el artículo 311 de la mencionada Constitución. Por lo que el manejo ilegítimo de capitales de PDVSA, a nivel internacional, contrariando las disposiciones de tratados internacionales relativo este delito, suscritos por Venezuela, afectan directamente su población, puesto que se trata del patrimonio público nacional, que según los principios que se pueden derivar de estos tratados son delitos que afectan la humanidad, entendida esta como sujeto internacional de derecho, conforme el reconocimiento que como tal sujeto se le ha hecho en los tratados relativos a los derechos económicos y sociales y los derechos del desarrollo económico y social, que son de naturaleza colectiva y universal. Hasta el punto, por ejemplo, que internacionalmente este delito de corrupción está excluido de los beneficios de indulto y de amnistía o de los beneficios procesales de libertad condicional, y que también, se les considera imprescriptibles, al igual que los delitos de lesa humanidad, cuya comisión justifica la confiscación u ocupación de los bienes de las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que resulten responsables, y que en el caso de Venezuela se ha reconocido en los artículos 29 y 116, de su Constitución. Este reconocimiento permite que su ilegítimo uso o aprovechamiento puedan ser calificados de delitos contra los pueblos o naciones. En efecto, cuando se trata del blanqueo de fondos públicos se afecta la población en su bienestar y desarrollo, principalmente su educación, salud y en sus derechos colectivos sociales y económicos, de vivienda propia, de seguridad social y salud pública, y de igual manera en los derechos de los funcionarios, o trabajadores del Estado, cuyos derechos laborales, en razón de los principios de la Organización del Trabajo, y particularmente en Venezuela, por disposición del artículo 89, Numeral 2, de la referida Constitución, son de naturaleza irrenunciables. En efecto, entre otros supuestos, por causa de la sustracción y manipulación ilegítima de los fondos de PDVSA ésta ha incumplido, por ejemplo, con el pago de las indemnizaciones y beneficios económicos de dichos trabajadores, e incluso con su deber de ejecutar sentencias definitivamente firmes de los tribunales laborales, como se ha denunciado por ante la Organización Internacional del Trabajo, así como, por sí, o por sus filiales, con sus obligaciones contractuales a las que ha sido condenada por tribunales arbitrales internacionales. Ahora bien, en razón de que el blanqueo o ilegítima manipulación de los capitales, en estos casos, son ingresos derivados del dominio público, impide que el Estado satisfaga los derechos fundamentales, económicos y sociales del pueblo venezolano y su bienestar social, porque tales fondos que provienen de la riqueza del subsuelo se les desvía de su finalidad primordial, cual es la de invertirlos en el financiamiento de la producción nacional y de la educación y salud y de los derechos económicos e irrenunciables de dicho pueblo. Por tanto, por ir en contra del pueblo venezolano, la apropiación ilícita de recursos públicos por personas privadas, mediante fraudes financieros, se trata de un delito que se comprende en la justicia universal, como Gran Corrupción, porque por su carácter de planificación organizada delictual representan una violación masiva de derechos humanos que no puede quedar impune y, por tanto, la población tiene derecho a ser parte en sus enjuiciamientos y a que se les responda por su defraudación.

Por otro lado, además de lo expuesto respecto a la naturaleza de delito contra el pueblo venezolano por tales hechos, los ciudadanos venezolanos, por su derecho de su ciudadanía, a que se contrae el artículo 39 de la Constitución venezolana; y particularmente por los derechos políticos que se le reconocen, en el artículo 62 constitucional, de participar en los asuntos públicos y específicamente, del control de la gestión pública, tanto de interés individual como de interés colectivo, como lo es el blanqueo de capitales o fondos destinados al bienestar del pueblo venezolano, como, por ejemplo, lo son los ingresos obtenidos por PDVSA de la riqueza del subsuelo de la Nación; tienen derecho de solicitar información relativa a los hechos que afecten o dañen sus intereses como miembros de las comunidades o grupo de personas de Venezuela, de acuerdo con el artículo 28 de la Constitución venezolana. Derecho este, que, en mi criterio, incluso, les permitiría comparecer legítimamente por ante tribunales extranjeros en procura de esa información; a lo que se agrega que los principios de los tratados internacionales contra ese delito de corrupción para protección de las poblaciones son aplicables a Venezuela, como normas obligatorias de derecho interno e internacional, conforme el artículo 22 de su Constitución, y según los artículos 19 y 23, de esta misma Carta Magna. En efecto, el propósito de los Estados al suscribir esos tratados contra la corrupción es el de prevenir y castigar tales delitos para proteger a la población y a los pueblos, por lo que de ese propósito se deriva el interés colectivo procesal de los ciudadanos de ese pueblo o población, cónsono con el principio de la Justicia Universal, de acudir a tribunales extranjeros para defender sus derechos, cuando se afecta el patrimonio público que les pertenece o en cuyo beneficio está destinado, por tratarse de manipulación ilegítima de rentas provenientes de bienes del dominio público o nacional, como ocurre con los capitales de PDVSA, que son ingresos de la explotación de la riqueza petrolera de Venezuela.. Ello porque que al suscribir los tratados contra el blanqueo de capitales los Estados se obligan directamente con sus pueblos más que con los otros Estados, por lo que sus ciudadanos tienen interés en defender sus derechos en los procesos penales nacionales e internacionales. Además, ese interés procesal se refuerza con el deber patriótico de todo ciudadano de honrar y defender los intereses de su Nación, que le corresponde a todo venezolano, conforme al artículo 130 de la mencionada Constitución, entre los cuales resultan fundamentales el de la responsabilidad patrimonial del Estado y la de sus funcionarios, por aplicación de los artículos 140 y 139, constitucionales, respectivamente. Además, del deber de responsabilidad social y de participación y de proteger el bienestar general, a que se refieren los artículos 132, 133 y 135, también constitucionales, se deriva implícitamente el interés procesal de los ciudadanos venezolanos de acceder a la justicia nacional o extranjera para defender y proteger esos intereses nacionales cuando se ven afectados por delitos como el de blanqueo de fondos públicos por la corrupción de funcionarios o de personas privadas. Máxime que, por afectarse ingresos petroleros además de violarse principios de ética pública, reconocidos en declaraciones internacionales y particularmente en Venezuela, según el artículo 141, de la Constitución, se afecta directamente el régimen fiscal de Venezuela, que es parte de su soberanía, como se desprende del artículo 311, en concordancia con los artículos 302 y 303, ambos de la mencionada Constitución.

En razón de lo expuesto, considero que la condición de parte legitimada de los ciudadanos, como interesados en los procedimientos que cursen contra funcionarios y personeros de empresas o de entidades financieras, por blanqueo de capitales públicos, para sostener en dicho procedimiento la defensa de los derechos de los pueblos afectados por la manipulación y apropiación ilegítima de dichos fondos, debe proponerse y sostenerse en los proyectos anticorrupción, tanto nacionales como internacionales. Igualmente, que en razón del interés procesal colectivo que justifica su comparecencia en dichos procedimientos, como parte de ese planteamiento anticorrupción, que se les permita el acceso a la información pertinente y se les reconozca el derecho, para evitar mayores perjuicios irreparables a la población, de solicitar medidas cautelares sobre los fondos involucrados para que no puedan ser retirados y para pedir que en las respectivas sentencias se disponga que tales capitales y los frutos que le correspondan se destinen para el bienestar de las poblaciones y para que se les deposite en fondos especiales que solo puedan ser administrados por los respectivos tribunales, o por los contralores o interventores independientes, que se designen, para evitar que sean apropiados por quienes se han servido de ellos para abrir cuentas personales o a nombre de terceras personas interpuestas. Legitimación esta que debe ser admitida a nivel del derecho internacional y de la jurisdicción o justicia universal.

LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR O LA RESPONSABILIDAD DEL COMANDANTE O RESPONSABILIDAD DE MANDO POR CRÍMENES DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI) Y LAS NEGOCIACIONES POLÍTICAS¹

I. LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR COMO CRIMEN DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI)

1. El artículo 28 del Estatuto de Roma, recoge dentro de la competencia de la CPI, esta forma de responsabilidad de los comandantes o superiores por los crímenes de sus subordinados, en el caso que no cumplieran con su deber de prevenir o sancionar tales crímenes.

2. Su antecedente es el artículo 86 del Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra de 1977, que incluye la primera regulación completa de responsabilidad por omisión, más los deberes de los comandantes, incluyendo el deber de difundir el Derecho Internacional Humanitario en la propia tropa y de actuar frente a violaciones

3. Es importante que se imparta justicia en nombre de las víctimas de manera simultánea, proporcional e imparcial con respecto a todos los actores del conflicto, ya sean los agentes del estado o los terceros civiles.

4. La razón de ser de la responsabilidad del comandante es su posición única. El comandante es responsable de una fuente de peligro para la población civil, aun en tiempos de paz, pero mucho más en tiempos de conflicto

5. La responsabilidad del superior, tanto militar o funcionario civil. es una forma de responsabilidad penal sui generis, derivada de su la obligación del superior de controlar adecuadamente a sus subordinados.

¹ Síntesis presentada en enero de 2020 para el Bloque Constitucional de Venezuela del trabajo “El artículo 28 del Estatuto de Roma”, de James Stewart Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional (Bogotá 1 de noviembre de 2018). (<https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20181102-dp-bogota.pdf>) y de su correlación con el Informe de la Fiscalía ante la Corte Penal Internacional sobre las actividades de examen preliminar de fecha 14 de diciembre de 2020

6. La creación de una sección o de “salas especiales” para las fuerzas militares y un procedimiento para juzgar a los superiores militares o las conductas presuntamente cometidas por miembros de la fuerza armada, distinto del procedimiento para juzgar a superiores civiles, contradice el Estatuto de Roma.

II. ELEMENTOS DEL CRIMEN DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR

1. Su fundamento es la responsabilidad del acusado en la falta de ejercicio adecuado de las facultades de control del acusado

2. Configuración de crímenes de competencia de la CPI cometidos por subordinados del acusado y el grado necesario para verificar la relación del superior acusado y del subordinado.

3. Determinación de personas responsables en organizaciones civiles que ejercen control a través de una cadena de mando formal militar y también personas en otras estructuras civiles que ejercen control a través de otros medios, como corporaciones civiles o estructuras políticas (colectivos), como en los casos de crímenes de asesinato, violación y saqueo cometidos por la milicia

4. Una relación jerárquica: formal o informal, sin que el acusado no tiene que ser el superior inmediato de los autores, ya puede estar ubicado en distintos lugares de la estructura de mando, pero en la medida en la que tenga el nivel de control requerido.

5. Comando y control efectivos del acusado sobre los subordinados.

6. El acusado sabe, o tiene conocimiento, o que debió haber sabido que los subordinados han cometido, o van a cometer, crímenes.

7. Los crímenes guardan relación con actividades bajo la responsabilidad y control efectivo del acusado.

8. Se trata del incumplimiento de los tres deberes que aparecen en tres momentos, antes de la comisión, durante y después. El incumplimiento de cualquiera de estos deberes da lugar a la responsabilidad penal.

III. REFLEXIONES FINALES SOBRE LAS NEGOCIACIONES POLÍTICAS Y LA RESPONSABILIDAD DEL COMANDANTE O RESPONSABILIDAD DE MANDO POR CRÍMENES DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI)

1. Luego de una evaluación detallada y un análisis de la información disponible, la Fiscalía ante la CPI concluyó, en su Informe sobre las actividades de examen preliminar, de fecha 14 de diciembre de 2020², en que existe fundamento

² <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-ven-i-spa.pdf>

razonable para creer que se cometieron crímenes de lesa humanidad de encarcelación u otra privación grave de la libertad física, en Venezuela, de competencia de la Corte, por violación de normas fundamentales del derecho internacional, desde al menos abril de 2017, por autoridades civiles, miembros de las fuerzas armadas e individuos a favor del Gobierno, que han cometido los crímenes.

2. Igualmente, según la Fiscalía ante la CPI, la información a su disposición brinda un fundamento razonable para creer que los miembros de las fuerzas de seguridad son presuntamente responsables por la comisión material de estos presuntos crímenes, que incluyen a: la Policía Nacional Bolivariana (“PNB”), el Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional (“SEBIN”), la Dirección General de Contrainteligencia Militar (“DGCIM”), la Fuerza de Acciones Especiales (“FAES”), el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (“CICPC”), la Guardia Nacional Bolivariana (“GNB”), el Comando Nacional Antitextorsión y Secuestro (“CONAS”) y ciertas otras unidades de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana (“FANB”).

3. Además, la Fiscalía ante la CPI, según su información disponible, indica que individuos a favor del Gobierno también participaron en la represión de opositores del Gobierno de Venezuela; o gente percibida como tal, principalmente actuando junto con miembros de las fuerzas de seguridad o con su consentimiento.

4. Y que, en relación con el presunto rol de los actores mencionados, señala la citada Fiscalía, que, “el/los caso(s) potencial(es) identificados por la Fiscalía no estarían limitados a estas personas o grupos de personas y se procuraría examinar la presunta responsabilidad de aquellos que parezcan ser los máximos responsables por tales crímenes”.

5. Por tanto, una negociación política cuyo acuerdo prevea la creación de una sección y un procedimiento para juzgar a los superiores militares o las conductas presuntamente cometidas por miembros de la fuerza armada, distinto del procedimiento para juzgar a superiores civiles, contradice el Estatuto de Roma.

6. La razón de ser de la responsabilidad del comandante es su posición única. El comandante es responsable de una fuente de peligro para la población civil, aun en tiempos de paz, pero mucho más en tiempos de conflictos de violencia.

7. Igualmente, el daño irreparable que puede ocasionar el no cumplir adecuadamente con dichas responsabilidades, es otra razón para su consagración en acuerdos de negociación política para resolver conflictos derivados de la violencia y la reparación de delitos contra los derechos humanos.

8. Los mecanismos adoptados en los acuerdos de negociaciones políticas, con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por comando o superior, contradice el Estatuto de Roma.

9. Estos crímenes se pueden comprender en el sistema de justicia transicional, ajustada al Estatuto de Roma.

10. El sistema de justicia transicional, o supuestas leyes de responsabilidad de funcionarios públicos por violaciones de derechos humanos, no pueden entenderse como un sistema paralelo para sustraer a los autores de su responsabilidad penal dentro de la competencia de la CPI.

11. Esta Corte conserva su competencia por el principio de la complementariedad de la justicia universal, si las leyes no se ocupan de los delitos de lesa humanidad o los tribunales y fiscales del ámbito nacional no cumplen con su obligación de investigar e enjuiciar las violaciones de derechos humanos graves.

Porque la CPI, según el Estatuto de Roma, complementa esas jurisdicciones nacionales por su inacción, insuficiencia o complicidad³.

³ El párrafo décimo y el artículo 1º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI), de 17 de julio de 1998, establecen el carácter complementario de la Corte (CPI) en su relación con las jurisdicciones penales internas de los Estados Parte.

LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI) Y LA JUSTICIA TRANSICIONAL¹

1. La CPI fue creada en respuesta a los horrores de los genocidios, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos durante el siglo XX, para que tales crímenes no queden sin castigo, a efectos de poner fin a la impunidad.

2. El Estatuto de Roma se basa en la convicción de que el enjuiciamiento efectivo de tales crímenes contribuirá a su prevención.

3. Al acordar un ordenamiento jurídico común para proteger a los individuos y las comunidades de las atrocidades masivas, los Estados Partes del Estatuto de Roma promueven la paz y la seguridad internacional.

4. Los principios del Estatuto de Roma reflejan el consenso de la comunidad internacional sobre el papel esencial que la justicia cumple en la creación de una paz sostenible.

5. En la actualidad, 123 Estados Partes son parte del sistema de justicia internacional penal del Estatuto de Roma, y se han comprometido colectivamente a llevar a rendir cuentas a los responsables de crímenes de atrocidad masiva, aun cuando hubiesen sido cometidos en su propio territorio.

6. Entre estos Estados, por supuesto, está Colombia, que ratificó el Estatuto de Roma en 2002. El papel de la CPI en un proceso de justicia transicional

7. El concepto de “justicia transicional” abarca una gran cantidad de procesos que las sociedades emplean para enfrentar el legado de los abusos a los derechos humanos del pasado, y lograr un proceso de rendición de cuentas, justicia y reconciliación.

8. Para cumplir estos objetivos, la justicia transicional habitualmente recurre a cuatro medidas: juicios penales, mecanismos para el establecimiento de la verdad, programas de reparaciones y garantías de no repetición.

9. Podrá haber también otras medidas.

¹ Trabajo presentado al Bloque Constitucional de Venezuela en diciembre de 2019.

10. El acuerdo de paz en Colombia adopta estas cuatro medidas, así como otras medidas, en el marco de un único sistema de justicia transicional.

11. La justicia transicional no es un tipo especial de justicia, sino simplemente un enfoque para obtener justicia en un período de transición de un conflicto armado, por ejemplo, o una condición de opresión estatal.

12. El mandato de la CPI se relaciona principalmente al componente de justicia penal de este sistema.

13. Esto no significa que los otros aspectos de un sistema de justicia transicional, como las comisiones de la verdad o las reparaciones, resulten irrelevantes para la CPI.

14. Significa simplemente que estos mecanismos no constituyen el foco de atención principal de la Fiscalía en su análisis respecto de si un caso es admisible ante la CPI.

15. Una situación de justicia transicional sólo activa el mandato de la Fiscal de la CPI si las autoridades del Estado en cuestión no están realmente llevando a cabo procesos por tales crímenes del Estatuto de Roma.

16. Para analizar si las autoridades nacionales están realmente llevando a cabo procesos nacionales, la Fiscalía toma en consideración, primero, si el Estado ha iniciado procesos en relación a casos potenciales que podrían ser investigados por la Fiscalía y, de ser ese el caso, si esos procesos son genuinos.

17. En el contexto de la justicia transicional, este análisis deberá ser holístico: los aspectos de justicia penal del sistema podrán ser considerados en el contexto más amplio de otros mecanismos relevantes de justicia transicional.

18. Sin embargo, si no parece que el Estado haya iniciado procesos en relación con casos que podrían ser objeto de investigación por parte de la CPI, o que los procesos que se han iniciado no son genuinos, sino que únicamente buscan sustraer a los perpetradores de la responsabilidad penal, entonces –y solo entonces– la Fiscalía intervendría para cumplir uno de los componentes de la “justicia transicional”, a saber, las investigaciones y los enjuiciamientos penales.

19. Por “procesos”, por supuesto, el Estatuto de Roma hace referencia a procesos penales en el sentido tradicional, esto es, procesos que involucran un enjuiciamiento penal, una decisión acerca de la culpabilidad o inocencia de la persona imputada y, en caso de condena, la imposición de una sanción penal.

20. Los procesos de naturaleza no penal, como los procesos para establecer reparaciones para las víctimas, podrían ser tomados en consideración a los efectos de analizar la seriedad de los esfuerzos nacionales, en el contexto de una evaluación holística, pero, en sí mismos, no tornarían un caso inadmisibles ante la CPI.

EL ESTATUTO DE ROMA Y LA AMNISTÍA¹

I. LA AMNISTÍA Y LA JUSTICIA TRANSICIONAL

1. La amnistía o indulto entendida desde el punto de vista del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en el marco jurídico de reconstrucción del estado de derecho, paz y de justicia transicional, debe contemplar las situaciones que han venido enmarcando en el conflicto de violencia política.

2. Donde se ha sometido a la población a prácticas como el asesinato, el secuestro, la desaparición forzada de personas, el ataque generalizado contra la población civil, el terror, la destrucción de bienes y servicios, las torturas y la persecución.

3. ¿Existe la posibilidad de contemplar la amnistía desde el punto de vista del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en el marco jurídico de reconstrucción del estado de derecho, paz y de justicia transicional?

4. En este sentido se debe determinar la posibilidad de contemplar la amnistía desde el punto de vista del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en el marco jurídico del Acuerdo y cuáles son los mecanismos que se debe seguir para que las sanciones penales impuestas con base en un eventual acuerdo puedan satisfacer los requerimientos que impone la Corte Penal Internacional frente a la persecución y castigo de los crímenes de lesa humanidad, de guerra y el genocidio.

5. Es importante analizar si el castigo debe ser flexible, severo u olvidado (amnistía e indulto), es decir, es estudiar qué tan positivo puede ser tanto para las personas involucradas o no involucradas en el conflicto.

6. El Estatuto de Roma al ser un ente regulador a nivel internacional y con la potestad de poder intervenir en conflictos internos de los Estados, creado con el fin de combatir la impunidad de los crímenes más graves en contra de la raza humana, puede ejercer su jurisdicción complementaria sobre los crímenes de su competencia cometidos en desarrollo del conflicto venezolano.

7. Lo cual pondría en grave peligro la viabilidad jurídica de los procesos de paz si no se realiza una ponderación adecuada de los principios de justicia y paz,

¹ Trabajo presentado al Bloque Constitucional de Venezuela en diciembre de 2019.

en la cual se cumpla con los parámetros internacionales sin obstaculizar la tan anhelada paz en el país.

8. El estatuto de Roma aprobaría una amnistía o indultos condicionados frente a los actores del conflicto, sumado a esto también condenas flexibles para los mandos medios y altos, teniendo en cuenta que no se busca la impunidad sino buscar justicia y no en sacrificio de la paz o de las víctimas.

9. De allí que sea necesario el modelo de priorización de casos y de todas estas acciones mediadas por el principio de proporcionalidad, el cual permite que exista equilibrio entre las acciones que el Estado lleva a cabo en relación con la protección de los derechos humanos de las personas vinculadas al conflicto de manera directa o indirecta, así como el cumplimiento de sus fines y en cierta manera se puede relacionar directamente con la Ley de Amnistía que se plantea aplicar con los actores culpables de delitos de lesa humanidad.

10. La posibilidad de otorgar beneficios y de conceder libertad sin que se hayan cumplido las medidas de justicia transicional, como la confesión o el reconocimiento de la responsabilidad, contradice el Estatuto de Roma.

II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PARA LA PROCEDENCIA DE LA AMNISTÍA

1. El principio de proporcionalidad implica tres presupuestos básicos para su acción jurídica, el primero que se pretende a sí mismo como una decisión correcta, el segundo que pretende ser reconocido y considerado en la práctica constitucional y que finalmente aspira a su fundamentación. La proporcionalidad brinda los criterios necesarios para la determinación del contenido de los derechos fundamentales y para la fundamentación de decisiones de control de constitucionalidad.

2. La proporcionalidad como principio constitucional del Derecho Internacional Humanitario permite que exista equilibrio entre las acciones que el Estado lleva a cabo en relación con la protección de los derechos humanos de las personas vinculadas al conflicto de manera directa o indirecta, así como el cumplimiento de sus fines y en cierta manera se puede relacionar directamente con la Ley de Amnistía que se plantea aplicar con los actores culpables de delitos de lesa humanidad como pueden representar sometimiento a la población a prácticas como el asesinato, el secuestro, el traslado forzoso de población, la desaparición forzada de personas, el desplazamiento forzado, el ataque generalizado contra la población civil, el terror, la destrucción de bienes y servicios etc.

3. Las medidas de justicia transicional pueden, y deben, estar en conformidad con los objetivos del Estatuto de Roma.

LA JUSTICIA DE PAZ EN VENEZUELA: ¿EVOLUCIÓN O INVOLUCIÓN?¹

I. LA JUSTICIA DE PAZ: UNA JUSTICIA IRREDENTA

Diversos factores, que llamaría los jinetes del apocalipsis de la Justicia de Paz, han impedido su rescate como forma más prístina de justicia, como lo es *la justicia vecinal*. En efecto esta justicia nace, desaparece y cuando vuelve a nacer se plantea de nuevo su reformulación para reducir su ámbito vecinal con el propósito de reconcentrarla en la justicia nacional. Es una justicia históricamente inacabada. Sus hitos históricos permiten afirmar que es una justicia que no ha terminado de institucionalizarse por culpa de sus enemigos apocalípticos.

Esos enemigos son:

1. El dogma del monopolio judicial exclusivo del Estado que no admite que sectores ciudadanos tengan su propio sistema de justicia.
2. El mito del centralismo del Poder Judicial que impide que los poderes locales puedan desarrollar una justicia local
3. El mito de la bondad de la ley escrita que considera que solo en los códigos está el derecho
4. El mito del ritualismo procesal escrito que ha endiosado la escritura como forma judicial
5. El utilitarismo profesional que no permite que los abogados se interesen en su ejercicio.
6. La dialéctica judicial que presenta la justicia vecinal como una antítesis clasista de la justicia formal
7. La falta de interés de los municipios en la justicia vecinal.
8. La falta de conciencia sobre el voluntariado social.

Un repaso rápido de la evolución histórica nos lleva a concluir que la justicia de paz es una justicia que debe ser rescatada. Es decir, redimida de los enemigos que la han mantenido inacabada y encerrada en el Poder Nacional.

¹ JORNADA CENTRO DE CLÍNICA JURÍDICA UCAB, PRIMER ENCUENTRO METROPOLITANO DE JUECES DE PAZ, Caracas 2 de mayo de 2013.

PRIMERA ETAPA

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Su primer paso se ubica en la Constitución Gran colombiana de Angostura de 1819 al crearse la figura del juez de paz parroquial civil y criminal, pero a quien se le indicaba que debía procurar arreglos de las causas mediante su conciliación o a través de amigables componedores antes de iniciar los juicios para que el juez de departamento dictara la sentencia. Y mientras se establecían estos jurados para los casos criminales se designaba un comisionado del juez departamental nombrado por el juez de cada departamento entre los electores parroquiales. Es decir, era un ciudadano. Es el precedente del juez lego. Sin embargo, se ve que desde su nacimiento se subordinó su función jurisdiccional a la justicia ordinaria. La primera Constitución venezolana de 1830 contempló dentro de la organización judicial nacional los jueces de paz parroquiales, pero su designación correspondía a las asambleas municipales de los vecinos del Cantón. Es por tanto el primer precedente de la participación vecinal en el sistema de justicia. Sin embargo, las leyes de tribunales de 1836 y 1838 asignaron a los alcaldes de las parroquias la función de jueces de paz y la ley de 1841 y el Código Orgánico de Tribunales de 1855 le atribuyó la condición de jueces de primera instancia en demandas de menor cuantía y de jueces sumariadores, pero dentro de la organización judicial nacional. Aparece por primera vez su conversión en órganos de la administración municipal, pero igualmente subordinados a la justicia ordinaria. En materia procedimental en el Código de Procedimiento Civil de 1836 se contemplaba su función de jueces sumariadores y de averiguaciones de nudo hecho contra funcionarios y se les autorizó para que instruyeran las justificaciones de perpetua memoria. Y en el Código de Procedimiento Civil de 1863 desaparecen como jueces de paz y se les sustituye por los jueces de parroquia. Y se preveía el juicio verbal como trámite para los asuntos que conocían los jueces de paz. En cuanto a los recursos, según su cuantía, las causas eran inapelables y cuando eran apelables lo eran para los jueces ordinarios. Finalmente, la Ley de Migración de 1840 para los poblados con inmigrantes daba a los jefes de los inmigrados las funciones jueces de paz para la solución rápida de conflictos entre los nuevos habitantes de esos poblados. Uno de ellos, por ejemplo, lo fue el Juez de Paz de la Colonia Tovar de 1843.

Un primer comentario sobre de este trascorrir histórico que va desde 1819 a 1863 es que la justicia de paz pasó de ser una verdadera justicia vecinal a una justicia municipal pero dentro del Poder Judicial nacional. Luego, vuelve otra vez a ser justicia municipal pero como parte de la función administrativa del municipio. Y posteriormente desaparece para confundirse con la justicia ordinaria. Asimismo, respecto de su competencia, tanto como justicia municipal como justicia nacional los jueces de paz tenían una competencia limitada a las demandas menores, sumarios y delitos leves, pero no como jueces de juicio. Por otra parte, si bien las leyes judiciales y procesales mantuvieron el juicio verbal, sin embargo, se olvidaron del precedente gran colombiano de 1819 de la justicia de conciliación y de mediación. El precedente del juez de paz de poblados de inmigrantes aparece como un hecho aislado.

En 1886 en algunas Ordenanzas de Aguas Municipales se contemplaban jueces de aguas para resolver litigios entre propietarios ribereños. Y en 1936 en las leyes de llanos estatales se preveían juntas de vaquerías, presididas por un jefe de vaquería, designados por los ganaderos colindantes, que resolvían peticiones y controversias sobre la posesión y propiedad ganadera. Estas figuras desaparecen al nacionalizarse la legislación de aguas y la legislación agraria. En la época moderna aparecen los jurados de aguas como órganos especializados dentro de la administración pública en las Leyes Forestal de Suelos y Aguas de 1942, de 1955 y 1966, que desaparecen con la Ley Orgánica del Ambiente en 1976. Estos jurados establecían los turnos de riego de cada ribereño comprendido en su jurisdicción y su naturaleza era administrativa, pero la ejecución de sus decisiones correspondía al juez de distrito o de departamento. La Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 1987 creó la figura del Síndico Vecinal a quien correspondía seguir los procedimientos administrativos y jurisdiccionales en los cuales tuvieran interés las Asociaciones de Vecinos, que se asimilaba en materia urbanística a un juez de paz vecinal. Y las Leyes de Protección al Consumidor y del Usuario de 1992 y 1995 contemplaban la Sala de Conciliación y Arbitraje en el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), que tenía a su cargo solucionar las controversias que se podían suscitar entre consumidores, usuarios y proveedores, mediante procedimientos de mediación, conciliación o arbitraje. La naturaleza de todos estos órganos anteriores es administrativa y no jurisdiccional. Lo importante es señalar, por ejemplo, que las juntas de vaquerías eran órganos privados designados por acuerdos de los interesados. Ahora bien, los jurados de aguas nunca se llegaron a crear y la Sala de Conciliación y de Arbitraje no fue adecuadamente promovida por los diferentes gobiernos y además eran órganos administrativos y no jurisdiccionales.

En esta primera etapa histórica la justicia de paz aparece como una justicia municipal limitada en su competencia, con un proceso verbal, con facultades de conciliación y de mediación, subordinada al Poder Judicial Nacional, Luego se convierte en una instancia administrativa municipal para posteriormente convertirse en parte del Poder Nacional y finalmente, en forma parcial en determinados asuntos de aguas y de protección al consumidor en instancias administrativas nacionales. Solo las juntas de vaquerías fueron jurados vecinales en materia agraria; los jueces de paz de poblados eran jueces de un fuero personal de los inmigrantes y la Sala de Conciliación y Arbitraje, compuesta por funcionarios públicos, que ejercían parcialmente función jurisdiccional en materia de derechos de los consumidores. En la Ley Orgánica de Justicia de Paz de 1994 se atribuyó a los jueces de paz la función de colaborar con los organismos competentes en materia de protección de los consumidores en el ámbito local.

SEGUNDA ETAPA

III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Aunque la Constitución de 1961 no se refería a la justicia de paz, sin embargo, en 1974 el Ministerio de Justicia elabora un Proyecto de Ley sobre Juzgados de Conciliación o de Paz, pero dentro de la organización del Poder Judicial

para asuntos de menor cuantía de familia y de tránsito y para delitos menores y faltas, y a través de un procedimiento escrito breve. Más tarde en 1984 se presentó al Congreso el Proyecto de Ley de Defensa y Asistencia Jurídica para Personas de Escasos Recursos que contemplaba centros de conciliación y mediación y reorganizaba los servicios de defensa pública, procuradurías y de asistencia gratuita. En 1990 la Asociación Civil “Constitución Activa” elabora un Proyecto de Tribunales Vecinales de Paz a cargo de jueces elegidos por los vecinos para conocer de pequeñas causas locales, mediante audiencias privadas y una audiencia pública. Se trataba de una verdadera justicia vecinal y participativa. En 1991 el Consejo de la Judicatura elaboró el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial que contemplaba juzgados de paz dentro del poder judicial, a cargo de jueces designados por dicho Consejo, para la resolución mediante conciliación y equidad de asuntos civiles, mercantiles y de tránsito, a través de un procedimiento breve escrito, para causas no mayores de Bs. 30.000, 00, de la época, y para que conocieran de las faltas y delitos cuyas penas no excedieran de 24 meses. De los proyectos señalados el de “Constitución Activa” tiene el mérito de haber propuesto por primera vez la instauración de Tribunales Vecinales de Paz con obligación de agotar la fase conciliatoria, integrado por jueces vecinos, elegidos popularmente y con posibilidad de revocárseles el mandato por referéndum popular, y con asesores interdisciplinarios, comisionados de paz y de voluntarios vecinales. Este proyecto que sirvió de base para la elaboración de la primera Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos de Paz de 1993, y tenía presente la experiencia del primer Tribunal de Paz constituido el 6 de noviembre de 1992, por la misma Asociación, en La Comunidad de Los Robles, Sector Bolívar, El Manicomio, Parroquia La Pastora, del entonces Municipio Libertador. Debe hacerse un reconocimiento histórico por su participación en la instauración de la justicia de paz en Venezuela a la Asociación Civil “Constitución Activa” y en especial a su principal factor el Dr. Oscar Mago Bendahán.

La característica de esta segunda etapa histórica de la justicia de paz es que la iniciativa de su instauración fue principalmente vecinal y de organizaciones no gubernamentales, por lo que su orientación primigenia fue la de la participación ciudadana y de su naturaleza auténticamente vecinal. Y que para su creación como competencia municipal se utilizó la llamada de descentralización de las competencias del Poder Nacional a que se refería el artículo 137 de la Constitución de 1961. Fue el primer precedente de la descentralización de la administración de la justicia.

TERCERA ETAPA

IV. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Para 1992 en el Proyecto de Reforma General de la Constitución de 1961, que se discutía en el Congreso, se contemplaba la justicia de paz para darle mayor base constitucional, como medio de solución de los conflictos interpersonales que requirieran mediación y para el control de las faltas y delitos menores, con competencia en la respectiva parroquia. Y para su proceso se proclamaba que debía

ser breve, oral y público, respetado las garantías del debido proceso. Sin embargo, se le mantenía dentro del Poder Judicial, pero no se contemplaba la jurisdicción vecinal como una competencia propia a los Municipios. Posteriormente, como ya dije, y con base a los proyectos de “*Constitución Activa*” de 1988 y de la Asociación Civil “*Primero Justicia*” de 1992 y con el apoyo de la COPRE y de la Comisión Andina de Juristas, el Congreso sanciona la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos de Paz el 14 de julio de 1993, que fue promulgada el 29 de septiembre del mismo año, pero se difiere su entrada en vigencia a partir del 1° de julio de 1994. Durante esta “vacatio legis” la referida Ley fue reformada por los cuestionamientos que se hicieron a la creación de tribunales diferentes a los contemplados en la Constitución y en la Ley Orgánica del Poder Judicial y a la atribución a los jueces de paz de competencia para conocer de causas penales, así como a los mecanismos electorales y a su financiamiento. Fue así, entonces, cuando se cambió la denominación de “Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos de Paz” por la de “Ley Orgánica de la Justicia de Paz”, que fue promulgada el 21 de diciembre de 1994. En esta Ley reformada en lugar de tribunales de paz se prefirió la noción de juez de paz, para dar la idea que más que un ente de una organización se trata de una persona natural y de dos suplentes, elegidos nominalmente, cada tres años, por los habitantes de cada respectiva circunscripción intermunicipal de más o menos 4. 000 habitantes, en atención a las relaciones naturales de la comunidad. A partir de esta Ley se atribuyó a los municipios los servicios de la Justicia de Paz y se les da competencia para organizarla, en razón de que no se les dio el tratamiento de tribunales, porque constitucionalmente lo relativo a los tribunales ya su organización correspondía al Consejo de la Judicatura.

En la Ley Orgánica de la Justicia de Paz de 1994 se concibió la justicia de paz como un servicio ciudadano para las propias comunidades para la resolución de los conflictos que suscitados en las comunidades vecinales mediante la conciliación y en el caso de no ser posible por la justicia de equidad, salvo que obligatoriamente por ley debían resolverse por una justicia de derecho. Ello bajo los principios de la oralidad, concentración, simplicidad, igualdad, celeridad y gratuidad. Se limitó su competencia a las causas patrimoniales menores de cuatro (4) salarios mínimos, pero que no resultaren mayores a las que correspondían a los tribunales ordinarios. También se atribuyó a los jueces de paz la competencia para conocer de abusos en la corrección, la violencia y el maltrato familiar y los conflictos propios de la vida en familia que afectaran la vida en comunidad; de los conflictos a la convivencia en materia de arrendamiento y de propiedad horizontal. Pero se les eliminó la competencia penal y se previó el recurso de revisión ante el propio juez contra las sentencias de contenido no patrimonial dictadas conformes la equidad y el de apelación ante el juez ordinario competente en las causas de contenido patrimonial. Y respecto del financiamiento se eliminó a los jueces su remuneración, dejando a cargo de los municipios la carga de su financiación apoyo logístico, procurando que las propias comunidades contribuyeran en el futuro con su auto financiamiento. A partir de esta Ley se comienzan a promulgar Ordenanzas Municipales de Justicia de Paz.

De esta tercera etapa puede destacarse como positivo la atribución a los municipios de la justicia de paz en lo relativo a su organización y la creación de un proceso oral de la justicia de equidad, aunque se mantuvo la subordinación funcional en materia de causas patrimoniales mediante el recurso de apelación ante los juzgados ordinarios. Asimismo, no cabe duda que con las respectivas leyes se promovió un verdadero sistema procesal de justicia vecinal en base a jueces, la definición de sus competencias y de un proceso fundamentalmente de equidad. No obstante el desarrollo legislativo de la justicia de paz durante los años 90 y a pesar de los esfuerzos exitosos de algunas municipalidades, la falta de regulación de la obligación del Ejecutivo Nacional de efectuar los aportes económicos para facilitar a los municipios la implementación de la justicia de paz, la no fijación de plazos a los municipios para su organización, el desinterés por su funcionamiento por los sectores políticos y económicos, su falta de promoción y de educación, son algunos de los obstáculos institucionales que impidieron su consolidación como una auténtica justicia vecinal. Fue por ello que, a finales de la década de los años 90, de nuevo se pensó en su reforma para su reforzamiento como competencia municipal y para la ampliación de la participación ciudadana. La justicia de paz era, pues, una demanda social ante los problemas de la centralización, morosidad, la formalidad, la corrupción y la partidización de la justicia ordinaria y de convivencia ciudadana para encausar los conflictos vecinales.

CUARTA ETAPA

V. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Uno de los temas que preocupó a la Asamblea Constituyente de 1998 fue el de la de la Justicia, y así como se establecieron sus bases para su reforma mediante una administración de justicia idónea y eficiente, como parte de esa reforma se recogió el requerimiento de su descentralización, entre otros mecanismos, con el de la creación de la Justicia de Paz dentro de la autonomía municipal, en su competencia vecinal, como se desprende hoy de los artículos 168 y 178, numeral 7, de la Constitución de 1999, junto con la de la prevención, y protección vecinal y servicios de policía municipal. Por lo que lo relativo a la competencia del Poder Nacional en lo relativo al gobierno, dirección y administración del Poder Judicial se limitó a los tribunales que según la respectiva ley forman parte del Poder Judicial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 267 constitucional. Y, para evitar su confrontación con las competencias del Poder Nacional en materia de organización y regulación del Poder Judicial y su naturaleza de jurisdicción, se incluyó a la justicia de paz, de manera expresa, junto con el arbitraje, la conciliación y la mediación, en el sistema de justicia, dentro de los medios alternativos para la solución de conflictos, según los artículos 253 y 258, de la Constitución vigente, pero sin afectar la autonomía municipal en esta materia. En este orden de ideas, es conveniente destacar que si bien se creó un Poder Electoral, donde caben los servicios vecinales municipales, según el artículo 293, solo intervienen, a solicitud de las organizaciones de la sociedad civil interesadas en la organización de sus elecciones. En otras palabras, que la Ley Orgánica de la Justicia de Paz de 1994

no contradecía contraria los postulados de esta Constitución. Sino que, por el contrario, fortalecieron su institucionalización. Lo que se imponía era su municipalización dentro de la competencia vecinal de los municipios y de su conversión en una verdadera justicia vecinal. No obstante, esta Ley fue derogada en su totalidad por la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal, del 2 de mayo de 2012, que no solo es contraria los principios constitucionales de la Justicia de Paz, sino que desnaturaliza su condición de justicia vecinal, como precisaré de seguidas.

VI. LA DESNATURALIZACIÓN DE LA JUSTICIA DE PAZ POR LA POR LA LEY ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL DE LA JUSTICIA DE PAZ COMUNAL, DEL 2 DE MAYO DE 2012

Ya señalé que la Ley Orgánica de la Justicia de Paz de 1994 no resultaba contrariaba a las disposiciones de la Constitución de 1999 y que solo correspondía adecuar el sistema procesal de la justicia de paz a una justicia municipal auténticamente vecinal. Es decir, organizada por los municipios, pero administrada y elegida por los vecinos. Muy por el contrario de lo que aconteció con la promulgación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal, del 2 de mayo de 2012 que nacionalizó de nuevo esta justicia puesto que la instauró “como ámbito del Poder Popular”, mediante la transferencia de la competencia de los municipios a los ciudadanos, pero a través de las instancias y organizaciones de dicho Poder, como se dice en su artículo 1º, que, desde el punto de vista organizativo y funcional no es sino una estructura centralizada de diferentes niveles o instancias de forma piramidal que depende del vértice Poder Nacional.

La derogación de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz de 1994 obedeció a la concepción ideológica del Estado vertical de la concentración del poder y que sustituyó el nivel municipal por una estructura asociativa colectiva jerarquizada que depende del poder central que se regula en la Ley Orgánica del Poder Popular del 9 de diciembre del 2010. En efecto, si bien su artículo 2º dice que el Poder Popular es el ejercicio pleno de la soberanía por parte del pueblo en lo político, económico, social, cultural, ambiental, internacional, y en todo el ámbito del desenvolvimiento y desarrollo de la sociedad, a través de sus diversas y disímiles formas de organización; sin embargo, su artículo 25 señala que es al Poder Ejecutivo Nacional a quien corresponde las iniciativas de su desarrollo y consolidación y que es quien planificará, articulará y coordinará las acciones conjuntas de las organizaciones sociales que lo componen. Y aún más, la existencia de todas las instancias y organizaciones del Poder Popular, que la Ley referida llama de los ciudadanos, depende del Poder Ejecutivo Nacional puesto que conforme su artículo 32 solo se admiten como parte de esas instancias a las que su personalidad jurídica les sea reconocida mediante el registro ante el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de participación ciudadana.

Es por ello, que dicha Ley desmunicipaliza la justicia de paz y además la desnaturaliza como rama vecinal descentralizada de la administración de justicia, cuando en su artículo 21 se dice que la justicia de paz es una justicia comunal, como ámbito de actuación del Poder Popular y no como una justicia vecinal. Baste señalar, si nos atenemos a la justificación que la mayoría de la Asamblea Nacional dio para el cambio de denominación, que no solo este modelo de justicia de paz se aparta de la concepción municipal y vecinal de la Constitución, sino que además no constituye sino un tipo de justicia ideologizada. En efecto, el diputado de la Comisión de Política Interior de la AN, José Javier Morales, alegó al comienzo de la discusión que el cambio el nombre obedecía “Porque en esa ley participan, deciden, eligen y proponen los consejos comunales, no nos queda duda de que esta es la ley de justicia de paz comunal”. En otras palabras que no son los vecinos sino una estructura de la organización colectiva del Poder Comunal, que como se dijo es parte del Poder Nacional”. Es decir, la justicia de paz comunal no es una justicia de paz vecinal autónoma sino una justicia grupal dependiente.

Como prueba de esa dependencia se puede señalar que el financiamiento de esta justicia comunal depende totalmente del presupuesto nacional y de que el Tribunal Supremo de Justicia solicite sus recursos, según el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal. Además, que los procesos de elección de los jueces de paz comunal están controlados por la Comisión Electoral Central de la Justicia de Paz Comunal, que designa los miembros de las comisiones electorales permanentes de los consejos comunales, conforme su artículo 15. Así como que por disposición de su artículo 22, su formación y capacitación está a cargo de la Escuela de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia y no de entidades municipales o vecinales. Aún más, por mandato del artículo 45, de la citada Ley, los jueces de paz comunal no dictan sentencia en nombre de la comuna o de los ciudadanos, sino en nombre de la República Bolivariana de Venezuela. Peor aún, según la Disposición Transitoria Tercera de la Ley en comentarios, hasta tanto se efectúe las elecciones para escoger los jueces de paz comunal, es el Tribunal Supremo de Justicia quien los designa como jueces provisorios.

Finalmente, como otra demostración de su dependencia del Poder Nacional, la Ley en cuestión, en su Disposición Transitoria Segunda, atribuye al Tribunal Supremo de Justicia, de manera exclusiva y excluyente de los municipios, lo relativo a la reglamentación del funcionamiento interno de la justicia de paz comunal. Y como evidencia de su carácter grupal y no vecinal se puede observar que en esos procesos solo participan los que se hayan inscrito en el registro electoral del respectivo consejo comunal y no los electores inscritos en el registro electoral de las elecciones parroquiales o municipales, de acuerdo con su artículo 16.

Por último, la desmunicipalización de la justicia de paz es evidente, porque siendo parte de la autonomía municipal, como parte de su competencia de servicios vecinales, de acuerdo con los artículos 168, numeral 1, y 178, numeral 7, de la Constitución, sin embargo, a los municipios no se les reconoce ninguna atribución respecto de su gestión y funcionamiento.

CONCLUSIÓN:

VII. LA INVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA DE PAZ DE UNA JUSTICIA VECINAL MUNICIPAL A UNA JUSTICIA GRUPAL DEL PODER NACIONAL

La historia de la justicia de paz en Venezuela es la de una justicia inacabada y hasta incomprendida y aún sometida, que en sus diferentes etapas ha oscilado entre lo municipal y lo nacional y entre lo administrativo y lo jurisdiccional y recientemente ha sufrido la mutación inconstitucional de una justicia vecinal municipal a una justicia grupal centralizada. De modo que para que se cumpla con el propósito del constituyente de que instaurar una verdadera justicia de paz es necesario redimirla de su desnaturalización, como parte de instancias de una estructura estatizada jerarquizada verticalmente, para rescatar su auténtica naturaleza de justicia vecinal de todos los vecinos y no de un grupo de ellos y autónoma e independiente y liberarla del centralismo para devolver a los municipios su competencia para su gestión y organización.

DAÑO ANTROPOLÓGICO Y LA JUSTICIA¹

El daño antropológico y la justicia es un tema que no solo interesa a los abogados, por lo que hare unas reflexiones desde un punto de vista general sobre del daño antropológico, es decir, cuando otros dañan lo que nos hace humanos y luego me referiré concretamente al tema del deterioro del Sistema de Justicia como un gen patológico de ese daño por la pérdida del valor de la Justicia y para finalizar con algunas conclusiones.

Estudiosos de sociedades que sufren calamidades o sistemas opresivos han formulado el concepto de daño antropológico. Particularmente, en Venezuela por investigadores de centros de estudios de la Compañía de Jesús. Por ejemplo, Rafael Uzcátegui, coordinador general de Provea, publicó en la revista del Grupo Gumilla un análisis sobre el daño antropológico que viene ocurriendo en Venezuela². Y precisa que el concepto de “daño antropológico” no es original, “pues ha sido desarrollado en Cuba para precisar la profundidad de la intervención estatal en las relaciones sociales y la psiquis de sus habitantes”. También Luis Aguilar León, historiador, ensayista político y profesor cubano, en su libro *“Cuba y su futuro”*, que distingue seis tipos de daños antropológicos específicos: el servilismo; el miedo a la represión; el miedo al cambio; la falta de voluntad política y de responsabilidad cívica; la desesperanza, el desarraigo y el exilio dentro del país o insilio y la crisis ética. Daños estos que, según Rafael Uzcátegui, son también ya una realidad en Venezuela.

Por este daño de manera general puede entenderse el deterioro de la condición de los seres humanos, como personas. O como dicen los investigadores del Centro Gumilla, la implosión del proyecto de vida que no solo ha trastocado el destino individual de los venezolanos, sino también la imagen de sí mismos, su identidad y los referentes que le daban sentido a la venezolanidad como país. Y, generalmente, ese daño antropológico se manifiesta en la carencia de los elementales signos externos de sociabilidad. Resignación, subordinación, complacencia, domi-

¹ Conferencia pronunciada el 3 de septiembre de 2021 en el Foro organizado por EL GRUPO DESAFÍO.

² Citado por Gustavo Roosen en su artículo “Daño Antropológico”, El Nacional, enero 28, 2020 (<https://www.elnacional.com/opinion/dano-antropologico/>)

nio, explotación, servidumbre, malicia, codicia, venganza, impunidad, complicidad, falsedad, fraude, pasividad, agresividad, corrupción e injusticia. Todo lo contrario, a la condición social de los seres humanos. Tal deterioro es consecuencia de factores externos, que provienen del sistema social, cultural y fundamentalmente político, bajo el cual viven los individuos.

Generalmente, ese daño antropológico se traduce en conductas y comportamientos en la sociedad. Unas originadas por la cultura transmitida por los gobernantes y otras para poder alcanzar la sobrevivencia. A mi juicio, aparte de ese deterioro de la sociabilidad, o conductas sociales, el daño antropológico es principalmente la pérdida de los valores y de las virtudes individuales de los seres humanos. Daño antropológico que el sociólogo y docente universitario, Marcos Hernández López, define como daño en la psiquis de los venezolanos, que existe cuando además del deterioro en el orden social político y cultural se afecta fundamentalmente a la condición humana³. Esos valores individuales son la vida, la libertad, la responsabilidad social y la ética, y los valores sociales son la democracia, la moralidad, el pluralismo, la justicia, el respeto de la ley, la tolerancia y la primacía de los derechos humanos.

De esas virtudes las que definen el ser humano como ser social son la ética, la fraternidad, la igualdad, la solidaridad, la convivencia, la iniciativa, la racionalidad, la justicia intergeneracional, el emprendimiento y el amor por la naturaleza. Estos valores y virtudes son los que les dan sentido humano a las relaciones con los demás y con la naturaleza. Es decir, a la espiritualidad del ser humano. Para mí, cuando esos valores y virtudes se pierden por las causas y factores del sistema social y político vigente, se produce un daño antropológico que se traduce en un daño inmaterial irreparable. El reto, pues, es el de recuperar las virtudes de la psiquis o espiritualidad del ser humano venezolano. Es decir, la recuperación de los propósitos que son comunes: el amor a la vida, a la humanidad, a la naturaleza y a los elementos vitales de la vida en convivencia. El modo de vivir y de convivir correctamente.

Es lo que algunos llaman “**biocentrismo**”, o respeto por el ser humano, que es el conjunto de relaciones por las cuales los seres humanos tenemos garantizadas la vida individual y común. O pasar de una visión antropocentrista de los seres humanos como dueños y dominadores de la sociedad y la naturaleza a una relación de entendimiento como seres entre los demás seres vivos para vivir en armonía y de conservación de la naturaleza. Es decir, en palabras de Benedicto XVI, una ecología humana o social, además de una ecología de la naturaleza⁴.

³ “La psiquis de los venezolanos”, El Pitazo, 27 de julio de 2021 (lpitazo.net/opinion/la-psiquis-de-los-venezolanos/)

⁴ Benedicto XVI, Mensaje de Paz del 1º de enero de 2007, citado en mi libro *Solidarismo cristiano o crecimiento con equidad ante el Socialismo del siglo XXI*, Proyectos y Asesorías Comunicacionales, C. A. Producciones Karol C. A., Mérida, Venezuela, 2007, p. 62.

Por supuesto, que en los sistemas donde el estado es superior al individuo y donde el partido domina la sociedad, o “estatocentrismo”, tales valores y virtudes no existen, sino los de una revolución y de una ideología, por encima de los individuos y de la sociedad.

En estos sistemas estatistas, como afirma en su estudio “El daño antropológico y Derechos Humanos en Cuba”, el profesor de Ética y Cívica de la Universidad de Pinar del Río, Víctor Toledo López, existe una pérdida del sentido moral y la deformación de los valores sociales y culturales, que se manifiesta en: violencia, abuso del poder, falta de iniciativa y de ilusión, frustración, arbitrariedad, discriminación, desconfianza, desigualdad, servicios deficitarios, culto a la personalidad y a la mediocridad, soborno, miseria, hambre y atentados contra la vida humana⁵. Dentro de ese contexto voy a referirme al daño antropológico y la justicia. Pero como valor y virtud y no propiamente como el aparato del estado de administración de justicia, pero si como el deterioro de este sistema es causa del daño antropológico por la pérdida social del valor y de virtud de la justicia.

Comienzo recordando a Aristóteles, diciendo con él, que, “*así como el ser humano, cuando alcanza su perfección es el mejor de los animales, así, también, fuera de la ley y la justicia es el peor de los animales*”. Y que, “*la justicia es la más excelsa de las virtudes humanas*”. Y, repito con el Libertador, que “*La justicia es la reina de las virtudes republicanas*”. Ahora bien, cuando en el estado el sistema de justicia no es creíble, ni garantiza imparcialidad, ni impide la impunidad, y sirve de guardián, no de los derechos humanos, sino del abuso y de la arbitrariedad, el ser humano termina siendo peor, por la pérdida del valor de la Justicia y del respeto por la ley, porque la vida se hace menos humana y se pone en peligro la dignidad de las personas. Y por qué se agravan los conflictos por el irrespeto a los derechos de los demás, por cuanto el estado es incapaz de mantener la paz para resolverlos y de construir una fraternidad donde hay odio. Porque el sistema de justicia sirve de instrumento de explotación del individuo por el estado o por otros individuos. Porque al no haber paz no hay justicia.

Signos del deterioro del sistema de justicia en Venezuela son, por ejemplo, que más del 80% de los venezolanos no confían en el Poder Judicial, que la impunidad es de un 90%, que más del 70% de los venezolanos consideran al Poder Judicial uno de los más corruptos, que el 80% considera que este Poder está politizado y que no es imparcial. Otro dato es el temor que afecta a los jueces o el llamado “*Sintoma Affiuni*”. O, como lo asienta la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, que la violación grave de derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad en Venezuela se deben primordialmente por la falta de independencia de los jueces.

E, igualmente, el Informe de la Misión de Verificación de Hechos de Naciones Unidas publicado en septiembre de 2020 reveló el carácter sistemático de la

⁵ “Daños antropológicos y Derechos Humanos en Cuba”, Colección Pensamiento Hispano Cubano. Editorial Hispano Cubana, Madrid 2009 (<https://centroconvivencia.org/wp-content/uploads/2017/06/El-da%C3%B1o-antropol%C3%B3gico.pdf>)

violación de derechos humanos en Venezuela. O en el Informe que presento la Fiscalía ante la Corte Penal Internacional, sobre el Examen Preliminar de diciembre de 2020, que concluye que existe fundamento razonable para creer que se cometieron en Venezuela crímenes de lesa humanidad comprendidos en la competencia de dicha Corte, desde al menos abril de 2017, por la inacción por parte del Estado venezolano ante estos. Crímenes. Es decir, por la falta de un verdadero sistema de justicia interno, que justificaría la intervención complementaria de la Corte Penal Internacional.

Por este deterioro institucional del sistema de justicia, Venezuela está en los últimos lugares del índice mundial del estado de derecho y de garantías de la independencia del Poder Judicial y del debido proceso. Y, dentro de los países de mayor corrupción. Tal deterioro se traduce en impunidad, abuso de autoridad, gran corrupción, crímenes de lesa humanidad, denegación de justicia, indefensión, sistema represivo, activismo judicial político-partidista, violación sistemática de los derechos humanos, y en una gran inseguridad jurídica. Y de matraqueo, soborno y extorsión en instituciones como las fuerzas armadas y las policías y de cohecho y ventas de sentencias en el Poder Judicial. Que son situaciones propias del daño antropológico que sufre la sociedad venezolana por el sistema de gobierno y político que la rige. Daño que tuvo su expresión como sentido de la pérdida del valor de la Justicia, cuando el gobierno venezolano impide la ayuda humanitaria por las fuerzas militares, como ocurrió recientemente en el estado Mérida, Venezuela, en la tragedia de El Valle de Mocoties. O, cuando creó zonas de paz con grupos de malandraje.

En este orden de ideas, como lo asienta la periodista y politóloga Paola Bautista de Alemán, el desmantelamiento del estado democrático de derecho profundizó la debilidad institucional de la República Civil y propició la creación de redes criminales en las instancias oficiales del Estado venezolano, todo esto con el fin de aferrarse en el poder. Tal desmantelamiento permitió la construcción de lo que Paola Bautista de alemán llama “*el Estado gansteril de naturaleza entrópica*”. Es decir, de un estado desordenado o fallido. Por otro lado, el daño antropológico, como lo señala el sacerdote jesuita, Manuel Infante, ha perjudicado la democracia representativa y partidista, hasta el punto que las elecciones y las negociaciones, auténticos medios del sistema democrático, están sumidos en una atmósfera de desencanto y de movilización política, inducida principalmente por la estrategia de dominación del poder, pero también por los errores de los operadores de la oposición⁶.

Un aspecto que vale la pena destacar como síntoma del daño antropológico por la pérdida del valor de la tolerancia como virtud de la Justicia, es el del fomento de la polarización por parte del mismo estado en todas las instancias de la

⁶ “Negociación y Elecciones, un camino necesario y contracorriente”, Signos de los Tiempos, Noticias y Actualidad sobre Venezuela y su Iglesia Católica, Boletín del Centro Arquidiocesano Monseñor Arias Blanco, 06 al 12 de agosto de 2021/Nº 115. (<https://mailchi.mp/78898da593d9/signos-de-los-tiempos-n-115-06-al-12-de-agosto-de-2021>)

vida social y política, no solo entre contrincantes políticos, sino incluso entre quienes participan de una misma posición, para procurar su división, como estrategia política, como lo sostiene el Licenciado en Ciencias Pedagógicas y especialista en derechos humanos, Manuel Alejandro Mijares. Estrategia esta que tiene por finalidad promover la desesperanza, la desconfianza, pesimismo y la apatía absoluta frente a la política y la participación en la vida pública, para debilitar la resistencia de los enemigos del estado. Cualquiera de estos dos caminos, dice Alejandro Mijares, produce el deterioro y obstaculiza el ejercicio de la ciudadanía en la acción política que impide dialogar y alcanzar acuerdos sostenibles en el tiempo tanto entre propios y extraños⁷. Esta polarización como estrategia de un estado dominante o dictatorial, de dividir entre sus enemigos, está planificada basada en el fomento de las emociones y en el uso de redes sociales para acabar con consensos y uniones”, según el científico español del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, de España, Luis Miller. Es decir, trasladar las discusiones donde hay consenso para poder así polarizar al ciudadano, que trata de dividir a los votantes en bloques radicales y que se alimenta de mensajes simples que apelan a las emociones de los ciudadanos, con la pérdida de la racionalidad por la agresividad.⁸

Ante el deterioro social se plantea la recuperación de los valores y virtudes de la espiritualidad del ser humano frente al daño antropológico, Y concretamente de las virtudes de la Justicia como valor social para superar el deterioro del sistema de justicia.

En primer lugar, rescatar el principio que la libertad es condición básica del valor de la Justicia, del cual depende que el sistema de justicia sea universal y no particular. En segundo lugar, rescatar el orden constitucional civil sobre la fuerza de las armas. En tercer lugar, la recomposición del sistema político para que responda a las exigencias de la Justicia de la paz, la armonía, la vida, la libertad, la democracia, la responsabilidad social, la ética, el pluralismo, la no discriminación, el respeto de la Constitución y la ley y que garantice la primacía de los derechos humanos. En cuarto lugar, promover la cultura de la paz, la armonía, y la convivencia. Y de rechazo a la sumisión. En quinto lugar, fomentar la conciencia ciudadana del ideal de la justicia como la justicia de equidad y retributiva y no solo de la justicia individual o conmutativa. Y de discusión sobre las manifestaciones del daño antropológico y sus causas y sobre el enorme peligro de su acentuación. En sexto lugar, promover el concepto de ciudadanía del individuo como ser social por naturaleza, mediante la garantía de sus derechos como ser libre, para exigirle responsabilidad social y legal por sus actos. En séptimo lugar, fomentar la estructura básica del sistema de justicia en la sociedad, como institución que garantiza y distribuye derechos, así como los deberes fundamentales y determina la distribución de los beneficios provenientes de la integración en la sociedad.

⁷ [Epositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/993/1/RAA-20-Mireles-Polarización%20social%20y%20política%20en%20Venezuela.pdf](https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/993/1/RAA-20-Mireles-Polarización%20social%20y%20política%20en%20Venezuela.pdf).

⁸ “La polarización: una estrategia política perfectamente planificada”, RTVE, Entrevista Las Mañanas de RNE, 21-10-2020 (<https://www.rtve.es/noticias/20201021/polarizacion-estrategia-politica-planificada/2047333.shtml>).

Todo lo anterior supone un compromiso y una tarea fundamentalmente ciudadana de un mensaje y de una plataforma para concientizar a la clase política y a la clase gobernante sobre la exigencia social y ética para recuperar la espiritualidad del ser humano deteriorada por el daño antropológico que sufre el venezolano. Es decir, de la primacía de la persona humana y del respeto de sus derechos fundamentales, como condición de la calidad de vida, para la reconstrucción de la democracia Venezuela.

Según la periodista y politóloga Paola Bautista de Alemán⁹, ya nombrada, si la antipolítica allanó el terreno a la revolución chavista, la recuperación de la democracia debe pasar necesariamente por un proceso de “reivindicación” de la política. Entendiendo por “reivindicación” el reclamo de una acción determinada y por la política una tarea conjunta y comunitaria, apalancada en el testimonio honesto y en el trabajo sostenido, que debe asumir la tarea de liberar y sanar al país. En este sentido, nuestra realidad nos exige asumir la entrega a lo público con especial generosidad. Y sobre todo hacer el mayor esfuerzo de la tolerancia entre los grupos y actores que participan de objetivos y cuestiones básicas comunes para que no pierdan la racionalidad sobre sus fortalezas por el virus de la polarización promovida desde el estado.

En este orden de ideas, la ya mencionada Paola Bautista de Alemán¹⁰, ante el daño antropológico que ha llevado a la pérdida de los valores de la democracia, sostiene que es necesario un proceso real de democratización para lo cual la construcción de espacios de ciudadanía son medios o instrumentos. Entendiendo por estos espacios,” aquellas instancias que ofrezcan herramientas, conocimiento e intercambio que permitan experimentar el ejercicio de los valores democráticos”. Como, por ejemplo, este Foro.

La propuesta ciudadana es la de una revolución ética para cambiar la escala de valores que ha causado el daño antropológico en Venezuela, durante estas décadas, mediante una mayor participación ciudadana como base de la vida social. Y, ¿cuáles son las fortalezas?: La fuerza de lo pequeño, la verdad, la alegría por las pequeñas cosas, el voluntariado social, la fuerza de voluntad, la firmeza y los espacios vecinales. La unidad, por encima de lo propio y personal. Y, ¿las debilidades? El pesimismo y el fatalismo. Frente a lo cual: Intentar lo que parece imposible, que es como se realiza lo posible. No perder la esperanza, porque la esperanza no puede ser secuestrada. Ni dejar de promover espacios ciudadanos para organizar y consolidar la esperanza y la convicción que siguen animando el esfuerzo de muchos venezolanos por su liberación. E, impedir que la disidencia genere la agresividad entre quienes tienen propósitos comunes.

⁹ “Reflexiones sobre el daño antropológico en Venezuela”, PRODAVINCI, 12.052021I(<https://prodavinci.reflexiones-sobre-el-daños-antropologico-en-venezuela/>)

¹⁰ Loc., cit.

Permítame antes de concluir, decir, que me resultó fascinante como ahogado abordar el tema del daño antropológico, que ahora me inspira hacia la investigación jurídica desde una perspectiva distinta: la antropología. Por las infinitas posibilidades de aprendizaje no solo en materia jurídica sino también cultural y personal. Entre ellas, el interés de estudiar los daños inmateriales que se le han causado y se les causan a los seres humanos que conforman una comunidad por la violación de los derechos de su espiritualidad. Un caso patente es el daño causado a la población indígena del Sur del Orinoco, por la implementación del Proyecto del Arco Minero, donde se ha enunciado no solo un ecocidio sino hasta un grave etnocidio.

Este tema me ha despertado especial interés sobre la obligación del estado de reparar por los daños inmateriales que se les causan a las sociedades al afectar su identidad cultural, o su “dimensión espiritual”, en términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es algo más que la aplicación de los mecanismos existentes en el ordenamiento jurídico. Por eso, se dice que en estos casos hay que echar mano de otras disciplinas como la historia, la pedagogía, la filosofía, la antropología o la psicología en el momento de ordenar las diferentes medidas reparadoras; teniendo en cuenta que el daño se produce no solo en el orden individual sino también en el colectivo, o en el sentir propio de los seres humanos que componen una sociedad¹¹.

Termino citando del Papa Francisco unas palabras, que creo apropiadas para enfrentar un mal del daño antropológico, como es la división, que, hay que “Construir puentes y no muros, porque los muros caen”.

Y concluyo diciendo que el descrédito y deterioro del sistema de la justicia es un gen multifactorial que produce la enfermedad neurodegenerativa del daño antropológico de la independencia de la Justicia, a la cual hay que aplicarle una terapia genética para sustituir los genes enfermos de la corrupción, el soborno, la impunidad y el cohecho por los genes sanos del conjunto de valores que deben regir un estado de derecho y que conforman la justicia, como lo son la ética, equidad, la libertad, la igualdad, la verdad y la libertad de criterio.

¹¹ Diana Carolina Rivero Drago, “La consulta previa: daño inmaterial y reparación” (Análisis desde la antropología jurídica en la comunidad indígena Iku), Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2020, p. 320 y 407

SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL¹

En la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma del vigente Código de Procedimiento Civil, elaborado por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, se justifica dicha reforma en razón de lo dispuesto en el artículo 257 de la Constitución, para darle paso, se dice, al proceso oral en materia civil, con el objeto de consagrar la preponderancia de la oralidad sobre la escritura, incorporar la concentración y la inmediación en el procedimiento, la celebración de audiencias en el proceso y uniformar los procedimientos, reduciendo su número al procedimiento ordinario, compuesto por dos audiencias: la preliminar y la de juicio y el procedimiento breve con una única audiencia. Y, un tercer procedimiento el de ejecución de créditos documentarios, para permitir de manera breve el cobro de una cantidad de dinero líquida y exigible evidenciada en un instrumento emanado del demandado. Así como para incorporar la obligación del juez de hacer uso de los medios alternativos de resolución de conflictos y para contemplar los circuitos judiciales, que permite la modernización y replanteamiento en la organización de los tribunales.

Nadie puede poner en duda la iniciativa legislativa del Tribunal Supremo de Justicia en materia de organización y procedimientos judiciales, que le reconoce el artículo 204, numeral 4, de la Constitución. Lo que si puede ser objeto de discusión es si para darle paso al procedimiento oral, como procedimiento ordinario, en materia civil, compuesto principalmente por dos audiencias, y contemplar dicho procedimiento con una sola audiencia para el procedimiento breve y un nuevo procedimiento ejecutivo de intimación, es necesario reformar todo el texto de un Código, que desde 1990 ha mantenido su vigencia, entre otras razones porque bajo los quince años de promulgada la Constitución de 1999, no ha significado una verdadera contradicción a sus disposiciones. Ello se puede observar de las sentencias N° 80 del 01-02-2001, y 1.264 del 11-06-2002, respectivamente, de la Sala Constitucional, que anuló los artículos 197 y 201, del Código de Procedimiento Civil, publicado en la Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinario del 18-09-1990, que resultaban contrarios a los principios constitucionales, pero el resto del texto de dicho Código no fue objeto de ninguna anulación por parte de la mencionada Sala.

¹ JORNADAS DE REVISIÓN DEL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, UCAB, miércoles 26 de noviembre de 2014

Y, por otro lado, es un hecho histórico, que este Código, bajo la Constitución de 1961, ya incorporaba en su Título XI, el procedimiento oral al sistema procesal civil venezolano, de modo que no es cierto que dicho Código no se ajusta en su totalidad a la referida norma contenida en el artículo 257, de la Constitución.

En efecto, bajo la orientación del Código Procesal Civil para Iberoamérica, los proyectistas del vigente Código de Procedimiento Civil, con la prudencia del caso ante cambios bruscos legislativos, como decía Portalis respecto los intentos de reforma del Código de Napoleón, que representan la peligrosa ambición de querer sustituir leyes fruto de un estilo conciso y de un lenguaje perfecto, como lo era el Código de Procedimiento Civil de 1916; optaron por incorporar el proceso oral en forma gradual y experimental, como un ensayo en determinadas materias y dentro de una limitada cuantía, en lugar de sustituir sin más el procedimiento escrito ordinario, a fin de contribuir así a la formación progresiva de la mentalidad y experiencia que requiere el juicio oral, de modo que comprobado su éxito pueda aconsejarse la extensión del mismo a otras materias concretas o a todas en general. La extensión del proceso oral se dejó al criterio de Ejecutivo Nacional, quien participaba en la administración del sistema de justicia, que debía señalar, mediante decreto, las Circunscripciones Judiciales y los tribunales de éstas donde ha de aplicarse el juicio oral y la fecha de su vigencia. Por otra parte, la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura de 7 de octubre de 1988, derogó la competencia del Ejecutivo Nacional anteriormente señalada, puesto que atribuyó a dicho Consejo facultad de especializar la competencia de los tribunales ordinarios y especiales y para modificar su competencia por razón de la cuantía. En concreto, que la aplicación del proceso oral a materias distintas a las demandas sobre derechos de créditos, de tránsito y las causas que por disposición de la ley o por convenio de las partes, de cuantía limitada a doscientos cincuenta mil bolívares, respondía a decisiones de gobierno del Poder Judicial. Pero, hasta la Constitución de 1999 ni el Ejecutivo Nacional ni el Consejo de la Judicatura siguieron la pauta que señalaron los legisladores de 1988, de adoptar gradualmente y experimentalmente el proceso oral para extenderlo a todas las materias que no tuvieran pautado procedimientos especiales. Después de la Constitución de 1999, es al Tribunal Supremo de Justicia a quien le corresponde decidir sobre esa extensión ya que le está atribuida la dirección, el gobierno y administración del Poder Judicial, conforme lo señalado en el artículo 267, de la indicada Constitución, así como la organización de circuitos judiciales y la creación y competencias de tribunales y cortes regionales a fin de promover la descentralización administrativa y jurisdiccional del Poder Judicial, en atención a lo dispuesto en el artículo 269, de la misma Constitución.

Por otra parte, si se tiene presente el texto del artículo 860, del vigente Código, que establece que, en el procedimiento oral, la forma escrita de los actos solo será admitida en los casos expresamente contemplados en dicho procedimiento, así como que sus formas verbales no pueden renunciarse ni relajarse por convenio de las partes ni por disposición del Juez. Se constata que en dicha norma se acoge el principio de la preponderancia de la verbalidad en el proceso. Principio que se confirma con lo dispuesto en el artículo 862 que dice que la causa se tratara oralmente en la audiencia o debate, así como que las pruebas deben practicarse

por los interesados en este debate, salvo que por su naturaleza deban practicarse fuera de la audiencia, pero que en este caso la parte promovente de la prueba solo tratará oralmente de ella en la misma audiencia. Asimismo, la intermediación respecto de las pruebas se prevé en el artículo 863, que determina como principio que los actos y pruebas cuya ejecución se disponga fuera de la audiencia han de cumplirse bajo la dirección del mismo Juez que deba pronunciar la sentencia. Y respecto al proceso por audiencias, en el procedimiento oral contemplado en el vigente Código se prevé, en el artículo 868, una audiencia preliminar para definir el objeto de la Litis; y de los artículos 870 a 874 el desarrollo de la audiencia o debate oral para los alegatos verbales de las partes y la práctica de las pruebas y el anuncio del dispositivo del fallo. En concreto, que la preponderancia de la oralidad sobre la escritura, la incorporación de la concentración y la intermediación en el procedimiento y la celebración de audiencias en el proceso, están previstos en el vigente Código. Ahora bien, si acaso, ante la duda de la constitucionalidad de la extensión del proceso oral a todos los asuntos civiles, mediante una decisión administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, lo pertinente, entonces, sería modificar el artículo 859, del vigente Código, para consagrar el proceso oral, previsto de los artículos 860 a 879, como el procedimiento ordinario para todas las demandas que no tengan un procedimiento especial, en lugar del procedimiento escrito a que se contrae el artículo 338, eiusdem. En efecto, el citado artículo 859, únicamente contempla el procedimiento oral para las causas que versen sobre derechos de crédito u obligaciones que no tengan un procedimiento especial previsto en la parte primera del Libro Cuarto de dicho Código; al igual que para las demandas de tránsito y a las demás causas que por disposición de la ley o por convenio de los particulares deban tramitarse por el procedimiento oral. Y ello si la cuantía de estas causas excede de doscientas cincuenta mil bolívares. Y para las causas laborales, a que se refería el artículo 859, antes referido, a partir de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.504, del 13-08-2002, el procedimiento ordinario es el proceso oral. Por otro lado, como en el vigente Código no se contempla el proceso oral para la segunda instancia, ni para el juicio breve y tampoco para la casación, otras reformas parciales pertinentes sería la modificación del artículo 879, para introducir dicho proceso en la Alzada, así como incorporar la oralidad en el procedimiento breve, modificando la totalidad del Título XII relativo a este procedimiento, e incorporar el articulado que regule la oralidad para la casación.

Respecto a los otros aspectos que la Exposición de Motivos destaca como necesarios para adaptar el proceso civil a las previsiones de la Constitución, como lo son: incorporar la obligación del juez de hacer uso de los medios alternativos de resolución de conflictos y para contemplar los circuitos judiciales, en mi modesto entender, se trata de decisiones de gobierno y administración del Poder Judicial. En efecto, el Tribunal Supremo de Justicia, como órgano de gobierno y administración del Poder Judicial, podría exhortar a los jueces para que hagan uso de sus facultades de incentivar la conciliación en cualquier estado y grado de la causa, que les reconoce el artículo 257, del vigente Código, como parte de la política judicial de promover los estos medios, conforme el principio que se deriva

del artículo 258, de la Constitución. Igual podría decirse del otro aspecto del Proyecto de Reforma, como lo es contemplar los circuitos judiciales, que permite la modernización y replanteamiento en la organización de los tribunales, puesto que estimo que ello tendría su fundamento en la facultad que se le atribuye al Tribunal Supremo de Justicia de la organización de circuitos judiciales y la creación y competencias de tribunales y cortes regionales a fin de promover la descentralización administrativa y jurisdiccional del Poder Judicial, en atención a lo dispuesto en el artículo 269, de la misma Constitución; en atención de los planes y proyectos que la Dirección Ejecutiva de la Magistratura elabore bajo instrucciones del Tribunal Supremo de Justicia, conforme el artículo 77, de su Ley Orgánica.

En otras palabras, que para ajustar el procedimiento civil a los principios procesales constitucionales de la brevedad, oralidad y publicidad, al Tribunal Supremo de Justicia, le es más práctico disponer la extensión del procedimiento oral para las causas civiles; o, en todo caso, reformar parcialmente los artículos 860 a 879, eiusdem, para que las causas que no tuvieran contemplado un procedimiento especial para su tramitación se sigan por el proceso oral, y proponer reformas al procedimiento de segunda instancia, los juicios breves y ejecutivos, y al procedimiento del recurso de casación, para que se tramiten por el procedimiento oral; en lugar de acometer una reforma total del vigente Código de 1.990, que implica una tarea juiciosa, ponderada y seria, por cuanto ya no se trataría simplemente de la aplicación del procedimiento oral como procedimiento ordinario, sino de la transformación de todo el sistema procesal civil, que no es cosa de gabinetes secretos, o de simples talleres o charlas de unos Magistrados, sino de todo un estudio integral de los fundamentos de dicho sistema, donde han de participar no solo jueces, sino también profesores de derecho procesal, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, abogados y Colegios de Abogados, así como las Universidades. Es verdad que en el mundo del Derecho no son fáciles las reformas, pero también es cierto que las reformas, como decía Portalis, no puede ser la ambición de sustituir leyes vigentes sólidas y fundadas y consolidadas en la tradición jurídica. Por eso, destaco la iniciativa de la Facultad de Derecho de la UCAB de promover la discusión del Proyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil elaborado por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia sobre el cual opinar es un derecho y un deber.

DERECHO PENAL

**PERSECUCIÓN PENAL EN PROTECCIÓN DEL
DERECHO A LA VIVIENDA**
**(Visión constitucional del tratamiento dado por el
Ministerio Público al problema de los
desarrollos inmobiliarios)¹**

I. EXPLICACIÓN NECESARIA

Como una modesta colaboración para el Libro Homenaje a la Dra. Clarisa Sanoja, abordaré algunos de los aspectos constitucionales que tienen que ver con el tratamiento que el Ministerio Público ha dado a los casos de incumplimientos de los contratos de construcción de viviendas, en razón de que, como justificación de los procesos penales emprendidos en esos casos como de delincuencia organizada, el referido Ministerio Fiscal ha aducido la protección de los derechos a la vivienda adecuada de toda persona y de acceder a las políticas sociales para la construcción y adquisición de viviendas. Por supuesto, que no se trata de un trabajo exhaustivo del tema, sino simplemente de reflexiones para motivar la preocupación de los verdaderos especialistas en materia de derechos humanos, con el propósito de aportar un trabajo vinculado a materias que han sido preocupación de la homenajeadora, como lo son la materia penal y constitucional.

II. EL MANDATO CONSTITUCIONAL DEL ENJUICIAMIENTO

El artículo 257 de la vigente Constitución define el proceso como un instrumento para la realización de la justicia, que sin duda constituye un desarrollo de la Justicia como un valor superior de todo el ordenamiento jurídico, tanto sustantivo como adjetivo, como se proclama en el artículo 2º de la misma Constitución. Por otra parte, la justicia imparcial, idónea, transparente, responsable, equitativa, expedita y sin dilaciones indebidas, constituye la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva, conforme el artículo 26 de del Texto Fundamental. Es decir, constitucionalmente el proceso es un medio para establecer la verdad de los hechos por vías judiciales y no las policiales o intimidatorias, y que obliga a los órganos del poder público, y especialmente el poder judicial y el Ministerio Público, a no convertir el proceso en una sanción o pena, en sí mismo, para privar de libertad a las personas por razones diferentes a las estrictamente penales. Dentro

¹ Colaboración para el Libro Homenaje a la Dra. Clarisa Sanoja (10-01-2003)

de este orden de ideas desde el punto de vista constitucional el proceso penal, en concreto, no es el medio para la aplicación de políticas económicas o sociales o para solucionar problemas relativos a la cuestión social o de la justicia social. Y mucho menos para establecer responsabilidades contractuales o extracontractuales.

III. IMPLICACIONES PROCESALES Y JURÍDICAS DEL MANDATO CONSTITUCIONAL DEL ENJUICIAMIENTO

Para asegurar el anterior mandato el constituyente consagró unas garantías para que el proceso no pierda su carácter instrumental y para que su utilización no se convierta en una sanción o pena, o de mecanismo de intimidación para el cumplimiento de obligaciones económicas o sociales. Es así, como el artículo 257 constitucional, in fine, anteriormente citado, prohíbe que se sacrifique la justicia por razones formales. Por lo que, por ejemplo, la libertad no debe sufrir por errores procesales en materia de investigación, ni su privación puede exigirse como garantía por deudas patrimoniales. Igualmente, la justicia debe ser equitativa y expedita sin dilaciones indebidas, como lo impone el artículo 26, *ibidem*, de allí que, por ejemplo, el retardo del proceso por audiencias para mantener detenidas a las personas lesiona su derecho a la vida, a su libertad y a su integridad física, psíquica y moral, que son derechos fundamentales inviolables, de acuerdo con los artículos 43, 44 y 46, de la Constitución. La plenitud de estos derechos se afecta por los procesos indebidos y retardados con la finalidad de obligar a las personas a que cedan algunos de sus derechos o a que cumplan con obligaciones contractuales o extracontractuales. En ese orden de ideas, el proceso, no es una facultad discrecional ni del poder judicial, ni del Ministerio Público, en el sentido de que solo pueden, en el ejercicio de la función de administrar justicia y de dirigir la investigación penal o de ejercer las acciones penales, cumplir con el trámite establecido y con las garantías procedimentales que determina su debida observancia. En ese sentido, el artículo 49 del mismo Texto Fundamental, determina que el proceso es el debido y no cualquiera, así como que prohíbe su desvirtuación. En otras palabras, el Ministerio Público y los jueces no pueden crear o innovar o desnaturalizar trámites procesales para convertirlos en sanciones o penas.

Asimismo, como se expresó, el proceso debe garantizar una tutela judicial efectiva según el artículo 26, *ibidem*, independientemente de quien sea el enjuiciado. Por tanto, todo procesado tiene derechos dentro de su enjuiciamiento, sin discriminación por su condición social o de su pensamiento político. Por ejemplo, los procesados tienen derecho de solicitar la revisión o revocatoria de las medidas cautelares que lo afecten y pedir su sustitución por medidas menos gravosas y los tribunales tienen la obligación de revocarlas o sustituirlas a la brevedad, en cada caso, cuando se dan las razones para no ser juzgados con privación de libertad, conforme se desprende del Numeral 1 del artículo 44, *ibidem*. Ello por cuanto, todo proceso debe respetar la inviolabilidad de la libertad personal, como lo asienta el encabezamiento del artículo 44, ya mencionado, porque la libertad y la dignidad son inherentes al ser humano. Finalmente, tradicionalmente en nuestro sistema jurídico ha regido la prohibición de la prisión por deudas, por cuanto por la garantía del principio de legalidad, a que se contrae el

Numeral 6 del artículo 49, constitucional, los jueces no pueden efectuar interpretaciones extensivas o analógicas de ninguna figura penal para castigar la mera omisión de pago de una deuda, desviando la correcta interpretación, por ejemplo, de los tipos penales contra la propiedad, para privar de libertad por la omisión del pago de una deuda civil o mercantil². Por todo lo anteriormente expuesto, la facultad de aprender para efectuar investigaciones, en estos casos, por parte del Ministerio Público, debe interpretarse restrictivamente y aplicarse excepcionalmente.

IV. PRINCIPIOS DEL DEBIDO PROCESO APLICABLES A CUALQUIER PROCESO, PRINCIPALMENTE PENAL, Y GARANTÍAS DEL RESPETO A LA INTEGRIDAD PERSONAL

Para asegurar el debido proceso, es decir, la justicia pronta y correcta, la Constitución, en su artículo 49, consagra garantías inviolables que son derechos constitucionales durante cualquier proceso. En primer término, el derecho a una defensa plena, es decir, la debida y formal notificación de los cargos de la investigación y el derecho de acceso a todas las pruebas. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “el ejercicio de la defensa constituye un derecho y una garantía para impedir la arbitrariedad de los órganos del poder público, y comprende aspectos sustantivos y adjetivos. Contiene, a su vez, las siguientes garantías en favor del acusado: ser oído antes de la decisión, participar en forma efectiva en todo el proceso, ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas y notificaciones oportunas y conforme a la ley, acceso a la información que consta en el expediente, posibilidad de controvertir los elementos probatorios, obtener asesoría legal y tener la oportunidad de impugnar la decisión”³. Derechos estos que los jueces tienen la obligación de garantizarlos sin preferencia o desigualdades. Y el Ministerio Público, por su parte, por las garantías procesales del debido proceso, está obligado a realizar las diligencias que soliciten los imputados. En segundo término, otro derecho es el ser juzgado con las debidas garantías y dentro del plazo determinado legalmente. Ello para evitar, la desnaturalización de las normas del enjuiciamiento para convertirlas en sanciones a través de procesos interminables llamados “justicia del banquillo”. En tercer término, la prohibición de la obligación de confesarse culpable o de declarar contra sí mismo, su conyugue, concubino, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, es otra garantía del debido proceso. En cuarto término, el principio de la legalidad o de la tipicidad, en el sentido de que nadie puede ser sancionado sino por hechos previstos como delitos en la ley, es una garantía del

² Por ejemplo, el Ministerio Público señaló que en los casos investigados y que serán procesados, se establecieron contratos de compra-venta de inmuebles con diferentes familias para la adquisición de viviendas en un complejo habitacional y, sin embargo, después de 6 años para la entrega de las mismas, éstas aún no han sido cedidas (Nota de Prensa de la Fiscalía del 31-01-2011).

³ Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú (Sentencia de 31 de enero de 2001, Fondo, *Reparaciones y Costas*).

derecho a la libertad, que impide, como se dijo, por ejemplo, que los incumplimientos de contratos o la falta de pago de deudas no pueden ser juzgados penalmente. Garantía esta del debido proceso que prohíbe criminalizar la cuestión social o las carencias sociales, como la falta de alimentos. O, por ejemplo, la concentración de tierras, el desempleo o la falta de viviendas, supuestamente por el incumplimiento de la función social de la propiedad o el incumplimiento de los contratos de obra o de construcción de habitaciones o viviendas. Y, finalmente, la garantía de la presunción de inocencia, que impide, por ejemplo, la calificación anticipada de delincuente a una persona o su señalamiento como tal por las autoridades policiales o del Ministerio Público.

Las anteriores garantías procesales se complementan con las garantías del respeto a la integridad. La primera de ellas es la de garantía del juzgamiento en libertad como regla y la de la privación de la libertad como excepción, tal como se desprende del Numeral 1 del artículo 44, constitucional. La segunda de las garantías de respeto a la integridad obliga a que toda persona privada de libertad sea tratada respetuosamente, por ser inherente al ser humano, conforme el Numeral 2, del artículo 44, mencionado. La tercera garantía prohíbe que la pena trascienda de la persona enjuiciada, conforme el Numeral 3 del artículo 44, constitucional. Razón por la cual, la regla es la responsabilidad penal personal y la excepción la responsabilidad penal colectiva, por lo que, por ejemplo, la aplicación de las leyes que establecen la delincuencia organizada no puede ser la regla para determinados casos y la excepción para otros.

Por supuesto, que las anteriores garantías del debido proceso y de respeto de la integridad personal, obliga a los jueces a proceder con plena autonomía e independencia y a no incurrir en denegación de justicia, por lo que no pueden retardar indebidamente alguna decisión, o la realización de actos fundamentales del proceso, como las audiencias en los procesos penales. En este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “el debido proceso es un derecho en sí, pero también tiene carácter instrumental en tanto permite disfrutar de otros derechos, y por ello su violación es más grave, pues el proceso es una garantía para el respeto de derechos sustantivos y para el control de la arbitrariedad en el ejercicio del poder”⁴.

V. LAS ACCIONES PENALES EMPRENDIDAS POR EL MINISTERIO PÚBLICO POR LA NO CONSTRUCCIÓN DE COMPLEJOS HABITACIONALES Y LA APLICACIÓN DE LA LEY DE DELINCUENCIA ORGANIZADA

El Ministerio Público ha calificado, y así ha procedido a abrir investigaciones y enjuiciamiento, como estafas agravadas y continuadas, y de fraude, oferta engañosa, usura y asociación para delinquir, en materia de construcción de viviendas, el incumplimiento de los contratos de complejos habitacionales porque no se

⁴ Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú (Sentencia de 31 de enero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), ya citada.

construyeron las viviendas acordadas o se entregaron casas en mal estado; o el incumplimiento de entrega de viviendas dentro de los plazos contractuales. Así como los casos de desviación de recursos financieros y de los compradores; las denuncias ante el INDEPABIS de que las empresas vendedoras establecieran fechas límites para la entrega de las viviendas y que no cumplieron; denuncias de empresas constructoras que falsearon información para que los bancos les otorgaran créditos; y publicidad engañosa de preventa de los inmuebles, en la cual las empresas promotoras ofrecieron residencias con características específicas y costos que luego no corresponden con las construcciones. Por otra parte, a los fines de la investigación y posterior enjuiciamiento, el Ministerio Público considera las relaciones societarias, laborales y técnicas y entre las empresas y socios, personal y profesionales como una organización o una estructura para delinquir por el hecho de que se trata de empresas de construcción que incumplieron sus contratos.

El referido Ministerio Fiscal argumenta para justificar su accionar que se trata de protección de las víctimas para lograr el resarcimiento del daño ocasionado a personas que se sienten frustradas. Y alega que la Constitución en su artículo 82 obliga al Estado a proteger a las víctimas y procurar que el daño que se les haya causado sea resarcido, razón por la que el Ministerio Público diseñó un plan de acción para congelar bienes relacionados con las estafas inmobiliarias y, en muchos casos, para ocupar ese patrimonio. El Ministerio Público ha declarado que esos procedimientos penales son un instrumento para la ocupación de aquellos bienes que sirvan para reparar los daños que hayan sufrido las víctimas y que, si bien es probable que no se satisfaga en su totalidad el daño causado, por lo menos lo haga en parte. En concreto, el referido Ministerio Fiscal invoca como justificación de la acción penal contra los constructores de viviendas, la protección de familias venezolanas que firmaron contratos para la adquisición de una habitación y pagaron sus respectivas cuotas; pero que, sin embargo, no recibieron su casa pese a que ha pasado la fecha estimada de entrega de la construcción⁵.

Ahora bien, con la justificación anterior el Ministerio Público, abrió investigaciones e inicio procesos penales contra directivos, principales e incluso suplentes⁶; y empleados de empresas que se comprometieron construir complejos habitacionales que incumplieron con la entrega de las viviendas; ingenieros municipales, funcionarios adscritos a las alcaldías, que otorgaron permisos de habitabilidad sin que se hubiera cumplido con los parámetros legales para ello; profesionales de arquitectura y de ingeniería que proyectaron, supervisaron o que dirigieron las construcciones; comisarios y abogados que participaron en la elaboración

⁵ Nota Prensa de la Fiscalía del 9 de febrero 2011: Cerca de 200 mil familias de Venezuela han sido engañadas por la venta de inmuebles unas 70 mil familias venezolanas firmaron contratos para la adquisición de una habitación y pagaron sus respectivas cuotas; sin embargo, aún no reciben su casa pese a que ha pasado la fecha estimada de entrega de la construcción.

⁶ Nota de Prensa de la Fiscalía del 31-01-2011, “MP imputará a directivos de constructoras inmobiliarias”.

de balances, estudios financieros y documentos de opciones de compra y de compra-venta de inmuebles. E igualmente, el Ministerio Fiscal ha intentado acciones penales contra los bienes de los dueños o accionistas de las compañías involucradas.

Finalmente, una circunstancia que debe ponerse de relieve es que algunos de los procesos iniciados por el Ministerio Público tienen por objeto incumplimientos de obligaciones derivadas de contratos de obras o de construcción, que la jurisprudencia de casación lo ha considerado como casos de naturaleza mercantil, aun cuando puedan existir hechos ilícitos, por lo que su calificación como hechos delictivos no ha de ser la regla⁷.

VI. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES QUE PUEDEN VERSE AFECTADOS EN ESTOS PROCESOS

Independientemente de la procedencia de la prosecución penal de las estafas inmobiliarias, y de la calificación penal de los diferentes supuestos de estafa inmobiliaria, en concreto: doble venta de inmuebles, venta de la cosa ajena, ocultación de gravámenes, simulación de contrato o publicidad engañosa; y que se alegue que se trata de delincuencia organizada, nos interesa destacar los principios constitucionales que determinan la constitucionalidad de tales procesos:

a) **El principio de la personalidad de la responsabilidad**, que se afecta si se extrema o generaliza como único criterio de organización para delinquir la mera relación de una persona con una organización o estructura de una empresa que hubieren incumplido obligaciones contractuales⁸.

b) **El principio de la no interpretación extensiva de la ley penal**, que se afecta si se amplía este concepto de estafa inmobiliaria como delincuencia organizada a todo incumplimiento de contratos de adquisición de viviendas o a cualquier vinculación con una organización o empresa promotora o vendedora de viviendas.

Por tanto, en estos casos de estafas inmobiliarias si el responsable del engaño es una persona jurídica o una sociedad mercantil, que hubiere actuando como empresa promotora, constructora o vendedora, han de responder penalmente como autores quienes realizaren directamente la actuación delictiva; o aquellos que par-

⁷ Ver Sentencia N° 187 de la SCC/TSJ Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual (Caso: Servibien).

⁸ Aún en materia civil en los casos de ventas de inmuebles también rige el principio de la personalidad de responsabilidad en el sentido que no puede extenderse a otras personas si no han actuado directa y personalmente en la venta, por lo que, por ejemplo, no pueden extenderse los efectos económicos de la resolución del contrato directamente sobre el mandatario, sino limitarlos al propietario (Ver Sentencia N° 187 SCC/TSJ Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual (Caso: Servibien)).

ticiparon en el acto concreto, y quienes, siendo directivos de la empresa, conociendo lo que estaba ocurriendo y teniendo poderes para impedirlo, no lo hicieron, consintiendo así en una actividad delictiva realizada en el seno de la sociedad que dirigían y que, por ello, tenían la facultad y el deber de impedir. Sin que para ello sea suficiente, como se expresó, la mera relación de una persona con una organización o estructura de una empresa que hubieren incumplido obligaciones contractuales.

El respeto a las garantías señaladas, como lo asienta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “(...) es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción (...)”⁹.

VII. LOS PRINCIPIOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y LA DEBIDA APLICACIÓN Y DE LA DEBIDA INVESTIGACIÓN DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Los principios del enjuiciamiento y del debido proceso y del respeto a la libertad e integridad de las personas, al aplicarse las normas de la organización delictual, se afectan, constitucionalmente, e igualmente desde el punto de vista penal sustantivo y adjetivo, cuando en la investigación y en el proceso no se tiene en cuenta si las personas asociadas, como ha sucedido, en la práctica, por ejemplo, actuaron con la intención de cometer los delitos establecidos como delincuencia organizada para obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico o de cualquier índole para sí o para terceros. O, sin atender si hubo o no el concierto o acuerdo o intención entre las personas para cometer esos delitos. Es decir, no basta el simple hecho de la asociación sino un grupo constituido de personas durante cierto tiempo y que actúen deliberadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o con la finalidad de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. Aparte de lo anterior, por supuesto, como en todo proceso, en la investigación de delitos de estafa inmobiliaria por delincuencia organizada, la excesiva y tardanza en la culminación de las etapas preliminares del proceso, o durante el juicio propiamente dicho, por el diferimiento constante de audiencias, o la no decisión oportuna de la revisión de las medidas de privación de la libertad, afecta el valor fundamental de la libertad plena del investigado. Así, por ejemplo, se afecta el principio del juzgamiento en libertad si se mantiene la medida privativa aún en los casos en que se declare que la acusación es defectuosa y se anule el procedimiento. En efecto, la privación de la libertad en estos procesos para garantizar los supuestos daños materiales de las

⁹ Sentencia citada, del Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú (Sentencia de 31 de enero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas), citada con anterioridad.

pretendidas víctimas, como ha sucedido en ciertos casos¹⁰, es inconstitucional otorgar mayor relevancia a los daños materiales que a la garantía de la libertad, porque aparte de que los daños estarían garantizados con las medidas preventivas dictadas sobre los bienes de los imputados o procesados, en el fondo ello es privar de libertad a una persona por sus supuestas deudas. Y en todo caso, la medida cautelar, en los procesos penales, debe ser la menos gravosa, por ejemplo, la de la libertad condicional bajo la condición de presentación periódica al tribunal, en lugar de la detención; tal como lo ha señalado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su Sentencia vinculante N° 1212 del 14-06-2005.

CONCLUSIÓN

En estos casos de estafas inmobiliarias, como en todo enjuiciamiento, no solo se violan garantías constitucionales, sino que también se frustrarían las expectativas y se agravarían los daños de quienes creen que a través de esos procesos se les satisfacen sus necesidades de vivienda; si, por ejemplo,

- a) El proceso se utiliza para criminalizar los reclamos sociales y las causas de las carencias sociales y no como un verdadero instrumento de justicia.
- b) No se cumplen las garantías constitucionales del debido proceso y de protección de la libertad y de la integridad de las personas.
- c) Si el proceso por sus retardos o demoras se convierte en un castigo por la duración indefinida de las medidas de coerción.
- d) Si el proceso se utiliza para perseguir determinados sectores económicos.
- e) Si en nombre de reducción de las desigualdades sociales se prescinde de las garantías del enjuiciamiento propias del Estado democrático de Derecho.

Por eso la Comisión Interamericana de Derechos humanos ha advertido contra el abuso del poder punitivo del Estado para criminalizar los reclamos sociales y para perseguir a sectores económicos¹¹. Por la frecuencia de estas anomalías, y la duración indefinida de los procesos sin la decisión que les ponga fin, como lo dijo el Diario Do Comercio de Sao Paulo, de Brasil, de fecha 06-06-2011, “*En Venezuela, la justicia definitiva es provisional*”.

¹⁰ Por ejemplo, en el Caso de la Empresa CUMBELAND C.A., en el Estado Trujillo, se acusó a sus directivos y empleados, por denuncias de estafa y fraudes inmobiliarios ante el INDEPABIS, para que la empresa estableciera fecha límite para la entrega de los inmuebles; se les detuvo y no obstante que se declaró por el Juez que la acusación era defectuosa y se anuló el procedimiento, se les mantuvo privados de libertad en garantía de los daños materiales reclamados por las presuntas víctimas.

¹¹ Comunicado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 36/10 de 25-03-2010 e Informe sobre los derechos humanos de Venezuela de 2010).

EXTRADICIÓN Y EXTRADICIONES

Caracas, septiembre de 2021

I. EL DERECHO PENAL DE LA EXTRADICIÓN Y LA RELACIÓN CON EL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Extradición es un proceso formal con la finalidad de someter a una persona a un proceso penal o a la ejecución de una sentencia, es decir, un procedimiento jurídico que permite a los Estados asegurar, fuera de sus territorios, que los responsables de delitos graves rindan cuentas, incluso en los casos de violaciones del derecho internacional humanitario, por lo que es un mecanismo en la lucha contra la impunidad, el terrorismo y los delitos transnacionales. Es, por tanto, una institución del derecho penal y no en una forma de persecución. Por lo que, en los supuestos de extradición pasiva, es necesario armonizar el derecho penal con la protección internacional de los refugiados o los solicitantes de asilo. De modo que, cuando “la persona requerida” es un refugiado o solicitante de asilo existen garantías que protegen sus derechos. Por ello además de los tratados de extradición bilaterales o multilaterales y la legislación nacional del Estado requerido, el derecho internacional de los derechos humanos, concretamente, el derecho internacional de los refugiados influye en esta institución tradicional, por lo que es necesario su armonización con el derecho de los estados de extradición y con su obligación de entregar la persona requerida judicialmente por su responsabilidad penal. Por ejemplo, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, su Protocolo de 1967 y el Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, adoptado por la Asamblea General en su resolución 428 del 14 de diciembre de 1950, no protegen del enjuiciamiento a los refugiados ni a los solicitantes de asilo que hayan incurrido en conductas delictivas y no impiden su extradición. Sin embargo, si contemplan garantías en protección de sus derechos o motivos para denegar una solicitud de extradición. Una de esas garantías son las obligaciones de no devolución del derecho internacional de derechos humanos, que establecen prohibiciones a la extradición en determinadas circunstancias, además de las que están estipuladas en el derecho internacional de los refugiados. Garantías estas conocidas como salvaguardas del derecho de extradición que coinciden con las obligaciones de no devolución (*non-refoulement*) del Estado requerido en virtud del derecho internacional de los refugiados y de los

derechos humanos. Por esta razón, los aspectos sustantivos y procedimentales son de mucha importancia cuando se trata de solicitudes de extradición de refugiados o solicitantes de asilo, además de su relación con el principio de no devolución. Brevemente, a los efectos de esta nota de propósitos meramente de orientación, ante casos de extradición de venezolanos que son referidos con notoriedad en la opinión nacional, y hasta internacional, me referiré a esas salvaguardas, sin referencia a casos particulares. Porque mi intención es puntualizar aspectos sobre los cuales se discute sin mayor precisión en favor o en contra de las solicitudes de extradición que involucran a connacionales. Por eso, distingo entre la extradición y las extradiciones. Y, si me refiero a uno o a unos casos particulares, es a título de ejemplo, y no de opinión.

II. LAS OBLIGACIONES DE NO DEVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Un tema sobre el cual se ha hablado poco es sobre las obligaciones de no devolución del Estado requerido, conforme al derecho internacional de los refugiados y de los derechos humanos y su aplicación en el ámbito de las solicitudes de extradición de un refugiado o de un solicitante de asilo. Obligación esta conocida como “*la regla del non inquiry*”. El principio de esta no devolución prohíbe el retorno forzado de los refugiados cuando existe un riesgo de persecución. Este principio está consagrado en el artículo 33 de la Convención de 1951 y por tanto es un principio vinculante para todos los Estados. E, incluso para aquellos que no son parte de la Convención de 1951 y de su Protocolo de 1967 es plenamente aplicable en el contexto de la extradición, lo cual resulta evidente en la redacción del artículo 33 de la Convención de 1951, citada, cuando dispone que se prohíbe la expulsión o devolución que pueda poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas. Porque según el Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR es un principio universalmente reconocido¹ y cuya excepción son los casos en los que el refugiado es considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de ese país. Sin embargo, por aplicación del derecho internacional de los derechos humanos si la extradición expone a la persona requerida a un riesgo sustancial de tortura o a un daño irreparable, no procede la excepción a la prohibición de la devolución. Ello porque la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes de 1984, en el artículo 3, estipula, que “*Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en*

¹ Véase ACNUR, Comité Ejecutivo, Conclusión No. 17 (XXXI) – 1980 sobre los problemas de extradición que afectan a los refugiados, párrafos (b)-(e), disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0528.pdf>.

peligro de ser sometida a tortura”, dentro de cuyo supuesto se incluye a los refugiados y a los solicitantes de asilo. Y también por la concordancia de esta disposición con la prohibición de la privación de la vida en forma arbitraria y la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradante, a que se contraen los artículos 6 y 7 respectivamente del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Por esta razón, es vinculante para todos los Estados, requirentes o requeridos, incluidos aquellos que aún no son partes de los tratados pertinentes. También la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (art. 22) y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (art. 13), establecen la prohibición de la extradición en los casos que implican un riesgo contra la vida o la integridad física de la persona requerida. Por tanto, en los supuestos de conflictos entre el deber de extraditar por tratados bilaterales o multilaterales y la obligación de no devolución del derecho internacional de derechos humanos, prevalece este derecho por encima de cualquier otra obligación de extradición que pueda tener un Estado, por la primacía que tiene en el ordenamiento jurídico internacional, que se desprende del artículo 103 en concordancia con los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas.

III. LAS EXCEPCIONES A LA OBLIGACIÓN DE NO DEVOLVER

Dentro del contexto de la obligación de no devolución se impide al Estado requerido extraditar a la persona requerida, salvo que la persona requerida se encuentre en alguno de los casos de excepción, a los que se refiere la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o

Degradantes de 1984, en su artículo 3. Pero aun en este caso, sin embargo, el Estado requerido debería regirse por las obligaciones de no devolución que le impone el derecho internacional de los derechos humanos. Y también en el caso en que el Estado requirente haya asegurado que la persona requerida no será objeto de persecución ni de otros tipos de perjuicios una vez que sea entregado, o lo que se conoce como “garantías diplomáticas”, puesto que, según ACNUR, no son procedentes cuando se trata de una persona, que goza de protección al amparo del Artículo 33 de la Convención de 1951. Asimismo, es importante señalar que, de acuerdo con esta obligación de no devolución, el Estado requerido no puede extraditar a un solicitante de asilo a su país de origen mientras su solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado esté siendo considerada, incluso durante la etapa de apelación.

La Convención Interamericana sobre Extradición de 1981², en su artículo 1º, establece para los estados la obligación de entregar a otros Estados Partes que lo soliciten, a las personas requeridas judicialmente para procesarlas, así como a las procesadas, las declaradas culpables o las condenadas a cumplir una pena de privación de libertad. Y en su artículo 4º, establece la improcedencia de la extradición cuando se trate de delitos políticos, o de delitos conexos o de delitos comunes perseguidos con una finalidad política, o cuando de las circunstancias del caso

² <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-47.html>

pueda inferirse que media propósito persecutorio por consideraciones de raza, religión o nacionalidad, o que la situación de la persona corra el riesgo de verse agravada por alguno de tales motivos. Y, en su artículo 6º, consagra expresamente que nada de lo dispuesto en Convención podrá ser interpretado como limitación del derecho de asilo, cuando éste proceda.

IV. LAS CLÁUSULAS DE DISCRIMINACIÓN COMO MOTIVOS DE DENEGACIÓN DE LA SOLICITUD DE EXTRADICIÓN EN LOS CASOS DE SIMULACIONES DE EXTRADICIÓN. ALGUNOS CASOS PARTICULARES

Otro aspecto que no ha merecido mayor atención en la opinión pública nacional, sobre todo en los casos de persecución encubiertas bajo procedimientos de extradiciones, son las llamadas cláusulas de discriminación que establecen que el Estado requerido puede o debe denegar la extradición cuando considere que la solicitud de extradición motivada por un delito penal común se ha hecho con intenciones persecutorias o discriminatorias, que tiene relación con la obligación de no devolución a que se contrae el artículo 33 de la Convención de 1951. Extradiciones simuladas o fraudulentas que emplean los gobiernos dictatoriales contra adversarios o disidentes políticos. Según estas cláusulas el Estado requerido no debe conceder si tiene razones fundadas para creer que la solicitud de extradición, motivada por un delito de naturaleza común, se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o que la situación de dicha persona corre el riesgo de verse agravada por una u otra de tales consideraciones. El Tribunal Federal Suizo al referirse a las cláusulas de discriminación considera que son manifestación concreta del principio de no devolución del derecho de los refugiados en el contexto del derecho de la extradición³. Aún más, en razón del principio de no devolución se considera que las cláusulas discriminatorias no deberían considerarse como el único medio con que se cuenta en los procedimientos de extradición para garantizar la no devolución de los refugiados o los solicitantes de asilo. El proyecto de Tratado Modelo sobre Extradición⁴, dentro de los motivos para denegar una solicitud de extradición, además de los delitos de naturaleza política, incluye el propósito de procesar o castigar a la persona reclamada por su raza, religión, nacionalidad, etnia, origen, opiniones políticas, sexo [género] nacionalidad, ser miembro de un grupo social en particular u opinión política, o si puede ser perjudicada por cualquiera de esas razones. O, si, en la opinión de autoridad competente del país requerido la persona reclamada ha sido o sería sometida a tortura o trato o

³ Fallos del 18 de diciembre de 1990, 1. A127/1990/tg, resumen del caso N° IJRL/0152, 5:2 International Journal of Refugee Law (1993), páginas 271-273; 11 de septiembre de 1996, BGE 122 II 373, páginas 380-382; y 14 de diciembre de 2005, 1A.267/2005/gji, en 3.1

⁴ Aprobado por la Asamblea General de la ONO por resolución 45/116 del 14 de diciembre de 1990 (https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications_/2017/Model_Law_Extradition_Spanish.pdf)

castigo cruel, inhumano o degradante en el Estado. O, también, si la persona reclamada no ha recibido o no recibiría las garantías mínimas de un juicio imparcial en el proceso penal en el Estado requirente⁵.

Algunas legislaciones nacionales consagran las cláusulas de discriminación como motivos de denegación de la solicitud de extradición⁶, o prohíben a las autoridades del Estado requerido considerar una solicitud de extradición de un refugiado reconocido que haya sido presentada por el país de origen del individuo⁷; o aplican la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados⁸. O, también, se incluyen en los tratados de extradición, como, por ejemplo, los firmados ente Venezuela con España⁹ o Italia¹¹, se contemplan motivos de denegación de las solicitudes de extradición. Un caso reciente es el del exministro Rafael Ramírez, en el cual la Corte d'Appello di Roma, con relación a la solicitud de extradición solicitada por el gobierno de Nicolás Maduro, denegó la solicitud, a pesar de que el Tratado de Extradición de 1931, no contempla como motivo de denegación la discriminación política, por la aplicación de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, porque consideró que se trata de un perseguido político y que, en consecuencia, no podía ser extraditado, porque la solicitud por delitos comunes, según dicha Corte, en decisión del 20 de septiembre de 2021, constituía una persecución política. Para lo cual, los abogados de Rafael Ramírez se apoyaron entre otras razones procedimentales, en sus alegatos de la falta de garantías para ejercer su derecho a su defensa y que el Poder Judicial y el Ministerio Público son instrumentos de la persecución política en Venezuela, en los Informes de Michelle Bachelet y de la Comisión.

Internacional Independiente del Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Decisión, que, sin duda, es un precedente jurisprudencial de derecho internacional para otros casos de opositores al gobierno de Nicolás Maduro, como diputados o líderes políticos a quienes se les ha responsabilizados de delitos de conspiración o de traición a la patria.

⁵ Ver III. PARTE 2: EXTRADICIÓN DE [PAÍS QUE ADOPTA LA LEY] (EXTRADICIÓN PASIVA), Capítulo 2: Motivo para denegar una solicitud de extradición. Sección 4: Delitos de naturaleza política. Sección 5: Cláusula de discriminación. Sección 6: Tortura, o trato o castigo cruel, inhumano o degradante. Sección 7: Garantías de un juicio imparcial – Sentencia en rebeldía – Corte o tribunal especial o extraordinario.

⁶ Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva de España (arts. 4º y 5º).

⁷ Por ejemplo, la Ley de Argentina No. 24.767 de 1997. la Ley de Brasil No. 9.474 de 1997. Ley de Paraguay No. 1938 de 2002,

⁸ Adoptada en Ginebra, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950.

⁹ Microsoft Word - Tratado Extradición Venezuela España [1990].doc (oas.org) https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo37.pdf http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo38.pdf http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo38.pdf

Otro caso particular, es la de Hugo Carvajal, otro disidente del gobierno que ejerce el poder en Venezuela, quien después de admitida la solicitud de los Estados Unidos de su extradición, se encontraba bajo arresto en España, puesto que, su entrega fue suspendida por la Audiencia Nacional, de manera cautelar, el 9 de septiembre de 2021, hasta que el Ministerio del Interior, órgano encargado de tramitar solicitudes de protección internacional, decida sobre la petición de asilo presentada por el exmilitar, por cuanto La Ley de Asilo española, establece que la solicitud de asilo suspende, hasta la decisión definitiva, el fallo de cualquier proceso de extradición del interesado que se halle pendiente o, en su caso, la ejecución del mismo. En efecto, la Ley 12/2009, de 30 de octubre, modificada el 30 de marzo de 2014¹⁰, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, distingue respecto del derecho de asilo, entre quienes se le ha reconocido la condición de refugiado y a quienes sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, sin embargo, por existir motivos fundados para creer que si se les extradita, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves de la condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material; la tortura y los tratos inhumanos o degradantes en el país de origen del solicitante; las amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno. Porque quienes se les concedida protección con el derecho de asilo y la protección subsidiaria, se les garantiza con su no devolución ni su expulsión¹¹.

Los anteriores casos se refieren a disidentes del gobierno que existe en Venezuela, pero que, sin duda, resultan precedentes para los casos de solicitudes de extradición contra diputados opositores a quienes sin antejuicio alguno se les pretende enjuiciar, o contra líderes opositores a los que se les imputa delitos comunes o de conspiración. Pero otro caso diferente es el de la extradición de Alex Saab, solicitada por Estados Unidos, del quien el gobierno de Nicolás Maduro, siendo de nacionalidad colombiana, sin embargo, se ha convertido en su defensor, calificándole de embajador venezolano. En este caso, el Tribunal Constitucional de Cabo Verde, el 7 de septiembre de 2021 sentenció a favor de Estados Unidos, sobre la extradición por lavado de dinero. La defensa en este caso es la de que supuestamente Alex Saab tiene una condición diplomática, para lo cual ha alegado que la Federación Rusa, la República Popular China y la República Islámica de Irán, han indicado que es un enviado especial del gobierno de Venezuela y que, por tanto, tiene derecho a la inmunidad e inviolabilidad según el derecho internacional y la libre circulación de diplomáticos y agentes políticos. A este alegato se suma que Jorge Rodríguez, jefe plenipotenciario de la delegación del Gobierno de Nicolás Maduro, hizo pública en Mesa de Diálogo en México la carta del 17 de septiembre de este año que envió Alex Saab reafirmando lealtad y resistencia a la patria de Venezuela. En concreto, que la defensa principal ha sido que la solicitud de extradición viola el derecho a la inmunidad de arresto, detención y extradición a EE. UU, por ser diplomático. Sin profundizar en el tema, es de destacar que la

¹⁰ <https://www.boe.es/buscar/pdf/2009/BOE-A-2009-17242-consolidado.pdf>

¹¹ Artículos 2, 3, 4 y 5.

inmunidad diplomática depende de la aceptación del Estado de recepción en forma de pláacet¹², por lo que un diplomático acreditado en un determinado Estado está expuesto a persecución penal en cualquier otro Estado. Es decir, que terceros estados no están sujetos a la inmunidad diplomática. Es decir, que en el caso de Alex Saab su defensa no ha sido la de la prohibición de la devolución por tratarse de un refugiado o asilado, o la de un perseguido político, sino la de la inmunidad diplomática por tratarse de un embajador venezolano, a pesar de su nacionalidad de origen colombiano, supuestamente reconocido por Rusia, China e Irán, que son terceros estados respecto de EEUU y de Cabo Verde.

V. EL DERECHO VENEZOLANO DE EXTRADICIÓN

Según el derecho nacional los venezolanos no pueden ser objeto de extradición, si se trata de delitos que merecen penas impuesta por leyes venezolanas. Asimismo, la extradición de extranjeros no puede concederse por delitos políticos, ni por hechos que no constituyan delitos según las leyes venezolanas, o si en la legislación del Estado requirente la pena para el delito imputado es la pena de muerte o una pena perpetua¹⁵. Prohibición esta que es un desarrollo del derecho a la vida y de la libertad personal, contemplados en los artículos 43 y 44, numeral 3, de la Constitución, que se extiende a los extranjeros. Por su parte, el artículo 271, de la misma Constitución, establece que la extradición de extranjeros no puede negarse en los casos de delitos de deslegitimación de capitales, delincuencia organizada internacional, drogas, hechos contra el patrimonio público de otros estados, y contra los derechos humanos. Y el artículo 391 el Código Procesal Penal, establece que la extradición se erige por dicho Código y los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la Republica. Por tanto, en Venezuela en materia de extradición rigen la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, su Protocolo de 1967, el Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Carta de las Naciones Unidas y la Convención Interamericana sobre Extradición.

VI. PALABRAS FINALES

La intención, pues, de este escrito, es la de precisar la extradición y el asilo y la protección de refugiado, por su vinculación con los derechos humanos, porque a veces las solicitudes de extradición son utilizadas con propósitos persecutorios. Y también porque tampoco el asilo y el refugio pueden favorecer la impunidad. Por ello si bien es necesario proteger a quienes tengan derecho a la protección

¹² Artículo 4º, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas del 18 de abril de 1961. Artículo 6º, del Código Penal.

ROMÁN J. DUQUE CORREDOR

internacional, se debe evitar que esa protección sirva para evadir la responsabilidad de quienes han cometido delitos graves. Asimismo, mi propósito con estas notas es destacar que la protección en los casos de asilo, de refugio o de los motivos de denegación por razones de discriminación del derecho internacional de derechos humanos, integran preferentemente el sistema jurídico de la extradición, y no solo los tratados bilaterales o multilaterales y la legislación nacional.

Caracas, 29 de septiembre de 2021

DERECHOS HUMANOS

CRISIS HUMANITARIA Y DETERIORO DE LOS DERECHOS HUMANOS UNIVERSITARIOS¹

Dentro de la crisis de humanidad compleja que los organismos internacionales consideran sufre Venezuela y como un ejemplo de la condición de estado fallido que esos mismos organismos atribuyen al estado venezolano, la situación de la comunidad universitaria, dentro de esta crisis, es una de sus más dramáticos ejemplos. Puesto que como expresó la magnífica rectora de la Universidad Central de Venezuela, el día 14 de octubre de 2019, que, “Es obvio que nuestro país atraviesa un grave y prolongado problema sociopolítico (...) Pero resultaría inaceptable aceptar pasivamente la violación de la autonomía”. En efecto, la condición de deterioro de Venezuela como estado, y de su calificación de fallido, es patente cuando, por ejemplo, en el marco de la emergencia humanitaria compleja, como se ha declarado su crisis económica social, el déficit de las partidas universitarias se ubica entre 50% y 70%; la deserción estudiantil entre 30% y 40% en las principales universidades del país; y en 50% la fuga de talento profesoral y en 35% en el sector estudiantil. Así como la deshumanización del docente universitario a niveles de pobreza extrema, cuando según estudio desarrollado por el Observatorio de Universidades, el 77% de profesores manifiesta que no tiene capacidad económica para cubrir los gastos de mantenimiento de su vivienda; el 76% dice que tiene un año o hasta dos años sin poder comprar prendas de vestir; el 50% manifiesta que ha pensado retirarse de la universidad para buscar un mejor salario; y el 42% afirma que están recibiendo remesas de familiares del exterior. Y cuando la disminución de la base para el cálculo del escalafón profesoral universitario de 4,75 salarios mínimos, consagrados en la convención colectiva vigente, llega a 1,33 salarios mínimos. Por otra parte, la deserción estudiantil en las universidades, que se encuentra entre el 30 y 40%, en las principales universidades del país, es otro síntoma del deterioro social en Venezuela y sus *principales causas, según* la Comisión de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia, el Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad de los Andes, el Centro para la Paz y los Derechos Humanos Padre Luis María Olaso y Aula Abierta, *se relacionan con la crisis de los servicios estudiantiles de transporte y comedor y los inexistentes montos para becas*

¹ Colaboración especial para la Organización Mujer y Ciudadanía para su Proyecto Red Universitaria por los Derechos Humanos (RedUni), Caracas, 10 de diciembre de 2019.

estudiantiles. Así como que las partidas presupuestarias presentan un déficit que va entre 50% y 70% en relación con los requerimientos reales de las universidades, a lo cual se une la reiterada violación de los derechos laborales de los profesores, empleados y obreros de las casas de educación superior, las deplorables condiciones de los servicios de transporte estudiantil, el comedor y la entrega de becas a los universitarios. Lo que ciertamente refleja que la universidad se encuentra inmersa en el espiral de la emergencia humanitaria compleja que afecta a Venezuela². Por ello, la Asamblea Nacional, en Acuerdo de fecha 18 de septiembre de 2019, declaró por unanimidad la Emergencia Humanitaria Compleja en la Educación, incluida la educación universitaria; y en Plenaria del 10 de septiembre de este año, la calificó de peor condición, cuando se conoció el balance presentado por la Federación de Asociaciones de Profesores Universitarios de Venezuela (FAPUV), que dejó en evidencia la disminución de la matrícula estudiantil, el éxodo de numerosos profesores investigadores, el colapso de los servicios estudiantiles de comedor y transporte; la pulverización de los salarios y las becas; el deterioro de la infraestructura con la consiguiente disminución del uso de la capacidad instalada; el aumento de la inseguridad en el campus y la toma de espacios universitarios por activistas del oficialismo, y el secuestro definitivo del presupuesto universitario asignado, que además de ser deficitario, solo fue entregado parcialmente, en un bajo porcentaje y a destiempo, entre otros importantes aspectos.

A lo anterior situación de deterioro de la comunidad universitaria, como parte del ataque sistemático contra las universidades, se agrega ahora el cerco judicial al cual se les quiere someter, como lo es la sentencia N° 324, de la Sala Constitucional, del 27 de agosto de 2019, que me atrevo calificar de “crimen judicial de lesa cultura patria”, que nos retrotrae a épocas de la universidad en tiempos de dictadura, que habían sido superadas en Venezuela, a partir de 1959; en las que las universidades eran su principal enemigo. Sentencia esta que es parte del accionar de las dictaduras en la cultura y en la educación, de considerar las universidades como un campo de guerra en donde hay que combatir las ideas, imponer la uniformidad, la persecución la normalización y sacar las ideas que pudieran ser consideradas contrarias al régimen, bajo la ideología del vaciamiento y el disciplinamiento en las instituciones educativas para organizar la sociedad de arriba hacia abajo. Así como convertir a las universidades en oficinas o dependencias del Estado; para controlar la educación para hacer de los ciudadanos, en palabras de Federico García Lorca, “hombres esclavos de la muerte sin haber vislumbrado siquiera las luces y la hermosura a que llega el espíritu humano”.

Todo ello, sucede contrariamente a lo que se dice en el Preámbulo de la vigente Constitución, que su promulgación tuvo, entre sus fines supremos, asegurar el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna. Y en contra del pluralismo que es uno de los fines superiores del Estado democrático y social de Derecho, según su artículo 2°; y a lo señalado en el artículo 3°, que la educación y el trabajo

² <https://www.notilogia.com/2019/01/>

son los procesos fundamentales del estado para alcanzar sus fines superiores. Es, pues sin duda, la política universitaria del presente régimen un crimen de lesa alma mater; porque con la violación de la autonomía de las universidades se atenta contra una de las mejores instituciones y expresiones del pluralismo, de la libertad de pensamiento y la libre creación cultural. En efecto, con la autonomía universitaria que se consagra en el artículo 109, constitucional, fundamentalmente, lo que se quiere proteger es que las universidades puedan libremente planificar, organizar, elaborar y actualizar los programas de investigación, docencia y extensión. De lo cual depende que la enseñanza universitaria se inspire en un definido espíritu de democracia, de justicia social y de solidaridad humana, y que esté abierta a todas las corrientes del pensamiento universal, de manera rigurosamente científica; como lo proclama el artículo 4º, de la Ley de Universidades.

La realidad descrita anteriormente es fruto de la profunda exclusión social a la luz de la tríada derechos humanos, democracia y Estado de derecho, por lo que Venezuela es actualmente una de esas realidades a superar bajo el nuevo enfoque de crear las condiciones sociales y políticas necesarias para hacer efectiva la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos. Por lo que ahora, el caso de Venezuela es objeto de estudio de instancias internacionales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU, del Relator de la ONU sobre la Independencia Judicial y de investigación por parte de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional. Bajo estas premisas, la comunidad universitaria ha venido recalcando la reinstitucionalización de la democracia, para superar la falta absoluta de institucionalidad del Estado de derecho democrático; lo cual tiene sustento dentro de las formas de protección de la Constitución y de las garantías de su vigencia, como lo son los artículos 233, 333 y 350, constitucionales; y soporte también en los principios del derecho regional y universal y del dialogo jurisprudencial, respecto de la tríada derechos humanos, democracia y Estado de derecho, del orden internacional de las Naciones libres, conforme la Carta de la OEA, la Carta Democrática Interamericana, la Carta de la ONU y en el sistema interamericano y el sistema universal. Principios estos que han de dar contenido al modelo socioeconómico de la justicia social, la eficiencia, la democracia, la libre competencia e iniciativa, la defensa del ambiente, la productividad y solidaridad; que la Constitución consagra frente al modelo estatista totalitario, una de cuyas vanguardias fundamentales es la autonomía universitaria y la protección de los derechos humanos de su comunidad de profesores y estudiantes.

UN OMBUDSMAN DEFENSOR DEL PUEBLO PARA VENEZUELA¹

Introducción al estudio del entorno que ha de enfrentar un Ombudsman Venezolano

I. EL PROCESO DE DEMOCRATIZACIÓN DEL ESTADO Y LA INTERNALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO AMBIENTE NATURAL DEL OMBUDSMAN O DEFENSOR DEL PUEBLO

El fortalecimiento de las instituciones democráticas, así como la promoción de la cultura de la vigencia de los derechos humanos, en otras palabras, el proceso de democratización política y la afirmación y defensa de estos derechos, son el presupuesto de la creación y del funcionamiento de la figura del Ombudsman o Defensor del Pueblo. Por tanto, es fundamental que el contexto en el cual esta institución se desenvuelva debe ser un régimen democrático, de justicia y de Derecho, porque de lo contrario se corre el riesgo de convertirlo en una figura que sirva más bien para legitimar la arbitrariedad y el abuso y que sea utilizada simplemente para demostrar formalmente que en un determinado país se respetan los derechos humanos². En efecto, la democracia es el marco natural del ejercicio de los derechos ciudadanos y la condición indispensable para la instauración de una paz duradera, acompañada de un desarrollo económico y social equitativos. Por tanto, en el ámbito internacional se ha proclamado que la consolidación de los procesos democráticos es uno de los objetivos de la comunidad mundial, pero en el entendido que incumbe a cada sociedad según su contexto cultural e histórico, encontrar su camino hacia la democracia. Así, por ejemplo, la UNESCO, en la Estrategia a Mediano Plazo para el período 1990-2001, aprobada por la Conferencia General, en octubre de 1995, definió como uno de los propósitos para el esta-

¹ V COLOQUIO DEL INSTITUTO LATINOAMERICANO DEL OMBUDSMAN. CAPITULO VENEZOLANO. Caracas, 14 a 16 de septiembre de 1999.

² Vid. Gil-Robles y Gil Delgado, Álvaro, "El Defensor del Pueblo y su impacto en España y América Latina", *Revista de la Asociación Iberoamericana del Ombudsman*, N° 3, 1994, p. 81.

blecimiento de una cultura de paz, el fortalecimiento y profundización de la democracia, y de sus principios, fundamentalmente de justicia, de igualdad y de solidaridad. Así, históricamente, el Ombudsman, es el resultado de una vida democrática sostenida, como ha sucedido en Suecia y en otros países escandinavos, mientras que en América Latina esta institución constituye un elemento indispensable para forjar y fortalecer las instituciones democráticas³.

Igualmente, la necesidad de ofrecer mayores garantías para los derechos humanos en los sistemas democráticos, mediante la ampliación de sus instrumentos de protección y de defensa, ha hecho ver la conveniencia de la creación de instituciones no jurisdiccionales de control y distintas a los controles administrativos y parlamentarios, para frenar los abusos de las autoridades estatales y para promover el respeto de estos derechos y para crear en la sociedad una cultura que interiorice su vigencia. Esta visión de un control distinto de la actuación pública ha llevado a incorporar a los procesos de reforma del Estado de instituciones nuevas como la Defensoría del Pueblo. En efecto, ya no se trata de la simple supervisión fiscal de la Administración, sino de un control positivo para impedir y eliminar lesiones a los derechos ciudadanos y para encausar la crítica del Estado y sus organismos y encontrar respuestas y soluciones a sus problemas. De allí que, en los proyectos de la nueva ingeniería constitucional de la última década, esta institución figura como un órgano de control de la Administración en el complejo proceso de democratización, reforma y modernización del Estado. En efecto, en lo que se ha dado en llamar en los tiempos presentes la “*democracia constitucional*”, como la agenda democrática para la acción en el Siglo XXI, que, significa, entre otras cosas, el control del poder; al lado del control parlamentario, del control constitucional concentrado y difuso, del control por cada ciudadano del respeto de sus derechos, a través de acciones de amparo o garantía, y de los controles judiciales eficientes e independientes; dentro de esa perspectiva, se considera también necesario para Venezuela la creación de una Defensoría del Pueblo, que, al igual que las existentes en otros países, se convierta en pieza importante “(…) para que los abusos de la Administración o las deficiencias de los servicios públicos puedan ser combatidos con mecanismos eficaces de participación”⁴.

II. LA PROTECCIÓN CIUDADANA COMO OBJETO DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO EN LAS FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

La pluralidad y complejidad de los servicios que la Administración debe facilitar obliga a la búsqueda de nuevos modelos de organización de la rama administrativa del Estado. Este es uno de los retos y desafíos del Siglo XXI, entre otros factores, por los recursos escasos y el aumento de las necesidades de la sociedad.

³ Vid. Velázquez de Avilés, Victoria Marina, “La institución del Ombudsman en Centroamérica”, *Revista Derechos Humanos, Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos*, N° 2, 1995

⁴ Vid. García-Sayan, Diego, “*Vidas Paralelas. Región Andina: desafíos y respuestas*”; Comisión Andina de Juristas, Lima, Perú, 1998, p. 253.

Además, el mayor requerimiento de eficiencia de tales servicios y de su repartición equitativa, exige que la Administración encuentre un equilibrio entre esos recursos y esas necesidades, lo que impulsa al Estado, visto el incremento de esas necesidades, hacia una tendencia de mayor intervención directa en las actividades de prestación de los servicios públicos, originándose así, entonces, una expansión y crecimiento de su organización y de sus gastos. Pero, la sobrecarga de estas actividades ejecutadas directamente por los organismos gubernamentales, por lo que ello implica financieramente y en el aumento de la carga burocrática, así como por la complicación de sus procedimientos, lleva a la Administración a la búsqueda de nuevos modelos de organización y de gestión de los servicios públicos. Es así, entonces, como la limitación de sus recursos y la prestación equitativa y eficiente de los servicios públicos, cada vez en aumento, y la carga de la burocracia, ha determinado la tendencia de la Administración de su apertura hacia el mercado, a la privatización y a la competencia con los particulares, e igualmente, a la transferencia de su gerencia a las empresas privadas. Como consecuencia, la participación de los organismos gubernamentales deja de tener una preeminencia respecto de la gestión de los servicios públicos, e igualmente para garantizar la eficiencia, la Administración también se atiene a las reglas del mercado, compitiendo con los sectores privados, manteniendo sólo el control y la supervisión de las actividades de gestión de estos servicios. Esta inevitable tendencia, de organizar las estructuras estatales hacia el mercado y la competitividad, que ciertamente por la multiplicidad de opciones que se ofrecen al ciudadano, puede mejorar el desempeño de la Administración y economizar sus costos, presenta el riesgo de que el ciudadano se convierta respecto de la Administración simplemente en un cliente y deje de ser un ciudadano. Es necesario, pues, que la Administración no se quede únicamente en una condición de proveedor o regulador de los servicios públicos, o de simple competidor, preocupado por los estándares o parámetros cualitativos del desempeño de los servicios públicos, sino fundamentalmente en garantizar que no descuide su condición de instrumento de satisfacción de los derechos y necesidades del ciudadano. En otras palabras, que los organismos de la Administración deben estar orientados hacia el ciudadano, de forma tal que consideren al usuario de dichos servicios como persona, más que como un cliente, para promover su desarrollo como ser humano.

Es necesario, pues, que en el proceso de profundización y de modernización de la democracia, fundado en el fortalecimiento de sus instituciones y en la promoción y protección de los derechos humanos, y que en la reforma del Estado, para adaptar sus estructuras a ese proceso, se contemple una concepción mucho más funcional de la Administración respecto de la actividad de los servicios públicos, en el sentido de señalar que su objetivo primario, no es sólo la realización misma de esas actividades sino fundamentalmente la satisfacción de las necesidades y derechos de los usuarios y consumidores, para lo cual se requiere un control sobre las interrelaciones entre los ciudadanos, la Administración y el aparato burocrático prestador de tales servicios. Hoy día puede hablarse, en consecuencia, del derecho ciudadano de contar con una Administración eficiente, en el sentido de mantener estructuras administrativas orientadas no sólo a respetar los ciudada-

nos, sino fundamentalmente para asegurar una buena relación entre la Administración y los ciudadanos y que esa relación se guíe por los principios de imparcialidad, eficiencia y oportunidad. Este derecho a una Administración eficiente obliga a ésta a buscar modelos organizativos más eficientes, más económicos y más gerenciales, así como que las actividades de los servicios públicos sean completas, adecuadas y que efectivamente posibiliten la satisfacción de los derechos económicos y sociales⁵. Este derecho, a su vez, determina que la Administración esté en capacidad de garantizar los siguientes derechos: El derecho a la información, el derecho a la comprensión, el derecho a ser entendido, el derecho a una actuación correcta y profesional, y el derecho a controles y evaluaciones⁶. Este conjunto de derechos tiene por objeto garantizar en materia de servicios públicos los principios de igualdad, imparcialidad, continuidad, de libertad de escogencia y de eficiencia respecto de los estándares o parámetros cualitativos y cuantitativos previamente establecidos, tanto por los agentes públicos como privados que presten los servicios públicos.

Pues, bien, el Ombudsman es un instrumento para hacer efectivos estos derechos y para proteger a los ciudadanos en contra de la ineficacia administrativa o de la actuación incorrecta de la Administración, o de sus agentes. En efecto, esta figura, en materia de servicios públicos, por su finalidad de institución de protección de los derechos de los ciudadanos, es un instrumento de defensa de los usuarios, de control de la supervisión de los servicios públicos y un vehículo de participación ciudadana en los asuntos públicos⁷. La justificación de la asignación a la Defensoría del Pueblo de la defensa de los usuarios y del control de la actividad administrativa en materia de servicios públicos, es que el ciudadano en una democracia de justicia y de Derecho, no se conforma con la legitimidad democrática, sino que exige mayor participación, más eficacia y más transparencia en el actuar administrativo⁸. Es decir, lo que se denomina la “*cultura de la reclamación*”. A nuestro juicio, el fundamento de la intervención del Defensor del Pueblo en la defensa de los usuarios y en el control de la gestión de los servicios públicos, es la concepción del Estado democrático, social y de Derecho, que se consagra en la Constitución actual, de 1961, en su Preámbulo y en sus artículos 40, 117, 118 y

⁵ Vid. Rolla, Giancarlo y Ceccherini, Eleonora, “*La Reforma del Estado desde la Perspectiva de la Globalización y de los Derechos Humanos*”, *Revista del CLAD*, “Reforma y Democracia”, N°12, octubre, 1998, Caracas, Venezuela, p. 157.

⁶ Rolla, Giancarlo y Ceccherini, Eleonora, Loc., cit., p. 157 a 159.

⁷ Retuerto Buades, Margarita, “*Supervisión de los Servicios Públicos*”, en “Foro Internacional-Defensoría del Pueblo”, Lima, 1 y 2 de julio de 1996, Comisión Andina de Juristas, p. 115.

⁸ Retuerto Buades, Margarita, Trabajo citado, *ibidem*.

95, respectivamente. Esta concepción compromete a los poderes públicos a alcanzar un orden justo⁹, basado en la igualdad de derechos y de oportunidades, de modo que han de llevar a cabo acciones positivas dirigidas a garantizar condiciones materiales que aseguren una digna calidad de vida.

En efecto, si desde el punto de vista de los derechos civiles y económicos, el ciudadano necesita ser garantizado en su libertad y propiedad, por ejemplo, el ciudadano como usuario de servicios públicos reclama la actividad eficiente y adecuada de la Administración, pues de ella depende que sus necesidades sean satisfechas¹⁰.

Dado, pues, la modificación del régimen del servicio público, en el sentido que hoy día predominan las formas privadas para su gestión, en razón de la apertura al mercado del Estado, de la privatización y de la competitividad entre agentes públicos y privados, es necesario reforzar la situación jurídica de los ciudadanos respecto de estos servicios, puesto que *“el fenómeno de la constante huida del derecho público a formas privadas de personificación para la personificación para la prestación de los servicios públicos, (...) sin duda dificulta la defensa de los derechos de los usuarios en un medio en el que cuentan con menores garantías”*¹¹. En este orden de ideas, en la misión de la Defensoría del Pueblo del control no jurisdiccional de las actuaciones de las diversas administraciones públicas en relación con los ciudadanos, cabe su intervención no sólo por ante las autoridades político administrativa, sino incluso ante cualquier persona que actúe al servicio de las administraciones públicas, como se señala expresamente en el artículo 9.2., de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo de España, del 6 de abril de 1981. En este orden de ideas, la Federación Iberoamericana de Ombudsman, en su Declaración de Lima, de fecha 8 de septiembre de 1998, expresó, que *“(...) aún en el contexto del proceso de privatizaciones, se impone la necesidad de que los servicios públicos básicos sean accesibles a la población en general, especialmente a la de menores recursos, a fin de mejorar su calidad de vida. Sin desmedro de los organismos supervisores pertinentes corresponde a los Ombudsman colaborar para que el acceso a dichos servicios sea oportuno y eficiente, y que los mecanismos de regulación sean participativos y democráticos, protegiendo los derechos fundamentales del ciudadano-usuario ante la relación asimétrica con las empresas prestadoras de los servicios públicos, muchas veces de carácter monopólico”*.¹²

⁹ En mi trabajo denominado *“Una Justicia Confiable para el Pueblo”*, publicado en la Obra *Encuentros y Alternativas*, Venezuela, 1994, Conferencia Episcopal Venezolana y Universidad Católica Andrés Bello, Tomo 2, p. 833 y 834, me refiero a la noción de orden justo como a concreción en cada caso de los derechos fundamentales del individuo en una realidad determinada.

¹⁰ Retuerto Buades, Margarita, Obra citada, p. 118 y 120.

¹¹ *Ibídem*, p. 123.

¹² Vid. Memoria III Congreso Anual de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, Lima, Perú, primera edición, marzo, 1998, p. 216 y 217.

III. LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO Y LA CRISIS DE LA JUSTICIA

La desaprobación y desconfianza de la población hacia el sistema de justicia, así como la congestión, la morosidad, la corrupción judicial y la injerencia y manejo partidista de la justicia, determinan la crisis judicial. Esta crisis, por otra parte, impide al Poder Judicial ejercer cabalmente su función contralora del poder público y de la legalidad y constitucionalidad, además que dicho control sólo opera en casos concretos y en función de solicitudes particulares. Igualmente, su atraso tecnológico impide la fiscalización adecuada de los poderes públicos y la protección eficiente de los derechos de la población. En concreto, que la crisis de la justicia es uno de los pecados capitales del Estado de Derecho, porque impide su consolidación plena. Ahora bien, si la función primordial del Ombudsman es la de que en el Estado democrático de Derecho el ordenamiento jurídico asegure el respeto a la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales, el Defensor del Pueblo es el mejor colaborador del sistema de administración de justicia, al prever que la función judicial se realice a través de un debido proceso para resolver los conflictos, sin que se lesionen los derechos fundamentales de los justiciables¹³. Y si tenemos presente, además, que la administración de justicia es también un servicio público, su adecuado funcionamiento interesa a la población y por ello, en el Estado democrático de Derecho el Poder Judicial no puede estar inmune de los controles públicos propios de este régimen. Está claro, por lo demás, que, si bien el Defensor del Pueblo no puede intervenir en el ejercicio de la función jurisdiccional, en razón de la garantía de la autonomía e independencia del Poder Judicial, su funcionamiento y organización, así como la protección de los derechos humanos por la acción u omisión del sistema de justicia, si pueden ser objeto de la supervisión de dicho Defensor. Basta señalar, por ejemplo, como se ha advertido, al tener presente la realidad de los países andinos, que “*La crisis de la justicia y, como consecuencia de ello, la de credibilidad del sistema se refleja en el alto número de quejas presentadas por los particulares respecto a la violación de sus derechos humanos en materia de administración de justicia (...)*”¹⁴.

También el Ombudsman puede contribuir con la defensa del Poder Judicial cuando denuncia actos de los otros poderes públicos que violan la autonomía e independencia judiciales, o cuando ejerce acciones de inconstitucionalidad o de ilegalidad en contra de dichos actos. Asimismo, por su poder de persuasión el Defensor del Pueblo puede recomendar a los poderes públicos medidas legislativas, organizativas o presupuestarias para lograr la celeridad procesal si las normas procesales o la organización de los tribunales son causas de la lentitud judicial.

¹³ Vid. García-Sayan, Diego, “*El Ombudsman y la Justicia*”, en Memoria del III Congreso de la Federación Iberoamericana de Ombudsman, ya citada, p. 78.

¹⁴ García-Sayan, Diego, trabajo citado, página 67. En Venezuela, por ejemplo, una encuesta realizada en 1996 reveló que el 87% de los venezolanos considera que los tribunales no los protegen frente a las violaciones de sus derechos y sólo el 1% consideró que existen jueces honrados, y, asimismo, que el grado de confianza en el Poder Judicial es de 22% (Vid. Carrillo Fernando, Edmundo, “*La Economía política de la reforma judicial*”, New York, BID, 1998, p. 21)

En este sentido, colabora con el mejoramiento y modernización del sistema de justicia.

En Venezuela, por ejemplo, el Dr. Gustavo Briceño Vivas ha señalado que la reforma del sistema de justicia en materia penal, en materia penitenciaria y en materia policial, con la aprobación de instrumentos jurídicos que garanticen los derechos fundamentales de la persona humana, en los procesos y en las cárceles, que resuelvan el retardo y la dilación procesales, y que promuevan la prevención de la criminalidad, se fortalecería con la función de vigilancia y de protección del Defensor del Pueblo¹⁵.

En el Proyecto de Reforma del Título VII de la Constitución, preparado por el Comité Constitucional de la Alianza Social por la Justicia, en razón del nuevo papel asumido por la Fiscalía General de la República como consecuencia de la vigencia del sistema penal acusatorio, se propone transferir al Defensor del Pueblo, cuya creación se formula dentro de la reforma judicial, las funciones de velar por el respeto de los derechos y garantías de la persona humana dentro y fuera de los establecimientos de reclusión; de velar por la celeridad y buena marcha de la administración de justicia; y de velar por la recta aplicación de las leyes en los procesos penales, así como la organización y dirección de la Defensoría Pública de presos, que hasta el presente corresponde al Consejo de la Judicatura. En el orden de ideas expuesto, de la colaboración del Defensor del Pueblo en la reforma judicial, en el Proyecto mencionado se asignan a esta institución los instrumentos jurídicos necesarios para su efectivo ejercicio, la más amplia legitimación procesal y administrativa para interponer la acción de amparo constitucional en defensa de la libertad y seguridad personales, y la acción de inconstitucionalidad contra las leyes y demás actos generales del Poder Público, a fin de que este defensor no se convierta en un mero denunciante frente a los abusos de autoridad¹⁶.

IV. LOS RETOS Y DESAFÍOS DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

Las instituciones han de responder a las circunstancias que determinan su creación, y además su vigencia depende de cómo enfrentan la realidad en que se desenvuelven. De modo, que si el Defensor del Pueblo es una respuesta al proceso de profundización de la democracia en el Estado de Derecho y a la crisis de la justicia, y una consecuencia de la interiorización del sistema universal de protección de los derechos humanos, como control social de los poderes públicos, para que estos respondan a su cometido de satisfacer las necesidades de la sociedad y de respetar los derechos de sus ciudadanos, ha de tener presente los problemas fundamentales del país, en el inicio del Siglo XXI.

¹⁵ Vid. Briceño Vivas, Gustavo, “*Un Ombudsman para la Democracia*”, CIEDULA, COPRE y Konrad Adenauer Stiftung, 1ª edición, Caracas, 1995, p. 203 a 205.

¹⁶ Vid. “*Justicia y Gobernabilidad. Venezuela: una reforma judicial en marcha*”, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Editorial Nueva Sociedad, Caracas, 1ª edición, 1998, p. 193.

Venezuela, no es una excepción respecto del resto de los países latinoamericanos, puesto que la pobreza, al igual que en otros países del área, es el factor determinante de la inestabilidad del sistema democrático y de la no-vigencia efectiva de los derechos humanos. En efecto, los agudos niveles de pobreza, la desigual distribución del ingreso, que genera tensiones sociales, y los límites de la provisión y del acceso a los servicios básicos, que impide una mejor calidad de vida, son todos aspectos de la marginalidad que impiden la promoción y el desarrollo de nuestra población. A esto se agrega la explosión demográfica, cuya tendencia, en los países más pobres y con menores recursos, es del doble de la población actual, con lo que ello significa de agravamiento de los problemas ambientales, alimenticios y de servicios y de masivas migraciones del campo a la ciudad. Para enfrentar estos problemas el actual sistema político democrático luce débil e ineficiente, sin mecanismos de control social de la actuación pública y de participación ciudadana en las soluciones de sus principales problemas. De allí la importancia de instituciones, dentro del Estado, como el Defensor del Pueblo, que puedan promover y estimular a los otros sectores públicos para acometer acciones para erradicar la marginalidad y la pobreza, y que puedan denunciar sus omisiones, al igual que sugerir soluciones para ello, así como participar en la defensa de los derechos ciudadanos y de la población en las instancias de discusión y de decisión de tales soluciones, y ejercer la denuncia y el reclamo para que se corrijan los defectos y errores en su ejecución. El Defensor del Pueblo será, en consecuencia, un órgano para la promoción del desarrollo de la sociedad y controlador de la actividad económica y social de las instituciones estatales para erradicar la pobreza y de provisión de los servicios básicos para mejorar la calidad de vida de la población.

En esa amplia agenda para la acción del Defensor del Pueblo, en su función de promotor del desarrollo social, existen áreas que merecen especial atención, en materia de protección de derechos humanos y de control social. Por ejemplo, la instrumentación de las medidas que Venezuela se comprometió a adoptar para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que fue ratificada en noviembre de 1989. Al igual que la adopción de medidas urgentes para resolver la crítica y explosiva situación carcelaria, que mientras no se aminore o resuelva, pone en tela de juicio el respeto y la protección de los derechos humanos en Venezuela. En este orden de ideas, la igualdad del género, la protección de la mujer contra la violencia doméstica y sexual y la aplicación de las medidas a que se ha comprometido Venezuela conforme a la Convención contra todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, para evitar acciones, leyes y políticas que permitan tratos desiguales de las mujeres, es también un ámbito para la actuación tutelar y de vigilancia del Defensor del Pueblo. Asimismo, el Defensor del Pueblo ha de promover las medidas legislativas y políticas que den efectividad a los derechos de los pueblos indígenas, atendiendo a la pluralidad étnica y cultural de nuestra sociedad, así como a la protección de los derechos de dichos pueblos.

El tema de la reforma de la justicia penal militar para que resulte verdaderamente autónoma e independiente del Poder Ejecutivo y para restringir su aplicación al ámbito estrictamente castrense, es otra asignatura pendiente de la reforma judicial penal en Venezuela, respecto de la garantía del derecho de defensa y del juzgamiento por el juez natural en los tribunales militares, cuya protección y vigilancia han de corresponder también al Defensor del Pueblo. Asimismo, la promoción de la justicia por consenso, a través de la mediación, la conciliación, el arbitraje y la justicia de equidad, como fórmulas alternativas de solución de conflictos, para así descongestionar los tribunales y obtener una justicia que promueva la convivencia, en lugar de la justicia por disenso, es otra tarea propia del Defensor del Pueblo, como instrumento de promoción de la paz social. En general, respecto de la reforma judicial, el Defensor del Pueblo ha de intervenir para facilitar el acceso a la justicia de la población y para supervisar la prestación del servicio de justicia para evitar su denegación, la dilación procesal y las violaciones del debido proceso, así como para defender el Poder Judicial en contra de las violaciones y amenazas a su autonomía e independencia y para promover las medidas de su modernización para garantizar su eficacia.

La consideración de la calidad de vida como bien o valor protegido, así como su reconocimiento y garantía, para poder ser invocada su protección ante los Tribunales, y la posibilidad de impugnar las conductas contrarias a este valor, cuando afecten intereses legítimos difusos o colectivos, es otro tema para la acción del Defensor del Pueblo, en su función de representante de la colectividad.

Desde otro orden de ideas, la corrupción influye negativamente en el desempeño eficiente de la Administración, y es contraria a la noción de un buen gobierno. En efecto, las conductas de los funcionarios que favorecen o privilegian, mediante la aceptación de dinero, la violación de los controles y procedimientos y la distracción de los fondos públicos, para el beneficio particular, dañan los servicios públicos con perjuicio para la colectividad cuando ésta debería estar protegida por un buen gobierno¹⁷. Por tanto, por la influencia negativa que la corrupción tiene respecto de la satisfacción de las necesidades colectivas, el Defensor del Pueblo debe promover y recomendar medidas anticorrupción, así como ser un factor determinante de los procesos de investigación y de recuperación de los fondos públicos dilapidados en perjuicio de las necesidades esenciales de la población.

Por último, participo de la tendencia de la elección del Ombudsm por un tribunal especial no político, sino integrado por organizaciones no gubernamentales defensoras de derechos humanos.

¹⁷ Rolla, Giancarlo y Ceccherini, Eleonora, trabajo citado, p. 163 y 164.

EL DERECHO AL DESARROLLO HUMANO¹

I. CONCEPTO, FUENTES, NATURALEZA Y ASPECTOS

El desarrollo humano es el derecho a vivir en un medio personal, familiar y social libre, de mejoramiento y de bienestar. Es decir, toda persona debe estar en condiciones de poder desarrollar al máximo sus capacidades y sentirse libre y digno de sí mismo y lograr el máximo bienestar, atendiendo especialmente a las necesidades de los individuos y grupos más vulnerables y respetando la diversidad cultural. También puede considerarse como objetivo del desarrollo humano el logro de una paz justa en la que se respeten y protejan todos los derechos humanos para todos. Por cuanto ha de ser perdurable se le llama desarrollo humano sostenible. Su esencia es el derecho de cada uno al libre desenvolvimiento de la personalidad y del derecho a decidir el propio progreso personal y de cómo satisfacer necesidades personales, familiares y comunitarias.

Su sujeto es la persona humana y su justificación es la protección de la dignidad de la persona humana. Es un derecho subjetivo que posibilita el desenvolvimiento pleno de las capacidades de la persona para lograr una existencia acorde con su dignidad humana, que le permita acceder al goce de la totalidad de los derechos existentes y a las opciones de su mejoramiento. Este derecho tiene como finalidad lograr el desenvolvimiento pleno de las capacidades de la persona para lograr una existencia acorde con su dignidad humana y su participación activa, libre y significativa en el proceso de su desarrollo en el marco individual, familiar, social y ambiental.

Tiene su fuente en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de la Asamblea General de las Naciones Unidas de fecha 4 de diciembre de 1986 (Resolución 41/128). Y en el artículo 20 de la Constitución de Venezuela, que lo reconoce como el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad que lo incorpora al elenco de los derechos humanos y garantías constitucionales, como derecho inherente a la dignidad de la persona y del derecho de igualdad, que se consagran en sus artículos 21 y 22. El derecho al desarrollo humano implica para el Estado el deber de contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada

¹ Bloque Constitucional de Venezuela, Fundación Alberto Adriani, Cursillo de formación de liderazgo comunitario juvenil, Mérida/Tovar/Zea/El Vigía, octubre-diciembre 2010.

uno de los integrantes de la sociedad su mayor realización espiritual y material posible, de dar protección a la población y de promover la integración armónica de todos los sectores sociales.

El derecho al desarrollo humano tiene como su fundamento la solidaridad y su dimensión tanto individual, familiar y colectiva. La solidaridad significa que para ponerse en práctica es necesario el esfuerzo conjunto de todos. El derecho al desarrollo existe en cuatro niveles: el individual, el familiar, el social y el ambiental. Se trata por tanto de un desarrollo integral sostenible de naturaleza individual y colectiva caracterizado porque su ejercicio se realiza por medio de la integración familiar, social y ciudadanas. en un ambientes sanos, adecuados y equilibrados, aptos para el desarrollo y bienestar de las personas, de la familia y de la comunidad; por eso su doble dimensión, tanto individual como colectiva.

El desarrollo humano sostenible, reconocido internacionalmente y constitucionalmente, tiene su fundamento en el reconocimiento en el desarrollo debe estar centrado en el ser humano, individual y colectivamente considerado. Además, implica un justo equilibrio entre el entorno familiar, el entorno y el medio ambiente. Y sus objetivos son conservar esos ambientes para asegurar la continuación de la vida humana presente y futura, en iguales condiciones de calidad y dignidad. Por todo ello el desarrollo es un derecho humano.

II. DESARROLLO HUMANO Y DERECHOS HUMANOS VÍNCULOS, PRINCIPIOS Y ESTRATEGIAS

Desarrollo humano y derechos humanos son una alianza estratégica, porque comparten una misma visión y un mismo objetivo: garantizar para todo ser humano un entorno de libertad, bienestar y dignidad en las diferentes etapas y en los diversos ambientes de la vida. Por eso los derechos humanos son parte intrínseca del desarrollo humano, del mismo modo que el desarrollo humano es un medio para realizar los derechos humanos. El desarrollo humano, a su vez, es un proceso de realce de la capacidad humana para ampliar las opciones y oportunidades, de manera que cada persona pueda vivir una vida de respeto y de valor.

Los derechos humanos aportan los principios: de responsabilidad y justicia social al proceso de desarrollo humano. Y expresan la idea que todos están facultados para reclamar e involucrarse para vivir una vida digna. Cuando el desarrollo humano y los derechos humanos avanzan juntos se refuerzan recíprocamente, aumentando la capacidad de cada persona. Y protegiendo sus derechos y libertades fundamentales. Los derechos humanos agregan valor a las prioridades del desarrollo personal porque centran la atención sobre la responsabilidad y el respeto, la protección y el cumplimiento de los derechos universales. Además, el sistema de los derechos humanos contiene instrumentos e instituciones jurídicas de gran utilidad para garantizar las libertades y el desarrollo humano, dando legitimidad moral y el principio de justicia social como objetos del desarrollo. La perspectiva de los derechos humanos ayuda a cambiar la prioridad hacia los más vulnerables: niños, mujeres, ancianos, incapacitados y hacia programas educativos.

El desarrollo humano sostenible consiste en una perspectiva dinámica de mejoramiento a largo plazo respecto de sus beneficios dentro del contexto familiar, vecinal y socioeconómico donde puede haber carencias y deficiencias. Ello plantea la necesidad de establecer métodos de promoción del desarrollo humano para apoyar a las personas y grupos vulnerables orientadas a contrarrestar las privaciones, deficiencias, debilidades y desigualdades. Un desarrollo humano sostenible necesita del diseño de estrategias integrales de su entorno para el abordaje de los problemas que impiden a las personas mejorar, que se enriquecen con la transversalización de diferentes visiones: la generacional; la de género; la ambiental; la familiar, la vecinal, la social y la geográfica. También puede considerarse como objetivo del desarrollo el logro de una paz justa en la que se respeten y protejan todos los derechos humanos para todos. Un diseño es el de proyectos comunitarios que incorporan módulos de capacitación mediante técnicas de educación popular, educación formal y educación no formal y de facilitación del diálogo con padres, niños, jóvenes, mujeres y adultos.

III. DESARROLLO HUMANO INTEGRAL EN TIEMPOS DE CAMBIO. DERECHO Y DERECHO AL DESARROLLO (EXPLICACIÓN BÁSICA JURÍDICA)

Pareciera que no habría que explicar relación alguna entre el Derecho y un derecho como el derecho de desarrollo humano. Sin embargo, hay dos razones: La primera, que el derecho de desarrollo humano es un derecho que responde a retos contemporáneos de la igualdad, la no discriminación, la participación, la transparencia y la rendición de cuentas, así como de la solidaridad. Apenas hace 34 años fue reconocido por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 4 de diciembre de 1986, como un derecho inalienable, al declarar que todos los seres humanos «están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él». En otras palabras, que ese derecho es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad en razón de la dignidad de todo ser humano.

Y, la segunda razón, es la de que este derecho no se satisface con beneficencia, sino con participación y empoderamiento. Es decir, mediante compromisos y obligaciones del estado y de la sociedad, A diferencia de otros derechos, como los civiles y políticos, que significan limitaciones o deberes negativos, el derecho al desarrollo impone deberes positivos, tanto al estado como la sociedad. Y, por eso, es necesario contemplar un sistema de lo garantice y la materialice. La vía, para ello, es jurídica, mediante la constitución y las leyes, y, a través de mecanismos que lo implementen y de instituciones que los ejecuten. Por ello, es que el desarrollo humano integral es también un sector trasversal del Derecho. Hoy día, pues, puede hablarse del Derecho del derecho del desarrollo humano integral.

Para ello, ha de tenerse presente el tratamiento que al desarrollo humano se le da dentro de los derechos humanos, que son reconocidos por la ciencia jurídica o el Derecho. Por ello, hare una breve referencia a **los principios** que caracterizan el desarrollo humano como derecho humano.

Primeramente, desarrollo humano y derechos humanos son una alianza estratégica, porque comparten una misma visión y un mismo objetivo: garantizar para todo ser humano un entorno de libertad, bienestar y dignidad en las diferentes etapas y en los diversos ambientes de la vida. Por eso los derechos humanos son parte intrínseca del desarrollo humano, del mismo modo que el desarrollo humano es un medio para realizar los derechos humanos. El desarrollo humano, a su vez, es un proceso de realce de la capacidad humana para ampliar las opciones y oportunidades, de manera que cada persona pueda vivir una vida de respeto y de valor. Los derechos humanos aportan los principios: de responsabilidad y justicia social al proceso de desarrollo humano. Y expresan la idea que todos están facultados para reclamar e involucrarse para vivir una vida digna. Cuando el desarrollo humano y los derechos humanos avanzan juntos se refuerzan recíprocamente, aumentando la capacidad de cada persona. Y protegiendo sus derechos y libertades fundamentales. Por supuesto, que si estos factores se unen

En segundo lugar, los derechos humanos agregan valor a las prioridades del desarrollo personal porque centran la atención sobre la responsabilidad y el respeto, la protección y el cumplimiento de los derechos universales. Además, el sistema de los derechos humanos contiene instrumentos e instituciones jurídicas de gran utilidad para garantizar las libertades y el desarrollo humano, dando legitimidad moral y el principio de justicia social como objetos del desarrollo. La perspectiva de los derechos humanos ayuda a cambiar la prioridad hacia los más vulnerables: niños, mujeres, ancianos, incapacitados y hacia programas educativos.

En tercer lugar, dentro del desarrollo humano, se habla del desarrollo humano sostenible, que consiste en una perspectiva dinámica de mejoramiento a largo plazo respecto de sus beneficios dentro del contexto familiar, vecinal y socioeconómico donde puede haber carencias y deficiencias. Ello plantea la necesidad de establecer métodos de promoción del desarrollo humano para apoyar a las personas y grupos vulnerables orientadas a contrarrestar las privaciones, deficiencias, debilidades y desigualdades.

Un desarrollo humano sostenible necesita del diseño de estrategias integrales de su entorno para el abordaje de los problemas que impiden a las personas mejorar, que se enriquecen con la transversalización de diferentes visiones: la generacional; la de género; la ambiental; la familiar, la vecinal, la social y la geográfica. Por tanto, dentro de las políticas sociales cabe el diseño de proyectos comunitarios que incorporan módulos de capacitación mediante técnicas de educación popular, educación formal y educación no formal y de facilitación del diálogo con padres, niños, jóvenes, mujeres y adultos.

También puede considerarse como objetivo del desarrollo el logro de una paz justa en la que se respeten y protejan todos los derechos humanos para todos

Dentro, pues, del Derecho, el desarrollo humano es el derecho a vivir en un medio personal, familiar y social libre, de mejoramiento y de bienestar. Es decir, toda persona debe estar en condiciones de poder desarrollar al máximo sus capacidades y sentirse libre y digno de sí mismo y lograr el máximo bienestar, aten-

diendo especialmente a las necesidades de los individuos y grupos más vulnerables y respetando la diversidad cultural. También puede considerarse como objetivo del desarrollo humano el logro de una paz justa en la que se respeten y protejan todos los derechos humanos para todos. Y por cuanto ha de ser perdurable se le llama desarrollo humano sostenible. Su esencia es el derecho de cada uno al libre desenvolvimiento de la personalidad y del derecho a decidir el propio progreso personal y de cómo satisfacer necesidades personales, familiares y comunitarias.

Su sujeto es la persona humana y su justificación es la protección de la dignidad de la persona humana. Es un derecho subjetivo que posibilita el desenvolvimiento pleno de las capacidades de la persona para lograr una existencia acorde con su dignidad humana, que le permita acceder al goce de la totalidad de los derechos existentes y a las opciones de su mejoramiento.

Este derecho tiene como finalidad lograr el desenvolvimiento pleno de las capacidades de la persona para lograr una existencia acorde con su dignidad humana y su participación activa, libre y significativa en el proceso de su desarrollo en el marco individual, familiar, social y ambiental. Tiene su fuente en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de la Asamblea General de las Naciones Unidas de fecha 4 de diciembre de 1986 (Resolución 41/128). Y en el artículo 20 de la Constitución de Venezuela, que lo reconoce como el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad que lo incorpora al elenco de los derechos humanos y garantías constitucionales, como derecho inherente a la dignidad de la persona y del derecho de igualdad, que se consagran en sus artículos 21 y 22; y, en el conjunto de derechos económicos, sociales, culturales, educativos, sanitarios, de participación y ambientales, que se imponen al estado como un marco de obligaciones, para lo cual se diseñan también medios e instrumentos para exigir su cumplimiento; e instituciones encargadas de ejecutarlas.

Por otro lado, el derecho al desarrollo humano implica para el Estado el deber de contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la sociedad su mayor realización espiritual y material posible, de dar protección a la población y de promover la integración armónica de todos los sectores sociales.

Desde otro orden de ideas, el derecho al desarrollo humano tiene como su fundamento la solidaridad y su dimensión tanto individual, familiar y colectiva. La solidaridad significa que para ponerse en práctica es necesario el esfuerzo conjunto de todos. En efecto, el derecho al desarrollo existe en cuatro niveles: el individual, el familiar, el social y el ambiental. Se trata por tanto de un desarrollo integral sostenible de naturaleza individual y “colectiva caracterizado porque su ejercicio se realiza por medio de la integración familiar, social y ciudadanas”. En un ambiente sano, adecuados y equilibrados, aptos para el desarrollo y bienestar de las personas, de la familia y de la comunidad; por eso su doble dimensión, tanto individual como colectiva.

El desarrollo humano sostenible, reconocido internacional y constitucionalmente, tiene su fundamento en que el desarrollo debe estar centrado en el ser humano, individual y colectivamente considerado. Además, implica un justo equilibrio entre el entorno familiar, el entorno y el medio ambiente. Y sus objetivos son conservar esos ambientes para asegurar la continuación de la vida humana presente y futura, en iguales condiciones de calidad y dignidad. Por todo ello el desarrollo es un derecho humano.

Sobre este derecho el Papa Francisco en su reciente Encíclica *Fratelli Tutti*, del 3 de octubre de este año, ha dicho: “Todo ser humano tiene derecho a vivir con dignidad y a desarrollarse integralmente, y ese derecho básico no puede ser negado por ningún país. Lo tiene, aunque sea poco eficiente, aunque haya nacido o crecido con limitaciones. Porque eso no menoscaba su inmensa dignidad como persona humana, que no se fundamenta en las circunstancias sino en el valor de su ser. Cuando este principio elemental no queda a salvo, no hay futuro ni para la fraternidad ni para la sobrevivencia de la humanidad”.

Y según la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible de la ONU el objetivo es “Conseguir un mundo mejor”, sobre la base de la colaboración, la implicación ciudadana y el trabajo de los diferentes agentes sociales para eliminación de la pobreza hasta el combate al cambio climático, la educación, la igualdad de la mujer, la defensa del medio ambiente, la paz y el diseño de las ciudades como espacios de vida y no de agrupaciones urbanas.

En estos momentos donde todo parece diluirse y perder consistencia, por las crisis humanitarias, es más imperioso para los estados la exigencia de su obligación de la protección del derecho al desarrollo humano, no solo para evitar el agravamiento del deterioro de las condiciones de vida, sino también para la recuperación de un nivel de vida apropiado.

Dentro del orden de ideas expuesto, yo pienso que el núcleo básico del derecho al desarrollo es la verdadera existencia humana, porque, como dice el Papa Francisco, «la vida subsiste donde hay vínculo, comunión, fraternidad. Y que, por el contrario, no hay vida cuando pretendemos pertenecer sólo a nosotros mismos y vivir como islas”.

Todo esto implica la consagración constitucional de la primacía de los derechos humanos, dentro de ellos el libre desenvolvimiento de la personalidad, así mismo es necesario un ordenamiento jurídico que los desarrolle y sistemas de protección y defensa e instituciones que los garanticen, al igual que instancias nacionales e internacionales donde se pueda reclamar. Por todo lo expuesto, considero que ya el desarrollo humano integral no es una perspectiva para el Derecho sino un sector trasversal que lo llena de contenido humanista, que es el Derecho para estos tiempos de cambio, en los cuales se requiere una cultura sin fronteras, que incorpore las dimensiones humanas, educativas y sociales, como nos dice el Papa Francisco en su Encíclica *Laudato Si*, las dimensiones humanas, educativas y sociales del pensamiento de formación de interacción y liderazgo comunal juvenil.

**COMENTARIOS SOBRE EL INFORME DE LA
SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA ASISTENCIA
TÉCNICA EN LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
DE LA ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS
PARA LOS DERECHOS HUMANOS
(A/HRC/48/19 de 13 septiembre 2021)¹**

I. CRITERIO INTERPRETATIVO DEL INFORME E IMPORTANCIA E INDEPENDENCIA DE LAS COMISIONES DE INVESTIGACIÓN Y MISIONES DE DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS SEGÚN MANDATO DE LAS NACIONES UNIDAS EN SITUACIONES DE GRAVES VIOLACIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, de conformidad con *la Resolución 45/2 del Consejo de Derechos Humanos* presentó, en fecha el 13 de septiembre de 2021, el Informe A/HRC/48/19, sobre la situación de los derechos humanos con especial atención a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y a la asistencia técnica, en la República Bolivariana de Venezuela, correspondiente al período comprendido entre el 1º de junio de 2020 y el 30 de junio de 2021². Confieso que para entender un Informe como el mencionado hay que practicar un examen o análisis minucioso y detallado de sus partes, es decir, diseccionar su contenido para estudiarlos separadamente y llegar a conclusiones acerca de la situación de los derechos humanos en Venezuela. Porque como es propio de tales informes internacionales aparte de su forma protocolar, lo característico es dar la mayor muestra de imparcialidad. Por ello su lenguaje es refinado y de gravedad y pomposo en su formalidad. Diría hasta prosopopeyico, por lo que no contienen una conclusión general sobre la situación de los derechos humanos. De modo que es necesario diseccionar sus partes para arribar a conclusiones sobre la verdadera realidad de estos derechos, que a veces parece disimulada o se ha dejado de relacionar. Es decir, descomponer el informe para pasar de sus partes al

¹ Trabajo presentado a la Catedra Dr. José Santiago Núñez Aristimuño, Instituto de Estudios Jurídicos Dr. Román J. Duque Corredor, Maturín, septiembre de 2021.

² https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session48/Documents/A_HRC_48_19_UnofficialSpanishVersion.pdf

todo. Proceso propio este de interpretar su forma para extraer su fondo respecto de la idea principal que se atribuye a un informe sobre la situación de los derechos humanos, cuyas conclusiones no pueden ser otras sino la de los principales avances, retrocesos, obstáculos y amenazas para la efectividad y protección de los derechos humanos. Pues de otra manera no se entendería la función de autoridad moral y portavoz de las víctimas, que se asigna al Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU de promover y proteger todos los derechos humanos contenidos en la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional de los derechos humanos. Es decir, de proteger dichos derechos y de velar por su cumplimiento. En lo cual no puede haber neutralidad.

En efecto, *la Resolución 48/141 141 de 20 de diciembre de 1993 de la Asamblea General de la ONU*³, asigna como mandato del Alto Comisionado para los Derechos Humanos el promover y proteger el disfrute efectivo de todos estos derechos por todos; desempeñar un papel activo en la tarea de eliminar los obstáculos para la plena realización de los derechos humanos; y desempeñar un papel activo para evitar que se sigan vulnerando los derechos humanos. Y la Oficina a cargo de este funcionario internacional debe realizar una labor de supervisión cuyo objeto es velar para que los estándares principistas normativos se apliquen en la práctica, contribuyendo así a la realización de los derechos humanos, mediante una labor de aplicación de alerta temprana al determinarse indicios o hechos de situaciones graves de crisis de los derechos humanos y de deterioro especial de ciertas situaciones. En razón de estas funciones al Alto Comisionado le corresponde inspeccionar la aplicación de las normas en derechos humanos, formular recomendaciones a los estados en cuanto a sus políticas de Derechos Humanos, investigar violaciones de estos derechos y prestar asesoría a los estados en esta materia⁴. Huelga decir, entonces, que el informe del Alto Comisionado no puede convertirse en memorias y cuentas de los gobiernos de los estados y en una fuente de información de programas y planes de estos gobiernos. Esta alteración no es propia de un Fiscal Internacional de Derechos Humanos, como lo es el Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU. En concreto, que su función es de la denunciar las violaciones de derechos humanos y sus responsables, cuando se comprueben por sus propios delegados o por las comisiones independientes de la ONU. Lo contrario, es aplicar la política de Pilatos de lavarse las manos.

1. *Las comisiones de investigación y las misiones de determinación de los hechos de la ONU para las situaciones de graves violaciones del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos*

Por otra parte, la ONU, a través del Consejo de Seguridad, la Asamblea General, el Consejo de Derechos Humanos, la Secretaría General y el Alto Comisio-

³ <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/48/141>

⁴ https://www.ohchr.org/Documents/AboutUs/CivilSociety/Chapter_1_sp.pdf

nado para los Derechos Humanos, utilizan la designación de comisiones de investigación y de las misiones de determinación de los hechos establecidas por mandato de las Naciones Unidas, para responder a situaciones de graves violaciones del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, tanto si estas son prolongadas, como si se derivan de acontecimientos súbitos y para promover la responsabilidad por dichas violaciones y combatir la impunidad⁵. Por otro lado, según *La Guía de Investigación*⁶ cada órgano de investigación de las Naciones Unidas es diferente, por lo que los comisionados y los expertos son independientes. La labor de las comisiones o misiones es decisiva para fortalecer la protección de los derechos humanos de múltiples maneras. Esos órganos pueden aportar un registro histórico de violaciones graves de derechos humanos y de derecho internacional humanitario y contribuyen a asegurar la rendición de cuentas en casos de violaciones graves, lo que resulta esencial para prevenir futuras violaciones, fomentar el cumplimiento del derecho y facilitar los medios para proporcionar justicia y reparación a las víctimas.

Un aspecto que debe destacarse de la labor de las comisiones independientes de investigación y de las misiones de determinación de los hechos, es que aportan elementos decisivos para los procesos judiciales, tanto en los procedimientos de los tribunales internacionales ad hoc como en los incoados ante la Corte Penal Internacional.

Muchas de esas investigaciones de estas comisiones y misiones relativas a la violencia y las violaciones que han indagado, sirven de fundamento para la aplicación de los mecanismos de justicia transicional para la averiguación de la verdad, los procesos de esta justicia, la interposición de recursos y para la puesta en marcha la reparación de las víctimas y las garantías de no repetición⁷. Un aspecto importante respecto de estas comisiones y misiones es la de la formulación de mandatos concretos por la ONU para su labor de determinación y esclarecimiento de los hechos, de investigación de violaciones de derechos humanos y de denuncias de abusos y violaciones graves de los derechos humanos, de recopilación sistemáticamente de información sobre las violaciones de derechos humanos y los actos susceptibles de constituir quebrantamiento del derecho internacional humanitario, así como de determinación de las responsabilidades y de identificación de los responsables. Un aspecto que debe destacarse también respecto de las comisiones de investigación y misiones de determinación de los hechos es que a sus miembros y a su personal se les exige que procedan con independencia y que garanticen que no solicitarán ni aceptarán instrucciones de ningún gobierno, persona u otra fuente, y que al ejercer sus funciones no recibirán ninguna influencia indebida, procedente de gobiernos, personas, ONG u otras entidades. Y, asimismo, se exige a las comisiones o misiones que su labor debe basarse en su mandato y en

⁵ https://www.ohchr.org/Documents/Publications/CoI_Guidance_and_Practice_sp.pdf

⁶ <https://libraryresources.unog.ch/factfinding>

⁷ https://www.ohchr.org/Documents/Publications/CoI_Guidance_and_Practice_sp.pdf (p. 7).

las normas internacionales aplicables; y que las presuntas violaciones cometidas por todas las partes deben investigarse con igual meticulosidad y vigor, de modo que las comisiones o misiones no deben dar la impresión de que favorecen a una de las partes sobre las demás.

Pues bien, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, mediante *Resolución No. 42/25, del 27 de septiembre de 2019*⁸, designó una Misión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Bolivariana de Venezuela y le fijó como su mandato concreto, de un plazo de un año, de investigación de las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas, las detenciones arbitrarias y la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes cometidos en Venezuela desde 2014. En la mencionada Resolución el Consejo de Derechos Humanos decidió que la Misión Internacional Independiente de determinación de los hechos, cuyos miembros fueron designados por el Presidente del Consejo de Derechos Humanos, viajara urgentemente a la República Bolivariana de Venezuela para que investigue las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas, las detenciones arbitrarias y las torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes cometidos desde 2014, a fin de asegurar la plena rendición de cuentas de los autores y la justicia para las víctimas y le solicitó a la Misión que presentara un informe con sus conclusiones al Consejo en su 45º período de sesiones. El mandato de la Misión de Investigación fue prorrogado por el Consejo el 6 de octubre de 2020 por dos años más, hasta septiembre de 2022, mediante *su Resolución N° 45/20*^{9,10} a fin de que pueda seguir investigando las violaciones manifiestas de los derechos humanos, como las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas, las detenciones arbitrarias, las torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, incluida la violencia sexual y de género, cometidas desde 2014, con miras a combatir la impunidad y asegurar la plena rendición de cuentas de los autores y la justicia para las víctimas, y solicitó a la Misión que presente un informe verbal actualizado sobre su labor en los períodos de sesiones 46º y 49º del Consejo y que prepare informes por escrito sobre sus conclusiones para presentarlos al Consejo en sus períodos de sesiones 48º y 51º. Y el referido Consejo de Derechos Humanos, en *la Resolución A/HRC/45/L.43/Rev.1 del 1º de octubre del 2020*¹¹, instó a las autoridades venezolanas a que cooperen plenamente con la Oficina del Alto Comisionado y la misión internacional independiente de determinación de los hechos, les concedan acceso inmediato, pleno y sin restricciones a todo el país, incluidas las víctimas y los lugares de reclusión, les proporcionen toda la información necesaria para cumplir sus mandatos y velen por que todas las personas tengan acceso sin trabas a las Naciones Unidas y otras entidades de derechos humanos y puedan comunicarse con ellas sin temor a represalias, intimidación o ataques.

⁸ /25undocs.org/es/A/HRC/RES/42

⁹ A/HRC/RES/45/20, par. 15.

¹⁰ ndocs.org/es/A/HRC/RES/45/20

¹¹ <https://undocs.org/es/A/HRC/45/L.43/Rev.1>

Asimismo, en la citada *Resolución A/HRC/45/L.43/Rev.1*, expresó su gran preocupación ante la alarmante situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela, marcada por un cuadro persistente de violaciones que afectan de forma directa e indirecta a todos los derechos humanos -civiles, políticos, económicos, sociales y culturales- en el contexto de la actual crisis política, económica, social y humanitaria, como se indica en los informes de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y de la misión internacional independiente de determinación de los hechos y en otros informes de organizaciones internacionales.

La importancia de estas comisiones de investigación y misiones de determinación de hechos es que producen pruebas contundentes sobre los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad que sirven para formalizar los procesos de justicia para responsabilizar a los infractores. Al respecto un dato importante es que, de las misiones activas de determinación de los hechos, una es la referente a Venezuela, designada en septiembre de 2019, junto con las de Myanmar de septiembre de 2018, del Grupo de Expertos de la región de Kasai República Democrática del Congo de julio de 2018, del Grupo de Expertos Eminentes sobre la situación de derechos humanos en Yemen de septiembre de 2017, de la Comisión de Investigación sobre derechos humanos en Burundi de septiembre de 2016, de la Comisión sobre derechos humanos en Sudán del Sur de marzo de 2016 y de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Árabe Siria de agosto de 2011¹².

En otras palabras, que la situación en Venezuela de graves violaciones del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos es similar a la de los países mencionados. Por tanto, los informes de las comisiones de investigación y de las misiones de determinación de los hechos no pueden ser ignorados en los informes del Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU.

II. INFORME DE LA ALTA COMISIONADA DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS CON ESPECIAL ATENCIÓN A LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES, Y A LA ASISTENCIA TÉCNICA, EN LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, CORRESPONDIENTE AL PERÍODO COMPRENDIDO ENTRE EL 1º DE JUNIO DE 2020 Y EL 30 DE JUNIO DE 2021 (A/HRC/48/19). E, INFORME DE LA MISIÓN INTERNACIONAL INDEPENDIENTE DE DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS SOBRE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA DEL 16 DE SEPTIEMBRE DE 2021 (A/HRC/48/69)

Un primer comentario con relación a este Informe es que conforme a la Resolución 45/2 del Consejo de Derechos Humanos “ha de ser un informe exhaustivo” sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de

¹² “El Consejo de Derechos Humanos. Comisiones y Misiones de Investigación, p. 17. https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/HRC_booklet_Sp.pdf

Venezuela. Es decir, completo sobre todos los casos que trata el objeto del Informe. Otro comentario es que según el mismo Informe la información recopilada y analizada tiene como base entrevistas con víctimas y testigos, así como las reuniones con funcionarios del Gobierno y organizaciones de la sociedad civil y la información y datos oficiales proporcionados por el Gobierno, incluyendo a través de un cuestionario enviado para los fines de este informe. ¿Ocurre preguntar, entonces, si se ha debido además mencionar los informes presentados con anterioridad por la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Bolivariana de Venezuela a la que se le fijó como su mandato concreto, de un plazo de un año, la investigación de las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas, las detenciones arbitrarias y la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes cometidos en Venezuela desde 2014?. Por ejemplo, también la declaración de Marta Valiñas, Presidenta de la Misión Internacional Independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, en la 46ª sesión del Consejo de Derechos Humanos, el 10 de marzo de 2021¹³. Por el contrario, en el Informe de la Alta Comisionada le da más relieve al Informe de la Relatora Especial sobre las sanciones aplicadas por los Estados Unidos, la Unión Europea y otros estados y los derechos humanos del 12 de febrero de 2021 (Ver, cap. II, 7), hasta el punto que la recomendación de esta Relatora de suspensión de tales sanciones, es, a su vez, una de las conclusiones del Informe de la Alta Comisionada (Ver, IV. 68).

Es verdad que en el Informe en comento se hace referencia a casos de violaciones de derechos humanos relacionadas con la defensa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, que incluyen casos de amenazas y de intimidación acompañados de actos de violencia que implicaban la criminalización de actividades legítimas, así como casos de criminalización, amenazas, hostigamiento y detención de estudiantes debido a su participación en movimientos estudiantiles. E, igualmente se refiere al enjuiciamiento de dirigentes sindicales y trabajadores por su defensa de los derechos laborales por delitos como terrorismo, asociación ilícita, revelación de secretos de Estado e incitación al odio; a actos de persecución, detención y difamación contra dirigentes sindicales y a la falta de confianza de la sociedad civil en los sistemas administrativo y judicial y por temor a las represalias. (Ver Cap. II, I. Nos. 46, 47, 48, 49 y 51).

Sin embargo, a pesar de los anteriores hechos determinados como graves violaciones de derechos humanos, el Informe de la Alta Comisionada de la ONU no contiene conclusión concreta sobre las consecuencias derivadas de la responsabilidad por tales violaciones, como si se contiene respecto de las medidas coercitivas unilaterales sectoriales porque, según el Informe, han reducido aún más los recursos disponibles.

Simplemente, a pesar de la reiteración de los hechos graves de violaciones de los derechos y del incumplimiento del gobierno de su obligación de seguir las

¹³ <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID=26872&LangID=S>

recomendaciones para investigar, sancionar y reparar por esas violaciones, la Alta Comisionada señala que está preocupada por la criminalización de las personas defensoras de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, en particular de los y las dirigentes sindicales y estudiantiles (Ver. Cap. IV. No. 66). Y además dice que al igual que en anteriores Informes, vuelve a hacer un llamamiento al gobierno para que siga las recomendaciones contenidas en un Anexo y no en las conclusiones, del cese inmediatamente de todo acto de intimidación, amenazas y represalias por parte de miembros de las fuerzas de seguridad contra los familiares de víctimas de violaciones de los derechos humanos que buscan justicia de la realización de investigaciones de las denuncias de violaciones de los derechos humanos, incluidas la privación de la vida, la desaparición forzada, la tortura y la violencia sexual y de género, en las que estén involucrados miembros de las fuerzas de seguridad, que lleve a los autores ante la justicia y ofrezca a las víctimas una reparación adecuada; (Ver, Informe A/HRC/44/54 del 29 de septiembre de 2020).

Así como las recomendaciones de investigar eficazmente las violaciones de los derechos humanos, incluidas las muertes de indígenas, y lleve a los responsables ante la justicia (Ver, Informe A/HRC/41/18 del 9 de octubre de 2019); de garantizar el derecho de las víctimas a acceder a vías de recurso y a medidas de reparación, adoptando un enfoque sensible a las cuestiones de género, y asegurar su protección contra la intimidación y las represalias (A/HRC/41/18, citado). E, igualmente, la recomendación del cese inmediato todo acto de intimidación, amenazas y represalias por parte de miembros de las fuerzas de seguridad contra los familiares de víctimas de violaciones de los derechos humanos que buscan justicia (A/HRC/44/54, citado).

En otras palabras, que desde julio de 2019 por el que se hicieron estas recomendaciones en el Informe A/HRC/41/18, y que se reiteraron en junio del 2020, en el Informe sobre la Independencia del sistema judicial y acceso a la justicia en la República Bolivariana de Venezuela, también respecto de las violaciones de los derechos económicos y sociales, y situación de los derechos humanos en la región del Arco Minero del Orinoco (A/HRC/44/54), el gobierno de Nicolás Maduro no ha cumplido con ninguna de esas recomendaciones. Razón suficiente para concluir, como si se concluye en el Informe de la Misión Internacional Independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela del 16 de septiembre de 2021 (A/HRC/48/69), que, el Estado no ha adoptado medidas tangibles, concretas y progresivas para remediar las violaciones a los derechos humanos, combatir la impunidad y reparar a las víctimas mediante investigaciones y enjuiciamiento domésticos y que existen motivos razonables para creer que el sistema de justicia ha jugado un papel significativo en represión estatal de opositores al gobierno en lugar de proporcionar protección a las víctimas de violaciones de derechos humanos y delitos. Concluye también afirmando que los efectos del deterioro del Estado de Derecho se propagan más allá de los directamente afectados, repercuten en toda la sociedad.

III. IMPORTANCIA DEL INFORME DE LA MISIÓN INTERNACIONAL INDEPENDIENTE DE DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS SOBRE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, DE FECHA 25 DE SEPTIEMBRE DE 2020 (A/HRC/45/33)

Aparte de lo anterior, el Informe de la Misión Internacional Independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 25 de septiembre de 2020 (A/HRC/45/33)¹⁴, resultaba determinante para para la elaboración del contenido y las conclusiones del Informe que la Alta Comisionada de Derechos Humanos, presentó, en fecha 13 de septiembre de 2021 (A/HRC/48/19), ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, objeto de estos comentarios. En efecto, en el citado Informe A/HRC/45/33, la Misión Internacional mencionada, concluyó, que, “(...) tiene motivos razonables para creer que los actos y conductas descritos en el presente informe constituyen ejecuciones arbitrarias, incluidas ejecuciones extrajudiciales; tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, incluida violencia sexual y de género; desapariciones forzadas (a menudo de corta duración); y detenciones arbitrarias, lo que contraviene la legislación nacional y las obligaciones internacionales de la República Bolivariana de Venezuela”. Y, que, “Las vulneraciones de los derechos humanos y los delitos investigados por la Misión y descritos en el presente informe dan lugar tanto a responsabilidad del Estado como a responsabilidad penal individual en virtud del derecho penal interno o del internacional, o bien de ambos”. Asimismo, que “El Estado, como principal titular de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, es responsable de todos los actos que le son atribuibles y que constituyen una violación de las obligaciones internacionales. Y, señala, que además de la obligación del Estado de impedir las vulneraciones de los derechos humanos y de garantizar recursos accesibles y eficaces a las personas cuando aquellas se produzcan, el hecho de que no investigue y lleve ante la justicia a los autores de esas violaciones da lugar por sí mismo a otro incumplimiento distinto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos” (Cap. V. Responsabilidades. Nos. 151 a 153).

Es cierto que tanto la Oficina de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, como las comisiones de investigación y las misiones de determinación de los hechos, actúan con independencia respecto de su labor, y, que sus Informes también son independientes, pero es igualmente cierto que tanto una como otras responden a un mismo mandato, por lo que ambos han de servirse como fuentes de información de sus respectivos informes para sus contenidos y conclusiones, porque se trata de una misma materia y de una misma sistemática de investigación, de determinación de los hechos y del establecimiento de las responsabilidades por las violaciones graves de los derechos humanos, dado el carácter indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Ello en virtud de la concepción integral de los derechos humanos, en el sentido que entre ellos no existen jerárquicamente derechos superiores a otros, ni sus violaciones o consecuencias pueden tratarse aisladamente de otras en las que no se haya actuado en forma directa. Y en razón

¹⁴ <https://undocs.org/es/A/HRC/45/33>

de que todos los derechos humanos están unidos por un mismo cuerpo de principios y que todos están situados a un mismo nivel. Por ello, la Proclamación de Teherán de 1968¹⁵ y la Declaración de Viena de 1993¹⁶, proclaman esta indivisibilidad e interdependencia.

IV. COMENTARIOS BREVES ACERCA DE LA CONCLUSIÓN DEL INFORME DE LA ALTA COMISIONABA DE DERECHOS HUMANOS, DE FECHA 13 DE SEPTIEMBRE DE 2021 (A/HRC/48/19), SOBRE LAS SANCIONES APLICADAS POR LOS ESTADOS UNIDOS, LA UNIÓN EUROPEA Y OTROS ESTADOS, Y LOS DERECHOS HUMANOS Y SOBRE LA RECOMENDACIÓN DE SUSPENSIÓN DE TALES SANCIONES

Por supuesto que no voy referirme a la conveniencia o no conveniencia de las sanciones unilaterales impuestas por estados extranjeros a los países que violan los derechos humanos, sino por el contrario, a la calificación que en el Informe en comento se atribuye a esas sanciones sectoriales y al impacto de la pandemia de COVID-19, como causas eficientes del agravamiento de la violación de los derechos económicos y sociales y de las condiciones económicas y humanitarias pre-existentes, por cuanto afectan los recursos disponibles para garantizar y proteger los derechos humanos, en particular de las personas más vulnerables. Creo que lo pertinente es ponderar qué condición tienen tales sanciones o la pandemia en la crisis humanitaria en Venezuela, de modo de evaluar el grado de agravamiento que se le atribuyen. Sin abusar de datos estadísticos o de informaciones basta señalar que para 2004 y 2007 ya se apreciaba una caída de la pobreza atribuida al cambio de políticas en el país, derivada de la mezcla entre la estatización de la economía, por un lado, la monopolización y estandarización de la política social, y por otro, el control político de la sociedad y la pérdida de la institucionalidad en el país que lleva a situaciones inciertas y de riesgos. Y que 2007, *“la precariedad de las condiciones de vida de los estratos de pobreza externa es peor a lo que estas eran en 1997, aun cuando ella sea aún poco menor en términos relativos y absolutos”*. Igualmente, para ese año de 2007 se señalaba como causa de ese deterioro económico y social la poca inversión en la infraestructura, el esparcimiento, la recreación y los servicios públicos” y se decía, que *“serán causa del empobrecimiento y rezago de la población”*, y que *“ello será una sentencia”*¹⁷. Y en lo que respecta a la producción de alimentos, entre 1980 y 2000 la agricultura logró aumentar la producción de alimentos a una tasa levemente superior al incremento de la población, pero desde el 2000 hasta el 2016, al contrario, la tasa de incremento de la producción fue menor a la tasa de incremento de la población,

¹⁵ <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1290.pdf>

¹⁶ https://www.ohchr.org/documents/events/ohchr20/vdpa_booklet_spanish.pdf

¹⁷ España, N., Luis Pedro, “Detrás de la Pobreza. Diez Años Después”, Asociación Civil para la Promoción de Estudios Sociales, 2009, Universidad Católica Andrés Bello, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Instituto de investigaciones Económicas y Sociales, p. 12, 25, 43 y 417.

generando situaciones de escasez. Ese déficit desde 2016 ha llevado a un incremento de la importación de alimentos para suplir las carencias de la producción nacional¹⁸. La caída sostenida de la productividad en Venezuela ha sido progresiva en el sector agropecuario, que es la fuente fundamental de consumo básico, que ha sido uno de los mayores afectados. Por ejemplo, Fedea y sus organizaciones de base registran que entre 2008 y 2020 la producción de alimentos vegetales experimenta una caída de entre 74% y 99%, según el rubro. El sorgo, el pimentón, la papa, el tomate y la cebolla son productos tradicionales de la dieta venezolana y los más afectados en cuanto a su producción. Esta crisis productiva del sector agrícola que se evidencia en 12 años de caída sostenida, se deriva básicamente y entre otros factores, de la intromisión del Estado venezolano en el mercado, mediante la centralización de la distribución de materias primas, el acceso a las divisas e importaciones, así como la interrupción de la distribución de la mercancía, junto con la imposición de controles de precios que debilitaron a los productores hasta llevarlos a condiciones precarias y de dependencia¹⁹. Lo cierto es que en Venezuela la inseguridad alimentaria aumentó entre 2018 y 2019-20, según el reporte de la ENCOVI²⁰. Y, además, entre 2019 y 2020 un 88% de los hogares venezolanos entrevistados señaló preocupación porque los alimentos se acabaran; entre 76% y 79% presentó deterioro en la diversidad alimentaria y más del 30% tuvo situaciones de hambre y todos los hogares reportaron preocupación por la seguridad alimentaria, unos por no contar con alimentos suficientes y otros por situaciones de hambre en las que algún miembro del hogar comió menos (58%), o dejó de comer (30%), o se acabaron los alimentos en el hogar (54%)²¹. De modo que todas estas consecuencias del deterioro económico y social se apreciaban como efecto de las causas internas mencionadas hace catorce (14) años mucho antes que las sanciones unilaterales.

Por lo que respecta a las sanciones de los Estados Unidos fue en el 2015 y en 2017 cuando se comenzaron a aplicar sanciones, pero a personeros del gobierno y fue en el 2018 cuando se dictó una orden que impide dentro del territorio estadounidense realizar transacciones con cualquier tipo de moneda digital emitida por, para o en nombre del gobierno de Venezuela y se agregaron otros personeros como sancionados mediante el bloqueo de sus bienes y activos. Igual sucedió en

¹⁸ Informe Elaborado por: ACCIÓN CAMPESINA, Asociación Civil en coalición con SINERGIA Venezuela Déficit Alimentario y Situación de la Producción de Alimentos en Venezuela, Caracas, 23 de marzo de 2016

¹⁹ Banca y Negocios. Reymer Reyes M. Estos son los números del colapso agrícola, febrero 07, 2020 /

²⁰ <https://provea.org/actualidad/derechos-sociales/alimentacion/informe-anual-2020-se-intensifico-la-desnutricion-y-la-inseguridad-alimentaria-en-venezuela-2/>

²¹ PROVEA. Informe Anual 2020: Se intensificó la desnutrición y la inseguridad alimentaria en Venezuela (<https://provea.org/actualidad/derechos-sociales/alimentacion/informe-anual-2020-se-intensifico-la-desnutricion-y-la-inseguridad-alimentaria-en-venezuela-2/>)

el 2019, durante el cual se cancelaron las órdenes de compra a PDVSA y se aplicaron sanciones al Banco Central de Venezuela, pero tanto las remesas personales como la asistencia humanitaria se mantuvieron intactas²². En ese mismo año se dictó una orden ejecutiva que impide que los bienes e intereses del gobierno de Venezuela que se encuentran en Estados Unidos puedan transferirse, pagarse, exportarse, retirarse ni negociarse de otra manera. En el 2020 se aplicaron sanciones a diputados de la Asamblea Nacional electa en diciembre de ese año y el Departamento del Tesoro sancionó una red dirigida por Alex Saab y el ministro Tareck El Aissami Maddah bajo la modalidad de un programa “petróleo por alimentos” y el 19 de enero de 2021 se sancionaron a personas relacionadas con la venta de petróleo de PDVSA a México. Por otro lado, con relación a las sanciones de la Unión Europea en enero de 2018 se sancionaron a funcionarios del Estado venezolano por ser señalados como autores del deterioro de la democracia en el país, prohibiéndoles la entrada a las naciones de dicha Comunidad y en el 22 de febrero de 2021 la Unión Europea sancionó 19 funcionarios del régimen de Maduro, por lo que ya son 55 personas sancionadas por el Consejo de esta Comunidad. Y, en 2020, el gobierno británico a través de la Oficina de Implementación de Sanciones Financieras del Tesoro de Su Majestad, adoptó las mismas sanciones que la Unión Europea dictó en junio de ese año contra once dirigentes chavistas, y el 2021 sancionó a tres militares más y en julio de 2021 sancionó a los colombianos Alex Saab y Álvaro Pulido Vargas. Finalmente, en abril de 2019, Human Rights Watch y la Facultad de Salud Pública de Johns Hopkins Bloomberg, publicaron un reporte conjunto observando que las sanciones iniciales no estaban dirigidas a la economía venezolana de ninguna manera, agregando que las sanciones impuestas en 2019 podían empeorar la situación, pero que “la crisis las precedía”²³.

Por lo expuesto, si bien los levantamientos de las sanciones alivian algunos aspectos de la crisis, sus causas estructurales impedirán el resurgimiento del crecimiento económico y el desarrollo social. Aparte que desconocer el rol que en la violación de los derechos humanos fundamentales ha tenido el gobierno en la generación de la crisis humanitaria de Venezuela, considerada como la mayor en la historia de occidente, es exonerar la responsabilidad directa a los gobiernos chavistas, principalmente del gobierno de Nicolás Maduro.

V. EL INCUMPLIMIENTO DE LOS PROTOCOLOS DE MINNESOTA Y DE ESTAMBUL POR EL GOBIERNO DE NICOLÁS MADURO

Un aspecto que debe destacarse del Informe A/HRC/48/19 de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, objeto de estos comentarios, al incluirse como temas de cooperación y asistencia y no como de recomendación o de llamamiento al gobierno de Nicolás Maduro, lo que puede parecer que carece

²² Treasury Sanctions Central Bank of Venezuela and Director of the Central Bank of Venezuela (<https://home.treasury.gov/news/press-releases/sm661>)

²³ <https://www.hrw.org/report/2019/04/04/venezuelas-humanitarian-emergency/large-scale-un-response-needed-address-health>

de importancia, es lo referente al cumplimiento de las normas de protección del derecho a la vida y de la integridad personal, En efecto, en el Capítulo III Cooperación y Asistencia Técnica, N° 58, se dice “El ACNUDH también evaluó el cumplimiento de los protocolos de Minnesota y Estambul por parte del sistema de justicia, y redactó protocolos para la investigación de denuncias de violaciones del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal, orientar de forma práctica las acciones que debe llevar a cabo cada institución con responsabilidad en el proceso”. Esta afirmación puede entenderse como que el gobierno de Nicolás Maduro no ha cumplido ni ha venido cumpliendo con los susodichos Protocolos, cuyo cumplimiento es de vital trascendencia para evitar la violación de derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la libertad y a la integridad física y mental. En efecto, el Manual de las Naciones Unidas sobre la Prevención e Investigación Eficaces de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias de 1991, revisado en el 2016, que, con su uso generalizado, llegó a conocerse por su uso generalizado como el *Protocolo de Minnesota*²⁴, complementa los Principios de las Naciones Unidas relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias (1989), Este Protocolo es parte importante de las normas jurídicas internacionales para la prevención de muertes ilícitas y la investigación de las muertes potencialmente ilícitas y es la referencia internacional que debe ser la guía a los órganos de los estados encargados de llevar a cabo la investigación de muertes ocurridas en circunstancias sospechosas o como norma para evaluar ese tipo de investigación. Y, el *Protocolo de Estambul* que es un manual para la investigación y documentación eficaz de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes²⁵, y que es utilizado por tribunales, comisiones y comités nacionales, regionales e internacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. El referido Protocolo de Estambul si no bien no es un documento vinculante, sin embargo, el derecho internacional obliga a los gobiernos a investigar y documentar casos de tortura y otras formas de malos tratos y castigar a los responsables de una manera integral, eficaz, rápida e imparcial y la herramienta para esta labor es mencionado Protocolo. Sobre todo, su obligatoriedad es mucho más precisa cuando se incluye en una recomendación de instancias internacionales como el Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU. Para comprender la importancia de ambos instrumentos internacionales que contiene estándares internacionales derivados de principios del derecho internacional de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, me referiré brevemente a sus aspectos más importantes.

El objeto del *Protocolo de Minnesota* es proteger el derecho a la vida y promover la justicia, la rendición de cuentas y el derecho a una reparación mediante la promoción de una investigación eficaz de toda muerte potencialmente ilícita o

²⁴ https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinnesotaProtocol_SP.pdf

²⁵ <https://www.ohchr.org/documents/publications/training8rev1sp.pdf>

sospecha de desaparición forzada. Ello porque es una obligación general del Estado investigar toda muerte ocurrida en circunstancias sospechosas, aun cuando no se denuncie o se sospeche que el Estado fue el causante de la muerte o se abstuvo ilícitamente de prevenirla. Tales circunstancias son cuando: a) La muerte puede haber sido causada por actos u omisiones del Estado, de sus órganos o agentes, o puede ser atribuible al Estado, en violación de su obligación de respetar el derecho a la vida. b) La muerte sobrevino cuando a persona estaba detenida, o se encontraba bajo la custodia del Estado, sus órganos o agentes. Y, c) La muerte podría ser resultado del incumplimiento por el Estado de su obligación de proteger la vida. El fundamento de obligación de investigar es que esta obligación es parte esencial de la defensa del derecho a la vida²⁶. Por tanto, cuando en el marco de una investigación se descubran pruebas de que la muerte fue causada ilícitamente, el Estado debe velar por que se enjuicie a los autores identificados y, que, en su caso, sean castigados mediante un proceso judicial²⁷. En ese orden de ideas, el derecho internacional exige que las investigaciones sean: i) prontas; ii) efectivas y exhaustivas; iii) independientes e imparciales; y iv) transparentes.

El Protocolo de Estambul o Manual para la Investigación y Documentación eficaces de la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes (HR/P/PT/8/Rev. 1), define la tortura con las mismas palabras empleadas en la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de 1984. Y es el desarrollo del derecho a no ser sometido a tortura que está firmemente establecido en el derecho internacional. La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, prohíben expresamente la tortura. Del mismo modo, varios instrumentos regionales establecen el derecho a no ser sometido a tortura. La Convención Americana de Derechos Humanos, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales contienen prohibiciones expresas de la tortura. Y, por otro lado, los convenios, declaraciones y resoluciones adoptados por los Estados Miembros de las Naciones Unidas afirman claramente que no puede haber excepciones a la prohibición de la tortura y establecen distintas obligaciones que como instrumentos figuran en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros

²⁶ Ver, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *McCann y otros c. el Reino Unido*, sentencia (Gran Sala), 27 de septiembre de 1995, párr. 161; Corte IDH, *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*, sentencia, 5 de julio de 2006, párr. 66; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, observación general núm. 3 sobre el derecho a la vida, noviembre de 2015, párr. 2 y 15; Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 31, párr. 15 y 18.

²⁷ Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (E/CN.4/2005/102/Add.1), principio 1.

Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (Declaración sobre la Protección contra la Tortura el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley), los Principios de Ética Médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Principios de Ética Médica), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos y Degradantes (Convención contra la Tortura) y el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (Conjunto de Principios sobre la Detención).

Por su parte, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998, creó esta Corte con carácter permanente y con la misión de juzgar a las personas responsables de delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Dicha Corte tiene jurisdicción sobre los casos de presunta tortura si se trata de actos cometidos en gran escala y de modo sistemático como parte del delito de genocidio o como crimen de lesa humanidad, o como crimen de guerra con arreglo a los Convenios de Ginebra de 1949. En el Estatuto de Roma se define la tortura como el hecho de causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control. Su jurisdicción se limita a los casos en los que los Estados no pueden o no desean procesar a las personas responsables de los delitos que se describen en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

En resumen, el derecho internacional obliga a los Estados a investigar con prontitud e imparcialidad todo caso de tortura que se notifique. Cuando la información disponible lo justifique, el Estado en cuyo territorio se encuentra una persona que presuntamente haya cometido actos de tortura o participado en ellos, deberá bien extraditar al sujeto a otro Estado que tenga la debida jurisdicción o bien someter el caso a sus propias autoridades competentes con fines de procesar al autor de conformidad con el derecho penal nacional o local. Los principios fundamentales de toda investigación viable sobre casos de tortura son: competencia, imparcialidad, independencia, prontitud y minuciosidad. Estos elementos pueden adaptarse a cualquier sistema jurídico y deberán orientar todas las investigaciones de presuntos casos de tortura.

Ahora bien, ¿qué importancia tiene en estos comentarios el resaltar la normativa anterior referente a la investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias y a la Investigación y documentación eficaces de la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes?

En primer lugar, destacar que del Informe A/HRC/48/19 de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, sobre el cual he venido comentado, se desprende que en Venezuela se han cometido tales hechos, cuando dice que de la evaluación que realizó del cumplimiento de los Protocolos de Minnesota y Estambul por parte del sistema de justicia en Venezuela, le redactó al gobierno de Nicolás Maduro guías para la investigación de denuncias de violaciones del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal, y para orientar de forma práctica las acciones que debe llevar a cabo cada institución con responsabilidad en el proceso.

En segundo lugar, el destacar igualmente que del Informe de la Misión Internacional Independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 25 de septiembre de 2020 (A/HRC/45/33, de la declaración de Marta Valiñas, Presidenta de la Misión Internacional Independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, en la 46ª sesión del Consejo de Derechos Humanos, el 10 de marzo de 2021, del Informe de la Misión Internacional Independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela del 16 de septiembre de 2021 (A/HRC/48/ 69); y de los Informes sobre la Independencia del sistema judicial y acceso a la justicia en la República Bolivariana de Venezuela, también respecto de las violaciones de los derechos económicos y sociales, y situación de los derechos humanos en la región del Arco Minero del Orinoco del 29 de septiembre de 2020 (A/HRC/44/54): y sobre la situación de los derechos humanos con especial atención a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, y a la asistencia técnica, en la República Bolivariana de Venezuela del 13 de septiembre de 201 (A/HRC/48/19), ambos informes de la mencionada Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU; se desprende que existen evidencias de casos de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias y tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que el gobierno de Nicolás Maduro ha incumplido la obligación de investigarlos, sancionarlos y repararlos.

Además, del informe de la Misión de Determinación de Hechos sobre Venezuela de Naciones Unidas del 16 de septiembre de 2021, se constata “que existen motivos razonables para creer que en razón de una presión política que fue intensificándose, los jueces, las juezas y las y los fiscales han desempeñado, a través de sus actos y omisiones, un papel importante en graves violaciones de derechos humanos y crímenes cometidos por diversos actores del Estado en Venezuela contra opositoras y opositores, supuestos o reales”, “dentro de un patrón de graves violaciones de derechos humanos y crímenes de derecho internacional en el contexto de una política de Estado para silenciar, desalentar y sofocar la oposición al gobierno desde 2014”. En lo cual, según el citado Informe, “existen motivos razonables para creer que en razón de una presión política que fue intensificándose, los jueces, las juezas y las y los fiscales han desempeñado, a través de sus actos y omisiones, un papel importante en graves violaciones de derechos humanos y crímenes cometidos por diversos actores del Estado en Venezuela contra opositoras y opositores, supuestos o reales”.

Y, que, por tanto, “En los últimos años, funcionarias y funcionarios públicos, incluso algunos de alto nivel, en Venezuela han podido cometer violaciones de derechos humanos y crímenes con impunidad. El Estado venezolano está constitucionalmente obligado a investigar y castigar a todos los y las autores de violaciones de derechos humanos, independientemente de su posición.

Sin embargo, la investigación de la Misión encontró que este deber se está incumpliendo en los casos que involucran a opositoras y opositores reales o percibidos por el gobierno como tales²⁸.

CONCLUSIÓN

No cabe duda, pues, que de toda la documentación que soporta la investigación de los órganos, comisiones y misiones que han examinado la situación de los derechos humanos en Venezuela, e, incluso, de los informes anteriores de la Alta Comisionada de Derechos Humanos, se desprende la comisión de delitos graves contra derechos humanos, de lesa humanidad, relativos a los crímenes de detenciones arbitrarias, desaparición forzada de personas, de persecución ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias y tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que implican la criminalización de actividades legítimas, pero que permanecen en la impunidad por el incumplimiento de los órganos del gobierno de Nicolás Maduro y principalmente del sistema de justicia, de la obligación de investigar estos delitos, que como se dijo, es parte esencial de la defensa del derecho a la vida. Impunidad esta que no se resuelve con la suspensión o levantamiento de las medidas coercitivas unilaterales sectoriales impuestas sobre Venezuela y que incluso tampoco permitirían al gobierno de Nicolás Maduro hacer frente al impacto combinado sobre la población de la situación humanitaria y la pandemia de COVID-19, en razón del derrumbe o implosión de la estructura administrativa, la falta absoluta de institucionalidad del estado y la gran corrupción que azota Venezuela en la actualidad.

²⁸ Ante las contundentes conclusiones del informe de la Misión de Determinación de Hechos sobre Venezuela de Naciones Unidas del 16 de septiembre de 2021, que son confirmación de conclusiones de sus anteriores informes, como por ejemplo, que 200 presos políticos han sido torturados desde 2014 hasta el 2021, y que uno de los cuales se refiere al caso de un detenido por la 'Operación Gedeón' a quien le aplicaron la técnica nazi denominada 'Sippenhaft', que consiste en arrestarlos para hacer presión para que delaten a sus familiares; y que también los jueces y fiscales del sistema judicial venezolano gozan de total impunidad por encarcelar y violar los derechos humanos y cometer crímenes de lesa humanidad a todo disidente que piense contrario al régimen chavista; el Fiscal General del gobierno de Nicolás Maduro, acusó al Grupo de Lima de sobornar a los funcionarios de la Misión Internacional, mediante el supuesto pago de 5 millones de dólares "para ofender la labor de fiscales y jueces del sistema de justicia y del Ministerio Público», sin mostrar pruebas de tal acusación. Lo que evidentemente filosófica y políticamente cabe calificar como una falacia, o "*sofisma populista*" (argumentum ad populum), cuyo propósito es hacer creer que esa es la opinión de la mayoría. (Ver, abc.es/internacional/abci-venezuela-acusa-mision-investigacion-violacion-ddhh-haber-recibido-sobor-nos-202109171048_noticia.html)

DIÁSPORA VENEZOLANA Y EL DERECHO AL VOTO DESDE EL EXTERIOR¹

MOTIVACIÓN ÉTICA, SOCIAL Y POLÍTICA

“Y lo más doloroso es el problema humanitario, tanta gente que escapa y sufre” (Papa Francisco, la migración venezolana, Visita a Colombia 11 de septiembre de 2017.)

“Además de la situación en la región amazónica, suscita preocupación la multiplicación de crisis políticas que se van extendiendo en numerosos países del continente americano, con tensiones e insólitas formas de violencia que empeoran los conflictos sociales y generan graves consecuencias socioeconómicas y humanitarias. Las polarizaciones, cada vez más fuertes, no ayudan a resolver los auténticos y urgentes problemas de los ciudadanos, sobre todo de los más pobres y vulnerables, y mucho menos lo logra la violencia, que por ningún motivo puede ser adoptada como instrumento para afrontar las cuestiones políticas y sociales. En este contexto, quiero recordar especialmente a Venezuela, para que continúe presente el compromiso de la búsqueda de soluciones. En general, los conflictos de la región americana, aun cuando tienen raíces diferentes, están acomunados por profundas desigualdades, por injusticias y por la corrupción endémica, así como por las diversas formas de pobreza que ofenden la dignidad de las personas. Por tanto, es necesario que los líderes políticos se esfuercen por restablecer con urgencia una cultura del diálogo para el bien común y para reforzar las instituciones democráticas y promover el respeto del estado de derecho, con el fin de prevenir las desviaciones antidemocráticas, populistas y extremistas”. (Discurso del Santo Padre Francisco a los miembros del Cuerpo Diplomático acreditado ante la Santa Sede con motivo de las felicitaciones del año nuevo, 9 de enero de 2020).

¹ Estudio elaborado por la Fundación Alberto Adriani para el Proyecto de Re institucionalización del Sistema de Justicia del Bloque Constitucional de Venezuela, Caracas, enero del 2020.

I. EL DESPLAZAMIENTO GRUPAL DE VENEZOLANOS COMO CONSECUENCIA DE ALTERACIONES DEL ORDEN DEMOCRÁTICO Y LA VIOLACIÓN MASIVA DE DERECHOS HUMANOS Y LA GARANTÍA DE SU DERECHO AL VOTO

La crisis política, económica y humanitaria en Venezuela desde 2014, que la Conferencia Episcopal Venezolana denuncia como “crisis social, económica y política que se ha convertido en una “emergencia humanitaria” moralmente inaceptable, caracterizada por el menosprecio a la dignidad humana, pues viola el derecho fundamental a la vida, a la educación, a la salud, a la integridad y al desarrollo”²; ha llevado a un desplazamiento masivo de venezolanos hacia diversos países. En efecto, según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), la cifra de personas refugiadas y migrantes venezolanas alcanzó los 3 millones a fines de 2018, con aproximadamente 2,4 millones, en América Latina y en el Caribe³. Según la misma ACNUR, para mayo de 2019, la cifra es de los 3,7 millones de personas y considera que la mayoría de las personas que están huyendo del país se encuentra en necesidad de protección internacional como personas refugiadas; y reiteró su llamado a los Estados para que permitan el acceso de los venezolanos y venezolanas a su territorio y la provisión de protección y estándares adecuados, destacando la necesidad fundamental de seguridad y libertad de las personas que se ven obligadas a huir para salvar sus vidas. Asimismo, el portavoz de ACNUR, Liz Throssell el 21 de mayo de 2019, señaló que, a finales del 2018, alrededor de 460.000 venezolanos solicitaron formalmente asilo en el extranjero, en su mayoría en los países vecinos en América Latina. Y, que ACNUR reconoce que el número de personas que salen de Venezuela plantea problemas complejos que pueden hacer inviable realizar una determinación de la condición de persona refugiada de manera individualizada, por lo que se recomienda a los estados que se haga “un reconocimiento grupal a la población venezolana desplazada como refugiada”. En razón de que considera que las circunstancias generales que conducen a la salida de ciudadanos venezolanos podrían estar contempladas en el espíritu de la Declaración de Cartagena, de lo que resulta una presunción de las necesidades de protección internacional⁴. Lo importante de esta declaración es una ratificación del

² Conferencia Episcopal Venezolana, “Carta Fraternal de los Obispos de Venezuela”, 10 de enero de 2020, I. 2 (<https://conferenciaepiscopalvenezolana.com/wp-content/uploads/2020/01/CARTA-FRATERNA-CXIII-ASAMBLEA-CEV-10-de-enero-de-2020.pdf>).

³ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (2018a): “La cifra de personas refugiadas y migrantes venezolanas alcanza los 3 millones”. (Disponible en: <https://www.acnur.org/noticias/press/2018/11/5be443b54/la-cifra-de-personas-refugiadas-e-inmigrantes-venezolanas-alcanza-los-3.html>).

⁴ <https://www.acnur.org/noticias/briefing/2019/5/5ce33ee54/acnur-la-mayoria-de-las-personas-que-huyen-de-venezuela-necesitan-proteccion.html>

criterio de ACNUR contenido en su Nota de Orientación sobre el flujo de venezolanos del 8 de noviembre de 2018⁵ de interpretación del derecho internacional para la aplicación de las leyes nacionales de migración, dado ciertos perfiles de venezolanos y venezolanas en situación de riesgo, a quienes se les debe aplicar la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. Lo cual representa un asunto novedoso, según el interesante comentario del abogado venezolano Rómulo Parra, en su artículo “La Nota de ACNUR sobre emigrantes venezolanos y el asilo”, en donde se contiene un interesante análisis acerca de la naturaleza de esta Nota de exhortación a los gobiernos donde el flujo de venezolanos es importante, para que incorporen los derechos de refugiados a su legislación y con relación a la procedencia de la aplicación de la calificación de refugiado a los venezolanos migrantes, por el requerimiento de su protección internacional en razón de la significativa proporción que ha alcanzado su movilidad. Ello por cuanto los estados receptores deberían aplicar “un tratamiento estándar similar a la protección internacional”, como lo destaca adicionalmente Rómulo Parra. Este autor señala igualmente que los ciudadanos venezolanos fueron los mayores solicitantes de protección internacional en España, con 3.960, que frente a las 596 solicitudes del 2015 representa un incremento de 560%, seguidos de los sirios con 2.975 y ucranianos con 2.570 (romuloparraabogado.com/asilo-en-espana-cifras-2016). Según el mencionado Rómulo Parra, el mayor número de solicitudes de protección internacional (asilo y protección subsidiaria) en España proviene de venezolanos y que lamentablemente la mayoría de estas solicitudes son denegadas; y en los casos en que procedería el asilo por razones políticas, el gobierno español ha preferido optar por el mecanismo de conceder la nacionalidad por carta de naturaleza, evitando de este modo pronunciarse sobre los motivos políticos del asilo. Y agrega que en los casos en que no se otorgara el asilo, porque no se dieran o no se probaran estos motivos, están dadas las circunstancias para que se reconozca la protección subsidiaria, luego de la Nota de ACNUR. E, incluso, en el supuesto de negarse la protección internacional, la legislación española contempla la posibilidad de permitir la estancia por razones humanitarias⁶.

Los estándares de protección internacional, de acuerdo con la Nota citada, que deberían reconocerse a la población venezolana desplazada, incluyen: mecanismos de recepción adecuados; permisos de estancia reconocidos y documentados; protección contra la detención arbitraria y prolongada; acceso a la vivienda,

⁵ <https://www.refworld.org/es/pdfid/5aa076f74.pdf>

⁶ <http://romuloparraabogado.com/nota-de-acnur-sobre-asilo-a-los-emigrantes-de-venezuela>. Según cifras oficiales divulgadas el 8 de enero del 2020 del por el Instituto Nacional de Estadística (INE) de España, el incremento de la población española de 47 millones de habitantes se debe a un saldo migratorio de 209.097 personas, “el más elevado que se registra en un semestre desde 2008”, primer año del que hay datos. Según los cuales los mayores incrementos porcentuales fueron los de las personas procedentes de Venezuela (18,1%), Honduras (15,4%) y Colombia (14%) (<https://talcauldigital.com/espana-supera-los-47-millones-de-habitantes-venezuela-aporta-cerca-de-25-mil-migrantes/>).

educación, atención médica y otros servicios básicos; libertad de circulación, excepto cuando sea justificada por razones de seguridad nacional, consideraciones de orden público o de salud pública; registro de nacimientos, muertes y matrimonios; seguridad física, incluyendo protección contra la violencia y la explotación sexual y de género; atención especial para los niños y las niñas separados y no acompañados, orientados por el interés superior del niño; respeto a la unidad familiar y a la localización y oportunidades para la reunificación con familiares que están separados de la familia; atención especial y mecanismos particulares para las personas con necesidades especiales, incluidas las personas con discapacidades; autosuficiencia u oportunidades laborales; y acceso al ACNUR y, según proceda, a otras organizaciones internacionales pertinentes, organizaciones no gubernamentales y de la sociedad civil⁷. Sin embargo, el representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en Venezuela, *Julio Roberto Meier*, precisó que, en la Nota en comento, no se otorga el estatus de “refugiado” a los emigrantes venezolanos, sino que busca exhortar a todos los países donde están llegando los venezolanos, como países receptores, a garantizarles el acceso a los derechos básicos. Y que un 8% y 9% son solicitudes de refugio de venezolanos, de 80 mil que maneja la ACNUR, y que estos casos están siendo estudiados⁸.

Al respecto debe recordarse que el derecho de asilo está reconocido como derecho humano fundamental en el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y desarrollado en la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de Nueva York de 1967; en el artículo XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y en el artículo 27 (7) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Y, aún más, señaló ACNUR que, en cualquier caso, la mayoría de venezolanos y venezolanas están en necesidad de protección internacional, de acuerdo con la definición ampliada de refugiado contemplada en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, que se aplica en América Latina. Esto, porque su vida, seguridad o libertad se ven amenazadas por circunstancias que están perturbando gravemente el orden público en Venezuela⁹. Según la Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela su número para diciembre de 2019 es de 4.769.498, que comprende la suma de migrantes, refugiados y solicitantes de asilo venezolanos, reportados por los gobiernos anfitriones. Sin embargo, no necesariamente implica una identificación individual, ni registro de cada individuo, por lo que incluye un grado de estimación, según la metodología de procesamiento de datos estadísticos utilizada

⁷ Ver ACNUR, Directrices sobre protección temporal o acuerdos de estancia, febrero de 2014, <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9761.pdf>, en particular los párrafos 13, 16-18.

⁸ <https://elmismopais.com/mundo/acnur-venezuela-no-le-otorgamos-estatus-refugiado-los-emigrantes-venezolanos/>

⁹ Por ejemplo, en España más de 28.000 venezolanos han solicitado asilo político en los primeros meses del año 2019, estimándose en 105 nuevos solicitantes, que supone un aumento del 50% respecto al 2018, lo que se considera un récord (<https://alnavio.com/noticia/19874/actualidad/la-migracion-venezolana-bate-otro-record-en-espana:-105-asilados-nuevos-por-dia-40.000-al-ano.html>).

por cada gobierno. Igualmente, como muchas de las fuentes de los gobiernos no toman en cuenta a venezolanos sin un estatus migratorio regular, es probable que el número total sea más alto. De la anterior suma se han concedido 2.152.521 permisos de residencia y de estancia regular y 751.732 han solicitado la condición de refugiado¹⁰.

Según el comisionado del Secretario General de la Organización de Estados Americanos (OEA), *David Smolansky*, la cifra de venezolanos en Colombia, convierten a ese país en la nación con más emigrantes provenientes del país suramericano, y que de no solucionarse la crisis social que enfrenta Venezuela, para el 2020, el número de venezolanos en Colombia podría alcanzar los 7 millones¹¹. El mismo *Smolansky* difundió cifras actualizadas para octubre de 2019, de los conacionales que se encuentran huyendo de las deplorables condiciones del país: Colombia, 1.6 millones. Perú, 900 mil. EEUU, 422 mil. Chile, 400 mil. Ecuador, 350 mil. Brasil, 170 mil, Argentina, 150 mil, Panamá, 100 mil. México, 70 mil, República Dominicana, 40 mil, Guyana, 36 mil, Costa Rica, 30 mil., Curazao, 26 mil, Canadá, 22 mil, Aruba, 16 mil, Uruguay, 10 mil, Bolivia, 10 mil. Es decir, un total de 4.352.000 de venezolanos, que representan la población más desplazada en el mundo sin una guerra convencional ni una catástrofe natural. La política en la región, según *Smolansky*, no puede ser colocar más restricciones a refugiados que huyen de una tiranía que causa hambre, violencia y enfermedades¹². En su mayoría son trabajadores migrantes que buscan un mejor empleo en el extranjero. Otra parte está compuesta por refugiados militantes políticos. Por ejemplo, diputados¹³ que huyen de la opresión. Otra parte son profesionales, diplomáticos, militares y empleados gubernamentales; empresarios y empleados de empresas

¹⁰ <https://r4v.info/es/situations/platform>.

¹¹ (<https://www.elvenezolanocolombia.com/2019/12/colombia-se-convierte-en-el-pais-con-mas-migrantes-venezolanos/>).

¹² <https://puntodecorte.com/cifras-oea-conozca-el-numero-de-migrantes-venezolanos-que-hay-en-cada-pais/>

¹³ La Asamblea Nacional elaboro un INFORME ESPECIAL SOBRE LA SITUACIÓN DE 108 PARLAMENTARIOS VENEZOLANOS (PERIODO LEGISLATIVO 2016-2021) SOMETIDOS A ACOSO O AGRESIÓN POR PARTE DEL ESTADO O DE SUS AGENTES OPRESORES, TALES COMO COLECTIVOS PARAMILITARES. (<https://www.infobae.com/america/venezuela/2019/05/15/quienes-son-los-108-di-putados-de-la-asamblea-nacional-de-venezuela-perseguidos-por-la-dictadura-de-nicolas-maduro/>). Entre el 28 de diciembre de 2015, tras el triunfo de la oposición en las elecciones parlamentarias del 6 de diciembre de este año , y el 16 de diciembre de 2019, con el reciente enjuiciamiento de los diputados Jorge Millán, Hernán Alemán, Carlos Lozano y Luis Stefanelli, 90 parlamentarios de oposición o disidentes del chavismo, tanto principales como suplentes, han sufrido algún tipo de persecución política, ya sea acoso de grupos irregulares y órganos de seguridad (59); enjuiciamiento por el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) sin respeto de su inmunidad parlamentaria (29); violación de su derecho a la identidad y circulación (14); suspensión de la Asamblea Nacional (AN) por el TSJ (6); inhabilitaciones sin juicio por

transnacionales; o miembros de organizaciones no gubernamentales y eclesiásticas; académicos y estudiantes. Según un estudio de Consultores 21 (C21) en **29% de los hogares venezolanos al menos un integrante del núcleo familiar ha emigrado**. En sus conclusiones C21 calcula que en promedio 1,97 personas han emigrado por núcleo familiar. Y que si se consulta a las familias de los emigrados si estos ciudadanos regresarán al país si mejora la situación económica y política, 26% de las familias que pueden ubicarse en los sectores clase baja y popular aseguran que sus familiares no regresarán al país. En el caso de la clase media y media alta 33% de las familias sostienen que sus allegados no volverán al país. En ambos grupos (clase baja/popular y clase media/media alta) 50% de los ciudadanos sostiene que sus familiares pudiesen regresar solo si mejoran las condiciones políticas y económicas del país. Y, de acuerdo con C21 la principal razón para abandonar Venezuela es la crisis económica. En efecto, **70% de los ciudadanos con un familiar que ha emigrado asegura que la decisión de irse de Venezuela se tomó por la situación económica**, mientras 22% sostiene que el detonante fue la situación política. Apenas 8% dice que la decisión está motivada para aprovechar oportunidades de estudios o profesionales. **El perfil del emigrante venezolano elaborado por C21 indica que 4 de cada 10 venezolanos quiere abandonar el país**. En comparación al estudio realizado durante el primer trimestre del año 2015, C21 señala que se ha duplicado el número de venezolanos que desean abandonar el país. Hace 2 años solo 20% de los ciudadanos decía que quería irse del país. Del grupo que quiere emigrar 50% están entre 25 y 44 años, y el 55% de los quieren emigrar se pueden ubicar entre la clase media y media alta. En este perfil se destaca que 44% de los que quieren emigrar aseguran que no reciben ayuda económica del gobierno venezolano¹⁴.

Ahora bien, el derecho al voto de los ciudadanos venezolanos residentes fuera del país, o sufragio desde el exterior o voto extraterritorial, es hoy día un derecho propio del sistema democrático, como parte de la ciudadanía o identidad que no se pierde, salvo renuncia; por ser un derecho privativo de los venezolanos, dado que es de la esencia de su nacionalidad y ciudadanía venezolana¹⁵. Aparte de los motivos de su migración estos migrantes soportan graves restricciones a sus derechos fundamentales, que constitucionalmente y legalmente se les reconoce, como el derecho al voto, ya que entre otras razones el ejercicio de este derecho se sujeta por el organismo electoral al requisito de la residencia legítima en el país receptor o se dificulta su accesibilidad por la ausencia o inexistencia de centros de inscripción o de votación consulares o se les exige documentación vigente. Para hacer

parte de la Contraloría General de la República (CGR); detención arbitraria, desaparición forzada y cárcel (3); y excarcelación con medidas sustitutivas (2). Esa persecución ha dado lugar a que 27 diputados hayan tenido que exiliarse (<https://www.accesoalajusticia.org/persecucion-politica-a-diputados-de-oposicion-o-disidentes-en-venezuela/>).

¹⁴ <https://www.diariolasamericas.com/america-latina/solo-111000-venezolanos-estan-inscritos-votar-el-exterior-n4142220/amp>

¹⁵ Ver artículos 32, 34, 35, 39, 40, 62 y 64, de la vigente Constitución.

frente a esta situación de manera democrática, se ha desarrollado una nueva concepción de los derechos políticos, e incluso de la nacionalidad o la concepción de ciudadanía, que atraviesa las fronteras nacionales con el fin de incluir a los emigrantes en los procesos electorales democráticos. Así, muchos países han otorgado a sus ciudadanos el derecho a votar desde el extranjero, o el sufragio desde el exterior o voto extraterritorial. Es decir, el voto activo de los emigrantes, e inclusive, otros países también reconocen el voto pasivo del exterior para la representación de sus expatriados. Ahora bien, como se dijo anteriormente, cerca de cuatro millones de venezolanos han emigrado según una encuesta realizada por Consultores 21 entre noviembre y diciembre del año 2017. Y, de acuerdo a la auditoría realizada en el mes de febrero de 2018, por el Consejo Nacional Electoral, había alrededor de veinte millones de venezolanos inscritos para los comicios presidenciales del 20 de mayo de dicho año, de los cuales solo 107.284 están registrados en el extranjero.

Por tanto, si no se habilita y facilita debidamente el registro electoral, dentro del registro consular, solo casi el 3% de más de cuatro millones venezolanos migrantes podrá votar. Además, la gran mayoría de los consulados a nivel mundial no tienen abierto el registro electoral, y algunos han sido clausurados¹⁶.

II. JUSTICIA PARA LOS DESPLAZADOS

El presente trabajo tiene como objeto el estudio de la garantía del derecho al voto de los derechos de venezolanos emigrantes desde el exterior, como consecuencia de la emergencia humanitaria compleja; teniendo como prioritario su derecho a ser considerado como refugiado; y principalmente su derecho a la igualdad y no discriminación en el ejercicio de sus derechos políticos. En efecto, la movilidad de estos venezolanos se origina en las graves y sistemáticas violaciones de sus derechos fundamentales que obligan mayoritariamente a las personas a dejar el país: vida, salud, privación de trabajo bien remunerado, escasez de ingreso para comprar alimentos, falta de educación, ausencia de los servicios esenciales. Por ello es importante levantar y analizar la normativa internacional y nacional atendiendo a los destinatarios, sean migrantes o refugiados, a los solicitantes de asilo, a los trabajadores migratorios entre otros. E identificar los derechos y obligaciones que les corresponden. Y en cuanto a la protección del derecho de igualdad y de no discriminación, resulta determinantes los mecanismos que permitan a los venezolanos en el extranjero acudir a los organismos internacionales para la protección de estos derechos a elegir y ser elegido a la población desplazada, actualmente discriminada de su ejercicio, aun cuando está previsto en la Constitución y en la ley; así como su derecho a la protección consular para acceder a la inscripción en el Registro Electoral Permanente, en el lugar de su residencia o al cambiar de domicilio, y eventualmente, optar a un cargo de elección popular estando fuera del país. Por tanto, dentro de las exigencias del proceso de transición democrática,

¹⁶ <https://es.euronews.com/amp/2018/05/17/-por-que-solo-cerca-del-3-de-los-millones-de-venezolanos-en-el-extranjero-va-a-votar->

concretamente de las garantías de elecciones libres y competitivas, entre otras garantías, es esencial la del derecho al voto para los venezolanos en el exterior, la ampliación de las jornadas de registro y la actualización del registro electoral. Y, por supuesto, la habilitación de las respectivas oficinas electorales consulares.

III. LA CRISIS HUMANITARIA VENEZOLANA POR DESCONOCIMIENTO Y VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EQUIPARABLE A MIGRACIONES POR CAUSA DE GUERRAS O DE CATÁSTROFE NATURAL

La situación de los derechos de los venezolanos desplazados aparece dramáticamente expuesta por la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, en su Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela de fecha 4 de julio de 2019, presentado en el 41 periodo de sesiones del Consejo de Derechos humanos (A/HRC/41/18)¹⁷, para lo cual llevó a cabo nueve (9) visitas para entrevistar a personas refugiadas y emigrantes venezolanos en la Argentina, el Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, España, México y Perú. Respecto de las personas emigrantes y refugiadas, expresa que el número de personas que se han visto obligadas a dejar Venezuela ha aumentado dramáticamente desde 2018, alcanzando más de 4 millones para el 6 de junio de 2019. En los países receptores Colombia acoge la mayor cantidad de personas, seguida por Perú, Chile, Argentina, Ecuador y el Brasil. Y que las violaciones de los derechos económicos y sociales que impulsan la migración también afectan a las condiciones en que las personas dejan el país, por la manera como se desplazan y por las situaciones de vulnerabilidad que afrontan durante la migración; cuyas condiciones críticas y situaciones de vulnerabilidad que son generadas en Venezuela se ven agravadas por los problemas que las personas migrantes afrontan en los países de tránsito y de destino, como la carencia de condición de migrantes regulares, las condiciones de vida indignas, explotación laboral, discriminación y de xenofobia. Asimismo, señala la Alta Comisionada, en su Informe mencionado, que las personas venezolanas tropiezan con obstáculos para obtener o legalizar su documentación, lo cual vulnera su derecho humano de salir del propio país y su derecho a tener una identidad. Estos obstáculos, según la citada Alta Comisionada, también tienen un impacto negativo en el derecho a adquirir una nacionalidad y en el derecho a vivir en familia e impide la reunificación familiar, la entrada y la residencia regulares. Y, concluyó, la mencionada Alta Comisionada, en su Informe, con relación a las personas migrantes y refugiadas venezolanas, que “*Las violaciones de los derechos humanos, incluido el derecho a la alimentación y salud, generan necesidades de protección basadas en leyes y estándares internacionales de derechos humanos, incluidas las obligaciones relacionadas con el no retorno. Además, estas violaciones crean situaciones de vulnerabilidad que caracterizan el proceso migratorio en todas sus etapas y que exigen la protección de los derechos humanos*”¹⁸. El anterior Informe de la Alta Comisionada de Derechos Humanos

¹⁷ https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/A_HRC_41_18_SP.pdf

¹⁸ Véase la Nota 7 sobre los servicios y derechos de las personas refugiadas.

de la ONU; se confirma con el estudio de ACNUR, de fecha 19 de julio de 2019, sobre los graves riesgos que afrontan mucho más de la mitad de los venezolanos desplazados, de los aproximadamente 3,3 millones que se encuentran actualmente en otros países de América Latina y el Caribe; y por lo que acoge con beneplácito la hoja de ruta para la integración de los ciudadanos venezolanos en América Latina, acordada por los gobiernos de la región el 5 de julio de 2019, en Buenos Aires, para facilitar la integración de las personas refugiadas y migrantes de Venezuela, incluso mediante el refuerzo de los procedimientos de registro y documentación, que prevé la creación de una Tarjeta de Información sobre Movilidad Regional como una de las prioridades para complementar los procesos de documentación¹⁹. Y, donde se afirmó, además, que la hoja de ruta forma parte del Proceso de Quito, dentro del cual se aprobó “*La Declaración de Quito sobre movilidad humana de ciudadanos venezolanos en la región*”²⁰, como una iniciativa liderada por los gobiernos con el objetivo de armonizar las políticas y prácticas estatales, coordinar la respuesta humanitaria, y mejorar el acceso a los servicios y derechos para las personas refugiadas y migrantes de Venezuela²¹. Ahora bien, en la realidad, por el contrario, estos países han extremado las condiciones para solicitar el refugio; o lo han sustituido por otras formas alternas de migración menos protegidas que las que procuran los instrumentos internacionales referidos a las personas refugiadas, sobre todo a quienes se desplazan por situaciones generales de violaciones masivas de derechos humanos o por alteraciones del orden público democrático. O, que obstaculizan gravemente sus derechos personales o familiares como migrantes forzados. Y en su exposición sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela, *Michelle Bachelet*, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en Ginebra, en 18 de diciembre de 2019, en la Sesión informativa del Consejo de Derechos Humanos, señaló que La Plataforma de Coordinación de Naciones Unidas para Refugiados y Migrantes de Venezuela estima que 4.7 millones de personas venezolanas han abandonado el país y proyecta que el número llegue a los 6.5 millones al final de 2020. Y mostro preocupación por el incremento de la migración irregular debido, por una parte, a los mayores requisitos de ingreso a algunos países de tránsito y destino, pero también, por las dificultades que las personas venezolanas están enfrentando en obtener su documentación de viaje del gobierno venezolano. Lo que en la realidad es como vivir preso en el extranjero por falta de pasaporte. *David Smolansky*, comisionado de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la crisis de refugiados y migrantes de Venezuela, por su parte, estimo en casi 2 millones y medio de venezolanos que no tienen documentación

¹⁹ <https://www.elvenezolanocolombia.com/2019/07/acuerdan-hoja-de-ruta-para-la-integracion-de-venezolanos/>

²⁰ <https://www.cancilleria.gob.ec/declaracion-de-quito-sobre-movilidad-humana-de-ciudadanos-venezolanos-en-la-region/>

²¹ <https://reliefweb.int/report/ecuador/protection-monitoring-venezuela-situation-update-1-january-june-2019>

o que sus papeles están próximos a vencerse²². A esto se agrega que, recientemente, las autoridades venezolanas incrementaron en un 70% los costos para expedir pasaportes, al fijarlo en Bs. 8.364.320 (\$170), es decir, en un equivalente a 54 salarios mínimos, puesto que el salario mínimo para octubre de 2019 es de 150 mil bolívares, que más los 150 mil bolívares que corresponden a la llamada a Cesta Ticket Socialista, alcanza la suma de 300 mil bolívares que equivalen a 6\$, para diciembre de 2019²³. Además, afirmó la Alta Comisionada mencionada que ha crecido la utilización de rutas más peligrosas y la exposición al tráfico y trata de personas. Y que su Oficina recibió información de que entre abril y junio de 2019; 102 migrantes que se dirigían a las islas del Caribe en tres embarcaciones habrían desaparecido por razones aún no esclarecidas y que, hasta la fecha, se desconoce el paradero de 32 mujeres, 10 adolescentes, tres niños y 46 hombres²⁴. Sobre las mujeres migrantes, la embajadora *Milagros Betancourt*, afirma, que *“En el caso de la mujer que se ve forzada a migrar, en cualquiera de las condiciones que antes hemos referido, bien sea como cabeza de familia, o como soporte principal de la misma, se enfrenta a circunstancias desconocidas que debe sortear con fortaleza y para lo cual requiere del apoyo social e institucional. Sabemos, que la mujer migrante forzada y sola, es víctima propicia para caer en las redes de corrupción vinculadas a la prostitución y trata de personas, para lo cual debemos exigir a los Estados fortalezcan los mecanismos de prevención y lucha contra estos flagelos. La mujer migrante, sea voluntaria o forzada, debe contar con un apoyo psicológico para poder avanzar en la construcción de una vida nueva en el lugar de destino., cualquiera sea la condición en la que llegue”*²⁵.

Según el estudio divulgado por el Instituto Brookings en fecha 9 de diciembre de 2019, la crisis humanitaria de Venezuela está a punto de superar a la de los refugiados sirios y en los próximos meses podría convertirse en la más grande de la historia moderna. En efecto dicho informe hace la comparación entre 4,6 millones de venezolanos que han abandonado su país hasta 2019 y 4,8 millones de refugiados que han abandonado Siria. Sin embargo, advierte que la migración de Siria ya está contenida y la de Venezuela tiende a incrementarse. Dicho instituto prevé que 6,5 millones de venezolanos residan en el exterior para 2020, según

²² (<https://www.infobae.com/america/venezuela/2019/12/14/david-smolansky-nicolas-maduro-genero-una-crisis-migratoria-similar-a-la-de-un-pais-en-guerra/>).

²³ El 7 de diciembre de 2019, el Saime reveló que el trámite de un nuevo pasaporte se ubicaba en bs. 8.364.320 (\$170), mientras que la prórroga pasaba a costar bs. 4.182.160 (\$85), golpeando aún más el débil bolsillo del venezolano, fuertemente afecto por la hiperinflación. Ya para octubre de 2018 quienes lo tramitaban desde el extranjero, debían pagar \$200 para la emisión y \$100 para la prórroga (<https://elestimulo.com/vivir-presos-en-el-extranjero-sin-pasaporte/>).

²⁴ <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25438&LangID=S>.

²⁵ Ver, Milagros Betancourt, “Mujeres refugiadas y/ o Desplazadas en el caso venezolano de acuerdo al ACNUR”, en Foro: *“Las mujeres venezolanas ante la emergencia humanitaria y la migración forzada”*, Asociación Civil Mujer y Ciudadana, VIII Cumbre de Las Américas, Lima Perú, abril 2018, pp. 15-25.

cifras de la Agencia para los Refugiados de la ONU (ACNUR), y que si la crisis humanitaria en Venezuela empeora llegarán a ocho millones. El documento resalta que, a diferencia de otras crisis de refugiados, la de Venezuela no es resultado de una guerra o conflicto convencional, pero que las condiciones que enfrentan diariamente los venezolanos en su país no son muy diferentes de una zona de guerra. En efecto, según el mencionado informe: *“El colapso económico, que precedió a las sanciones internacionales, se destaca porque no fue provocado por fuerzas externas o disturbios internos: fue fabricado por aquellos en el poder y, por lo tanto, totalmente evitable”*, señala el informe citado. El estudio de Brookings mencionado afirma que los venezolanos que huyen son refugiados y se merecen las protecciones asociadas con esa condición, pero hasta ahora el peso de esas responsabilidades ha caído en los vecinos de la región, especialmente Colombia, Ecuador y Perú, los cuales han recibido muy poco apoyo de la comunidad internacional en comparación con otros desplazamientos históricos. El informe dice que no hay soluciones sencillas porque la crisis es políticamente compleja, extendida e involucra a más de 17 naciones receptoras de refugiados, y propone una mayor coordinación entre estas naciones y donantes. *“La crisis de los refugiados venezolanos ya ha alcanzado una escala global. Por eso, ahora requiere que la respuesta también sea de nivel global”*, concluye el estudio de Brookings²⁶. Por esta grave situación, *Mark Lowcock*, Subsecretario General de la ONU para Asuntos Humanitarios y Ayuda de Emergencia, presentó el 2 de diciembre de 2019 en Ginebra, Suiza, la lista de necesidades prioritarias para la que necesita financiamiento. En Venezuela, donde el requisito de financiación es de 1.35 mil millones de dólares para 3.8 millones de personas en 2020, las necesidades son superiores a los recursos asignados, dijo el funcionario de la ONU. Según *Lowcock*, se necesita un *“aumento sustancial de la asistencia humanitaria para los venezolanos, para los que están dentro de su país y una duplicación aproximada de la asistencia para los que abandonaron el país”*, expresó el funcionario²⁷.

En Venezuela, la crisis económica ha llevado a una reducción de los ingresos de muchas familias y obligado a que millones de ellos migren a otros países del mundo, pero Colombia ha recibido el mayor número de venezolanos hasta ahora²⁸. Ya son cuatro años en los que las fronteras, según *David Smolansky*, Comisionado de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la crisis de refugiados y migrantes de Venezuela, se han desbordado de venezolanos que desde 2018 huyen de la emergencia humanitaria. Migración forzada que considera es producto de un *“Estado criminal”* que sistemáticamente viola los derechos humanos, puesto que ha generado unas consecuencias migratorias similares a la de una nación que ha pasado por una guerra o por una catástrofe natural devastadora, puesto que en Venezuela 7 millones de personas requieren asistencia humanitaria;

²⁶ <https://www.voanoticias.com/a/desplazamiento-de-venezolanos-superara-a-siria-preve-estudio/5201484.html>

²⁷ <https://www.analitica.com/actualidad-internacional/venezuela-en-la-lista-de-prioridades-humanitarias-para-la-onu-en-2020/>

²⁸ <https://www.voanoticias.com/a/onu-venezuela-ayuda-humanitaria/5192481.html>

las mujeres embarazadas se refugian en las fronteras para dar a luz ante la escasa atención médica; 101 personas han muerto en naufragios intentado buscar refugio en otros países. Indico, además, por ejemplo, que 70% de las mujeres que están dando a luz en Cúcuta y Boa Vista son venezolanas. 60% de las que dan a luz son embarazos de alto riesgo y 20% de las migrantes son menores de edad. Por estos motivos, añade *Smolansky*, así como por la violación masiva de derechos humanos, a este desplazamiento la comunidad internacional debe darle una interpretación y dimensión global. Porque los venezolanos no llegan a esos países extranjeros por decisión propia, sino porque huyen de un Estado criminal²⁹.

La Asociación Civil Mujer y Ciudadanía, en la VIII Cumbre de Las Américas de “*Gobernabilidad democrática frente a la corrupción*”, celebrada en Lima, en abril de 2018, afirmó que la migración forzada de personas, en un grande número, huyen del país buscando aliviar la situación originada por las circunstancias imperantes en Venezuela y que ha propiciado el delito de corrupción de trata de personas, afectando fundamentalmente los derechos humanos de la mujer venezolana, Señaló, también que según el Índice Global de Esclavitud de la Fundación Walk Freeda de 2016, Venezuela ocupa el lugar 18 de 52 naciones con mayor población en condición de esclavos, e indica que de las 198.900 víctimas venezolanas, 70% son mujeres y 25% niños entre 7 y 14 años. La citada Asociación con fundamento en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, que considera este delito como delincuencia organizada, cuya impunidad por parte de las instituciones públicas afecta gravemente derechos fundamentales de las mujeres y niños; planteo en el Foro de “*La Sociedad Civil, y los Actores Sociales*”, que “*Que en el sistema interamericano se acoja la Resolución 2/18 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como marco de responsabilidad compartida y en conjunto con la comunidad internacional, para la elaboración e implementación de políticas públicas, leyes y prácticas dirigidas a abordar y prevenir la situación de la migración y necesidades de protección internacional de personas venezolanas, para el ejercicio del derecho de buscar y recibir asilo, así como para prestar y facilitar asistencia humanitaria y medidas de integración y resiliencia de personas venezolanas*”. Y propuso además que la Comisión Interamericana de Mujeres de la Organización de Estados Americanos incluya la protección de los derechos de las mujeres migrantes forzadas como área programática prioritaria en los ejes

²⁹ (<https://www.infobae.com/america/venezuela/2019/12/14/david-smolansky-nicolas-maduro-genero-una-crisis-migratoria-similar-a-la-de-un-pais-en-guerra/>). Sobre la calificación de refugiado al desplazamiento masivo y forzado de venezolanos por la crisis humanitaria, la alteración del orden público y por la violación masiva de derechos humanos, según los criterios de orientación establecidos por ACNUR respecto de la migración masiva de venezolanos, el Bloque Constitucional de Venezuela produjo un documento. Ver, *Duque Corredor, Román J.*, “*Aplicación de la definición de refugiado de la Declaración de Cartagena a las personas venezolanas desplazadas y su derecho humano al asilo*”.

temáticos de promoción de la igualdad de género y eliminación de la discriminación y de prevención y sanción de la violencia de género en el Plan Estratégico 2016-2026³⁰.

Sobre el agravamiento de la situación de los derechos humanos en Venezuela, en la Sesión informativa del Consejo de Derechos Humanos, *Michelle Bachelet*, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en Ginebra, en 18 de diciembre de 2019, presento su exposición, en base a la Carta de Entendimiento del 20 de septiembre de 2019, que firmo junto con el Canciller del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela, y según los términos de cooperación establecidos por un periodo renovable de un año, por la que formalizo la presencia de dos oficiales de derechos humanos en Venezuela, que pudieron acceder a todo el territorio, incluyendo a centros de detención. En dicha exposición la citada Alta Comisionada afirmó, entre otros motivos de violación de derechos humanos, con el apoyo también de las organizaciones de la sociedad civil en la promoción de los derechos humanos, señaló las siguientes situaciones y exhortaciones³¹:

1. La existencia de personas privadas de libertad (109 hombres y nueve mujeres), que requieren de una respuesta urgente por motivos de salud, retrasos judiciales, falta de ejecución de boletas judiciales de excarcelación, y/o falta de excarcelación por cumplimiento de pena.
2. La excarcelación en septiembre y octubre de 28 personas (24 hombres y cuatro mujeres) privadas de libertad por motivos políticos, pero que exhortaba a las autoridades a liberar incondicionalmente a todas las personas detenidas por motivos políticos, incluyendo a militares.
3. Reitero su llamado para que se continúe dando cumplimiento a las opiniones del Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria y, en consecuencia, se otorgue libertad plena al diputado Juan Requesens.
4. En el juicio por el supuesto intento de magnicidio contra el Presidente Maduro, por el cual están siendo juzgados 14 hombres y tres mujeres, en las primeras sesiones solo se permitió el acceso de las partes y algunos familiares a la sala de la audiencia. Y, que restricciones similares se presentaron en la primera audiencia de juicio en contra del que era director del despacho de la presidencia de la Asamblea Nacional, Roberto Marrero. He insto al poder judicial a garantizar el derecho a un juicio justo, incluyendo el derecho a la defensa y el principio de publicidad.
5. La situación económica y social sigue afectando los derechos económicos y sociales. Según la CEPAL, en 2019 la economía sufrirá una contracción del

³⁰ Foro: “*Las mujeres venezolanas ante la emergencia humanitaria y la migración forzada*”, Asociación Civil Mujer y Ciudadana, Propuesta y Pronunciamiento de Lima de Mujer y Ciudadana dentro del Marco de la VIII Cumbre de Las Américas, para solicitar Protección Internacional y Asistencia Humanitaria para las Migrantes Forzadas Venezolanas (Lima, Perú 2018, p. 37-49).

³¹ <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25438&LangID=S>

25.5%, alcanzando una pérdida acumulada del PIB del 62,2% desde 2013³². A pesar de que en los meses recientes se ha registrado una mejoría en el abastecimiento de alimentos, tan sólo una minoría de la población con acceso a divisas puede cubrir regularmente los altos precios de los alimentos debido a la hiperinflación y la dolarización de facto de la economía.

6. A pesar que en octubre el Gobierno decretó un incremento del 375% del salario mínimo, éste ha perdido su poder adquisitivo frente a la canasta básica alimentaria en un 72.5% desde principios de 2019. El salario mínimo sólo cubre actualmente el 3.5% de la canasta básica alimentaria³³.

7. Continúan las fallas de los servicios públicos. Uno de los estados especialmente afectados es Zulia. Mi Oficina, dijo la Alta Comisionada, realizó una visita a Maracaibo en la que constató las larguísimas colas para comprar combustible y los cortes prolongados y reiterados de electricidad, que además afectan el suministro de agua. Los derechos a la salud y a la educación también han sido afectados, principalmente por falta de personal, infraestructura deficiente y falta de insumos. Millares de zulianos/as han migrado al extranjero o a la capital del país.

8. La situación de riesgo de niñas, niños y adolescentes es preocupante. Una muestra de ello es el Hospital Pediátrico J.M. de los Ríos, donde el último mes se recibió información de la muerte de tres niñas del servicio de hematología y un niño del servicio de oncología. De los 39 niños y niñas con necesidad de un trasplante de médula ósea, 15 se encuentran en una situación crítica.

9. Durante el mes de noviembre, Caritas informó que, en las parroquias más pobres de 19 estados del país, 11.9% de los niños y niñas muestran señales de malnutrición aguda -un alza de 56% en contraste con el 2018- y que 32.6% tienen retardo en el crecimiento. Caritas también informó que 48.5% de las mujeres embarazadas atendidas tienen deficiencias nutricionales.

10. Según el registro del Observatorio Venezolano de Conflictividad Social, se han realizado 16.439 protestas en lo que va del año. En los últimos tres meses, se han registrado 4.433 protestas, de las cuales la mayoría han sido lideradas por trabajadores/as del sector educativo, de la salud y de las industrias básicas, argumentando las malas condiciones laborales y la falta de insumos y equipamientos básicos en centros educativos y hospitalarios.

11. El 16 y 21 de noviembre se convocaron movilizaciones nacionales por la oposición, estudiantes y simpatizantes del gobierno. El despliegue de fuerzas de seguridad fue considerable en el contexto de las protestas convocadas por la oposición y los estudiantes. En algunos casos, las fuerzas de seguridad dispersaron a las y los manifestantes para impedir que se concentraran. Se registraron más de 20 detenciones en este contexto, de las cuales al menos cinco personas siguen detenidas en el estado de Lara.

12. Ante la ausencia de cifras oficiales públicas y actualizadas, el Observatorio Venezolano de Violencia estimó una tasa de 60,3 homicidios violentos por

³² (https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44674/179/EEE2019_Venezuela_es.pdf).

³³ (Centro de documentación y análisis para los trabajadores (CENDA). <http://cenda.org.ve/default.asp>).

cada 100,000 habitantes de enero a noviembre de 2019. Aunque ello implica una disminución respecto al 2018, constituye una de las tasas más altas de la región.

13. Se reitera la preocupación por los niveles de violencia que en los últimos meses también ha impactado en líderes políticos locales, como lo ilustran los asesinatos del ex concejal opositor Edmundo “Pipo” Rada Angulo y del ex gobernador oficialista Johny Yáñez Rangel.

14. Desde agosto a la fecha han seguido documentando alegaciones de presuntas ejecuciones extrajudiciales por miembros de las Fuerzas de Acciones Especiales (FAES), principalmente en contra de jóvenes varones, en el contexto de operativos de seguridad en barrios marginales.

15. Su Oficina sigue registrando altos niveles de violencia y la presencia de grupos armados irregulares en el Estado de Bolívar, involucrados en la explotación ilegal de recursos naturales en el Arco Minero del Orinoco. Entre el 22 y 23 de noviembre, en la comunidad de Ikabarú, ubicada en el territorio indígena Pemón, fueron asesinadas ocho personas con armas de fuego, incluyendo un sargento de la Guardia Nacional Bolivariana, un indígena Pemón y un adolescente. El Ministerio Público anunció la detención de 13 presuntos responsables de la matanza, quienes serían miembros de una banda delictiva que buscaba apoderarse del territorio para practicar la minería ilegal.

Bajo este contexto de violación de derechos humanos, la Alta Comisionada, en relación al proceso de migración masiva concluye: *“La Plataforma de Coordinación de Naciones Unidas para Refugiados y Migrantes de Venezuela estima que 4.7 millones de personas venezolanas han abandonado el país y proyecta que el número llegue a los 6.5 millones al final de 2020. Me preocupa el incremento de la migración irregular debido, por una parte, a los mayores requisitos de ingreso a algunos países de tránsito y destino, pero también, por las dificultades que las personas venezolanas están enfrentando en obtener su documentación de viaje. Recientemente, las autoridades venezolanas incrementaron en un 70% los costos para expedir pasaportes, un costo equivalente a 54 salarios mínimos. Ha crecido la utilización de rutas más peligrosas y la exposición al tráfico y trata de personas. Mi Oficina recibió información de que entre abril y junio de 2019, 102 migrantes que se dirigían a las islas del Caribe en tres embarcaciones habrían desaparecido por razones aún no esclarecidas. Hasta la fecha, se desconoce el paradero de 32 mujeres, 10 adolescentes, tres niños y 46 hombres”*. Recuérdese que la prenombrada Alta Comisionada, *Michel Bachelet*, en su Informe de fecha 4 de julio de 2019, presentado al Consejo de Derechos Humanos de la ONU, calificó a las personas migrantes y refugiadas venezolanas dentro de los Grupos en Situación de Riesgo, cuyas situaciones de vulnerabilidad que son generadas en Venezuela se ven agravadas por los problemas que afrontan en los países de tránsito y de destino, como la carencia de condición de migrantes regulares, que tropiezan con obstáculos para obtener o legalizar su documentación, lo cual vulnera su derecho a salir del propio país y su derecho a tener una identidad³⁴.

³⁴ https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/A_HRC_41_18_SP.pdf (V.B.72.73).

Es decir, que existen elementos de convicción de violación masiva de derechos humanos para que los gobiernos de la región, que suscribieron la Declaración de Cartagena, puedan calificar de refugiados a las personas de la población venezolana que lo soliciten. Tal calificación pudiera ser determinante para que esa población pueda ejercer su derecho al voto en el exterior o transnacional, en sus países de origen, que será objeto de los próximos acápite, cuyo objeto es precisar si tal derecho puede inscribirse entre los derechos protegidos por el sistema interamericano de protección de derechos humanos.

Esta consideración de carácter conceptual resulta fortalecida por la Resolución 04/19 aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 7 de diciembre de 2019, que estableció los PRINCIPIOS INTERAMERICANOS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE TODAS LAS PERSONAS MIGRANTES, REFUGIADAS, APÁTRIDAS Y LAS VÍCTIMAS DE LA TRATA DE PERSONAS³⁵, cuya finalidad es orientar a los Estados Miembros de la OEA en sus deberes de respetar, proteger, promover y garantizar los derechos humanos de todas las personas independientemente de su nacionalidad o situación migratoria, incluidos las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas. Principios estos que, según la misma Resolución, sirven de guía a las autoridades estatales en el desarrollo de legislación, reglamentación, decisiones administrativas, políticas públicas, prácticas, programas y jurisprudencia pertinente. Es decir, que los *PRINCIPIOS INTERAMERICANOS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE TODAS LAS PERSONAS MIGRANTES, REFUGIADAS, APÁTRIDAS Y LAS VÍCTIMAS DE LA TRATA DE PERSONAS*, es una fuente de derecho internacional de derechos humanos, que en las constituciones nacionales se incorporan al derecho interno, como ocurre con la Constitución de Venezuela, en cuya Exposición de Motivos, se expresa: “*Se reconocen como fuentes en la protección de los derechos humanos, a los tratados internacionales suscritos y ratificados por la Republica en esta materia y las leyes que los desarrollen. Al respecto, con el objeto de reforzar la protección de los referidos derechos se establece que los tratados, pactos, convenciones internacionales en esta materia, suscritos y ratificados por Venezuela, prevalecen en el orden interno en la medida que contengan normas, convenciones internacionales en esta materia, suscritos y ratificados por Venezuela, prevalecen en el orden interno en la medida en que contenga normas sobre el ejercicio de los derechos humanos más favorables a las contenidas en la Constitución y en las leyes, siendo sus disposiciones de aplicación directa e inmediata por los tribunales de la Republica y demás órganos que ejercen el Poder Público*”. Declaración esta que los artículos 19 y 23 de la vigente Constitución convierten en normas de jerarquía constitucional. En este orden de ideas, la Resolución mencionada, dentro de los derechos de los migrantes, consagra como Principio 31, la Participación política, en estos términos: “*Todo migrante tiene derecho a participar en la vida civil y política de su comunidad en su Estado de origen y en la conducción de los asuntos públicos. Este*

³⁵ <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Principios%20DDHH%20migrantes%20-%20ES.pdf>

derecho comprenderá la libertad de participar en los asuntos públicos del Estado de origen y el derecho a votar y ser elegido en las elecciones de ese Estado, de conformidad con su legislación". Derecho este, que conforme al Principio 12, de No discriminación e igualdad de protección, la situación migratoria o de residencia no puede ser motivo para su no reconocimiento o para impedir su pleno ejercicio. Por tanto, el Principio 31, de la citada Resolución, la cual es un desarrollo de innumerables tratados, pactos y convenciones: es de aplicación preferente a los artículos 124, de la Ley Orgánica de Procesos electorales, y 24 y 26, de su Reglamento, que establecen que solo podrán sufragar en el exterior los electores venezolanos que posean residencia o cualquier otro régimen que denote legalidad de permanencia en el país de acogida, tal como se explicara más adelante. Aparte de lo anterior, según el Principio 4: Personalidad Jurídica, de los referidos Principios: "Todo migrante, cualquiera que sea su situación migratoria, tiene derecho a acceder y poseer todos los documentos necesarios para el goce y ejercicio de sus derechos, tales como pasaportes o documentos válidos de viaje, documentos de identidad, certificados de nacimiento y certificados de matrimonio. Los países de tránsito y destino deben facilitar la expedición de documentos de identidad y estado civil, así como coordinar con las representaciones consulares pertinentes para garantizar el acceso a documentos de identidad. Debe considerarse la posibilidad de conceder la exención o reducción de los costos de expedición de dichos documentos, teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad en la que se encuentren las personas".

IV. EL SUFRAGIO EXTRATERRITORIAL O EL VOTO EN EL EXTRANJERO

Situaciones como la anteriormente expuesta ha promovido estudios sobre migración y transnacionalismo político, partiendo del concepto de sufragio transnacional³⁶. Ello en razón, de que "pese a que el contenido de la Carta Internacional

³⁶ Ver *Emmerich, Gustavo Ernesto, y Xiomara Peraza Torres (2011): "Sufragio transnacional. Experiencias latinoamericanas de voto desde el exterior y voto de los extranjeros"*, en Gustavo Ernesto Emmerich and Ludger Pries, *La transnacionalización. Enfoques teóricos y empíricos*, México, Universidad Autónoma Metropolitana y Miguel Angel Porrúa editor. Asimismo, "Sufragio Transnacional y Extraterritorial. Experiencias Comparadas" de Gustavo Ernesto Emmerich y Víctor Alarcón Olguin, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Iztapalapa, México 2016 ([huhttps://www.iidh.ed.cr/capel2016/media/1256/sufragio-transnacional.pdf](https://www.iidh.ed.cr/capel2016/media/1256/sufragio-transnacional.pdf)manos). (file:/// D:/sufragio-transnacional.pdf). E, igualmente, "Sufragio transnacional: Votantes argentinos, ecuatorianos, peruanos y venezolanos en México", 2011-2013, Gustavo Ernesto Emmerich, José Antonio Carrera Barroso (<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5035/6.pdf>). "Voto en el extranjero El manual de IDEA Internacional" <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/voto-en-el-extranjero-el-manual-de-idea-internacional.pdf>). Y, "Estudios electorales en Perspectiva Internacional Comparada", (Concepto y desarrollo de la Serie Carlos Navarro Fierro. Con la colaboración de: Alejandra Robles Ríos, Julia Almaraz Anaya, Mariana

de los derechos humanos estableció con claridad que los derechos políticos forman parte del conjunto de derechos que gozan todas las personas en el mundo y que son inalienables, lo cierto es que su ejercicio ha estado condicionado a la evolución de los sistemas democráticos en cada país. De hecho, si revisamos la conceptualización de los procesos de transición a la democracia que tuvieron auge en las últimas dos décadas del siglo pasado, es evidente que las normas para garantizar el ejercicio de los derechos políticos (votar y ser votado) se han modelado en función de las preocupaciones y prioridades de cada nación³⁷. En este orden de ideas, se entiende por sufragio transnacional un conjunto de prácticas que comprenden principalmente: a) el voto desde el exterior; b) la representación política a los emigrantes; c) el voto de los residentes extranjeros, y d) la representación política de estos últimos (Emmerich y Peraza, 2011). Esta doctrina explica que, en primer lugar, la noción de sufragio incluye no sólo el simple acto de depositar un voto en la urna, sino también las leyes, los derechos y las prácticas políticas intrínsecamente ligados a este acto. Además, incluye las no-acciones de los abstencionistas, es decir, de las personas que deciden no acudir a votar. Asimismo, sufragio involucra tanto a la votación activa (el derecho a emitir un voto) como la votación pasiva (el derecho a ser votado, es decir, la elegibilidad). En caso de que exista el sufragio pasivo, esto implica, o bien que ciudadanos residentes en el exterior pueden ser electos para posiciones de representación política en su país de origen, o bien que residentes extranjeros pueden ser electos para similares posiciones en su país huésped. Ahora bien, como la misma doctrina lo aclara, que aparte de los motivos por los que viven en el extranjero, hay una dificultad para ejercer sus derechos políticos. Por un lado, porque, aunque su respectivo país de origen le conceda el derecho al voto en el exterior, sin embargo, con frecuencia el ejercicio de este derecho está ligado a la acreditación de la residencia legal en el país de destino. Como ocurre en el caso de los venezolanos que se encuentran en el exterior. En efecto, el artículo 124 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales establece que solo podrán sufragar en el exterior los electores que posean residencia o cualquier otro régimen que denote legalidad de permanencia en el país de acogida. Aparte, de esto, recuérdese lo explicado por la Alta Comisionada de Derechos Humanos, *Michelle Bachelet*, del incremento por una parte de requisitos de ingreso a algunos países de tránsito y destino y las dificultades que las personas venezolanas están enfrentando en obtener su documentación de viaje.

Sánchez Rodríguez, José Luis Escutia: (<https://www.undp.org/content/dam/undp/library/Democratic%20Governance/Electoral%20Systems%20and%20Processes/Voto%20en%20el%20Extranjero%20en%2018%20Países%20de%20América%20Latina.pdf>).

³⁷ *Estudios electorales en Perspectiva Internacional Comparada*, (Concepto y desarrollo de la Serie Carlos Navarro Fierro. Con la colaboración de: Alejandra Robles Ríos Julia Almaraz Anaya Mariana Sánchez Rodríguez José Luis Escutia: <https://www.undp.org/content/dam/undp/library/Democratic%20Governance/Electoral%20Systems%20and%20Processes/Voto%20en%20el%20Extranjero%20en%2018%20Países%20de%20América%20Latina.pdf>. Prólogo, p. 8.

Precisando la noción de voto en el extranjero, o mejor dicho “*desde el extranjero*”, la doctrina precisa que este es el derecho que corresponde a electores “*que residen o que incluso se encuentran en tránsito por el extranjero, para lo cual han de preverse la oportunidad, las reglas y procedimientos y, de ser el caso, facilidades tanto para registrarse, como para emitir su voto sin necesidad de retornar o trasladarse al territorio nacional*”. Derecho este que depende de “*la viabilidad política y jurídico-institucional de las iniciativas para regular el voto en el extranjero, como los atributos (cobertura y alcance) de los dispositivos que, en su caso, se adopten para su instrumentación, y que pueden depender en muy buena medida del sentido y amplitud que se le dé al concepto de elector en el extranjero, que no es unívoco en absoluto*”³⁸. Y, que según, Niall McCann, Asesor Principal en Políticas Electorales de la Oficina de Apoyo a Políticas y Programas Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, en la política democrática desempeña un papel determinante la decisión de otorgarle a ciertos grupos de ciudadanos afincados en el extranjero (por ejemplo, los refugiados) el voto en algunas elecciones, en donde son temas complejos. Y, que, por tanto, la garantía de ese derecho se considera parte de unas elecciones democráticas y como un paso clave hacia una gobernabilidad civil, democrática y responsable; e inclusive para la legitimidad del proceso electoral y cuya aceptación de sus resultados son cruciales para afianzar la paz sostenible. Y, que, por lo tanto, el reconocimiento y la garantía del derecho al voto desde el exterior, es también una cuestión elemental que resulta indispensable abordar para garantizar un proceso electoral legítimo y creíble³⁹. Derecho este, que hoy día es de interés del derecho internacional democrático, en razón del importante repunte de los flujos migratorios internacionales que ha propiciado que, según datos para 2013 provistos por Naciones Unidas y la Organización Europea para la Cooperación y el Desarrollo, que cerca del 2% de la población mundial reside en un país distinto al de su nacimiento, lo que no puede impedir la titularidad y el goce de sus derechos políticos⁴⁰. En este contexto, los principales objetivos que suelen esgrimirse internacionalmente en favor del voto desde el exterior destacan los siguientes: 1) Contribuir con la legitimación de un renovado orden político o electoral. 2) Saldar, así sea de manera simbólica, una factura con quienes se vieron forzados al exilio por la imposición de regímenes autocráticos. Y, 3) Preservar, restaurar o fortalecer los lazos de unión con la diáspora⁴¹. Propósitos que se justifican plenamente en razón de la forzada diáspora venezolana de los últimos 19 años.

Aparte de lo anterior, conforme de los estándares internacionales, la exigencia a los migrantes venezolanos de la acreditación para la inscripción en el registro electoral permanente de la residencia legal en el país receptor, representa una violación del principio del derecho internacional de igualdad y no discriminación;

³⁸ *Estudios electorales en Perspectiva Internacional Comparada*, citado anteriormente (p.19).

³⁹ *Estudios electorales en Perspectiva Internacional Comparada*, citado (p. 11).

⁴⁰ Loc. Cit, p. 21.

⁴¹ Loc. Cit, p. 23-25.

que se entiende como principio rector, como derecho y como garantía, y se trata de “*un principio cuya trascendencia impacta en todos los demás derechos consagrados a nivel del derecho interno y del derecho internacional*”⁴²; como el derecho de participación política y del sufragio universal. Por lo que, según el *Principio 31, la Participación política*, de Los PRINCIPIOS INTERAMERICANOS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE TODAS LAS PERSONAS MIGRANTES, REFUGIADAS, APÁTRIDAS Y LAS VÍCTIMAS DE LA TRATA DE PERSONAS: “*Todo migrante tiene derecho a participar en la vida civil y política de su comunidad en su Estado de origen y en la conducción de los asuntos públicos. Este derecho comprenderá la libertad de participar en los asuntos públicos del Estado de origen y el derecho a votar y ser elegido en las elecciones de ese Estado, de conformidad con su legislación*”. Derecho este, que conforme al *Principio 12, de No discriminación e igualdad de protección*, la situación migratoria o de residencia no puede ser motivo para su no reconocimiento o para impedir su pleno ejercicio.

V. EL ESTATUTO QUE RIGE EL PROCESO DE TRANSICIÓN HACIA LA DEMOCRACIA Y EL VOTO DESDE EL EXTERIOR

La celebración de elecciones es la etapa definitiva del itinerario de democratización y reinstitucionalización del país, según el artículo 2º, del Estatuto que rige la Transición a la Democracia para reestablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobado por la Asamblea Nacional el 5 de febrero de 2019. Elecciones que el mismo Estatuto considera que han de ser elecciones libres, transparentes y competitivas y que además deben ser justas; de modo que rescaten las condiciones de integridad electoral y permitan la realización de una elección presidencial correspondiente al término del período presidencial 2019-2025 (Artículos 6º, numeral 8; y 30). Ello como parte de la renovación de los demás Poderes Públicos, por lo que han de adoptarse medidas que aseguren el ejercicio efectivo de los derechos a la libre postulación a cargos de elección popular y al sufragio, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y en los estándares internacionales de integridad electoral, como lo establece el artículo 31, del Estatuto mencionado. Por lo que las garantías del derecho del voto desde el exterior debe ser una de esas medidas fundamentales para que pueda hablarse de elecciones democráticas y justas. Puesto que como lo ha señalado el Observatorio Electoral Venezolano (OEV) unas próximas elecciones, en el contexto de la ola migratoria en Venezuela, deben garantizar que los nacionales en el exterior puedan ejercer su derecho al voto⁴³. En concreto, como se ha señalado por Consultores 21 (C21), el voto en el exterior es clave en el análisis de las eventuales elecciones presidenciales, pero que no obstante la posibilidad que todos los

⁴² Ver, “*Igualdad y No Discriminación Estándares Interamericanos*”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA/Ser.L/V/II.171 Doc. 31 12 febrero 2019 Original: español), Cap. 2, A.29., p. 22.

⁴³ <https://papagayonews.com/cinco-retos-y-soluciones-para-que-venezolanos-en-el-exterior-puedan-votar/amp/>

venezolanos que han abandonado el país pueden inscribirse para votar es remoto. En efecto, según el artículo 124 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales “*sólo podrán sufragar en el exterior los electores que posean residencia o cualquier otro régimen que denote legalidad de permanencia fuera de Venezuela (...) podrán sufragar en el exterior, los funcionarios adscritos a las embajadas, consulados y oficinas comerciales*”. Desde su entrada en vigencia en el 2009 la citada Ley y su reglamento⁴⁴, ha limitado el ejercicio del voto en el exterior al exigir como requisito la residencia legal en el extranjero, aun cuando el artículo 64 de la Constitución solo contempla la interdicción o inhabilitación política como motivos para impedir el derecho al sufragio. Aunque en varias oportunidades se ha intentado exigir la nulidad de esta disposición argumentando que es ilegal que las embajadas y consulados venezolanos asuman el rol de autoridades migratorias y condicionen el derecho al voto al status de residencia del ciudadano, los distintos recursos presentados no han prosperado. No obstante, demostrar la residencia legal no es el único obstáculo que deben enfrentar los venezolanos para poder votar en el exterior. En efecto, el gobierno de Venezuela tiene representaciones diplomáticas en 85 países (125 delegaciones en total). De éstos, solo cinco consulados (4%) realizan sistemáticamente los trámites que permiten la inscripción en el Registro Electoral de nuevos electores o solicitar el cambio de centro de votación ubicado en Venezuela a una representación diplomática. Aunque en teoría un venezolano en el exterior solo necesitaría de su cédula de identidad para inscribirse en el Registro Electoral (RE), en los últimos cuatro años, además de este documento, en algunos consulados y embajadas (33 en total), se exige la presentación del pasaporte vigente, partida de nacimiento original y requisitos administrativos diversos no contemplados en la Ley. Por otra parte, en 44 representaciones diplomáticas no se realizan trámites de inscripción o actualización del RE, bajo el argumento que este debe ser un proceso ordenado por la Comisión de Registro Civil y Electoral del CNE. Según los resultados de la consulta ciudadana realizada por la oposición el 16 de julio de 2017 en el extranjero participaron 693.789 venezolanos,

⁴⁴ Reglamento General de la Ley Orgánica de Procesos Electorales. CONSEJO NACIONAL ELECTORAL RESOLUCIÓN N° 130118-0005, del 18 de enero de 2013 Artículo 24. Los Agentes de Inscripción y Actualización de Datos del Registro Electoral cumplirán con las siguientes funciones: (3) Recibir de la ciudadana o ciudadano extranjero que requiera su inscripción o actualización, las pruebas de residencia que la Comisión de Registro Civil y Electoral solicite. ARTÍCULO 26. Las electoras o electores venezolanos *que se encuentren legalmente residenciados en el extranjero* podrán actualizar sus datos a través de la representación diplomática ubicada en el país de residencia. Las representaciones diplomáticas están facultadas para recibir los reclamos previstos en este Título, los cuales deberán ser remitidos a la Oficina Nacional de Registro Electoral en un plazo no mayor de 15 días hábiles. ARTÍCULO 27.- La Oficina Nacional de Registro Electoral designará como Agente de Inscripción y Actualización a la funcionaria o el funcionario de mayor jerarquía de la representación diplomática correspondiente, quien, a su vez, podrá hacerse asistir, para el cumplimiento de sus funciones, por miembros del personal a su cargo, manteniendo la dirección, supervisión y responsabilidad del proceso de inscripción y actualización.

suficientes, por ejemplo, para revertir el resultado de la elección presidencial celebrada en abril del año 2013. En ese evento electoral la diferencia anunciada por el CNE entre Nicolás Maduro y Henrique Capriles Radonski fue de solo 223.599 votos. En ese proceso estaban habilitados para sufragar en el exterior 100.495 venezolanos. 60.832 de estos lograron votar y sólo 7% (4.509) lo hizo a favor de Maduro. A lo anterior se agrega, según el estudio citado, que la ausencia de cifras oficiales sobre la emigración dificulta precisar la cantidad de electores potenciales que estando inscritos para votar en Venezuela no podrán ejercer su derecho al sufragio por encontrarse en otro país, adicionalmente se dificulta establecer la magnitud de nuevos electores que pudiesen inscribirse por primera vez en el registro de votantes para sufragar en las misiones diplomáticas del país⁴⁵.

En este orden de ideas, la inscripción como electores de los **venezolanos en el exterior**, los documentos que pueden exigirse para ejercer el derecho al sufragio, las modalidades del voto, los lugares y lapsos de votación y los países donde ejercer el sufragio desde el exterior y los distintos tipos de elecciones desde el exterior, constituyen los temas a resolver para garantizar el derecho al sufragio de los venezolanos desplazados, según lo señala el Observatorio Electoral Venezolano (OEV). Aspectos estos, sobre los cuales los Principios 12 y 31, de los PRINCIPIOS INTERAMERICANOS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE TODAS LAS PERSONAS MIGRANTES, REFUGIADAS, APÁTRIDAS Y LAS VÍCTIMAS DE LA TRATA DE PERSONAS, antes mencionados, son de aplicación directa e inmediata, y las experiencias del derecho comparado del voto desde el exterior resultan igualmente fuentes para la recta interpretación de la garantía del derecho al sufragio de los venezolanos desplazados.

En efecto, el proceso de transición democrática resultaría incompleto desde el punto de vista del orden institucional, si no se incluye las poblaciones de migrantes venezolanos en los procesos electorales de Venezuela. Ello no solo implica precisar su régimen de población refugiada, a la luz de los criterios de orientación de la normativa internacional, y de sus estándares, antes señalados, sino fundamentalmente la revisión de la normativa electoral aplicable al voto de los venezolanos desde el exterior, así como su organización a través de la desconcentración de las funciones de la mayor jerarquía de la representación diplomática correspondiente, a través de los miembros del personal a su cargo, ampliándose o extendiéndose los lugares de inscripción o de votación; manteniendo la dirección, supervisión y responsabilidad del proceso de inscripción y actualización, como se prevé en el artículo 27 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Procesos Electorales. E incluso, mediante su modernización para facilitar la accesibilidad a los procesos electorales del voto extraterritorial, por ejemplo, la incorporación en el proceso de registro para votar desde el extranjero, la vía Internet, por teléfono o hasta por medio de una aplicación. Ello sin dejar de desconocer que en las sociedades en transición presenta gran dificultad, dado que muchas veces hay que

⁴⁵ <https://www.diariolasamericas.com/americas-latina/solo-111000-venezolanos-estando-inscritos-votar-el-exterior-n4142220/amp>

partir de cero, y además, que para brindar a los desplazados y expatriados la oportunidad de votar, es necesario el papel que ha de jugar la comunidad internacional en la garantía de este derecho⁴⁶.

Hoy día, pues, jurídicamente, se reconoce el derecho de todas las personas a la no discriminación y los estados se ha comprometido a respetarlo y garantizarlo a través de todas sus instituciones; por lo que los poderes públicos están obligados a brindar especial atención a aquellos grupos de población que viven una restricción a sus derechos fundamentales, entre otras, las personas migrantes. Por lo que los órganos electorales tienen la obligación de respetar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos político-electorales de toda la ciudadanía, en lo particular el derecho al voto y a ser votadas, sin excluir de la vida democrática a ninguna persona o colectivo por motivo de su identidad personal o grupal o su origen territorial⁴⁷.

Para discriminar el voto desde el exterior a las personas en las elecciones de su país de origen se argumenta que el número de ciudadanos que residen fuera del país es de varios millones y que en muchas de ellas tienen una doble nacionalidad y que por eso no podría tener un peso determinante en las elecciones nacionales. Pero lo cierto es que constitucional e internacionalmente se admite que la nacionalidad confiere derechos y, que, por tanto, los nacionales que viven en el extranjero deben contar con el derecho a participar políticamente mediante el sufragio en los asuntos públicos de sus naciones de origen. Y la autoridad electoral de los estados tiene la obligación de establecer los procedimientos para que sus ciudadanos que viven en el extranjero puedan emitir su voto desde cualquier parte del mundo. Por ello, se afirma que dentro de las acciones en política pública, se deben contemplar procedimientos especiales para facilitar el voto de los nacionales en el extranjero, como la de considerar la emisión de credenciales para votar con fotografía en el extranjero y la creación de una plataforma electrónica que permita la emisión del voto por correo o vía internet⁴⁸. De modo que para el ejercicio del derecho al voto de parte de personas nacionales que residen en el exterior se deben habilitar mecanismos para facilitar el voto en embajadas o consulados del país en cuestión existentes en el exterior; y, en general, requisitos, que permitan el empa-

⁴⁶ *Pasquale Lupoli* Director del Departamento de Apoyo Operativo de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), prólogo del estudio “Voto en el extranjero El manual de IDEA Internacional” (IDEA-IFE file:///D:/voto-en-el-extranjero-el-manual-de-idea-internacional.pdf).

⁴⁷ Teresa González Luna Corvera, “Igualdad Inclusión en Elecciones”, Instituto Nacional Electoral, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. México, 2017. https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/GAPElecciones2017WEB.%20Ax%5B2%5D.pdf (p. 17).

⁴⁸ Reporte sobre la discriminación en México 2012 Derechos políticos, coordinado por RICARDO RAPHAEL DE LA MADRID, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2012, p. 46 (https://www.conapred.org.mx/userfiles/files/Reporte_D-derechospoliticos_INACCSS.pdf).

dronamiento previo de las personas con cierto tiempo de antelación a la celebración del acto comicial. Es decir, medidas y prácticas para facilitar el ejercicio del derecho al voto a personas que tengan su lugar de residencia en el exterior, sin imponerles cargas excesivas que les priven del derecho a voto para un gran número de personas migrantes. Partiendo del indiscutible derecho de los ciudadanos residentes en el extranjero de su participación política, se afirma que los estados deben promover acciones afirmativas que constituyan medidas compensatorias para la situación de desventaja en que se encuentran como personas migrantes. Así, por ejemplo, en México se ha planteado como una medida para mantener a los migrantes vinculados a su sociedad de origen, respecto del derecho a ser elegido, “*la representación proporcional con la inclusión de la figura de la diputación migrante, como una posible vía idónea para brindar acceso de forma progresiva a un grupo que exige mayor participación política y el ejercicio efectivo de sus derechos políticos, como es la comunidad mexicana residente en el extranjero*”⁴⁹.

El reconocimiento de garantía del derecho al voto desde el exterior, por el influjo del derecho internacional de derechos humanos, incorporado constitucional y legalmente, a través del principio de igualdad y de no discriminación, a los derechos internos;” *han modificado las formas de ejercicio de los derechos ciudadanos*”; y su “*movilidad poblacional obligó a nuevas prácticas políticas tanto en los países receptores como en los de origen. Hoy, al menos en 111 países se ejerce el sufragio extraterritorial*”. Ello porque “*la extensión del derecho al sufragio es también parte de un proceso de reconstitución de la ciudadanía*”. Aunque se reconoce también que, “*En la mayoría de las experiencias hay un fenómeno compartido: la magra participación. Los datos son elocuentes: las expectativas y la movilización política durante el proceso de extensión de este derecho fundamental no corresponden con la respuesta de los votantes desde el exterior. Sólo porcentajes mínimos de ciudadanos deciden ejercer sus nuevos derechos político*”. En parte, además de la falta de motivación, porque se piensa que la votación extraterritorial no es trascendente. O, por la idea generalizada de que el voto desde el exterior es una forma de rechazo al partido gobernante. Entre las experiencias, respecto del ejercicio del voto extraterritorial se encuentran cuatro formas básicas: voto personal –a través de urnas instaladas en los países de recepción–, voto postal, sufragio por delegación de poder y formas combinadas⁵⁰. Por último, la ciudadanía y la nacionalidad son temas directamente relacionados con el ejercicio del voto a distancia, por lo que resultan determinantes de las formas que asuma el ejercicio del derecho extraterritorial de los migrantes y de la participación de todos

⁴⁹ Instituto Nacional Electoral, Análisis sobre la viabilidad de implementar una Acción Afirmativa a favor de la representación política la comunidad migrante”, agosto de 2019, p. 24 de 27.

⁵⁰ Víctor Alejandro Espinoza Valle, “*Sufragio extraterritorial y democracia*”, Instituto Nacional electoral, México, 2016, p. 14 y 15.

los ciudadanos para la consolidación del sistema político democrático⁵¹. Donde, incluso el sufragio extraterritorial no debería comprender solo las elecciones presidenciales, sino también las parlamentarias. Y, asimismo, la participación de los extranjeros residentes en dichos procesos, bajo el principio de integrar los inmigrantes en el círculo de participación ciudadana, como un derecho reconocido a los residentes legales extranjeros, que forman parte de la sociedad civil⁵². Respecto de las mujeres venezolanas migrantes y su participación en los procesos políticos, la arquitecta, *Aixa Armas*, Presidente de la Asociación Civil “Mujer y Ciudadanía”, expresó que es fundamental para la consolidación de la democracia para lograr efectivamente el desarrollo integral de la sociedad⁵³.

VI. LA FUNDAMENTACIÓN DEL VOTO DESDE EL EXTERIOR COMO DERECHO POLÍTICO FUNDAMENTAL Y SU PLANTEAMIENTO ANTE INSTANCIAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Puede afirmarse que la ciudadanía es equiparable al derecho al sufragio, en razón de que la nacionalidad es requisito previo para obtener la ciudadanía, cuya titularidad implica el ejercicio pleno e indivisible de los derechos civiles y políticos, y, por lo tanto, el derecho al sufragio activo y pasivo. Ello en virtud de lo dispuesto en los artículos 32, 33, 39, 40 y 64, de la vigente Constitución. Por tanto, la doctrina de derecho comparado electoral concluye que: “*el ejercicio de la ciudadanía se encuentra adherido a la nacionalidad (es decir, al origen de un individuo) pero no supeditado a una delimitación fronteriza o territorial, (...)*”. Y,

⁵¹ Víctor Alejandro Espinoza Valle, “*Sufragio extraterritorial y democracia*”, citado anteriormente, p. 67.

⁵² Por ejemplo, con ocasión del plebiscito convocado para el 26 de abril de 2020, en Chile, en virtud del Acuerdo por la Paz, tras los estallidos sociales a partir del 18 de octubre de 2019, en el cual los chilenos votaran si quieren o no una nueva Constitución, se ha planteado como tema de discusión la inclusión en el padrón electoral plebiscitario de los extranjeros inscritos en el padrón electoral de las elecciones presidenciales de 2017, a quienes se le reconocía el derecho al voto. Frente a las declaraciones del presidente del Consejo Directivo del Servicio Electoral, de que en el procedimiento de la reforma constitucional aprobada que contempla el plebiscito, se excluye a los extranjeros residentes en Chile, la Mesa Técnica de los partidos firmantes del mencionado Acuerdo, sostiene por el contrario que del contenido de esta reforma y del artículo 14 de la Constitución chilena, se puede concluir que los extranjeros con derecho al voto si pueden participar del plebiscito del 26 de abril de 2020, porque no han sido excluidos, porque en el artículo 130 de la reforma en cuestión, que regula dicho plebiscito, menciona que se aplicaran disposiciones que expresamente establecen la votación de los extranjeros en Chile (<https://www.la-tercera.com/politica/noticia/mesa-tecnica-nueva-constitucion-refuta-dichos-del-pre-sidente-del-servel-asegura-extranjeros-pueden-votar-plebiscito/959238/>).

⁵³ Ver, Foro: “*Las mujeres venezolanas ante la emergencia humanitaria y la migración forzada*”, Asociación Civil Mujer y Ciudadana, VIII Cumbre de Las Américas, Lima Perú, abril 2008, p. 9-10.

ello, por cuanto, según la misma doctrina citada anteriormente, por dicha relación o vínculo de nacionalidad, “desde el concepto de Estado-nación, el ciudadano tiene naturaleza adscriptiva, es decir, se es ciudadano por el hecho de haber nacido en el territorio que le es propio. Cualidad o estatus que de ninguna manera se pierde por el hecho de residir en otro Estado-nación, (...)”⁵⁴. De esta consideración, se infiere que, “En consecuencia, el voto desde el exterior se puede interpretar como la expansión del derecho al sufragio en beneficio de los ciudadanos de un determinado país a los que su Estado de origen les otorga el derecho a votar desde su nuevo país de residencia, generalmente sin preguntar ni importar si se han nacionalizado o naturalizado en este último”⁵⁵. La nacionalidad, entonces, es determinante, para el ejercicio de los derechos de los migrantes, puesto que según el Principio 22, de los *PRINCIPIOS INTERAMERICANOS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE TODAS LAS PERSONAS MIGRANTES, REFUGIADAS, APÁTRIDAS Y LAS VÍCTIMAS DE LA TRATA DE PERSONAS*, la nacionalidad es un derecho inderogable. Y, de acuerdo con el Principio 23, la renuncia de la nacionalidad debe ser expresa; y que la adquisición de una nacionalidad extranjera por una persona migrante no debe ser considerada como renuncia automática o implícita a la nacionalidad del Estado de origen. Ello en el caso venezolano es de trascendencia, dado que, por la magnitud de la movilidad migratoria, el voto de venezolanos desde el exterior es significativo. Y además, porque después de la aprobación de los Principios 12 y 31, de los Principios mencionados, no hay duda que el requisito de las pruebas de residencia legal en el país receptor para su inscripción en el Registro Electoral, es violatorio de derechos fundamentales de los migrantes venezolanos.

El planteamiento del voto desde el exterior, hoy en día es un derecho fundamental del sistema democrático, en razón de que representa una nueva etapa de expansión de los derechos políticos “con una pretensión masiva (o de simple re-colocación de los mismos),” que “hace que una democracia con alcance transnacional es plausible en la medida que la misma sea capaz de hacer interactuar a diversos niveles de prácticas culturales e identidades que puedan desempeñarse ahora bajo una concepción de ciudadanía(s) a escalas múltiples”⁵⁶. Es decir, el voto desde el exterior es parte de los procesos de acceso o restauración de la institucionalidad democrática y como “una respuesta político-institucional muy consecuente y legítima a las prédicas y a las exigencias de democratización y de universalización del sufragio que han alcanzado en este tiempo una magnitud y

⁵⁴ Gustavo Ernesto Emmerich y José Antonio Carrera Barroso, en “Sufragio transnacional: Votantes argentinos, ecuatorianos, peruanos y venezolanos en México, 2011-2013”, anteriormente citado, p. 46.

⁵⁵ Gustavo Ernesto Emmerich y José Antonio Carrera Barroso, Op. Cit., p. 47.

⁵⁶ Gustavo Ernesto Emmerich y Víctor Alarcón Olgún, “Sufragio Transnacional y Extraterritorial Experiencias Comparadas”, (file:///D:/sufragio-transnacional.pdf), mencionado en la Nota 24, p. 30.

*resonancia sin precedentes a escala global*⁵⁷. Desde esta perspectiva, la objeción contra el voto extraterritorial porque los migrantes ya no viven en el país, carece de sustentación, en razón del vínculo jurídico derivado de la nacionalidad, que implica que los vínculos territoriales originales por el nacimiento no se pierden por la residencia en otro territorio distinto al nacional. En consecuencia, en ese orden de ideas, la migración irregular no puede ser opuesta en contra del voto desde el exterior por el Estado originario de los migrantes, que no puede ni debe discriminar a sus nacionales en función de su situación migratoria en otro país, ya que tal situación solo corresponde al estado receptor respecto de sus obligaciones legales⁵⁸.

En concreto, que el derecho del voto de cerca de cuatro o cinco millones de venezolanos en que actualmente se estiman migrantes por causa de la crisis humanitaria y de la persecución política que sufre el país, debe ser parte esencial del proceso de transición democrática. En efecto, de acuerdo a la auditoría realizada en el mes de febrero de 2018, por el Consejo Nacional Electoral del país, había alrededor de veinte millones de venezolanos inscritos para los comicios presidenciales del 20 de mayo, de los cuales solo 107.284 están registrados en el extranjero. Es decir, el 0.53% del total nacional. Por tanto, si no se habilita debidamente el registro electoral, dentro del registro consular, liberándolo del requisito de le residencia legal, solo casi el 3% de más de cuatro millones venezolanos migrantes podrá votar. Además, de esta restricción del voto desde el exterior, la gran mayoría de los consulados a nivel mundial no tienen abierto el registro electoral y algunos han sido clausurados. Circunstancias estas que justifican el estudio del derecho al voto desde el exterior para el restablecimiento de la vigencia de la Constitución, conforme el Estatuto de Transición hacia la Democracia, como mecanismo de aplicación del artículo 333, constitucional. Por otra parte, desde el punto de vista de la protección internacional del derecho al voto desde el exterior y de su violación, por restricciones como las exigencias de la residencia legal en el país receptor o de avecindamiento durante un tiempo en el país de origen, existe normativa, doctrina y jurisprudencia comparada y de organismos supranacionales⁵⁹,

⁵⁷ Estudios electorales en Perspectiva Internacional Comparada, citado anteriormente (<https://www.undp.org/content/dam/undp/library/Democratic%20Governance/Electoral%20Systems%20and%20Processes/Voto%20en%20el%20Extranjero%20en%2018%20Países%20de%20América%20Latina.pdf>), p. 15.

⁵⁸ Estudios electorales en Perspectiva Internacional Comparada, mencionado, p. 29.

⁵⁹ Ver, Derecho al Voto en la Jurisprudencia Interamericana (<https://leyderecho.org/de-recho-al-voto-en-la-jurisprudencia-interamericana/>). LA UNIVERSALIDAD DEL VOTO EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL ENTRE LA LIMITACIÓN INCONVENCIÓNAL Y EL ACTIVISMO JUDICIAL (http://aadconst.org.ar/revis-ta-digital/wp-content/uploads/2017/03/1_AMAYA.pdf). Los derechos políticos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30080.pdf>). Art. 23 Derechos Políticos (<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/023-aden-d-politicos-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>). El voto migrante: tendencia internacional y

que sirve de fundamento para solicitar su protección ante los organismos internacionales de protección de los derechos humanos.

Respecto de la protección del derecho al voto desde el exterior de los venezolanos migrantes, como derecho universal; y la exigencia de la acreditación de la residencia legal en el país receptor, como violatoria de este derecho; el 18 de mayo de 2016, con ocasión del referendo revocatorio para antes de diciembre de este mismo año; profesores universitarios y representantes de diferentes asociaciones de migrantes venezolanos, presentaron por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una solicitud, en virtud del artículo 25 del Reglamento de la Comisión, de una medida cautelar en favor de los intereses colectivos de los cientos de miles de venezolanos residentes en el exterior que representan el 7% del cuerpo electoral⁶⁰. En dicha solicitud, debidamente fundada y de un valor de precedente, de la cual ha de hacerse un expreso reconocimiento a su iniciativa; se alega que cientos de miles de venezolanos residentes en el exterior por decisiones arbitrarias del gobierno de Venezuela están impedidos de ejercer derechos fundamentales protegidos en la Declaración Americana de Derechos Humanos, en concreto, el derecho a la igualdad ante la Ley (Art II de la Declaración Americana); el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y de los de los derechos civiles (Art. XVII del mismo texto); el derecho a la nacionalidad (Art XIX del mismo texto) y el derecho al sufragio y a la participación pública (Art XX del mismo texto); al igual que el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos. En ese orden de ideas, los peticionantes sostienen que de la transcripción de estas disposiciones se infiere claramente que el Estado tiene la obligación de garantizar a sus ciudadanos, dentro y fuera del territorio nacional, sus derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República, los instrumentos de derechos humanos suscritos por la Venezuela y por el Derecho Internacional general. Por ejemplo, que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, instrumento jurídico vinculante fundamental del sistema regional, establece tanto

nacional del voto en el extranjero (<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2993/15.pdf>).

⁶⁰ Víctor Rodríguez Cedeño, ex vicepresidente de la Comisión de Derecho Humanos de las Naciones Unidas, profesor de Derecho Internacional; Milagros Betancourt Catalá, profesor de Derecho Internacional e la Universidad Católica Andrés Bello, de Caracas; Flor María Ávila Hernández, profesora de Filosofía de los Derechos Humanos de la Universidad del Zulia, Venezuela y de la Universidad de Casino, y representantes de las organizaciones Nuestra Voz; Diálogo por Venezuela-Francia; Iniciativa por Venezuela-Suiza, Asociación Resistencia Civil de Venezolanos en el exterior (RECIVEX): G400+ de Venezuela ; y los Embajadores Diego Arria ex Presidente del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Milos Alcalay, ex Embajador de Venezuela ante las Naciones Unidas en Nueva y ex Vice Ministro de Relaciones Exteriores y Alfredo Michelena Representante de Venezuela ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (g400mas.org/2016/2016_0518_Medida_Cautelar_CIDH_Venezolanos_Exterior.pdf). (<https://nuestravozinternacional.wordpress.com/2016/05/18/solicitud-a-la-comision-interamericana-de-derechos-humanos-cidh-que-se-acuerde-en-virtud-del-articulo-25-del-reglamento-de-la-comision-una-medida-cautelar-en-favor-de-los-intereses-colectivos-de-l/>).

el derecho de igualdad ante la ley, en su artículo II, como el derecho a la nacionalidad en su artículo XIX que dispone que *“toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponde y el de cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela”*. Entre otras razones, alegan los peticionantes, que sus derechos políticos, y concretamente su derecho al sufragio se violentado, porque *“Los venezolanos en el exterior se encuentran en una situación de indefensión ante el propio Estado que de manera sistemática y reiterada viola sus más elementales derechos como el de la identidad y la nacionalidad, al negarles el otorgamiento de identificación (Cédula de identidad y pasaporte) tanto a ellos como a sus hijos nacidos en el exterior, a quienes se les impide o dificulta mediante todo tipo de obstáculos, la inscripción o registro en las oficinas consulares correspondientes”*. Y porque, *“El Estado venezolano ha decidido de manera arbitraria e inconveniente que los pasaportes no se renuevan al vencerse, sino que debe ser emitido uno nuevo, para lo cual, los venezolanos residentes en el exterior deben pedir una cita en el consulado de la jurisdicción correspondiente, citas que se demoran injustificadamente, sin que haya la posibilidad de reclamo o solución ante situaciones de emergencia”* En ese contexto, asimismo, los solicitantes sostienen que, *“El Estado venezolano viola de manera sistemática y reiterada el derecho de todos los venezolanos a la protección consular, un derecho humano emergente reconocido por la doctrina y por la jurisprudencia internacionales como tal, en particular, de la Corte Internacional de Justicia en recientes decisiones, lo que de manera directa afecta el ejercicio efectivo de los derechos vulnerados objeto de esta solicitud, en particular, el derecho a la identidad, a la nacionalidad, el derecho a expresarse libremente y el derecho a participar en la vida pública. El Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 26 obliga al Estado Venezolano a otorgar protección a todos sus ciudadanos, sin discriminación a cuyos efectos dispone: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (...). En el caso de los venezolanos en el exterior a los efectos de la participación política, el Estado, a través de sus Oficinas Consulares en el exterior, impide o dificulta de manera sistemática y reiterada no sólo la inscripción de los nuevos electores en dichas Oficinas, sino que ha puesto todo tipo de trabas para su ejercicio durante los procesos electorales cuando se han llevado a cabo, sin que los reclamos de los ciudadanos y de las organizaciones de ciudadanos en el exterior han hecho en cada oportunidad”*.

Dentro de las medidas solicitadas, en su escrito, antes mencionado, los solicitantes requieren de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *“1. Otorgar a los venezolanos residenciados en el exterior la protección consular a la que está obligada por los diversos instrumentos internacionales de la que es parte, para garantizarles su derecho a la identidad y a la nacionalidad, consagrados en la Declaración Americana de los Derechos Humanos, un instrumento*

internacional jurídicamente vinculante como lo ha dicho la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos y que como todos los instrumentos internacionales de derechos humanos ha sido incorporada al Derecho Interno, de conformidad con el artículo 23 de la Constitución de Venezuela de 1999. 2. El cese del trato discriminatorio que se da a los venezolanos, opositores y críticos del gobierno, especialmente los residentes en el exterior, impedidos de ejercer efectivamente sus derechos civiles y políticos. 3. Facilitar y agilizar los trámites para la inscripción de los venezolanos nacidos en el exterior en el registro consular y para la obtención de pasaportes y documentos de identificación. 4. Facilitar a los venezolanos, sin discriminación por razones ideológicas o políticas y de ninguna otra índole, su participación efectiva en el Referendo Revocatorio, para lo cual el Estado debería abrir oportuna y cabalmente el Registro Electoral en el exterior para que todos puedan inscribirse y ejercer su voto, así como modificar su situación por cambio de residencia. Y, 5., finalmente, abrir, al menos provisionalmente, Oficinas Consulares para que todos los venezolanos puedan votar y tener las garantías de que su voto será contabilizado por el ente electoral nacional, haciendo así de manera efectiva su participación en la vida democrática del país". Sobre esta solicitud no se obtuvo un pronunciamiento oportuno por parte de la mencionada Comisión.

Igualmente, electores chilenos en el exterior, en el año 2013, solicitaron la mediación de la Comisión de Interamericana de Derechos Humanos, y eventualmente una sentencia de la Corte IDH, que ayude a “*comprender que el sufragio es un derecho y que negar el derecho a voto de los chilenos en el extranjero compromete la responsabilidad del Estado de Chile en materia de derechos humanos*”⁶¹. Ello por cuanto, “*casi la mitad de la población chilena en exterior, formada por los hijos de los chilenos nacidos fuera de la patria, **no pudieron participar** en el proceso electoral por no cumplir con la exigencia establecida en el artículo 13 de la Constitución, es decir, haber estado vecindado en Chile por más de un año*”; lo cual, “*se trata de una **disposición profundamente discriminatoria**, ya que impide a cerca de medio millón de chilenos participar en consultas ciudadanas tan importantes como las elecciones de los representantes del pueblo.*” Por lo que, se sostiene, que “*Con el fin de corregir esta injusticia, es necesario suprimir el párrafo segundo del artículo 13 de la Constitución, **eliminando así la exigencia de vecindamiento**. De esta manera, un sector muy numeroso e importante de la población chilena en el exterior podrá participar en las elecciones de 2021. Las autoridades del Gobierno y del Congreso deberían hacer de este tema una prioridad*”⁶².

⁶¹ <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2013/12/01/haz-tu-voto-volar-demanda-al-estado-chileno-ante-la-comision-interamericana-de-derechos-humanos/>

⁶² <https://www.biobiochile.cl/noticias/opinion/tu-voz/2018/07/10/la-grave-limitacion-al-derecho-a-voto-de-los-chilenos-en-el-extranjero.shtml>

En el Estudio “*La Consolidación de una Transición Democrática. El Desafío Venezolano III*”⁶³, se destaca entre las trasgresiones más evidentes a la integridad de los procesos electorales en Venezuela, que contrarían el principio de la integridad electoral⁶⁴, respecto del Registro de Electores, las limitaciones y obstáculos para la inscripción de potenciales votantes en el exterior, por lo que se plantea una propuesta que sirva como plan rector o maestro para la restitución y fortalecimiento de la institucionalidad del sistema electoral y el sistema de partidos políticos en Venezuela frente a una hipotética transición del régimen político en el país, dentro de los objetivos específicos, ha de contemplar las garantías de la inscripción en el registro electoral de los migrantes venezolanos. Al respecto, en el Estudio citado, se expresa: “*Un elemento público y notorio relacionado con el número de potenciales votantes en el país es el intenso proceso de emigración que han protagonizado los venezolanos durante los 19 años de existencia del régimen político actual, y en especial durante los últimos cinco o seis años. Según cifras extraoficiales de investigadores en la materia se encontrarían fuera del país entre 2 y 4 millones de venezolanos, lo cual no se ve reflejado en el tamaño del registro de votantes en el exterior, que prácticamente no ha crecido en los últimos diez años, pese a que en realidad debería aumentar sustancialmente en detrimento de número de votantes en el territorio nacional. Por el contrario, contra intuitivamente (Sic) se constata que el registro electoral a lo interno del país ha continuado creciendo y en este momento se sitúa en torno de 20.500.000 electores. Este proceso se desarrolla en el marco de un muy cuestionado manejo gubernamental de los procedimientos de cedulaación. Los cuestionamientos van desde el irregular y difícil acceso al servicio de identificación hasta la calidad del documento de identidad y su vulnerabilidad desde el punto de vista de la seguridad. Para marzo de 2018 el RE reflejaba 20.4 millones de votantes en el territorio nacional, 108 mil registrados en el exterior y cerca de 229 mil extranjeros con derecho a votar en las elecciones regionales y municipales. En los últimos cinco años tuvo un crecimiento en el territorio nacional de 1.470.124 votantes, mientras que en el exterior solamente se agregaron 7.638 votantes*”. Dada esta contrariedad con el principio de integridad electoral, en el proyecto de Reforma de la Ley de Procesos Electorales⁶⁵ se introduce una serie cambios con el fin de mejorar la

⁶³ Roberto Abdul-Hadi, “Sistema Electoral”, en la obra conjunta Colección Visión Venezuela, Coordinadores Benigno Alarcón Meza, Sócrates Ramírez, abdiciones, UCAB, CESAP, IDEA, SUMATE, Sinergia, Caracas 2018 (<http://saber.ucab.edu.ve/bitstream/handle/123456789/19424/af-libro-el-desafio-venezolano-iii.pdf?sequence=1>). p. 448.-449.

⁶⁴ Integridad electoral, modelo de valoración de la calidad de los procesos electorales, con base en criterios de aceptación general a nivel internacional, desde una perspectiva que engloba todas las dimensiones y fases el ciclo electoral. (Ver La Consolidación de una Transición Democrática. El Desafío Venezolano III”, citado, Ver Nota 4, del Estudio citado, p. 452).

⁶⁵ Proyecto de Reforma de la Ley Orgánica de Procesos Electorales promovido y coordinado en el marco del Proyecto de Integridad Electoral Venezolano por el Centro de Estudios Políticos de la Universidad Católica Andrés Bello, que se presentó en la

calidad del Registro para facilitar el ingreso y actualización de datos por parte de los ciudadanos, aumentar su transparencia y generar mayor confianza en los distintos actores y desarrollar jornadas oportunas de actualización y registro, tanto en el territorio nacional como en el exterior, con amplia cobertura poblacional y territorial y con la ayuda de plataformas digitales seguras para el registro y la actualización de datos. Y en este orden de ideas, en el Estudio mencionado, se indican dentro de las acciones en el ámbito internacional el fortalecimiento de la capacidad operativa del servicio consular y desplegar campañas para: Emisión documentos de identidad. Actualización y mantenimiento del Registro Civil y el Registro Electoral en el Exterior. Colaboración en la identificación y contacto de venezolanos en el exterior. Convocar y solicitar asistencia técnica y misiones de observación para generar mayor credibilidad y confianza sobre la institución y los procesos. Por tanto, uno de los aspectos que se contempla en el Proyecto de Ley de Reforma de la Ley Orgánica de Procesos Electorales son las mejoras que se introducen en temas como el registro de nuevos electores y la actualización de datos por cambios de domicilio y registro en el exterior. En este último punto se introduce una modificación particularmente relevante (dados los niveles significativos de emigración de venezolanos en los últimos años) como es la posibilidad de registrarse o cambiar de dirección mediante mecanismos electrónicos⁶⁶.

En razón de lo expuesto anteriormente, por la falta de protección por el Estado venezolano y de la imposibilidad de participación efectiva de los venezolanos en el exterior en los asuntos públicos, mediante el ejercicio del derecho al sufragio, su protección puede ser solicitada ante los organismos internacionales de protección de derechos humanos, para exigir al gobierno que abra el Registro Electoral Permanente y que permita nuevas inscripciones y las modificaciones derivadas de los cambios de residencia debido al movimiento migratorio de los venezolanos. A tal efecto, uno de los requisitos es el agotamiento de los recursos internos, que como lo ha interpretado la normativa y la jurisprudencia interamericana se considerará cumplido, cuando no ha sido posible recurrir o hacer efectivo un recurso⁶⁷. Así como por la falta de independencia del Poder Judicial y la parcialización y subordinación del Poder Electoral; como ha sido reconocido en los diferentes informes y resoluciones de los organismos internacionales. De modo que la falta de respuesta por los órganos del Estado de protección del derecho del sufragio desde el exterior y las restricciones impuestas por los órganos del Poder Electoral para la participación política de la población migrante venezolana, deben considerarse como agotamiento de los recursos internos. Aparte de lo anterior,

Asamblea Nacional y fue aprobado en primera discusión a finales de la primera mitad del respectivo período de sesiones ordinarias en el año 2016. Junta con dicho Proyecto se presentó un Proyecto de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Electoral, y un Proyecto de Ley Orgánica de Referendos, coordinado por el doctor Jesús María Casal, que también fue aprobado en primera discusión en el seno de la AN y debatido en segunda discusión el 20 de abril de 2016 (Estudio citado, p. 455).

⁶⁶ Ver, Estudio citado, p. 459.

⁶⁷ Artículo 31 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

ante la inminencia de procesos electorales, los venezolanos residentes en el exterior se encuentran en total indefensión por la falta de protección consular por parte del Estado, en clara violación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de normas de derecho internacional reconocida y aceptada por los Estados. Por lo que ante tal situación resultan urgentes medidas cautelares para que se le exija al Estado venezolano garantizar a la población migrante venezolana el ejercicio de sus derechos fundamentales de igualdad ante la ley, identidad y nacionalidad, para el ejercicio pleno del derecho de participación política y del derecho al sufragio. Ello para evitar el daño irreparable (*periculum in mora*) de que expire la oportunidad hábil para manifestar los derechos intrínsecos al acto de votar y de la participación política⁶⁸.

En virtud de considerarse agotados los recursos internos, como se dijo anteriormente, por la falta de respuesta por los órganos del Estado de protección del derecho del sufragio desde el exterior y las restricciones impuestas por los órganos del Poder Electoral para la participación política de la población migrante venezolana; dentro del sistema internacional de protección de los derechos humanos; los grupos de migrantes venezolanos, como víctimas directas de violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales, que actúen de buena fe de conformidad con los principios de derechos humanos, y sin asumir posturas políticamente motivadas contrarias a lo dispuesto en la Carta de las Naciones Unidas; también tienen el derecho de recurrir a los mecanismos de denuncia de los órganos de tratados de derechos humanos y del Consejo General de Derechos Humanos⁶⁹. En efecto, el 18 de junio de 2007, dicho Consejo adoptó la Resolución 5/1, titulada “*Construcción institucional del Consejo de Derechos Humanos*”⁷⁰, por la cual se estableció un nuevo procedimiento de denuncia para hacer frente a los cuadros persistentes de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los derechos humanos y todas las libertades fundamentales ocurridos en cualquier parte del mundo y bajo cualquier circunstancia. Según la referida Resolución, el procedimiento de denuncias aborda las comunicaciones presentadas por personas, grupos u organizaciones no gubernamentales que aleguen ser víctimas de violaciones de derechos humanos o que tengan conocimiento directo y fehaciente de tales violaciones. El nuevo procedimiento de denuncia se ha mejorado para garantizar que el procedimiento sea imparcial, objetivo, eficiente, orientado a las víctimas y que se lleve a cabo de manera oportuna. Igualmente, otro mecanismo sería el de los procedimientos especiales de este Consejo, como el de una relatoría especial para abordar la situaciones de derechos humanos por la discriminación específica que sufre la migración venezolana respecto del derecho de participación política

⁶⁸ Naciones Unidas Derechos Humanos Oficina del Comisionado. <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/ComplaintProcedure/Pages/HRCComplaintProcedureIndex.aspx>

⁶⁹ Naciones Unidas Derechos Humanos Oficina del Comisionado <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/SP/Pages/Communications.aspx>

⁷⁰ [www.derechoshumanos.net/ONU/resoluciones/Resolucion-5-1-Consejo-DDHH-\(A_HRC_RES_5_1\).htm](http://www.derechoshumanos.net/ONU/resoluciones/Resolucion-5-1-Consejo-DDHH-(A_HRC_RES_5_1).htm)

y del derecho al sufragio desde el exterior, en curso y de un alto riesgo de violación, como grupo vulnerable en situación de riesgo; que lo afecta como una comunidad en particular, por la normativa que restringe su inscripción en el registro electoral y por políticas o prácticas, como la falta de protección consular, que resultan incompatibles con las normas internacionales de derechos humanos. Ello, en razón, como lo ha reconocido la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, *Michel Bachelet*, en su Actualización Oral sobre la situación de derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela, en la Sesión Informativa del Consejo de Derechos Humanos, el 18 de diciembre de 2019, de que, en concreto, le “preocupa el incremento de la migración irregular debido, por una parte, a los mayores requisitos de ingreso a algunos países de tránsito y destino, pero también, por las dificultades que las personas venezolanas están enfrentando en obtener su documentación de viaje”⁷¹.

Por su parte, la XXXIII Asamblea General del Parlamento Latinoamericano y Caribeño, celebrado en Panamá, del 9 al 10 de junio de 2017, sobre el tema: “Diálogo Parlamentario de Alto Nivel sobre Migración en América Latina y el Caribe: Realidades y Compromisos rumbo al Pacto Mundial”, en su Panel 5, referente a LAS CONTRIBUCIONES DE LOS MIGRANTES Y LAS DIÁSPORAS AL DESARROLLO SOSTENIBLE : Remesas y la transferibilidad de las prestaciones ganadas”, considero que “*Las personas migrantes no solo envían remesas a sus países de origen, también comparten su cultura con las comunidades de los países de destino, interrelacionan pueblos, ayudan a construir la paz y contribuyen al desarrollo tecnológico y científico de sus países de origen y destino. Sin embargo, en muchas ocasiones los ciudadanos que residen en el extranjero no son destinatarios de las políticas públicas nacionales*”. Y, los panelistas, respecto del tema de la incorporación de la acción en las políticas públicas a los emigrantes también recomendaron que “*los ciudadanos de un país que residen en el extranjero también sean incorporados en las políticas públicas, ya que estos son actores fundamentales del desarrollo de sus países, a pesar de encontrarse fuera de ellos. En este sentido, es importante la creación de espacios para que los nacionales en el exterior ejerzan activamente su participación ciudadana, por lo que recomendaron la utilización de las redes consulares con el fin de incentivarla. Los participantes reconocieron que es importante contar con datos actualizados sobre las diásporas y sugirieron desarrollar una plataforma regional que integre todos estos datos para facilitar la utilización de esta información al momento de definición de políticas públicas*”. Y en sus conclusiones, la XXXIII Asamblea General del Parlamento Latinoamericano y Caribeño, antes mencionada, expresó que “*Anima a los miembros de este organismo a considerar la pertinencia de la expedición de documentos de identidad a sus connacionales en el extranjero, por medio de sus respectivas redes consulares e independientemente del estatus migra-*

⁷¹ <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25438&LangID=S>

torios de la persona, como una política pública que puede contribuir a facilitar el acceso a servicios -de salud, educativos y bancarios, entre otros- y a la realización de trámites de distinta índole en los países de destino”⁷².

CONCLUSIÓN

El voto desde del extranjero acción prioritaria del proceso de transición democrática

El voto desde el exterior o el voto extraterritorial, con plenas garantías para su ejercicio, como reconocimiento de derecho fundamental de la diáspora venezolana, motivada por la crisis humanitaria y la alteración del orden público democrático; ha de ser tema de tratamiento preferente en el proceso de transición democrática, en el cual el venezolano migrante debe tener participación política, puesto que para el restablecimiento de la institucionalidad del Estado de Derecho, el pleno ejercicio de sus derechos políticos de ciudadanía, derivada de la nacionalidad venezolana, es una manera de compensar la situación de desventaja en que se encuentra la mayoría de dicha diáspora. Para ello, tal como lo exigieron los peticionantes de la solicitud del 18 de mayo de 2016, con ocasión del referendo revocatorio para antes de diciembre de este mismo año, por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; para el restablecimiento de la institucionalidad democrática y para reparar el derecho de participación política de los migrantes venezolanos; ha de establecerse la protección consular a dichos migrantes para garantizarles su derecho a la identidad y a la nacionalidad. Ha de cesar el trato discriminatorio que se da a los venezolanos, opositores y críticos del gobierno, especialmente los residentes en el exterior, impedidos de ejercer efectivamente sus derechos civiles y políticos. Han de facilitarse y agilizarse los trámites para la inscripción de los venezolanos nacidos en el exterior en el registro consular y para la obtención de pasaportes y documentos de identificación. Ha de garantizarse a los venezolanos, sin discriminación por razones ideológicas o políticas y de ninguna otra índole, su participación efectiva en los procesos electorales, para lo cual el Estado debería abrir oportuna y cabalmente el Registro Electoral en el exterior para que todos puedan inscribirse y ejercer su voto, así como modificar su situación por cambio de residencia.

Y, han de, abrirse, al menos provisionalmente, Oficinas Consulares para que todos los venezolanos puedan votar y tener las garantías de que su voto será contabilizado por el ente electoral nacional, haciendo así de manera efectiva su participación en la vida democrática del país.

⁷² Diálogo Parlamentario de Alto Nivel sobre Migración en América Latina y el Caribe: Realidades y Compromisos rumbo al Pacto Mundial”, Consulta Regional, Informe de Resultados, p. 13, 16 y 20. https://rosanjose.iom.int/site/sites/default/files/carpetas_parlatino_final.pdf.

**LA CIUDADANÍA PLENA Y DE LA FRATERNIDAD UNIVERSAL
EN AMPARO CONSTITUCIONAL EN FAVOR DE LOS DERECHOS
HUMANOS DE VENEZOLANOS EXPULSADOS DE CHILE**

Caracas, marzo de 2021

A LA DRA. MACARENA RODRÍGUEZ ANTERO, DIRECTORA DE LA CLÍNICA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO (UAH) Y PRESIDENTA DEL SERVICIO JESUITA A REFUGIADOS DE SANTIAGO DE CHILE, QUIEN SE HA CONSTITUIDO EN LA DEFENSORA DE LOS DERECHOS DE LOS MIGRANTES VENEZOLANOS)

La prensa internacional ha mostrado la detención en las fronteras bolivianas y chilenas, la expulsión en aviones militares y su ingreso al país como prisioneros de un centenar de venezolanos de la diáspora madurista expulsados de la República de Chile, que recuerda el éxodo de poblaciones de épocas pasadas de conflictos bélicos mundiales y que reproduce en América Latina un escenario igual al de refugiados sirios, afganos, sudaneses, congoleños y somalíes. En efecto, la ONU reconoce que los años de inestabilidad económica y política en Venezuela han provocado, desde 2014, que aproximadamente 3,4 millones de venezolanos abandonen el país en busca de alimentos, trabajo y una vida mejor. Y que la mayoría de ellos ha viajado a países cercanos, incluidos 1,4 millones a quienes solo se les ha otorgado permisos de trabajo y a alrededor de 400.000 personas que han solicitado asilo. Mientras que otros de esa mayoría desplazada permanecen en espera de regularizar su situación, incluso, en ciertos países, discriminados, por complejos xenofóbicos ancestrales o clasistas, que el Papa Francisco considera “*una mentalidad xenófoba, de gente cerrada y replegada sobre sí misma*”. Pero los cientos de migrantes venezolanos que llegaron a la comuna de Colchane, en Chile, frontera con Bolivia, a partir del 1º de febrero, han sido víctimas del mayor daño que puede padecer un migrante, después del dolor de dejar su país, como lo es la expulsión colectiva o masiva. Como si en las fronteras no hubiera derechos como también lo advierte el Papa Francisco. Las autoridades locales calculan el ingreso de unos 1.000 extranjeros y dicen que no cuentan con los recursos para poder controlar el flujo migratorio, ni para atender a los migrantes que llegan a la región.

El alcalde de Colchane calificó la situación como una crisis humanitaria, ya que entre los migrantes se encuentran menores de edad y pide ayuda al gobierno federal e instituciones internacionales para atender la migración.

En este drama de la diáspora venezolana surgen algunos gestos de gobiernos de países de inmigración, dentro de lo que el Papa Francisco a quien he citado por su Encíclica Fratelli Tutti, llama “*plena ciudadanía*”, puesto que no se discrimina por su origen, como el reciente caso de Colombia con la aprobación del Estatuto de Protección Temporal para Migrantes venezolanos. Estatuto que permitirá regularizar casi un millón y medio de venezolanos que han migrado a ese país. Y también, aparecen actitudes de fraternidad y amistad social por las ideas religiosas que ofrecen un aporte valioso para la construcción de la fraternidad y para la defensa de la justicia en la sociedad, como, por ejemplo, la protección judicial que la Clínica Jurídica de Atención a Migrantes de la Universidad Alberto Hurtado de Santiago de Chile (UAH), de la Compañía de Jesús y El Servicio Jesuita a Migrantes (SJM), han ejercido en protección del centenar de venezolanos migrantes en la frontera chilena con Bolivia, frente a su detención y orden de expulsión.

En efecto, la UAH y el SJM, conforme lo dispuesto en el artículo 21, inciso 3° de la Constitución Política de la República de Chile, introdujeron, en fecha 9 de febrero, una acción constitucional de amparo y de medida cautelar de innovar o suspensión, en favor de 54 venezolanos, ante la Corte de Apelaciones de Iquique en contra de las órdenes de expulsión del territorio chileno expedidas por la Intendencia Regional de Tarapacá. Acción esta que por su significado dentro de la filosofía de la ciudadanía plena y de la fraternidad universal y por su motivación es un precedente tanto para la ética de la política internacional como para la justicia universal del derecho internacional. Por esta razón, me referiré brevemente a sus fundamentos que hacen de dicha acción un prototipo o modelo de acciones judiciales de la plena ciudadanía que vale la pena resaltar y comentar.

La acción constitucional de amparo se introdujo por la UAH y el SJM para que se suspendiera la orden de vuelo para el 10 de febrero de los venezolanos cuya expulsión se dispuso un día después de su notificación y para que se dejara sin efecto definitivamente tales actos administrativos y se cumpliera con la normativa legal nacional e internacional. La justificación de esta acción fue la forma en que se expidieron y notificaron las órdenes de expulsión, que impedía a las víctimas ejercer recursos administrativos en contra de estas órdenes puesto que los plazos para su ejercicio estaban aún pendientes. El objeto, pues, de tan importante acción de amparo fue la acción gubernamental atentatoria contra de la libertad personal de movilización por haber dispuesto la expulsión de un grupo de extranjeros que se encontraban en situación de solicitar el reconocimiento de su condición de refugiados, porque habían abandonado su país para venir a Chile, incluso en medio de una pandemia mundial, por razones de la crisis humanitaria de Venezuela, como factor de la migración por la inestabilidad económica y política en Venezuela, como lo ha admitido la ONU. Órdenes de expulsión, como se denuncia en la demanda, que desconocen la “Plataforma de Coordinación para refugiados y migrantes de Venezuela” del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), del 5 de enero de 2021. Y también el derecho a buscar asilo

de la persona definida como refugiado según la Declaración de Cartagena, incorporada a la legislación chilena por medio del artículo 2° de la Ley N° 20.430, aplicable al caso de los venezolanos y el cual es también un derecho reconocido en la legislación chilena para las personas que ingresan por paso no habilitado. Expulsión que se dictó no obstante la postura oficial del Estado de Chile que reconoce y denuncia que en Venezuela existe una dictadura que viola sistemáticamente los derechos humanos.

A las denuncias anteriores en la referida demanda se agrega que la autoridad administrativa dispuso la expulsión de los migrantes venezolanos invocando la causal de ingreso por paso no habilitado, pero sin que se hubieran cumplido los requisitos que para su procedencia impone el Decreto Ley N° 1.094, o, Ley de Extranjería. En primer lugar, se dice en la demanda, que el Decreto Ley N° 1.094 sólo autoriza la expulsión de los extranjeros que han hecho ingreso al territorio chileno por un paso no habilitado una vez que éstos hayan cumplido la condena impuesta por un tribunal competente respecto del delito contemplado en el artículo 69 de dicho cuerpo legal. La razón de este alegato es, de acuerdo con la demanda, que el sentido natural y obvio de esta disposición es que su inciso final establece claramente que una vez cumplida la pena impuesta los extranjeros es cuando serán expulsados del territorio chileno.

Se aduce en la demanda de amparo constitucional que las órdenes de expulsión desconocen la “protección complementaria” del derecho internacional, que permite amparar a personas que no son formalmente reconocidas como refugiados, pero cuyo retorno sería, sin embargo, contrario a las obligaciones generales de los estados sobre la no devolución contenidas en tratados internacionales de derechos humanos, como el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, entre otras normativa internacional.

En tal virtud, se concluye en la demanda que a las personas cuyo amparo se solicita se aplica, por consiguiente, la regla de no devolución, que impide que un Estado los retorne a su país de origen. En este orden de ideas, se resalta en la demanda, en comentario, que la misma Intendencia Regional de Tarapacá es la que ha impedido que el delito de ingreso irregular supuestamente cometido por los amparados fuera investigado, perseguido y condenado; por lo que no le era permitido legalmente de ordenar su expulsión por la causal contemplada en el artículo 69 del Decreto Ley 1.094, antes citado.

Otra denuncia de la demanda de amparo por violación de derechos humanos a los venezolanos migrantes, fue que la autoridad administrativa ordenó la expulsión del grupo de venezolanos sin respetar las reglas del procedimiento administrativo previsto en el artículo 10 de la Ley N° 19.880, por lo que se le impidió a los amparados aducir alegaciones o aportar antecedentes respecto de su situación individual y se imposibilitó que la propia autoridad ponderara adecuadamente las circunstancias particulares de los migrantes. Razón por la cual se denunció que la autoridad migratoria, al aplicar esta sanción de expulsión, no sometió el caso de

los amparados a una investigación ni a un proceso previo y legalmente tramitados, de acuerdo con lo exigido por el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República de Chile.

Un aspecto de trascendencia para el derecho internacional, como se aduce en la demanda, es que, a pesar de ser formalmente expulsiones individuales, las circunstancias de su dictación y la falta total de ponderación de situaciones personales particulares de los amparados develan que en realidad se trata de una expulsión colectiva, lo que está prohibida por el derecho internacional. En efecto, se sostiene que el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que: “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas”. En ese orden de ideas, se afirma, que tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Chile (rol 4292-18) del texto anterior, “se colige que el Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas, es decir, la salida obligatoria de grupos de extranjeros sin que exista un examen individual, respecto de cada miembro del grupo”. Como aconteció en la especie en el caso de la demanda de amparo, y que la resolución de expulsión de los migrantes en razón, del mismo criterio jurisprudencial,“(…) carece de una descripción fáctica de la conducta que se le atribuye a cada uno de ellos, consistente en hechos positivos y objetivos concretos, que permitan sustentar que se encuentran en la hipótesis del artículo 15 N° 7 del Decreto Ley 1094, que prohíbe el ingreso al país de los extranjeros: “que no cumplan con los requisitos de ingreso, establecidos en este decreto ley y su reglamento (...)”

Y sobre la base del dialogo jurisprudencial entre tribunales constitucionales y de derechos humanos, se sostiene en la acción de amparo, en comentario, que de la jurisprudencia de órganos judiciales internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en Europa y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), es posible concluir que los elementos que configuran una expulsión colectiva, son: (1) La existencia de una medida o procedimiento estatal, dirigida a un grupo de personas extranjeras (dos o más), para abandonar el territorio del Estado o prohibir su ingreso a éste; (2) la ausencia de un análisis previo, objetivo y racional de las circunstancias individuales de cada persona afectada, y (3) que no haya garantía de que las personas tengan derecho a recurrir contra dicha expulsión. Cada uno de estos elementos, se argumenta, se configuran en el caso de la acción de amparo, toda vez que las personas fueron llevadas a un mismo lugar, en cumplimiento de una disposición de carácter sanitario y mientras se encontraban en dicho lugar se llevó a cabo la recepción de la autodenuncia y la posterior notificación de la orden de expulsión, todo en un plazo de 3 días. Es decir, en ninguno de los casos se efectuó un análisis individual de las circunstancias

particulares de cada amparado, como su estado de salud, sus vínculos o la existencia de familiares en el país, los antecedentes que pudieran invocar en su defensa u otros.

Un argumento de peso sobre este hecho es el de que aprovechando una disposición de carácter sanitario o cuarentena la autoridad llevó a cabo un procedimiento de expulsión sin cumplir con las garantías mínimas del debido proceso que debió de existir antes de la adopción de una medida tan gravosa como ésta.

Por otra parte, la medida u orden no innovar (“ONI”), o la medida cautelar de suspensión de los actos administrativos de expulsión, tenía como propósito el suspender los efectos de los actos de la administración impugnados en lo principal mientras se resolvía el fondo de la acción de amparo. Para que, en incluso de acogerse la demanda en el fondo, el fallo no careciera de eficacia por cuanto ya habrán sido expulsados el país los amparados. Medida esta que no fue acordada y los venezolanos migrantes fueron expulsados en un avión militar y llegaron a Venezuela el día 10 de febrero, un día después de ser notificados de su expulsión. El daño, es pues, evidente e irreparable. Como testimonio de la violación de sus derechos humanos, queden grabadas las palabras del Ministro de Defensa de la República de Chile, Baldo Procurica quien dijo que los venezolanos expulsados “se trata de personas que no respetan las normas de nuestro país, lo hacen por ingresos ilegales, sin visas: y “pueden terminar dañando a nuestra gente”¹.

Los venezolanos debemos hacer un justo reconocimiento a la Clínica Jurídica de Atención a Migrantes de la Universidad Alberto Hurtado de Santiago de Chile (UAH), de la Compañía de Jesús y al Servicio Jesuita a Migrantes (SJM), de Chile, cuya acción de amparo es un claro ejemplo de que el prójimo no tiene fronteras, como lo dice el Papa Francisco, y porque por sus principios ignacianos, ambas instituciones, practican con los venezolanos, lo que Jesús decía de él, «Fui forastero y me recibieron» (Mt 25). Además, que cumplen en favor de los migrantes con la admonición de San Alberto Hurtado, jesuita y epónimo de la Universidad que lleva su nombre, de “Dar, siempre dar, hasta que se nos caigan los brazos de cansancio”. Y, por último, no debe olvidarse que el éxodo de casi 5 millones de venezolanos que sufre nuestra Patria es la consecuencia de un régimen nefasto y dañino, mucho antes y no después de las sanciones a su gobierno dictatorial, con todo lo que pueda haber dicho la Relatora de la ONU, Alena Douhan en sus observaciones preliminares de visita a Venezuela, en esta misma fecha.

¹ Migrantes venezolanos expulsados de Chile ya llegaron al país - Diario Primicia.

GENESIS, PROMOCIÓN Y CONSOLIDACIÓN DE UN OBSERVATORIO Y VEEDURÍA CIUDADANA DE DERECHOS HUMANOS EN LA UNIVERSIDAD DE LOS ANDES¹

BASES PRINCIPISTAS

Pensamiento matriz:

Según Saramago la misión de las Universidades no sólo es la instrucción profesional, sino la educación cívica, es decir la formación de ciudadanos libres y responsables, comprometidos con la democracia, la justicia y la paz. Ello implica formar profesionales y ciudadanos comprometidos con la democracia, justicia y los derechos humanos. La misión fundamental de las universidades es afianzar los valores trascendentales del hombre en las distintas corrientes del pensamiento universal.

Función de la enseñanza universitaria:

La enseñanza universitaria se inspirará en un definido espíritu de democracia, de justicia social y de solidaridad humana, y estará abierta a todas las corrientes del pensamiento universal, las cuales se expondrán y analizarán de manera rigurosamente científica (Art. 4º de la Ley de Universidades).

Autonomía universitaria:

La autonomía académica es principio esencial de la universidad por lo que es garantía frente al control político es de los Gobiernos Art. 111 de la Constitución) y responde fundamentalmente al propósito de proteger al máximo la libertad de cátedra y de investigación y conduce a la creación y fortalecimiento de núcleos de libre análisis.

¹ Propuesta del Dr. Román J. Duque Corredor presentada al Profesor Marcos Abilio Trejo para el Seminario a celebrarse en la Ciudad de Mérida, promovido por la Cátedra de Derechos Humanos de la Universidad de Los Andes., con el aval del Instituto Latinoamericano del Ombudsman, presidido por el Dr. Gustavo Briceño Vivas. Mérida, abril de 2002.

La Autonomía académica garantiza planificar, organizar y realizar libremente los programas de investigación, docentes y de extensión que fueren necesario para el cumplimiento de sus fines.

ESTRUCTURA UNIVERSITARIA DE ANÁLISIS E INVESTIGACIÓN PLATAFORMA PARA LOS OBSERVATORIOS DE DERECHOS HUMANOS

Para sus fines de investigación y análisis las universidades en su organización contarán con institutos o centros de investigación Institutos y demás dependencias universitarias de conformidad con el numeral 4º del Artículos 20.4, y 26, de la Ley de Universidades. Su nivel académico, el pluralismo universitario y la autonomía de cátedra es garantía de su efectividad. Los centros de investigación universitarios impulsan el conocimiento y la investigación científica planteando soluciones a problemas académicos o comunitarios y sociales.

Cientificidad de los derechos humanos:

Los derechos humanos son hoy día valores trascendentales del hombre en las distintas corrientes del pensamiento universal y parte de la cultura democrática en el contexto del Estado de Derechos.

Los observatorios universitarios de derechos humanos:

Son centro de investigación y de espacios para la generación de conocimiento, análisis, monitoreo, seguimiento y evaluación sobre la situación de los derechos humanos y de la aplicación del derecho internacional humanitario de sus violaciones y de asistencia jurídica para su protección. Igualmente son entidades que elaboran informes sobre el cumplimiento de los compromisos nacionales e internacionales del Estado en estas materias, además de identificar y registrar situaciones de violación de Derechos Humanos e infracción al Derecho Internacional Humanitario.

Las veedurías ciudadanas de derechos humanos:

Dentro del derecho de participación ciudadana las Veedurías Ciudadanas son un mecanismo democrático de representación, basada en el voluntariado, que les permite a los ciudadanos o a las diferentes organizaciones comunitarias, ejercer vigilancia sobre los compromisos del Estado en materia de derechos humanos.

Funciones de observatorios universitarios de derechos humanos:

Para generar conocimiento, análisis y seguimiento de la situación de derechos humanos y derecho internacional humanitario cumple las siguientes funciones: Principalmente, mediante sus actividades académicas y de extensión impulsan la

IDEARIO JURÍDICO Y POLÍTICO SOCIAL

integración de los diferentes actores sociales, preferentemente de los sectores excluidos y marginados, para la defensa de sus derechos políticos, sociales, culturales y económicos.

Para ello:

- a) Realizan el seguimiento, monitoreo y evaluación del goce efectivo de estos derechos.
- b) Realizan la investigación y monitoreo de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario.
- c) Produce estudios e informes para la formulación, implementación y ajuste de la política pública integral de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario,
- d) Impulsa con las veedurías ciudadanas de derechos humanos y promueve una Red Universitaria y Nacional de Observatorios de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario como espacios de monitoreo con entidades de orden nacional y territorial, organizaciones de sociedad civil, academia, privadas, entre otras.
- e) Elaboran propuestas de anteproyectos de leyes o de su reforma o modificación relativas a los derechos humanos.
- f) Elaboran el marco conceptual y metodológico de enseñanza y formación del sistema de derechos humanos.
- g) Prestan asistencia jurídica para la defensa de los derechos humanos a colectivos y a personas de escasos recursos.
- h) Participan en las audiencias de los organismos internacionales del sistema de derechos humanos.

El 17 de marzo de 2014 el Consejo Universitario de la Universidad de Los Andes, aprobó la creación de un Observatorio Universitario de Derechos Humanos que fue una iniciativa, impulsada por varios sectores de la comunidad universitaria y que respondía las reiteradas y graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en Venezuela y específicamente en los estados de la región andina, desde febrero de 2014.

RÉGIMEN Y DERECHO DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS VENEZUELA/BRAZIL. EL DERECHO A LA PROPIEDAD COLECTIVA Y LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS¹

I. EL MARCO CONSTITUCIONAL Y JURÍDICO TEÓRICO EN VENEZUELA DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE PROPIEDAD COLECTIVA. LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS COMO FUENTE DEL DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Constitución de Venezuela de 1999² reconoce la existencia de los pueblos indígenas, que es jurídicamente reconocer su personalidad jurídica, al igual que sus formas de organización, cultura e idiomas propios, así como sus habitats y los derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son indispensables para garantizar su continuidad biológica y sociocultural. Respecto de sus tierras constitucionalmente se declaran inalienables, imprescriptibles y se impone al Estado la obligación de demarcar estas tierras indígenas, con el fin de asegurar la propiedad colectiva a los pueblos y comunidades indígenas que las habitan. Igualmente con jerarquía constitucional se reconocen sus derechos de uso de los recursos naturales de estas tierras, de ser informados sobre las actividades de aprovechamiento de estos recursos, del derecho de desarrollar su identidad étnica y cultural, del derecho a la interculturalidad bilingüe, de las prácticas médicas, de los sistemas económicos y de la garantía de la prohibición de la patentabilidad de sus conocimientos y prácticas e innovaciones intelectuales y recursos genéticos; también constitucionalmente se reconocen a los pueblos indígenas la representación política ante la Asamblea Nacional y cuerpos deliberantes, para garantizar su participación en las decisiones que puedan afectar sus derechos, que comprende su derecho a participar en las decisiones del Estado sobre sus actividades en sus ecosistemas y de tener representantes indígenas por el voto de directo de sus comunidades.

¹ Foro “RÉGIMEN Y DERECHO DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS VENEZUELA/BRAZIL, 4 de noviembre de 2021, Bloque Constitucional de Venezuela. Universidad Don Helder Cámara, Belo Horizontes, Brasil.

² Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (G. O. No. 36.860 del 30-12-1999, reimpressa en G.O. N° 5.453 Extraordinario del 24-03-2000)

Aparte del régimen constitucional, en Venezuela se promulgo el 27 de diciembre del 2005, la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas³, que dentro de los derechos originarios define sus tierras, como aquellas en las cuales los pueblos y comunidades indígenas de manera individual o colectiva ejercen sus derechos originarios y han desarrollado tradicional y ancestralmente su vida física, cultural, espiritual, social, económica y política. Tierras indígenas estas que comprenden los espacios terrestres, las áreas de cultivo, caza, pesca, recolección, pastoreo, asentamientos, caminos tradicionales, lugares sagrados e históricos y otras áreas que hayan ocupado ancestral o tradicionalmente y que son necesarias para garantizar y desarrollar sus formas específicas de vida. La Ley de referencias, define la propiedad colectiva indígena como el derecho de cada pueblo y comunidad indígena de usar, gozar, disfrutar y administrar un bien material o inmaterial, cuya titularidad pertenece de forma absoluta e indivisible a todos y cada uno de sus miembros, a los fines de preservar y desarrollar la integridad física y cultural de las presentes y futuras generaciones. Y, además contempla la obligación del Estado de la demarcación del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas⁴.

Asimismo, Ley mencionada, establece que los pueblos y comunidades indígenas que por medios violentos o vías de hecho hayan sido desplazados de su hábitat y tierras, o por razones de seguridad se hayan visto forzados a ocupar otras, tienen derecho a la restitución de su hábitat y tierras originarios o, en su defecto, a la demarcación y titulación de aquellos que actualmente ocupan, preferiblemente en áreas aledañas al hábitat y tierras indígenas originarias. Igualmente establece, que cuando no proceda la restitución o la demarcación el Estado garantizará a los pueblos y comunidades indígenas el derecho a tierras de similares condiciones similares a las del hábitat y tierras originarias y que atiendan a las necesidades y expectativas de los pueblos y comunidades indígenas involucrados. Por otra parte, la Ley citada, dentro del régimen de la propiedad colectiva del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas dispone que esta propiedad podrá ser de uno o más pueblos y de una o más comunidades indígenas según las condiciones, características y exigencias de los mismos. Y prevé la demarcación de la propiedad colectiva, el registro de sus títulos de propiedad, la improcedencia de ejidos en hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas y la participación de los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas en el procedimiento de demarcación de su hábitat y tierras indígenas.

³ G.O. N° 8344 del 27.12.2005

⁴ En el último Censo del 2011 la población indígena en Venezuela es de 724.59, en los estados Amazonas, Anzoátegui, Apure, Bolívar, Delta Amacuro, Monagas, Sucre y Zulia, es decir, el 2,8% de la población nacional que para 2021 se estima en 32 millones de habitantes (<http://www.ine.gov.ve/documentos/SEN/menuSEN/pdf/subcomitedemografica/Indigena/BoletinPoblacionIndigena.pdf>)

Por otra parte, la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas del 28 de diciembre de 2000⁵, tiene por objeto regular la formulación, coordinación y ejecución de las políticas y planes, relativos a la demarcación del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas, a los fines de garantizar el derecho a las propiedades colectivas de sus tierras consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Para estos fines la Ley, en comento, crea la Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y comunidades Indígenas y contempla el procedimiento, participación y consulta para la demarcación, y otorga competencia para conocer los conflictos que pueden derivarse de dicha Ley a los Tribunales de la jurisdicción Contencioso Administrativo⁶. Un aspecto interesante de la de referencia es la diferenciación que hace entre pueblos indígenas, como “habitantes originarios del país”, y comunidades indígenas, o, asentamientos cuya población, en su mayoría, pertenece a uno o más pueblos indígenas y hábitat indígena, o la totalidad del espacio ocupado y utilizado por los pueblos y comunidades indígenas. Y reconoce a los pueblos y comunidades indígenas que han sido desplazados de sus tierras y se hayan visto obligados a ocupar otras, el derecho a ser considerados en los nuevos procesos de demarcación. Así como que establece como linderos los que, de acuerdo a la ocupación y uso ancestral y tradicional de su hábitat y tierras, señalen los pueblos y comunidades indígenas. Sin embargo, no reconoce el derecho de acceso directo de los pueblos indígenas ante la Procuraduría General de la República, a los fines de expedición del título de propiedad colectiva de los mismos, sino que es necesario que previamente acudan ante el Ministerio del ramo⁷.

Un aspecto que debe destacarse, es que la Ley, en comentarios, en su artículo 2º. establece que lo relacionado con los pueblos y comunidades indígenas se rige además de lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela por los tratados, pactos y convenciones internacionales válidamente suscritos y ratificados por la República, y, que, en aplicación de la mencionada Ley no se limitarán otros derechos garantizados a estos pueblos y comunidades, en normas diferentes a éstas; y que, en todo caso, serán de aplicación preferente aquellas normas internacionales que sean más favorables a los pueblos y comunidades indígenas. Por ejemplo, el Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales del 27 de junio de 1989⁸, la Declaración de las Naciones Unidas sobre

⁵ G. O. N°. 37.118 del 01-12-2001

⁶ Artículos 1º, numerales 6 y 15.

⁷ Artículos 2º. Numerarles 1, 3 y 4; 11 y 12.

⁸ (https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf). OIT. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Este Convenio revisa y complementa el Convenio No. 107 sobre poblaciones indígenas y tribales de 1957 (https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf).

los derechos de los pueblos indígenas del 13 de septiembre del 2013⁹ y el Tratado de Cooperación Amazónica suscrito por Bolivia, del Brasil, de Colombia, del Ecuador, de Guyana, del Perú, de Suriname y Venezuela el 3 de julio de 1978¹⁰. Esta disposición legislativa del artículo 2º, de la Ley, en comentarios, no es otra cosa que la ratificación respecto de los derechos indígenas del carácter preferente de las fuentes de derecho internacional¹¹, en particular, del derecho interamericano. Es decir, de los principios generales extraídos fundamentalmente de la interpretación jurisdiccional de la normativa internacional, en razón, que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no solo se notifica a los estados partes del caso, sino que también se participan a los estados partes de la Convención, según su artículo 69, que, en mi criterio, le otorga a la jurisprudencia de dicha Corte la categoría de fuente general obligatoria de derecho del régimen de los derechos humanos del ordenamiento jurídico nacional, porque considero que, como dice la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el conjunto de instrumentos de contenido y de efectos jurídicos variados, en el marco de evolución de los derechos de las personas forman el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos¹². Y, porque según la misma Corte, “Al aprobar los tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no con relación con otros estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”¹³. En ese orden de ideas, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia ha enseñado que los instrumentos internacionales deben ser interpretados y aplicados como un conjunto jurídico conforme las interpretaciones del momento¹⁴.

Particularmente ubico los estándares internacionales en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos puesto que son “los pronunciamientos de organizaciones intergubernamentales y de organismos de derechos humanos, mediante resoluciones, recomendaciones, declaraciones, o decisiones en casos concreto, en la interpretación las normas internacionales para implementar los derechos humanos”¹⁵. Por su naturaleza del resultado interpretativo del orden normativo de tratados, convenios o acuerdos de integración o regionales, como son los que han admitido y han aceptado incorporar a sus derechos internos los países

⁹ https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

¹⁰ <http://otca.org/wp-content/uploads/2020/01/TRATADO-DE-COOPERACIÓN-AMAZÓNICA.pdf>

¹¹ Artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva 16/99.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva 027/82

¹⁴ Corte Internacional de Justicia, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion ICJ, Reports 1971, p. 16-31

¹⁵ C. Ignacio de Casas, “¿Qué son los estándares de derechos humanos? *Revista Internacional de Derechos Humanos* / ISSN 2250-5210 / 2019 Vol. 9, N° 2 revistaidh.org, p. 294.

latinoamericanos y caribeños, considero que los estándares internacionales en materia de derechos humanos son de validez universal para dichos países puesto que son parte del conjunto del *corpus iuris* o conjunto de su derecho de derechos humanos¹⁶. Como no lo son respecto de países de diversas particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, por lo que la doctrina llama a los estándares internacionales “derecho blando”, o “soft law”, o normas internacionales no vinculantes, aunque la misma doctrina admite, sin embargo, que “la línea entre derecho y derecho blando [law and soft law] puede aparecer borrosa”¹⁷.

El Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, conocido como Acuerdo de Escazú, suscrito en el 2018, que entro en vigencia el 22 abril de 2021, representa jurídicamente un fundamento muy importante para el concepto de los estándares internacionales como fuente de derecho internacional, para los derechos originarios indígenas, cuando según la CEPAL, confirma el valor de la dimensión regional del multilateralismo para el desarrollo sostenible, pues recoge los estándares regionales que sienta las bases de una estructura institucional de apoyo y ofrece herramientas para mejorar la formulación de políticas y la toma de decisiones en materia de derechos humanos ambientales¹⁸.

Por las razones anteriores, yo considero estándares interamericanos la jurisprudencia interpretativa de los tratados y convenciones, antes mencionados, como fuente general obligatoria del derecho del régimen de los derechos humanos del ordenamiento jurídico nacional, que, en el caso de Venezuela, acoge su Constitución en sus artículos 19, 22, 23 y 31; en concordancia con los artículos 2º, 29 y 69, de la Convención Americana de Derechos Humanos; con los artículos 27 y 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Por tanto, haré referencia a los estándares internacionales interamericanos en relación con los derechos originarios de propiedad colectiva de los pueblos indígenas venezolanos, y acerca de su violación en el presente en Venezuela, principalmente respecto de las poblaciones amazónicas venezolanas fronterizas con Brasil.

¹⁶ Según la doctrina los estándares internacionales no son de validez universal en razón de los diversos y diferentes patrimonios históricos, culturales y religiosos del mundo multicultural, como se desprende de la Declaración de Viena de 1993 (Ver, Ignacio de Casas, “¿Qué son los estándares de derechos humanos? *Revista Internacional de Derechos Humanos* / ISSN 2250-5210 / 2019 Vol. 9, Nº 2 revistaidh.org, p. 296-301).

¹⁷ Cita de Shelton, Dinah. 2003. Introduction: Law, Non-Law and the Problem of ‘Soft Law’. En *Commitment and Compliance: The Role of Binding Norms in the International Legal System*, en C. Ignacio de Casas, “¿Qué son los estándares de derechos humanos?”, ya citada, p. 29.

¹⁸ https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf

II. LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS SOBRE LOS DERECHOS ORIGINARIOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS SOBRE LA PROPIEDAD COLECTIVA DE SUS TIERRAS Y HABITATS

El tema del derecho de la propiedad colectiva y los estándares interamericanos es fundamentalmente una doctrina jurisdiccional que parte de la idea de la protección de los derechos fundamentales referida a la propiedad individual y colectiva, que conforman categorías jurídicas dentro del sistema interamericano, en razón que el derecho a la propiedad está íntimamente ligado a otros derechos que de ser violentados afectan este derecho y el entorno social, cultural y económico en que desenvuelve, como lo ha reconocido tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana en sus decisiones, como lo ha destacado **Christian Federico Vargas García** en su trabajo para la Universidad de Andalucía, denominado “*El Derecho a la propiedad en la jurisprudencia interamericana*”¹⁹. Esa doctrina jurisdiccional la integran estándares de interpretación de los derechos de propiedad derivados principalmente a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la luz de los tratados y convenios internacionales, que representan una regla de interpretación extensiva y progresiva del artículo 21 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que contempla el derecho de propiedad como el derecho al uso y disfrute de los bienes y no de propiedad privada, lo que le da un contexto más amplio al concepto de propiedad²⁰. Asimismo, esta jurisprudencia interpreta que el concepto de propiedad comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener valor, que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Y que el derecho de propiedad implica que los derechos de uso y disfrute de los bienes no pueden ser eliminados por el Estado, sino por causas de utilidad pública e interés social establecidas en las leyes y mediante un debido proceso y el pago de una justa indemnización. Por ejemplo, cuando las medidas estatales sobre los bienes no son consecuencia de un proceso debido, o cuando no fue ordenado por un juez competente e imparcial; lo cual además viola el derecho al trabajo y se produce un daño emergente²¹, que en los casos de la propiedad agraria productiva representa la pérdida de la principal actividad del agricultor, puesto el daño se produce sobre bienes que conforman el principal medio de subsistencia²².

El énfasis de la jurisprudencia interamericana en el sentido que el derecho de propiedad es esencialmente el uso y disfrute de bienes de cualquier naturaleza, refuerza el principio de protección de la propiedad productiva que cumple con su

¹⁹ Ver, Microsoft Word - 0172_Vargas.doc (core.ac.uk)

²⁰ Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua sentencia sobre fondo, fundamentos 143 a 145.

²¹ Caso Cesti Hurtado Vs. Perú, Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Párr. 179. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú Sentencia de 6 de febrero de 2001 (Reparaciones y Costas).

²² Caso Matanzas de Ituango Vs. Colombia; Sentencia de 01 de julio de 2006, p. 193 - 197.

función social económica y ambiental. Y la precisión de la jurisprudencia citada que el derecho de propiedad comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor, permite la protección de la empresa agraria tanto respecto de su capital, como del fundo o hacienda agraria propiamente dicha. Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos admite que la posesión establece por sí sola una presunción de propiedad a favor del poseedor y, que, tratándose de bienes muebles, vale por título, por lo que el artículo 21 de la Convención mencionada, no solo protege el derecho a la propiedad en el sentido del uso y disfrute de los bienes, sino también, entre otras cosas, la posesión de los bienes²³. Por lo que, por ejemplo, la sustracción de ganado o la ocupación de las viviendas de las haciendas agrarias, por el estado es una violación al derecho de propiedad, además del derecho a la vida privada y del derecho de respeto al domicilio, puesto que es el lugar donde el productor puede desarrollar libremente la vida privada²⁴. Razón, por la cual, por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha calificado de violación de los derechos de los agricultores las medidas de ocupación de bienes productivos²⁵, como lo son los casos de rescate de tierras por parte del gobierno que ejerce el poder en Venezuela. Por otra parte, la jurisprudencia matriz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido como principio de interpretación del derecho de propiedad, que en una sociedad democrática deben existir, para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos, medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales; y que, por tanto, la función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y que por ello el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, pero respetando siempre los límites contenidos en artículo 21 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos²⁶.

Los instrumentos internacionales interamericanos no contemplan expresamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios tradicionales. Sin embargo, la Corte Interamericana ha interpretado que tal derecho se encuentra garantizado en el artículo 21 de la Convención Americana, que protege el derecho a la propiedad privada. En efecto, la referida Corte, en una “interpretación evolutiva” de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en base al artículo 2, literal “b”, de esta misma Convención, que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos, consideró que el artículo 21 de la Convención protegía “*el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los*

²³ Caso Tibi Vs. Ecuador; Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Párr. 218.

²⁴ Caso Matanzas de Ituango Vs. Colombia; Sentencia de 01 de julio de 2006; Párr. 178.

²⁵ Caso Tibi Vs. Ecuador; Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Párr. 218. Y Caso Cesti Hurtado; Hurtado Vs. Perú, Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Par. 179. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, Sentencia de 6 de febrero de 2001 (Reparaciones y Costas) Párr. 179. (Microsoft Word - Seriec_74_esp.doc (cortheidh.or.cr))

²⁶ Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador; Sentencia de 06 de mayo de 2008. Párr. 60.

*derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal*²⁷. Por ello, la mencionada Corte Interamericana precisó que “tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana”²⁸. De modo que el artículo XXIII de la Declaración Americana, que establece que toda persona tiene derecho a la propiedad privada, “debe ser interpretado y aplicado en el contexto de las comunidades indígenas con la debida consideración por los principios que se relacionan con la protección de las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural y de los derechos a la tierra, los territorios y los recursos”²⁹. Igualmente, según la Corte, la anterior interpretación resulta conforme con relación con lo expuesto en el artículo 13 del Convenio No. 169 de la OIT, en el sentido de que los Estados debían respetar “la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”³⁰. En consecuencia, la Corte declaró que la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, debían ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención

Respecto de la protección de la propiedad colectiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha consolidado toda una doctrina sobre los derechos de los pueblos indígenas, sobre la base que conforman sociedades diferenciadas de las dinámicas socioculturales de la sociedad occidental, poseedoras de derechos políticos, sociales y culturales colectivos³¹. En este orden de ideas, la mencionada Corte ha establecido que, a la luz del artículo 21 de la Convención, el Estado viola el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la población indígena, cuando no ha delimitado y demarcado su propiedad comunal y cuando otorga concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los

²⁷ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 148.

²⁸ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Op. cit., párr. 143.

²⁹ CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 115.

³⁰ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Op. cit., párr 136-137.

³¹ Castrillón Orrego, Juan Diego; La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Derechos de los Pueblos Indígenas; Becerra Benítez, Manuel (coord.); La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento. México. UNAM. 2005; p. 157.

que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes³². Puesto que la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras³³. De manera de evitar, por ejemplo, la violación de sus derechos ancestrales y su cultura, como está ocurriendo con el llamado Arco Minero del Orinoco que ha establecido y ejecuta el gobierno que ejerce el poder en Venezuela, cuya destrucción ambiental y el daño producido ha sido calificado por la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, de “*muerte de la madre naturaleza*”³⁴, es decir, de un ecocidio.

De lo expuesto respecto de la protección jurisdiccional de los derechos humanos y el derecho de propiedad, puede extraerse, para nuestra Región, de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como un principio con relación a la propiedad, en general, que la propiedad, la titulación y el reconocimiento del Estado, se sitúan en segundo término, dejando paso a la tenencia efectiva, uso y goce de los bienes y que el derecho a la propiedad se aproxima a la tutela de la vida o la dignidad humana, a un derecho a un juicio justo, a la inviolabilidad del domicilio y a la libertad de asociación y tránsito y de empresa. Y que, por otro lado, que la propiedad de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios ancestrales requiere las mismas garantías que la propiedad titulada y reconocida por el Estado. Lo que puede conseguirse evitando enajenaciones fraudulentas y titulaciones de terrenos catalogados como vacantes por la falta de título de propiedad válido de sus tenedores³⁵.

En resumen, los estándares interamericanos con relación a los derechos originarios de los pueblos indígenas sobre las propiedades colectivas, extraídos de la jurisprudencia y doctrina interamericana, en resumen, son: 1) El reconocimiento como sujetos jurídicos de los pueblos indígenas y de las comunidades indígenas y del hábitat indígena como bien jurídicamente protegido. 2) La importancia del territorio para los pueblos indígenas y tribales. 3) La titularidad del derecho por el pueblo indígena correspondiente. 4) La posesión de las tierras como justificación suficiente para el reconocimiento oficial. 5) Delimitación de los territorios indígenas. 6) Devolución del territorio tradicional perdido. 7) Deber del Estado de otorgar un recurso efectivo para resolver los reclamos territoriales indígenas. 8)

³² Caso de la Comunidad (Mayagna Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001.

³³ Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni; Voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia de Fondo y Reparaciones; Párr. 13.

³⁴ Ver “Informe de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “Independencia del Sistema de Justicia y acceso a la Justicia, incluyendo violaciones a los derechos económicos y sociales en la República Bolivariana de Venezuela y situación de los derechos humanos en la región del Arco Minero del Orinoco”, A/HRC/44/54, Distr. General del 15 de julio de 2020. Disponible en: <https://provea.org/wp-content/uploads/2020/07/Informe-Bachelet-julio-2020.pdf>

³⁵ Ver, Christian Federico Vargas García, “El Derecho a la Propiedad en la Jurisprudencia interamericana”, Op., Cit., p. 143.

Explotación de recursos naturales en sus territorios por las poblaciones indígenas. 9) Consulta previa, libre e informada. 10) El derecho a la consulta y su vinculación con otros derechos humanos- 11) No causar perjuicio a otros pueblos indígenas con las consultas. 12) Libertad de circulación. Y, 13) Derechos políticos³⁶.

III. EL ACUERDO DE ESCAZÚ³⁷ Y RATIFICACIÓN DE LOS DERECHOS ORIGINARIOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Con anterioridad señale que el derecho de los pueblos originarios interamericanos a la propiedad colectiva no se encuentra expresamente reconocido en los instrumentos internacionales, sino que por el contrario su reconocimiento proviene de los estándares extraídos de la jurisprudencia y opiniones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al ser reconocidos como fuente de los derechos humanos. En este orden de ideas, el reciente Acuerdo de Escazú, que, si bien se suscribió en 2018, y que cuya vigencia data del 22 de abril de 2021, no representa un desconocimiento alguno de derechos de los pueblos originarios, de los representa un fortalecimiento de tales estándares, sino que refuerza otros instrumentos internacionales que los reconocen como reconocen, concretamente el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, puesto que el Acuerdo mencionado, en su artículo 7, numeral 15, establece, que, “En la implementación del presente Acuerdo, cada Parte garantizará el respeto de su *legislación nacional y de sus obligaciones internacionales relativas a los derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales*”. Su artículo 5º, por su parte, dedicado a la accesibilidad a la información ambiental, en su numeral, 3, dice: “Cada Parte facilitará el acceso a la información ambiental de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad, estableciendo procedimientos de atención desde la formulación de solicitudes hasta la entrega de la información, considerando sus condiciones y especificidades, con la finalidad de fomentar el acceso y la participación en igualdad de condiciones”. Derecho este de acceso a la información y de recibir asistencia para formular sus peticiones y obtener respuesta, que se reconoce en el Numeral 4, del mencionado artículo a los “*los pueblos indígenas y grupos étnicos*”, por ser considerados como “*personas o grupos en situación de vulnerabilidad*”, cuya definición se encuentra en el artículo 2º, literal “2”, del Acuerdo de Escazú. Asimismo, este acuerdo en su artículo 7º, contempla el acceso a la participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales, por lo que, cada estado Parte deberá asegurar el derecho de participación del público y, para ello, se compromete a implementar una participación abierta e inclusiva en los procesos de toma de decisiones ambientales, sobre la base de los marcos normativos interno e internacional, de modo que participen

³⁶ Oswaldo Ruiz Chiriboga & Gina Donoso, “Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones, p. 43-89) (<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28583.pdf>).

³⁷ https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf

en los proyectos y actividades, así como en los procesos de autorizaciones ambientales que tengan o puedan tener un impacto significativo sobre el medio ambiente, incluyendo cuando puedan afectar la salud; en el ordenamiento del territorio y la elaboración de políticas, estrategias, planes, programas, normas y reglamentos, que tengan o puedan tener un significativo impacto sobre el medio ambiente. (Numerales 1 y 3). Para el debido ejercicio de este derecho, el Acuerdo, en comento, en el Numeral 14, del artículo 7º, que he venido citando, establece, que, “Las autoridades públicas realizarán esfuerzos para identificar y apoyar a personas o grupos en situación de vulnerabilidad para involucrarlos de manera activa, oportuna y efectiva en los mecanismos de participación. Para estos efectos, se considerarán los medios y formatos adecuados, a fin de eliminar las barreras a la participación”. En consecuencia, el Acuerdo de Escazú no afecta la plena vigencia y aplicación de otros instrumentos internacionales que reconocen derechos de los pueblos indígenas, en particular el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Puesto que “En la implementación del presente Acuerdo, cada Parte garantizará el respeto de su legislación nacional y de sus obligaciones internacionales relativas a los derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales” (Artículo 7º, numeral 15).

Por otra parte, debe destacarse que el Acuerdo de Escazú es el primer instrumento internacional que recoge disposiciones sobre los defensores de derechos humanos en asuntos ambientales y territoriales, en su artículo 9º, obligando a los estados partes a garantizará un entorno seguro a las personas, grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos en asuntos ambientales para que puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad; proteger y promover todos los derechos de los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales y tomará medidas apropiadas, efectivas y oportunas para prevenir, investigar y sancionar ataques, amenazas o intimidaciones que los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales. Estas garantías de los derechos de los defensores de los derechos ambientales y las obligaciones establecidas a los estados parte en su protección representa un avance en la defensa de los derechos humanos en asuntos ambientales de las poblaciones indígenas, en razón de la violencia y persecución en su contra en América Latina a partir del 2019, y, en Venezuela, concretamente, en el llamado Arco Minero del Orinoco, en donde, según el Informe de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, ha aumentado la violencia y los actos de intimidación desde 2018, cuyo ejemplo más dramático es el del líder de la etnia pemón Juvencio Gómez, quien lleva décadas en la defensa de su territorio y con una férrea posición en contra de la minería ilegal. Huyó no solo del peligro que representa la minería en gran escala de la ejecución del Arco Minero para la comunidad y el parque nacional Canaima, sino de la cri-

minalización de la cual es víctima, puesto que era objeto de persecución del aparato gubernamental desde 2029 que lo culpa de un alzamiento militar en el que no participó³⁸.

Finalmente, el Acuerdo de Escazú en razón de los avances alcanzados en los instrumentos internacionales y regionales y en las legislaciones y prácticas nacionales relativos en cuanto al derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales para la implementación plena y efectiva de este derecho, establece que cada estado parte atenderá las necesidades de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad mediante el establecimiento de mecanismos de apoyo, incluida la asistencia técnica y jurídica gratuita, según corresponda y de medidas para reducir o eliminar barreras al ejercicio del derecho de acceso a la justicia y reconoce además una legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente, de conformidad con la legislación nacional, por lo que reconoce legitimidad procesal a las personas o grupos en situación de vulnerabilidad, dentro de los cuales se encuentran las comunidades indígenas, debido a que su acceso a la justicia presenta dificultades por razones geográficas, de discriminación, de barreras lingüísticas culturales entre otras. Garantías estas que refuerzan la personería jurídica que le reconocen instrumentos internacionales, las constituciones y leyes indígenas. Y, además, garantiza el estándar de contar con un recurso efectivo para resolver los reclamos territoriales indígena, puesto que, en asuntos ambientales, tanto a las autoridades administrativas y judiciales.

IV. PRECEDENTES EN VENEZUELA DE APLICACIÓN DE ESTÁNDARES INTERAMERICANOS SOBRE DERECHOS INDÍGENAS SOBRE PROPIEDADES COLECTIVAS

Con anterioridad a la Constitución venezolana de 1999 se venían violentando estos derechos de los pueblos indígenas. Por ejemplo, desde 1972 y particularmente desde 1984 se agudiza el conflicto por el despojo las tierras de los piaros del Valle Guanay en el Estado Amazonas. Este conflicto originó un recurso de amparo que fue acordado, el 4 de julio de 1985, en favor de la comunidad indígena piaroa del Valle de Guanay, prohibiendo expediciones a sus territorios. Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia en sentencia dictada el día 5 de diciembre de 1996 declaró la nulidad por inconstitucionalidad de la Ley de División Político Territorial del Estado Amazonas del 29 de julio de 1994, en base a la violación al derecho de participación indígena en la elaboración de la referida Ley estatal y en cuya motivación se hace referencia a los tratados y convenciones internacionales suscritos por Venezuela sobre los derechos de los pueblos indígenas, con relación al derecho a la tierra de dichas comunidades. Y particularmente que, con la división territorial del Estado Amazonas, se cambiaban sus límites y se afectaba la tenencia de las tierras, puesto que se permitía en su hábitat la intervención de intereses distintos y contrarios a los legítimos derechos de la población autóctona.

³⁸ Venezuela: El líder que enfrentó a la minería y acabo exiliado, Lorena Méndez, 24 de septiembre de 2020 (<https://es.mongabay.com/2020/09/venezuela-juvencio-gomez-mineria-defensores-desplazados/>).

En el mandamiento de ejecución de la sentencia mencionada la Corte Suprema de Justicia, dispuso el 10 de diciembre de 1997, la realización de una consulta obligatoria a las poblaciones indígenas en relación al número de Municipios que deberían crearse, partiendo de tres aspectos fundamentales: la situación socio-cultural e histórica y la realidad geográfica de las etnias. Otro conflicto en la región de Guayana fue la introducción de expediciones turísticas ilegales en territorio de las comunidades indígenas de Sipapo, Cuaó, Autana y Guayapo, y en razón de denuncia de violación de la Ley Penal del Ambiente ante el Tribunal Penal de Primera Instancia de Puerto Ayacucho, capital del Estado Amazonas, este Tribunal dictó el 28 de junio de 1996 medidas judiciales precautelares en protección ambiental y sociocultural del entorno indígena piaroa, ubicado en la zona mediante las cuales prohibió la entrada del turismo en el territorio sagrado de los piaroas y ordenó al Gobierno no otorgar permisos para entrar en el área. Esta decisión es un valioso precedente porque implicó el desarrollo de una norma programática como lo era el artículo 77 de la Constitución de 1961 que apenas mencionaba un régimen de excepción para la protección de la población indígena y porque se fundamentó en las interpretaciones del Convenio N° 107 de la OIT Sobre Poblaciones Indígenas Tribales del 26 de junio de 1957, incorporado en el Convenio No 19 de la OIT de junio de 1989, y en el derecho consuetudinario indígena³⁹, ya que la sentencia particularmente las deliberaciones del Consejo de ancianos y el derecho consuetudinario piaroa. Sentencia esta que resulta conforme con los estándares internacionales desarrollados posteriormente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Estado venezolano tiene una deuda histórica con los pueblos indígenas en cuanto a la demarcación de sus territorios ancestrales, a lo cual está obligado el estado venezolano por el artículo 119 constitucional y por la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas del 28/12/2000⁴⁰. La última entrega de titularidad de tierras data del 02 de junio de 2016, fecha en la se entregó la titularidad a las comunidades indígenas Chaima, Pumé y Kariña, en Monagas correspondiente a más de 700 mil hectáreas. Sin embargo, los procesos de demarcación y titularidad de territorios indígenas están paralizados y el 85% de estos en mora desde hace más 6 años. Entre el 2007 y el 2016 se entregaron algunas titulaciones por comunidad para miembros de los pueblos Kumanagoto (estado Anzoátegui), Barí (estado Zulia) Mapoyo (estado Bolívar) y Yukpa (estado Zulia). A partir del año 2010 la Comisión de Demarcación disminuyó considerablemente su actividad cuando pasó del Ministerio del Ambiente al Ministerio del Poder Popular para los Pueblos Indígenas, congestionándose por el contrario los archivos institucionales de las solicitudes de la activación de los procesos de titulación colectiva. En el año 2016 fue reconocido a través del título colectivo las tierras del pueblo Pemón del sector Ikabarú, en el contexto de tensiones generadas

³⁹ Artículo 77.- El Estado propenderá a mejorar las condiciones de vida de la población campesina. La ley establecerá el régimen de excepción que requiera la protección de las comunidades de indígenas y su incorporación progresiva a la vida de la Nación.

⁴⁰ G. O. N° 7.118 del 01-12-2001.

entre el Ejército y las autoridades Pemón de ese sector a causa de la minería. Lo cierto es que en los últimos tres años el proceso de demarcación no tuvo actuaciones importantes y avances, y en el año 2019 estuvo totalmente paralizado⁴¹. En las Memorias y Cuentas del llamado Ministerio del Poder Popular para los Pueblos Indígenas desde el 2007 no se encuentran dentro de sus planes o proyectos de demarcación de tierras y habitas indígenas⁴². A este incumplimiento, como se indicará posteriormente, se agrega el irrespeto a los mecanismos constitucionales de consulta previa, la libre información a las comunidades y pueblos indígenas, que ha agravado a las tensiones entre los indígenas y el Estado. A esto además contribuye la militarización de los territorios indígenas; el otorgamiento de grandes concesiones para la explotación minera en territorios indígenas a empresas de extranjeras y la creciente presencia de grupos armados irregulares en estas zonas, que generan la desprotección y aumentan los riesgos para los pueblos originarios⁴³.

V. EL PROYECTO ARCO MINERO DEL ORINOCO Y LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS ORIGINARIOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS AMAZÓNICOS VENEZOLANOS Y EL DESCONEJIMIENTO DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y DE LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS RESPECTO DE ESTOS DERECHOS

Anteriormente, en el N° 1, de este trabajo, hice referencia al marco jurídico constitucional y legal con relación con los derechos originarios de los pueblos indígenas en Venezuela y con los estándares interamericanos sobre estos derechos, a partir de 1999, pero al igual que en las otras regiones de la Amazonia, los pueblos indígenas amazónicos de Venezuela, de 30 grupos étnicos, de una población de 76.314 de 142.143 habitantes, que son el 57.3%⁴⁴, durante estos últimos decenios, debido a la intervención del Estado por una explotación masiva de sus riquezas minerales y forestales de la zona sufren una grave lesión de sus derechos originarios de sus propiedades colectivas y por ende, una violación de los estándares interamericanos de esos derechos. En efecto, por ejemplo, la política estatal ha sido la de habilitar las tierras indígenas como terrenos baldíos para su aprovechamiento forestal y minero, en lugar de su demarcación o restitución a los pueblos indígenas y sin que se les hubiera informado previamente o permitido su participación respecto de esa política territorial o de aprovechamiento de los recursos

⁴¹ <https://www.iwgia.org/es/venezuela/3752-mi-2020-venezuela>.

⁴² <http://www.minpi.gob.ve/gestion/memoria/>

⁴³ PROVEA, Venezuela | informe del acnudh: «hay violaciones de los derechos colectivos de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos tradicionales» (Provea.org/actualidad/venezuela-informe-del-acnudh-hay-violaciones-de-los-derechos-colectivos-de-los-pueblos-indigenas-a-sus-tierras-territorios-y-recursos-tradicionales/).

⁴⁴ www.ine.gov.ve/documentos/Demografia/CensodePoblacionyVivienda/pdf/ResultadosBasicos.pdf

de sus tierras. La afectación de los derechos originarios de las propiedades colectivas se ha agravado con el decreto N° 2.248 de fecha 24 de febrero de 2016, del gobierno de Nicolás Maduro, que dispuso la ejecución del proyecto del Arco Minero del Orinoco, que comprende una extensión de 111.846, 70 kilómetros cuadrados y con el decreto número 4.392 del 22 de diciembre de 2020, que creo la Zona Económica Especial Militar de Desarrollo Forestal, en la altiplanicie o meseta de Nuria, entre los municipios Sifontes del Estado Bolívar y Antonio Díaz del Estado Delta Amacuro; en donde se encuentran grandes reservas de agua dulce ubicadas al sur del Río Orinoco y la biodiversidad de la Reserva Forestal de Imatáca, de El Caura, La Paragua y las zonas protectoras de la Cuenca del Río Caroní, los Tepuyes, que son formaciones biogeografías únicas en el mundo, y decretadas con anterioridad como Áreas bajo Régimen de Administración Especial, Áreas Protegidas o de Especial Importancia Ecológica. Y el Parque Nacional Canaima que fue nombrado en 1994 Patrimonio de la Humanidad por la UNESCO⁴⁵. El decreto No. decreto N° 2.248 de fecha 24 de febrero de 2016 fue demandado en nulidad por inconstitucional y la Sala Político Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia, el 7 de junio de 2019, declaro desistida tácitamente la demanda de nulidad por falta de interés por no haber retirado los recurrentes el cartel de notificación en un mes después de expedido, cuando la referida Sala para decidir si se expedía o no dicho cartel tardó 3 años en disponer sobre su expedición.

Ahora bien, con el desarrollo de este proyecto del Arco Minero del Orinoco, que se acordó sin estudios previos de impacto ambiental y sin la consulta previa con la población y sin que se hubieran demarcado las tierras de las poblaciones indígenas; se han venido ejecutando actividades de minería y extractivas con graves consecuencias para el ambiente y la salud de las personas, por equipos que arrasan el suelo y que necesitan mercurio, que contamina y envenena las aguas, los peces y las personas. Por estos daños masivos al medio ambiente que determinan destrucción o pérdida de ecosistemas en las zonas del llamado Arco Minero del Orinoco, así como el riesgo grave que supone para sus poblaciones y habitats al contaminar sus aguas y cultivos, a la luz de la comunidad internacional, su creación se puede calificar de “ecocidio” y, por ende, de un delito contra la humanidad. En efecto, la actividad minera en gran escala, en 22 zonas y en una de minería primaria, construyen serias amenazas de contaminación con mercurio y cianuro y la deforestación de bosques tropicales, lo que además impacta la salud y proliferan enfermedades como la malaria. Se ha señalado dentro la estrategia de penetración de la República Popular de China en Latinoamérica la financiación de proyectos a través de su Banco de Desarrollo (BDC). Por ejemplo, el gobierno de Venezuela, en busca de recursos crediticios, ha establecido un Fondo de Financiamiento Conjunto con China en diversas áreas de la economía, incluyendo el minero-energé-

⁴⁵ Portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=12572&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

tico. El mineral coltán y oro, en la región “Arco Minero”, por ejemplo, es explotada por empresas de capital chino, pero sin contar con el consentimiento de las comunidades que habitan allí⁴⁶.

La minería ilegal también afecta el disfrute de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, debido a la destrucción de su hábitat y la falta de control sobre sus territorios tradicionales y recursos naturales. Las condiciones de vida en las zonas mineras son pésimas, sin agua corriente, electricidad ni saneamiento. Los pozos de agua estancada y contaminada como resultado de la minería, son lugar de cultivo para los mosquitos, provocando un aumento de los casos de malaria en la región, que afecta no solo a los trabajadores migrantes sino también a las comunidades indígenas. Por lo cual 13 comunidades indígenas que habitan esta región han visto afectado su entorno y su modo de vida, sus prácticas culturales, por la deforestación y los altos grados de contaminación que causa este tipo de explotación minera en su única fuente de agua, el río Orinoco, que ha originado migraciones masivas de las comunidades indígenas hacia el territorio fronterizo de Brasil⁴⁷.

Por ejemplo, el pueblo warao de la Amazonía inició un proceso de migración debido a las deprimentes condiciones de vida, una situación que afecta la cosmovisión del indígena y que tiene que ver con su manera de ver el mundo y el medio ambiente en su totalidad. Según la Organización de los Estados Americanos (OEA) se estima que entre 1.500 y 2.000 indígenas venezolanos de esta comunidad ingresaron a territorio brasileño entre enero de 2017 y marzo de 2018, debido a la escasez de alimentos, la contaminación de ríos y la propagación de enfermedades tratables como el VIH, el sarampión, la difteria y la tuberculosis, sin control al interior de las comunidades indígenas, en razón a la ausencia de medicinas e incluso de sueros y antibióticos⁴⁸.

Tal es la destrucción del medio ambiente y de la capacidad productiva de los territorios y recursos del Arco Minero del Orinoco, que la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, como se afirmó anteriormente, en su Informe presentado el 15 de julio de 2020, ante el Consejo de Derechos Humanos, hace propia las palabras de un líder indígena, afirmando que en el Arco Minero del Orinoco se está “*destruyendo la madre tierra sin piedad*”.

⁴⁶ <https://www.coalicionregional.net/informe-sobre-vulneracion-de-derechos-humanos-de-pueblos-indigenas-en-la-cuenca-amazonica/>

⁴⁷ Coalición Regional Por la Transparencia y la Participación. Amazonía: cinco violaciones a los derechos humanos cometidas por China. Informe sobre vulneración de derechos humanos los pueblos indígenas en la Cuenca Amazónica”, 29 de mayo de 2028 (<https://www.coalicionregional.net/amazonia-cinco-violaciones-a-los-derechos-humanos-cometidas-por-china/>)

⁴⁸ <https://www.aa.com.tr/es/mundo/la-comunidad-indigena-venezolana-que-migra-a-brasil-para-sobrevivir/1149573>

CONCLUSIÓN

De lo expuesto, con relación al derecho a la propiedad colectiva y los estándares interamericanos de los pueblos originarios de Venezuela, especialmente en la Amazonia Venezolana, puede concluirse que actualmente son desconocidos en cuanto a sus elementos fundamentales de la condición de inalienables e imprescriptibles de sus tierras, por el incumplimiento del actual gobierno de la obligación del Estado de demarcar la tierras indígenas y del registro de sus títulos de propiedad para permitir su explotación, en lugar de asegurar la propiedad colectiva de las tierras a los pueblos y comunidades indígenas que las habitan; así como por desconocer sus derechos de uso de los recursos naturales de estas tierras y de ser informados sobre las actividades de aprovechamiento de estos recursos y por la falta de reconocimiento del derecho a la restitución de su hábitat y tierras originarios o, en su defecto, a la demarcación y titulación de aquellos que actualmente ocupan. A lo anterior se agrega que el gobierno que ejerce el poder en Venezuela no formó parte de los países que discutieron y firmaron el Acuerdo de Escazú, ni se ha adherido después de su entrada en vigencia el 22 de abril de 2021, que consolidó los estándares interamericanos sobre los derechos originarios de los pueblos indígenas. Así como que tampoco suscribió anteriormente el Pacto de Leticia por la Amazonia del 6 de septiembre de 1919, para la construcción de un marco global para la biodiversidad posterior a 2020, la conservación y el desarrollo sostenible de la Amazonía para lo cual requieren los esfuerzos de los países amazónicos, y por el que se expresó gran preocupación frente a la deforestación y degradación forestal; y en donde se reconoce las capacidades y la participación de los pueblos indígenas y tribales y de las comunidades locales en el desarrollo sostenible de la Amazonía reconociendo su papel fundamental en la conservación de la región⁴⁹. Y no se integró a la II Cumbre Presidencial por la Amazonia de revisión del Pacto de Leticia del 7 de septiembre de 2019, para la preservación y uso sostenible de sus recursos naturales y la biodiversidad, la creación de una red para enfrentar desastres, así como fomentar iniciativas para recuperación de los ecosistemas afectados por incendios forestales y actividades ilegales y favorecer el empoderamiento de las mujeres indígenas y sus poblaciones para fortalecer su participación en la conservación y desarrollo sostenible de la región⁵⁰.

Por todo lo anteriormente explicado en este trabajo sobre el desconocimiento de los derechos originarios de los pueblos indígenas en Venezuela y de su falta de protección de violaciones graves y por los daños irreparables causados a los ecosistemas del hábitat de sus territorios y a la vida de las poblaciones indígenas, puede calificarse la situación que afecta a los pueblos indígenas de la Amazonia venezolana de ecocidio y hasta de etnocidio. Y, que, además, representa la pérdida por los pueblos indígenas de sus propiedades colectivas.

⁴⁹ https://www.minambiente.gov.co/images/2019/PLAN_DE_ACCION_PACTO_DE_LETICIA_POR_LA_AMAZONIA.pdf

⁵⁰ Los 8 puntos clave del “Pacto de Leticia” para la conservar la Amazonía (efeverde.com).

TEMAS POLÍTICOS SOCIALES

REFORMA INSTITUCIONAL NECESARIA¹
REFORMA POLÍTICA E INSTITUCIONAL.
ORGANIZACIÓN DEL ESTADO Y
DERECHOS DEL CIUDADANO

I. LAS PREMISAS DEL ESTUDIO SOBRE LA REFORMA INSTITUCIONAL

El planteamiento de la reforma institucional necesaria para construir un país donde el Estado esté al servicio del ciudadano y no al revés, parte del criterio que en Venezuela el Estado no cumple con el deber ser, como de postula constitucionalmente, un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia. Y se pregunta, *¿qué debe hacerse para que el Estado proteja y garantice los derechos de todos, sin discriminación, y estimule las iniciativas de los ciudadanos y sus asociaciones en lugar de limitarlas?* La respuesta ha de encuadrarse dentro del área de la reforma política e institucional: la organización del Estado y los derechos del ciudadano, y, concretamente, la discusión de la separación de poderes y su modelo de gobierno presidencialista, es decir, la moderación del presidencialismo o su sustitución por una democracia parlamentaria; la descentralización profunda para consolidar el federalismo, el poner coto a las deformaciones del partidismo como política de Estado y el ejercicio real del poder ciudadano. Lo primero, a mi juicio, que corresponde es precisar si en verdad las causas de que el Estado no cumpla con ese deber es como se ha organizado o estructurado la separación de poderes, el presidencialismo, la democracia representativa, la descentralización, el sistema de partidos, el poder ciudadano y el sistema de justicia. Es decir, se parte de la base que el modelo jurídico político del Estado constitucional democrático y social de derecho y de justicia es adecuado y, de lo que se trata es de revisar si el ordenamiento establecido garantiza o no sus elementos esenciales como parte de la reforma política.

Por mi parte, creo que la definición constitucional de Estado sometido al imperio de la Constitución y de la ley, es la que corresponde a la de Estado Derecho. Al igual que a la voluntad de los ciudadanos, expresada libremente por los medios

¹ Trabajo presentado a Talleres de Reconstrucción Nacional (TREN), Valencia, octubre de 2018.

de participación política y social, es la que conforma el Estado democrático. Asimismo, que los principios de la solidaridad social y el bien común son los que conducen al Estado social, o “cláusula de las obligaciones sociales” del Estado de Derecho. Y, que el compromiso del Estado con el progreso integral que los venezolanos aspiran de promover el desarrollo humano que les permita una calidad de vida digna, o un orden más justo, son los aspectos que configuran el concepto de Estado de Justicia. De modo, que, si el Estado no está sometido al imperio de la Constitución y de la ley, no se nutre de la voluntad de los ciudadanos porque no se expresa libremente por los medios electorales o de participación política y social y no existe separación de los poderes, y tampoco está comprometido con el progreso integral y con el desarrollo humano de los ciudadanos, puesto que sus políticas llevan a una crisis social y económica, es porque el ordenamiento establecido o las instituciones que han de garantizarlo, impiden que se de en la práctica el modelo de Estado de democrático y social de Derecho y de Justicia.

Se hacen, entonces, cuatro preguntas fundamentales:

1^a) ¿Es necesario revisar el ordenamiento para restablecer y fortalecer el Estado de Derecho y para garantizar la independencia, la autonomía y el equilibrio entre los poderes del Estado?

2^a) ¿Cómo debería ser un sistema de incentivos que contribuya a prevenir y controlar los conflictos de intereses y las influencias indebidas en la gestión de los poderes del Estado?

3^a) ¿Cómo optimizar los medios para el ejercicio de los derechos políticos por parte de los ciudadanos? Y;

4^a) ¿Cómo crear condiciones legítimas para el ejercicio del “poder ciudadano” e implementar una descentralización profunda?

Las interrogantes anteriores conducen al planteamiento en la revisión o reforma del Estado a la redefinición de sus funciones como poder público, y en mi criterio, particularmente, de la función jurisdiccional y del sistema de justicia. Sobre este tema me referiré partiendo de la idea de que la reforma de la institucionalidad del Estado de Derecho supone modificaciones constitucionales mediante de reforma de la Constitución o de procesos constituyentes.

II. REFORMAS CONSTITUCIONALES Y CAMBIOS POLÍTICOS

La Historia demuestra que en los procesos políticos que suponen cambios constitucionales que tienen por fin principal la renovación de los poderes públicos, para reestructurarlos o para sustituir sus personeros por otros, las cuestiones esenciales relativas a la función del Estado ante la sociedad y de ésta como la base del mismo Estado, quedan preteridas por los objetivos meramente políticos de suplanter un antiguo orden o un gobierno por otro. Así, por más que se adopten nuevas definiciones sobre la organización política jurídica del Estado, sin embargo, la nueva estructura política de transición o su desarrollo contradice las finalidades de la reforma o renovación. De allí, que la ola de cambios políticos por la vía de la reforma constitucional o de procesos constituyentes, ha de permitir, en primer lugar, una verdadera discusión sobre estos conceptos para que las definiciones que

se escojan sobre la forma del Estado sean en verdad definiciones, es decir, las respuestas a las interrogantes anteriores, que buscaban los cambios políticos respecto del Estado. Y, en segundo lugar, que los cambios además de la simple sustitución de estructuras son principalmente del funcionamiento del Estado. Es, pues, en las Constituciones, por la vía de su reforma, en donde han de encontrarse esas respuestas y descubrirse la redefinición de las funciones del Estado, para que, en consecuencia, se puedan entender las definiciones que se acuñan para el Estado y diseñarse un sistema de control de la legitimidad de su ejercicio, sobre todo para determinar si ciertamente existe o no un real cambio político en positivo. En este orden de ideas, por ejemplo, el Consejo Federal Suizo, al someter a votación popular la reforma de la Constitución Federal, aprobada el 18 de diciembre de 1998, decía a sus ciudadanos, que por ser la Constitución la regla más elevada del derecho nacional debe permitir conocer a los ciudadanos rápidamente cuáles son sus derechos y la esencia del Estado en donde han escogido vivir y cómo es ejercido el poder público, y la forma cómo pueden participar en la vida política². Así, los ciudadanos suizos votaron su Constitución el 18 de abril de 1999, para lo cual, antes de este acto refrendario, se les hizo saber en su Exposición de Motivos, por la Asamblea Federal de la Confederación Suiza, que " *La nueva Constitución federal es más completa, más legible y más clara en su presentación que la Constitución en vigor. Una transparencia que tiene su importancia cuando se sabe que la Constitución tiene igualmente por función la de informar. En una democracia, la carta fundamental del Estado no debe ser accesible solamente a los juristas. Nosotros invitamos, por lo tanto, a cada ciudadano a ser suya la nueva Constitución*"³. Es verdad, que no somos ni seremos suizos, pero si tan propicios somos para copiar ejemplos políticos de otros países, dentro de un mimetismo solidario, a veces irreflexivo, ¿por qué no seguimos algunos buenos ejemplos, como el señalado, de auténtica democracia social y participativa, a la hora, por lo menos de llevar a cabo cambios constitucionales?

Solo después de aprobada la Constitución de 1999 los venezolanos nos enteramos de las definiciones del Estado y del papel de la sociedad en el nuevo orden constitucional, pero, es después cuando comenzamos a precisar si en verdad son tales, es decir, respuestas a un cambio político más democrático y mayormente ciudadano, y, si ciertamente, su puesta en práctica ha hecho que el viejo orden, quedó rezagado, como "la noche que se quedó atrás". Cobra vigencia, pues, aún después del "hecho constitucional", el análisis y la definición que para el Estado y la sociedad se apuntalan en el nuevo Texto Fundamental, de modo que tendremos que esperar para saber, en verdad, si conforme a la ciencia constitucional moderna, la nueva Constitución resulta ser un Digesto, o colección de definiciones; o si por el contrario, realmente son instituciones de un verdadero Estado de

² Votation populaire du 18 avril 1999. Explications du Conseil Federale. Nouvelle Constitution Federale. Recommandation aux électorices et aux électorés, Public par la Chancellerie Federale.

³ Arret federal relatif á une mise á jour de la Constitution Federale du 18 decembre 1998.

Derecho democrático y social y de Justicia, el cual materializa los valores fundamentales de la sociedad, para permitirnos vivir en libertad y en paz, protegidos contra la arbitrariedad y la injusticia y con seguridad. En este cometido, de salvaguardar estos valores, la función jurisdiccional del Estado resulta esencial, sin pretender agotar el tema, repasando brevemente el nuevo sentido de la ciencia constitucional, mediante la redefinición de esta función y precisando la noción de Sistema de Justicia, cuya construcción ciertamente que fortalece lo judicial dentro del Estado y compromete a sus instituciones con el valor de lo justo.

III. EL ORDEN CONSTITUCIONAL MODERNO

Históricamente el constitucionalismo no sólo ha consistido en la elaboración de textos constitucionales, sino fundamentalmente en prever un control de su cumplimiento y su protección por órganos jurisdiccionales independientes y fuertes, para garantizar su inviolabilidad, así como el de los derechos ciudadanos que se proclaman constitucionalmente. No puede negarse, que formalmente, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del 15 de diciembre de 1999, se afilia a esa tendencia. En efecto, la parte orgánica y la parte dogmática de la vigente Constitución se complementan con un sistema de control judicial de la constitucionalidad que se atribuye al Poder judicial y fundamentalmente dentro de él, a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para garantizar la integridad de la Constitución y la protección de los derechos ciudadanos. Pero, mucho más recientemente la ciencia constitucional ha proclamado que la Constitución no es simplemente el paso de un ordenamiento anterior a otro diferente y establecer una democracia meramente política, o simplemente un régimen de Derecho, sino que, por el contrario, lo propio de la reforma constitucional en el tiempo presente es la superación del momento histórico para fundar una sociedad distinta, económica y socialmente, pero sobre todo éticamente. Entonces, la Constitución, al decir de Gregorio Robles, “*deja de ser así tan solo un marco formal procedimental para ser también un marco material de carácter axiológico que todos los poderes del Estado y todos los ciudadanos deben respetar*”⁴. Ese contenido axiológico, representa el consenso político alcanzado en la Constitución sobre la sociedad, y condiciona y determina todas las decisiones que este autor llama “intersistemáticas”. Esto es, las que tienen lugar en el marco interinstitucional creado, dentro del orden jurídico, a las cuales pertenecen las leyes, los actos administrativos, los actos de los particulares y las sentencias. Esos valores consensuados poseen máxima jerarquía normativa y su función es penetrar de sentido axiológico al conjunto del sistema jurídico. De allí, que ese consenso es el fundamento de los deberes y de los derechos de la sociedad políticamente organizada, que es el Estado, y los principios valorativos que constituyen el núcleo básico del sistema se materializan principalmente la interpretación de la jurisdicción constitucional, que completa y aclara el sentido de aquellos, pero, teniendo presente que son fruto de un consenso político que es la base de la Constitución. Consenso éste en el cual, en nuestro

⁴ Robles, Gregorio “*Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*”, Editorial Civitas, p. 171.

caso, el respeto de los derechos fundamentales de cada ciudadano, la participación de la sociedad y la no-discriminación y protección de las minorías, son sus elementos esenciales. Al respecto vale la pena señalar, como lo indica el autor citado, Gregorio Robles, que con posterioridad a la promulgación de la Constitución, la lucha política o ideológica, hace perder esos valores y la idea del consenso alcanzado, en donde es difícil ceder en las posiciones, sobre todo en los supuestos de ambigüedades constitucionales, en el cual el consenso es pura ficción, por lo que, “los diálogos *post constitutionem*”, entre los poderes constituidos a raves de medios de contrapeso y de un poder judicial como árbitro, y, el control ciudadano, directo o indirecto, como recurso definitivo, resultan ser los más apropiados para un modelo de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia. Por otro lado, los más recientes ejemplos de constituyentes sin un previo acuerdo o consensos nacionales, impuestas o como simples para cambiar un gobierno por otro, o para permitir la reelección, demuestran que no son las vías más apropiadas para la reforma institucional.

En efecto, las asambleas constituyentes deben ser un proceso de racionalización de la vida pública, que no se detiene por el solo hecho de promulgarse la Constitución, sino que por el contrario, existiendo un marco institucionalizado, es un deber ético la búsqueda de ese nuevo consenso para superar la unilateralidad y el utilitarismo egocéntrico, de constituyentes de corte autoritario o despótico, como la que existe en Venezuela en el presente, donde no pueden existir sino instituciones y personeros comprometidos con ese marco totalitario y no con la sociedad civil que en definitiva es la titular del poder constituyente⁵.

El modelo constitucional del Estado de Derecho y de Justicia, social y democrático, que se proclama en el artículo 2° de la Constitución actual, es un compromiso ético, e implica, por tanto, una conciencia sobre la función del Estado respecto de la Sociedad, y de ésta como base del Estado, y de lo que significa el Derecho, como instrumento de aplicación del marco axiológico constitucional, y de la protección judicial de la constitucionalidad y de la garantía de los derechos humanos; los cuales, no debe olvidarse que son producto de un proceso de diálogo y de un consenso político, que es su fundamento relativo, porque su verdadera causa es una razón ética. Las relaciones entre el Estado y la Sociedad resultan, pues, la piedra angular de todo sistema constitucional, la filosofía que debe inspirar el rediseño de la arquitectura estatal y la orientación que debe imprimirse a las funciones del Estado como instrumento del bien común.

⁵ Sobre los procesos de asambleas constituyentes como instrumentos del autoritarismo y de tiranías, ver mi trabajo “Constitucionalismo Autoritario” (Fundación Alberto Adriani y Bloque Constitucional, Talleres Gráficos Producciones Karol C.A, Mérida, Venezuela, noviembre de 2017), y Briceño Leo, Humberto, “Despotismo Constituyente Venezuela 2017” (Fundación Alberto Adriani y Bloque Constitucional, Talleres Gráficos Producciones Karol C.A, Mérida, Venezuela, septiembre 2017).

IV. LA RELACIÓN ENTRE SOCIEDAD Y GOBIERNO COMO ELEMENTO DETERMINANTE PARA LA CONSIDERACIÓN DE LA REFORMA DEL ESTADO

Se olvida, a veces, que el Estado como manifestación política del poder se fundamenta en el conjunto de relaciones que unen y conducen a sus componentes en un destino y en un futuro común. En otras palabras, que más que el poder en sí mismo, es la representación de la organización social de sus individuos, vale decir, su gobierno y sus normas. El Estado, por otra parte, sin entrar en mayores disquisiciones, surge de la necesidad de los miembros de la sociedad de organizarse para equilibrar sus derechos e intereses y de lograr su armonía, y por tanto de crear una autoridad y de establecer las reglas de conducta que han de respetar para lograr esos fines. Por tanto, ontológicamente, el Estado existe por una cuestión de orden y seguridad. El Estado, en concreto es la estructura política y el ordenamiento jurídico de la sociedad. Por esta razón, es que, como organización política de la sociedad, el Estado no sólo son los órganos de gobierno sino también, y principalmente, la sociedad misma.

Como bien se ha dicho, los dos polos del Estado son, por un lado, la sociedad civil, y por el otro, su estructura política, es decir, el gobierno. Pero entre ambas debe haber mecanismos de equilibrio y de solución de sus conflictos, sin que se altere la marcha del Estado y mucho menos su institucionalidad. De modo que la participación ciudadana no es solo un instrumento para incorporar al ciudadano en la política pública, sino un derecho fundamental para expresar su voluntad ante esos conflictos mediante procesos refrendarios o de consulta o revocatorios y en definitiva para resolverlos como máximo árbitro. De allí, que existe un vínculo estrecho entre la sociedad, que, según palabras de Fernando de Trazegnies Granda⁶, es el Estado visto desde la base, y las instituciones que componen la estructura política del Estado, que, de acuerdo con el mismo autor, es el Estado visto desde arriba. De modo, que cuando esa integración se invierte, por ejemplo, cuando se considera exclusivamente el Estado como gobierno, y a éste como único representante de la sociedad y del bien común, el Estado entra en crisis. Cuando ello ocurre, entonces, se impone la revisión no solo de las formas del modelo político de gobierno, sino también de las funciones de ese mismo modelo. Igualmente, ante el reto de la eficacia de la democracia para resolver las crisis sociales y económicas y los problemas del desarrollo, la tesis de su gobernabilidad determina la reforma de las estructuras de gobierno, para que las crisis políticas se resuelvan por esos mismos poderes, por lo que la representatividad popular debe ser determinante en el sistema de gobierno no solo en el poder legislativo, sino inclusive en el poder legislativo. De allí una de las ventajas del sistema parlamentario mixto, al estilo francés.

⁶ de Trazegnies Granda, Fernando, *Reflexiones sobre la Sociedad Civil y el Poder Judicial*, 1era. Edición, 1996, ARA Editores, Lima, p. 18.

V. REDEFINICIÓN DEL ESTADO Y DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO DE GOBIERNO

El Estado moderno, por la pérdida del valor del individuo y de la limitación de la acción individual, que ha llevado a que en el Estado el gobierno asuma los papeles que les corresponde a los ciudadanos, ha originado principalmente la crisis de los sistemas democráticos, precisamente por la pérdida de la capacidad de decidir según el bien común. En efecto, son factores diferentes a los de la justicia, la moralidad y los derechos humanos, los que se atienden para resolver los interrogantes que se plantea la sociedad, y en consecuencia, estas desviaciones, través del tiempo han producido desconfianza y apatía disminuyéndose la participación y el espíritu cívico de la población, que se siente perjudicada y desilusionada. Esta realidad social lleva a apreciar la democracia como sistema de gobierno efectivo y justo, en la medida en que permita y asegure la participación de los ciudadanos en las opciones políticas y garantice a los gobernados no solo la posibilidad de elegir y controlar a sus propios gobernantes, sino también la de sustituirlos oportunamente de manera pacífica. La reforma, en consecuencia, que se propugna es la de la sociedad democrática representativa, cuya manifestación es el Estado Social de Derecho, en el cual la persona debe ser el centro de toda acción social, política, económica y cultural; por lo que para su materialización se requiere de redefiniciones del Estado mismo, como la que expusimos de considerar al Estado como la integración de la sociedad y del gobierno; y de sus funciones, para que el individuo pueda desarrollar plenamente su personalidad, y participe activamente en la solución de sus problemas y pueda reclamar eficazmente el ejercicio de sus derechos fundamentales. Todo ello para promover la paz, la convivencia, la solidaridad, el desarrollo que, junto con el bien común, la justicia y la seguridad jurídica, modernamente constituyen los fines del Estado.

El Estado Social de Derecho, por definición, requiere de un sistema de gobierno en el cual prive la ley y se respete la persona humana, y ésta reciba la satisfacción de sus derechos, y fundamentalmente, en donde exista un orden justo, que preserve su dignidad, libertad, e iniciativa individual y comunitaria; y por supuesto, que permita la aplicación de los recursos económicos, sociales y culturales para la satisfacción de las necesidades colectivas, que es una nueva forma de entender la Justicia. Ahora bien, la auténtica democracia sólo es posible en un Estado en donde el derecho sea la regla de conducta y la recta concepción de la persona humana su orientación. Es decir, en el cual la ley es soberana y no la voluntad arbitraria de los gobernantes y cuyo contenido refleje la realidad social en que se desenvuelven los individuos, y sobre todo que proteja la libertad de todos. En este contexto, entonces, la persona es el centro de toda actividad política, y por ello, para que el Estado Social y de Derecho, pueda conformarse como participativo, se requiere redefinirlo para convertirlo en instrumento del desarrollo de los derechos fundamentales de la persona, que es la representación social del individuo y del ciudadano, que es su representación jurídica. Lo determinante, pues, en esta redefinición es la consideración jurídico-ciudadana dentro del Estado. Es decir, el desarrollo de formas democráticas, que permitan la participación y representación del ciudadano, como reconocimiento a su naturaleza individual

y dignidad personal. Pero, en razón de su interdependencia, por las relaciones y conflictos que nacen de su vida en sociedad, esas formas democráticas deben también asegurar su destino común, para que no se frustren los esfuerzos y empeños colectivos, que son igualmente fundamentales en una sociedad que aspire que el bien y la felicidad alcancen a todos. En esta redefinición, al Estado le corresponde, entonces, proteger esa dignidad personal y estimular la solidaridad social, en todos los planos, para permitir, en consecuencia, la paz, que es de todos, y que exige, por tanto, como lo afirmó Juan Pablo II, “cada vez más, *el respeto riguroso de la justicia y, por consiguiente, la distribución equitativa de los frutos del verdadero desarrollo*”⁷. En esa sociedad organizada y participativa, ciertamente que el Estado debe ser Social y de Justicia, pero fundamentalmente, un Estado de Derecho⁸. En esta concepción, pues, la Justicia es parte de la cultura histórica del Estado. No constituye, por tanto, un simple valor puro del Derecho, sino la concreción en cada caso de los derechos fundamentales del individuo en una realidad determinada. En otras palabras, un orden justo. Es decir, la Justicia, como forma de entender el desarrollo social y de establecer la participación entre los individuos. El Estado, en este orden justo, como instancia subordinada de la sociedad, y con vista al bien común y la protección del individuo, debe cumplir la función de garantizar la libertad y promover el desarrollo personal, pero dentro de un sistema de derecho y fundamentalmente de justicia. La redefinición del Estado, dentro de este orden de ideas, en una cultura jurídica determinada, basada en los derechos fundamentales del ciudadano, y en la consagración de las garantías jurídicas e instituciones para reivindicarlos y defenderlos, así como de los medios para permitir la participación ciudadana en las exigencias del desarrollo de la vida socio-económica, política y cultural, vienen a ser la Justicia en un Estado Social, Participativo y de Derecho.

VI. LA REFORMA DEL ESTADO Y LA REDEFINICIÓN DE SUS FUNCIONES EN LA RENOVACIÓN CONSTITUCIONAL

Las reformas constitucionales deben atender fundamentalmente a la ampliación y protección de los derechos humanos, por un lado, y por el otro, a la reforma de la estructura del Estado y de los mecanismos de interrelación de sus órganos, así como de su control. Resulta interesante, pues, que brevemente me refiera a los cambios constitucionales de los Estados latinoamericanos acogieron procesos constituyentes para resolver sus crisis terminales. Así, por ejemplo, dentro del marco de la reforma del Estado, teniendo presente el derecho constitucional comparado, en lo referente al Poder Ejecutivo, la tendencia reformista recae sobre el sistema de gobierno, con el reforzamiento de elementos parlamentarios, a través de mecanismos de control a priori y de control a posteriori sobre los actos del Ejecutivo; la consagración de la figura del Primer Ministro y las facultades mutuas de disolución del Congreso o del Gobierno; provocando la transformación del presidencialismo hacia un sistema presidencial con sujeción parlamentaria. Ello

⁷ Juan Pablo II, Carta Encíclica, *La Preocupación Social de la Iglesia*, del 30-12-87, Ediciones Paulinas, Caracas, 1988, p. 46.

⁸ Cachica, Luis Carlos, *Constitucionalismo Colombiano*, Editorial Temis, Bogotá, p. 486.

con la finalidad de facilitar la gobernabilidad de los sistemas políticos democráticos. Igualmente, en lo referente a la elección presidencial el cambio sustancial ha sido del sistema electoral indirecto al sistema de elección directa a doble vuelta. Por lo que atiene al Poder Legislativo, se ha enfatizado en la reforma sobre los requisitos y condiciones de elegibilidad de los congresistas; y respecto de la composición del Parlamento o del Congreso, la tendencia es hacia el bicameralismo, como garantía de representación de todas y cada una de las provincias y departamentos, y porque, se considera que la existencia de una Cámara del Senado o Cámara Alta, garantiza, en el plano técnico-jurídico, una segunda revisión y examen más exhaustivo de los textos legales, lo cual permite mejorar el trabajo legislativo. Asimismo, en el plano político, se afirma que el bicameralismo asegura el equilibrio necesario que garantiza la separación de poderes, que es indispensable para el funcionamiento de los sistemas presidenciales de gobierno, porque es posible realizar con mayor efectividad las funciones de control que constitucionalmente se le encomienda al Poder Legislativo. Y, por lo que se refiere al Poder Judicial, la reforma integral del Poder judicial es uno de los temas prioritarios de las agendas constituyentes, para afianzar su autonomía e independencia, y hacia la garantía de la tutela judicial efectiva. Entre otras reformas, las definiciones de las incompatibilidades del ejercicio judicial con cualesquiera otras funciones públicas y con las actividades privadas, ha ocupado parte de los trabajos de esas reformas. Al igual de la creación de mecanismos dirigidos a garantizar la idoneidad de los jueces, previendo la participación popular en el nombramiento y en la revocación de las designaciones de los jueces. E, incluso, hasta contemplar dicha participación en el ejercicio de la función jurisdiccional. También en la tendencia constitucional contemporánea se advierte la posición favorable a la creación como órganos de gobierno y administración del Poder Judicial de los Consejos de la Magistratura o de la Judicatura, para fortalecer el carácter autónomo e independiente del Poder Judicial frente a los demás poderes, exigiéndose mayores requisitos de idoneidad a sus integrantes. Por otro lado, la reforma del Poder Judicial apunta igualmente hacia su modernización, para garantizar la celeridad procesal, la tutela efectiva y su capacidad financiera. Pero, también forma parte de la reforma judicial constitucional, el reconocimiento y creación de jurisdicciones especiales, como las electorales y las de Justicia de Paz y de los pueblos indígenas, además, de jurisdicciones independientes de la jurisdicción ordinaria, como la jurisdicción constitucional; e igualmente la constitucionalización de la jurisdicción contencioso administrativa. Todo ello se ha reforzado con la consagración expresa en los textos constitucionales de un derecho a la tutela judicial efectiva.

En ese contexto, el proceso constituyente venezolano, plasmado en la Constitución vigente del 15 de diciembre de 1999, presenta el lado positivo de la progresividad de los derechos humanos, en su parte de Constitución ciudadana. Pero, en lo que se refiere al sistema de gobierno, que fue una de las causas de la crisis que condujo a la reforma constitucional, en la denominada “Constitución Política”, en la estructura orgánica del poder político del Estado, se observan incongruencias con los llamados valores republicanos del federalismo y municipalismo, de la democracia representativa y participativa y de la separación de los poderes públicos, entre otros. En efecto, en materia de la distribución territorial del poder

público, que es un mecanismo para evitar el centralismo y la concentración del poder, se debilitan los poderes locales al crearse instrumentos como el Consejo Federal de Gobierno, que por el control que ejerce el poder central en su dirección, representa un obstáculo al proceso de descentralización, a favor de los Estados y los Municipios, puesto que se puede instrumentar como una superestructura de control de estos entes. Por otro lado, se sujeta a la legislación nacional muchas de las competencias propias de los Estados y Municipios y se prevé la disminución de su Situado. En cuanto al principio de la separación de los poderes públicos, que precisamente es la garantía de su equilibrio para evitar su concentración en uno solo de ellos, por el contrario, aparece fortalecido el Presidencialismo con la debilidad institucional de la Asamblea Nacional, que es el nuevo Poder Legislativo Nacional, al eliminarse una de sus Cámaras, que le daba la posibilidad de contrapesar a la otra Cámara; y al diluirse el control legislativo entre la Asamblea Nacional y el llamado Poder Ciudadano. Igualmente, la posibilidad de la disolución de la única Cámara por el presidente, cuando la Asamblea Nacional eventualmente ejerza su facultad de control, de remover, durante tres veces, en un período al vicepresidente, representa una amenaza precisamente para que ese control mediatizado llegue a ejercerse. Igualmente, la posibilidad que el presidente dicte decretos en cualesquiera de las materias que corresponden a la reserva legal, por autorización de la Asamblea Nacional, puede hacer nugatorio el principio del Estado de Derecho, como es la garantía de la legislación ordinaria. Por lo que respecta a la democracia representativa, en la Constitución actual, no se contienen modificaciones sustanciales en materia electoral, sino que por el contrario se prevé la reelección indefinida, por simple mayoría, sin la doble vuelta, y además, en relación con la participación ciudadana, el referéndum, especialmente, los referéndum revocables, están sometidos a condiciones difíciles de cumplir. Tampoco se mejoran los sistemas de elección de los entes locales, y se mantiene el esquema de representación proporcional de las minorías y no el del voto personalizado. En cuanto a las garantías democráticas, no resulta congruente la eliminación del principio tradicional de nuestra historia republicana de la sujeción de las fuerzas armadas al poder civil, así como la eliminación del carácter deliberante de tales fuerzas, que precisamente por tener de por sí la fuerza de las armas, se le sometía al poder civil. Tampoco es congruente con esos valores republicanos la creación como un estamento dentro del Estado para las fuerzas armadas, al otorgarle privilegios, que antes no tuvieron, como le ante juicio de méritos a los Oficiales Generales y Almirantes, y al establecer en el ámbito constitucional la existencia de una Contraloría propia de dichas Fuerzas, fuera del Poder Ciudadano. Y, por último, la consagración del competo de defensa nacional como el de una responsabilidad compartida entre los militares y la sociedad civil, así como atribuir al Consejo de Defensa la definición del concepto estratégico de Nación. Todo lo cual evidentemente que significa dar jerarquía constitucional a conceptos militares que se oponen a la doctrina civil de la democracia y de la seguridad ciudadana. Ante lo que se ha llamado el *“agotamiento de las formas democráticas”*, la tesis es la de in-

tensificar la democracia representativa con la participación, según la cual esta última más que una instancia rival o contradictoria con la representación es el elemento correctivo de sus defectos⁹.

VII. LA REDEFINICIÓN DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO PARA LA REFORMA POLÍTICA E INSTITUCIONAL Y LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO Y DERECHOS DEL CIUDADANO

En la propuesta “La Venezuela que queremos”, partiendo que la soberanía reside en los ciudadanos y que el Estado de debe a ellos, se pregunta ¿qué cosas deberían cambiarse para que el Estado cumpla con ese deber y se realmente un Estado Constitucional democrático y social; de Derecho y de Justicia, que proteja y garantice los derechos de todos, sin discriminaciones y se estimule las iniciativas de los ciudadanos y sus asociaciones, ¿en lugar de limitarlas? Siguiendo esa orientación, responderé a este tema central con mis personales respuestas a las interrogantes señaladas al comienzo de este trabajo.

1. *¿Es necesario revisar el ordenamiento para restablecer y fortalecer el Estado de Derecho y para garantizar la independencia, la autonomía y el equilibrio entre los poderes del Estado?*

Considero que es necesario revisar los ámbitos de actuación de los poderes definidos en la Constitución para reforzar su legitimidad mediante mayorías calificadas, como la doble vuelta para la elección tanto del Presidente como para el Vice presidente, así como para asegurar la independencia entre ellos disminuyendo el peso que significa para esos poderes el presidencialismo exacerbado, a través de un sistema de gobierno semiparlamentario, a cargo de un Primer Ministro, elegido por el poder legislativo, de modo de establecer un mayor poder contralor de la representación popular sobre los asuntos de gobierno y un medio legítimo como el voto de censura al gobierno para resolver las crisis de gobierno mediante consultas populares. Pienso, por otro lado, que el período de los mandatos populares debería ser de cuatro (4) años y de otros cuatro (4) años por reelección inmediata y por una sola vez. Además, dado que la reelección es un mecanismo que limita la alternabilidad democrática debe regularse constitucionalmente la participación electoral de funcionarios que concurran a su reelección como un mecanismo que daría mayor garantía a la imparcialidad en los procesos electorarios. Asimismo, considero que la desconcentración administrativa y política a favor de los estados y municipios reforzaría el carácter federal del Estado, mediante una mayor descentralización de funciones administrativas y legislativas del poder nacional, al igual que de la desconcentración de ciertos tributos (por ejemplo, parte del impuesto sobre la distribución de productos de hidrocarburos, del impuesto de consumo y de licores), y de las tasas (por ejemplo, las de registro inmobiliario). Por otro lado, considero que la existencia del poder ciudadano y del

⁹ Njaim, Humberto, “La estructuración participativa de la Democracia Representativa”, *Revista SIC*, Centro Gumilla, año LXII, N° 615, junio, 1999, p. 204 y 205.

poder electoral no ha dado mayor efectividad a la separación de los poderes públicos, por lo que estimo que podría revisarse la estructura de otros países, en donde la defensoría del pueblo, el ministerio público y los órganos electorales, sin constituir una rama del poder público, sin embargo, disfrutan de verdadera independencia como servicios autónomos. Respecto del poder judicial, la existencia dentro del Tribunal Supremo de Justicia de una Sala Constitucional ha de ser revisada, para establecer límites a su jurisdicción constitucional para evitar la concentración en esta Sala prácticamente de toda la función jurisdiccional y para evitar que se sustituya en el poder constituyente y en el poder legislativo. Finalmente, la reorganización del sistema de justicia, comenzando por el Tribunal Supremo de Justicia, y de la judicatura mediante la creación del Consejo Nacional de la Magistratura, con participación de jueces y ciudadanos y la aplicación de un plan nacional evaluación de idoneidad de los jueces titulares y de concursos para todos los jueces provisorios, mediante jurados independientes, y de jubilación adelantada para los jueces que lo soliciten, sería un modo de restituir y reestructurar la independencia del poder judicial¹⁰. Por supuesto, que estos cambios suponen que la existencia de la actual asamblea nacional constituyente, la cual por su origen es ilegítima¹¹, ha de ser objeto de una consulta popular para que el pueblo como titular del poder constituyente decida sobre su vigencia.

En mi criterio la reforma de la función de la jurisdicción como poder del Estado, dada la situación de una absoluta falta de seguridad jurídica resulta determinante para que el modelo de Estado democrático de Derecho resulte efectivo en la realidad, por esta razón creo necesario destacar la revisión, que mi juicio, debería hacerse de esta función estatal¹².

A

La justicia, entendida como estructural estatal y como función pública, en un Estado subordinado socialmente, no se concibe como un sistema normativo que simplemente reconoce los derechos fundamentales del ciudadano, sino, por el contrario, principalmente como la consagración de garantías jurídicas y de instituciones para reivindicar y defender esos derechos, como parte de los elementos

¹⁰ En este tema puede consultarse “Proyecto de reinstitucionalización del Sistema de Justicia de Venezuela” (Fundación Alberto Adriani, Bloque Constitucional y Vepor-libertad, Talleres Gráficos Karol C. A., Mérida, Venezuela, abril 2018).

¹¹ Ver mi trabajo “Constitucionalismo Autoritario” (Fundación Alberto Adriani y Bloque Constitucional, Talleres Gráficos Producciones Karol C.A, Mérida, Venezuela, noviembre de 2017), p. 21-23.

¹² Para una propuesta de reforma integral de la función jurisdiccional puede verse “Proyecto de reinstitucionalización del Sistema de Justicia de Venezuela”, ya citado, pp. 43-65.

de control de la acción del Estado por la sociedad¹². Por otra parte, la cultura jurídica de un país constituye el sistema de justicia, sobre el cual descansan las aspiraciones sociales respecto de la Justicia. Como sistema, el sistema de justicia se compone de diversos elementos, que van desde los organizativos, los funcionales y los humanos, cuya finalidad es dirimir los conflictos y controversias que surjan entre los individuos y frente al Estado mismo. De modo que cuando se habla de reforma del sistema judicial, dentro de la reforma del Estado, no puede entenderse como su simple modernización, sino que la reforma debe alcanzar a cada uno de sus elementos y de sus operaciones. Por otra parte, si lo que se aspira es a una Justicia fácil, accesible, oportuna, equitativa y barata, es necesario principalmente redefinir la función jurisdiccional del Estado, y también prever una nueva organización judicial, contemplar modelos procesales y establecer mecanismos de selección y de control de los jueces, y por supuesto, fortalecer aún más la autonomía e independencia de los jueces, e introducir elementos de participación ciudadana en el ejercicio y en la organización del Poder Judicial. Nos referimos sólo a la redefinición de la función jurisdiccional. La función jurisdiccional es una función pública y los jueces son funcionarios públicos y es el Estado quien administra justicia. Es decir, es parte del poder público estatal y como tal sus bases se encuentran emplazadas en la Constitución. Ahora bien, superadas las etapas de la violencia privada, que fue la razón histórica para hacer pública la resolución de los conflictos, la experiencia ha demostrado la conveniencia de los procedimientos de la llamada “*justicia por consenso*”, es decir, de la mediación de la conciliación y del arbitraje, como formas alternas de resolver disputas privadas¹³. De allí que se ha propuesto que el Estado debe favorecer la utilización de estos medios, previéndose constitucionalmente, una jurisdicción alterna, bajo la supervisión del Estado, que permita que los conflictos privados puedan ser dirimidos por los particulares y no por la jurisdicción pública, y también imponiendo la conciliación previa a los juicios, o dentro de ellos, como una forma de evitar la justicia por disenso, que requiere necesariamente la intervención del Estado, como tercero imparcial, pero ajeno y lejano a las partes contendientes.

Aparte de lo anterior, la redefinición de la función jurisdiccional, aunque conceptualmente consista en la aplicación del derecho, ha de comprender también la jurisdicción de equidad, para que los jueces puedan resolver en cada caso ateniéndose a su sentimiento de lo justo. En efecto, ante la aspiración de que el sistema judicial sea cada vez más justo, es necesario contemplar al lado de la jurisdicción de Derecho, jurisdicciones de equidad, y permitir la aplicación de las reglas de equidad por los jueces ordinarios. Por supuesto, que salvo las jurisdicciones de consenso y la de equidad, y la de las pequeñas causas o vecinales, que pueden

¹² Duque Corredor, Román J., “Una Justicia Confiable para el Pueblo”, en *Encuentro y Alternativas*, Venezuela 1994, Encuentro Nacional de la Sociedad Civil, mayo 1993, Conferencia Episcopal Venezolana - UCAB, Caracas, Tomo 2, p. 833 y 834.

¹³ Vid, Jaramillo, Mario. “*Justicia por Consenso. Introducción a los Sistemas Alternos de Solución de Conflictos*”, Institución Universitaria Sergio Arboleda, Serie Investigaciones, N° 1, Primera Edición, abril 1996, Santa Fe de Bogotá, Colombia.

contemplarse en el ámbito de los poderes locales, el carácter unitario de la jurisdicción y la garantía ciudadana del juez natural, impiden la existencia de un fuero militar, en forma paralela al Poder Judicial, y su extensión a los civiles, y determina además su aplicación a lo estrictamente castrense. Por otra parte, siguiendo la tendencia del derecho internacional humanitario, de reconocer a cada Estado el derecho de elegir el marco jurídico que mejor se adapte a sus necesidades nacionales específicas, constitucionalmente ha de preverse, como complemento del sistema judicial, la promoción de instituciones de protección y difusión de los derechos humanos al estilo del Ombudsman y de Comisiones de Derechos Humanos, así como la incorporación de las bases para la creación y funcionamiento de sistemas nacionales integrales de protección de tales derechos, cuyos elementos esenciales, han de ser su autonomía, su integración plural, su efectividad para recibir y formular denuncias y su cooperación con las instituciones de los sistemas internacionales¹⁴.

En cuanto a la participación de los ciudadanos comunes en el ejercicio de la función jurisdiccional, los principios del carácter democrático y representativo y la incorporación del elemento participativo en el sistema de gobierno, que se postula para la reforma del Estado, así como el principio de la soberanía popular consagrado constitucionalmente como fuente de poder público, y en especial de la administración de justicia, sirven de sustento a la intervención ciudadana en la función jurisdiccional, a través de su integración a los Tribunales Mixtos o a los Tribunales de Jurados. En otras palabras, que la participación popular en esta función pública surge de la aplicación de los principios anteriores, y en el derecho de participación política consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948¹⁵, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre de la Organización de Estados Americanos de 1948¹⁶, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966¹⁷ y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos de 1969¹⁸. Aparte de lo anterior, también es posible establecer expresamente en el ámbito constitucional las bases de la participación popular en la administración de justicia, o en su gobierno y dirección¹⁹.

¹⁴ Vid, Naciones Unidas, “*Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Declaración y Programa de Acción de Viena, junio de 1993*”, párrafo 36, p. 46. Y, Centro de Derechos Humanos, “*Naciones Unidas*”. Instituciones Nacionales de Derechos Humanos. Serie de Capacitación Profesional, N° 4, New York y Ginebra, 1995, pp. 33 a 49 y 90 a 93.

¹⁵ Artículo 21, N° 1.

¹⁶ Artículo 20.

¹⁷ Artículo 25, literal “a”.

¹⁸ Artículo 23, N° 1, literal “a”

¹⁹ Vid, arts. 125 de la Constitución española; artículo 139, numeral 17 de la Constitución peruana; y artículos 253, 264 y 270, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

E igualmente, la atribución a las autoridades de pueblos indígenas o de comunidades campesinas de funciones jurisdiccionales²⁰, o los Jueces de Paz, electos popularmente, encargados de resolver conforme a la equidad²¹. O los juzgados especiales mixtos para el juzgamiento de las pequeñas causas civiles y de las infracciones penales menores²², son formas de permitir, con fundamento constitucional, la participación popular en la función jurisdiccional. Finalmente, la descentralización de la justicia, en los Estados en donde esté centralizada, es otro de los temas de la reforma del Estado y de la redefinición de la función jurisdiccional, en el sentido de que la función jurisdiccional conceptualmente no tiene que ser necesariamente nacional y, además, porque el poder público, entendido como el ejercicio de funciones o potestades estatales, corresponde a cualesquiera de sus ramas, nacional, estatal, provincial o municipal. Es más, la descentralización político-territorial, se complementa con la descentralización funcional, al transferirse a entes territoriales regionales y locales, funciones del Poder Nacional o Central, y dentro de éstas cabe también la función jurisdiccional²³. Por otro lado, la descentralización de la justicia es una forma de acercar el Poder Judicial al ciudadano.

B

Respecto de la segunda pregunta, ¿Cómo debería ser un sistema de incentivos que contribuya a prevenir y controlar los conflictos de intereses y las influencias indebidas en la gestión de los poderes del Estado?, considero que la creación de una Comisión Nacional de Ética y Transparencia Pública y de un sistema de acceso a la información pública, al igual que un código o ley penal internacional con mecanismos de recuperación de activos adquiridos ilegítimamente y la proposición de un tratado que contemple el lavado de capitales públicos como delitos contra la población y un tribunal penal internacional para estos delitos, pudiera prevenir, controlar y sancionarlos. Asimismo, considero que ha de contemplarse como obligatorio el referendo consultivo para las decisiones sobre materias de interés nacional, en lugar de su carácter potestativo, como se establece en el artículo 71 de la vigente Constitución, por lo que creo que tales materias deben enunciarse en el propio texto constitucional, como por ejemplo, las leyes o decretos que signifiquen restricciones a derechos fundamentales.

C

Con relación a la pregunta, ¿Cómo optimizar los medios para el ejercicio de los derechos políticos por parte de los ciudadanos?; considero que el sistema de

²⁰ Vid, artículo 149 de la Constitución peruana; artículo 246 de la Constitución colombiana; y artículo 260, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

²¹ Vid, artículo 247 de la Constitución colombiana; artículo 152 de la Constitución peruana; y artículo 258, de la Constitución venezolana.

²² Vid, artículo 98 de la Constitución del Brasil.

²³ Vid, Duque Corredor, Román J., *“Una Justicia Confiable para el Pueblo”*, ya citada, pp. 830 a 855.

partidos ha de facilitarse y de garantizárseles su formación y funcionamiento, entre otros mecanismos, restituyendo el financiamiento para los partidos de vocación democrática, según militancia y resultados electorales mínimos y facilidades para su registro. Una ley sobre reuniones y manifestaciones públicas que garantice los derechos de asociación, de reunión y de manifestación, me parece que puede ser un medio que asegure el ejercicio de estos derechos. Así como la prohibición constitucional de los delitos de opinión y de la eliminación de las cadenas nacionales salvo para los casos de emergencia, desastres o catástrofes o elecciones populares. Al igual que la modificación de CONATEL como un órgano de consulta y no de gobierno de la información. La consulta popular previa obligatoria para la adopción de decisiones administrativas en determinados asuntos de interés social y la consagración de falta penal para el incumplimiento de tal consulta, así como la obligación constitucional del presidente o del Jefe de Gobierno de informar previamente sobre los actos de gobierno de trascendencia nacional; son mecanismos de ejercicio de derechos políticos. El reconocimiento legal de legitimidad a las ONGs para presentar denuncias penales con fuerza obligatoria y para representar judicialmente a los ciudadanos para la defensa de sus derechos constitucionales es un medio de proteger esos derechos.

D

En cuanto a la cuarta pregunta, ¿Cómo crear condiciones legítimas para el ejercicio del “poder ciudadano” e implementar una descentralización profunda?. Considero que deben establecerse los referendos consultivos obligatorios para actos normativos y decisiones de trascendencia nacional y local, el asesoramiento vecinal obligatorio y el reforzamiento de los Consejos de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas municipales, y deben revivirse las asociaciones de vecinos como entes de contraloría social. La transferencia a los municipios de impuestos como el del consumo y parte del de la gasolina y de licores, es un modo de fortalecer su autonomía financiera. Asimismo, la transferencia obligatoria y directa del situado constitucional por la Oficina de Presupuesto a los estados y municipios, ha de consagrarse constitucionalmente, sin que se tenga que pasar por el Ministerio del Interior y de Justicia. Los Consejos Comunales deben desincorporarse del poder central e incorporarse al poder municipal como consejos parroquiales, mediante el voto universal y directo de los vecinos de la parroquia. Finalmente, respecto de la protección de los derechos humanos considero que debe reformarse el actual Consejo Nacional de los Derechos humanos, creado mediante decreto 876 del 3 de abril de 2014, que depende de la Presidencia de la República y es presidido por el Vicepresidente; para sustituirlo por un órgano autónomo, de rango constitucional, con estructura y funciones parecidas a las del Consejo Nacional de Derechos Humanos, contemplado en la Constitución mexicana de 1999 (art. 102, apartado B), e integrado principalmente por organizaciones defensores de dichos derechos y facultado para recibir quejas, realizar investigaciones de presuntas violaciones de derechos humanos y presentar denuncias en instancias nacionales e internacionales, lo que reforzaría el sistema de protección de dichos derechos y actuaría como contralor de la Defensoría del Pueblo.

CONCLUSIÓN

Las respuestas anteriores, a mi juicio, implicarían un nuevo ordenamiento jurídico y, en mi criterio, una reforma de Constitución, puesto que si bien implica cambios sustanciales, sin embargo, no constituyen una modificación de la estructura del modelo de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia y de sus principios constitucionales, pero que para garantizar su estabilidad y su pluralidad debería surgir de un gran Pacto Nacional que podría llamarse “Pacto de la Venezuela que queremos Todos”, preferiblemente de la iniciativa popular, conforme el artículo 342, de la vigente Constitución, como parte de un gobierno de transición.

¿EL FIN DE LA DICTADURA VENEZOLANA? OPORTUNIDADES PARA EL CONSTITUCIONALISMO TRANS- FORMADOR DESDE LA AGENDA INTERNACIONAL¹

El enunciado del tema requeriría poseer la dote o cualidad de un adivinador o vidente. Yo no podría decir cuál es el fin, pero sí que se ha iniciado un proceso para ello. Repetiría que, si aún no se ha logrado el fin de la dictadura en Venezuela, no es porque se haya fracasado. Yo diría con Churchill: *“El éxito no es definitivo, el fracaso no es total, lo que cuenta es el valor para continuar”*. En Venezuela se tiene el camino y el valor para seguir hacia el fin de la dictadura. Puede preguntarse, ¿cuándo será el fin de la dictadura venezolana, habiéndose aprobado política y jurídicamente un proceso para el cese de la usurpación, un gobierno provisorio y elecciones libres, mediante un presidente encargado? Respondería al igual que Churchill ante la pregunta, ¿cuándo se rendirían los nazis habiéndose iniciado toda una campaña en su contra?: *“Este no es el final, no es ni siquiera el principio del final. Puede ser, más bien, el final del principio”*. Además, el compromiso de los sectores políticos democráticos al aprobar un proceso de transición democrática pudiera calificarse jurídicamente de una obligación de medio o de diligencia, pero no propiamente de resultado.

Por otro lado, constitucionalmente el fin de la dictadura se ha fundado en el deber y la facultad de los poderes legítimos, representativos de la soberanía popular, como lo es la Asamblea Nacional, contemplado en el artículo 333, constitucional, de colaborar en el restablecimiento de la efectiva vigencia de la Constitución que ha sido derogada por un paraconstitucionalismo judicial y constituyente de facto.

Es, pues, un proceso para obtener el fin de la dictadura, democrática y constitucionalmente. Este proceso, tiene una causa eficiente, que el 10 de enero de 2019 Nicolás Maduro inició un segundo período presidencial presentándose para el juramento protocolar ante El Tribunal Supremo de Justicia, no siendo un presidente electo, sino usurpador, que en 2018 se hizo elegir en comicios que no han sido reconocidos, por el cúmulo de irregularidades con que fueron llevadas a cabo, ni por el parlamento venezolano, ni por actores relevantes de la comunidad internacional. En este contexto, Venezuela para 2019 se enmarca definitivamente en un contexto abiertamente autoritario y altamente conflictivo, donde la sociedad ha manifestado un ánimo de confrontar este régimen autoritario de hecho. Frente a

¹ Cátedra Europa. Universidad del Norte, 21 de marzo de 2019, Barranquilla, Colombia.

esto, Maduro se aferra al poder, mediante fuerzas poderosas pero minoritarias. Mientras que los opositores democráticos buscan el cambio democrático para Venezuela, mediante la cesación de la usurpación del poder por Maduro, ante la pérdida del sustento popular, éste se mantiene con una combinación de represión, propaganda totalitaria y el desarrollo de instrumentos clientelares y de control social como el *Carnet de la Patria* y las cajas de comida distribuidas por los Consejos Locales de Abastecimiento y Producción (*CLAP*).

El cambio democrático vendría a ser el hecho desencadenante del proceso de transición a la democracia, como condición *sine qua non*. En el análisis del proceso hacia el final de la dictadura en Venezuela seguiré el análisis que sobre este final ha hecho la profesora, socio politóloga, Margarita López Maya (“Venezuela 2019: nuevo intento por alcanzar la transición democrática: <https://prodavinci.com/venezuela-2019-nuevo-intento-por-alcanzar-la-transicion-democratica/>). Un hecho importante en el camino para lograr la cesación de la usurpación es que Maduro no ha logrado mayor reconocimiento de legitimidad por parte de la mayor parte de los gobiernos y que a partir de 2018 se ha acrecentado la protesta social. Por ello, participo del criterio de los socios politóloga, profesora Margarita López Maya, que en 2019 se ha abierto una nueva estructura de oportunidades políticas, que vendría a ser el final del principio del proceso de transición democrática, con el desconocimiento a la ANC y a los resultados de la espuria elección presidencial de 2017 por parte de actores internacionales y la AN, junto al continuo agravamiento de la crisis estructural. Estas circunstancias vienen aislando a Maduro, obstaculizándole el acceso a recursos de instancias internacionales para perpetuarse en el poder. Al igual que las sanciones internacionales sobre funcionarios de Maduro, por corrupción y violaciones graves de derechos humanos; por parte de actores como el gobierno de EEUU, la Unión Europea y el Grupo de Lima. Estos actores, en una coalición informal, ejercen presiones sobre Maduro para que rectifique y negocie un cambio que ponga fin a la interrupción democrática y la crisis global. A ello se unen que, en instancias como la OEA y la ONU, el Tribunal de la Haya, la Corte Interamericana de DDHH, o la OIT, se acumulan expedientes de violación de DDHH e involucramiento con actividades delictivas de funcionarios militares y civiles.

Internamente, los actores políticos opositores han venido reconstruyendo sus vínculos y pensando estrategias unitarias más cónsonas con la realidad de sus fuerzas. En el nuevo período legislativo, iniciado en el 2019, cumpliendo acuerdos políticos, la AN quedó presidida, el 5 de enero, por el diputado del partido Voluntad Popular (VP), Juan Guaidó, que desde juramento como presidente de la AN para el año legislativo 2019, se refirió a la *usurpación* de la Presidencia por parte de Maduro, y la intención de la AN de liderar, con el apoyo popular, acciones conducentes al cambio político. El 15 de enero la AN declaró mediante acto legislativo, en aplicación directa de los artículos 330, 350 y 233, la usurpación de la presidencia de la República, y que, por lo dispuesto en el citado artículo 233, correspondía la presidencia al diputado Juan Guaido, por ser el presidente de la AN. Guaidó comenzó a utilizar los cabildos abiertos en todos los espacios nacionales para escuchar y alentar a la gente a organizarse y movilizarse en apoyo a la Asamblea, que comenzaron con el cabildo convocado para el 23 de enero, en el

cual Guaidó declaró ante este cabildo que ha habido asumido de pleno derecho la presidencia interina, por aplicación del artículo 233, de la Constitución, ante la inexistencia de un presidente electo que pudiera juramentarse legítimamente ante la Solicitó la activación de la política de la calle, para presionar a la dictadura y presentó la estrategia política consensuada por los partidos opositores para alcanzar la transición democrática articulándose un gobierno parlamentario con Guaidó como presidente encargado, al declararse la ilegitimidad de Maduro como presidente electo para el periodo presidencial 2019-2025; y construyendo un marco jurídico con, unas líneas de acción que comprenderían los objetivos de: a) Hacer cesar la usurpación; b) Crear un gobierno de transición; c) Alcanzar condiciones para elecciones justas y transparentes.

A lo anterior se agrega, que la Asamblea Nacional en virtud de que el 27 de septiembre de 2018, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU aprobó una Resolución por la cual se reconoce la emergencia humanitaria que padece Venezuela; y en razón de que el 5 de enero, dicha Asamblea, había aprobado un Acuerdo relativo a la autorización de ayuda humanitaria destinada a atender la crisis social que sufre el pueblo venezolano, en base a los resultados de la última Encuesta Nacional de Hospitales (ENH 2018), avalada por la Organización Médicos por la Salud; y, además, que el 2 de febrero, el Presidente de la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, Diputado Juan Gerardo Guaidó Márquez, anunció la conformación de la Coalición Ayuda y Libertad Venezuela; dictó el 19 de febrero, el Acuerdo para la Autorización de Ingreso al País de la Ayuda Humanitaria, ofrecida por distintos actores de la comunidad internacional. Este último Acuerdo, introdujo en el proceso de transición democrática, la variante del *Derecho de asistencia humanitaria*, que según la Carta de la ONU desarrollan el conjunto de normas que componen el derecho internacional humanitario, ante la violación masiva de derechos humanos y la realización de crímenes internacionales ocurridos en Venezuela y en razón de valores y principios comunes de la sociedad internacional que transita hacia una auténtica comunidad internacional, que otorga prioridad al respeto pleno de los derechos humanos. Finalmente, el diputado Juan Guaidó, como presidente encargado decretó, con aprobación de esta Asamblea, el estado de alarma por 30 días en el territorio nacional al calificar como calamidad pública la interrupción del servicio eléctrico desde el 7 de marzo; decreto este que, confirma la necesidad de la ayuda humanitaria, que fue autorizada por la Asamblea Nacional, en su Acuerdo del 19 de febrero de este año de 2019 y de la cooperación internacional a estos fines.

Sin que se pueda señalar concretamente el fin de la dictadura en Venezuela, sin embargo, este año de 2019, parece decisivo para el cambio democrático, dado, entre otros factores, por la conformación de la sociedad civil opositora, mayoritaria, de un fuerte movimiento sociopolítico, por encima de estructuras partidarias o de alianzas de partidos. Yo considero que la mayoría desea una solución pacífica y democrática a la crisis estructural de la nación; que, de cesar la usurpación de Maduro, podría llevar un proceso de negociación para una solución pacífica y democrática a la crisis estructural de la nación. Es verdad, que responder a la pregunta sobre el fin de la dictadura venezolana es adivinar el futuro. Si pienso que Venezuela está en el final del principio de la transición de la dictadura a la democracia.

EL ENTRAMADO JURÍDICO DEL SOCIALISMO DEL SIGLO XXI DE LA AUTOCRACIA MILITAR DICTATORIAL VENEZOLANA Y SU SUSTITUCIÓN POR UNA INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA SIN IMPUNIDAD Y SIN VENGANZA

Caracas, septiembre de 2020

RESUMEN

El presente trabajo es un análisis de los factores y la estructura del régimen opresor de Venezuela, fruto de una ideología basada en la autocracia. En el cual se destaca como uno de los elementos de esa autocracia la participación en esa estructura del Tribunal Supremo de Justicia. Asimismo, se hace referencia al deterioro social al que ha llevado esa estructura autocrática y a la sistemática persecución, con base al Informe de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU. Y se concluye en lo difícil de la solución del conflicto político derivado de la estructura autocrática de corte ideológico.

I. MODELO AUTOCRÁTICO DE GOBIERNO ILEGÍTIMO DE VENEZUELA. FACTORES DETERMINANTES DE LA FALTA DE INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA

En Venezuela existe un modelo autoritario que se ha sistematizado en 20 años en un esquema dictatorial, que según el artículo 350 de la Constitución, carece de legitimidad, por su origen y por su ejercicio, pues es contrario a los valores, principios y garantías democráticos y menoscaba los derechos humanos y a la soberanía popular; modelo este al que apoyan gobiernos afines o proclives al poder omnímodo, como Cuba, Nicaragua, Rusia, China, Irán y Corea del Norte, entre otros. O, por afinidad ideológica o de estilo de gobierno, como los de Argentina o México. Ello ha ocurrido, entre otros factores, además del desconocimiento de la Constitución, por la desvirtuación de la institucionalidad electoral como origen legítimo de los poderes públicos, a causa de la actuación parcializada o partidista del Consejo Nacional Electoral (CNE), con la complicidad de un Tribunal Supremo de Justicia Ad Hoc y con el soporte antinstitucional de unas Fuerzas Armadas serviles e ideologizadas. Aparte de su conformación ilegítima e indebida, otro factor más de ese esquema dictatorial es la utilización de los poderes públicos,

que controla su gobierno, como instrumentos de eliminación de los derechos fundamentales, como los derechos políticos, entre otras violaciones, la de libertad de expresión y de información, la libertad de manifestación y de protestas. Al igual que impedir el voto libre y secreto; permitir y favorecer el ventajismo electoral; impedir igualmente mecanismos democráticos como el referendo revocatorio presidencial; suprimir los partidos políticos de oposición; cerrar centros electorales y trasladar electores súbita e ilegalmente y llevar a cabo el fraude de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente. Todo ello descalifica constitucionalmente su Poder Electoral como un verdadero árbitro imparcial, para lo cual, incluso, ha contado con el servil respaldo de la Sala Constitucional y de la Sala Electoral del señalado Tribunal Supremo de Justicia Ad Hoc; entre otras sentencias las sentencias números 068, 069, 070, 071 y 072, del mes de junio de 2020, de la primera de dichas Salas. Sentencias estas que, al resolver una supuesta comisión legislativa, han establecido un tinglado electoral antidemocrático para permitir la permanencia del gobierno autocrático de Nicolas Maduro, que configuran las bases de un sistema electoral ilegítimo y contrario al derecho de un sufragio libre y competitivo. Al respecto, la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, en su declaración en la presentación de su Informe sobre los derechos humanos de Venezuela, en julio de 2020, afirmó: *“Las recientes decisiones del Tribunal Supremo de Justicia disminuyen la posibilidad de construir condiciones para procesos electorales creíbles y democráticos. Estas nombran nuevos rectores del Consejo Nacional Electoral sin el consenso de todas las fuerzas políticas e interfieren en la organización interna de dos de los principales partidos políticos de la oposición”*¹. A este cuadro de falta de institucionalidad antes descrito, se agrega que la nueva directiva del CNE ad hoc, designada por el referido Tribunal, usurpa el poder constituyente y el poder legislativo, al modificarla base poblacional de la representación proporcional del 1% de la población total del país, establecida en el artículo 186, de la Constitución y la Ley Orgánica de Procesos Electorales; y al establecer un nuevo procedimiento de transformación de votos en escaños para la Asamblea Nacional (AN), para aumentar el número de diputados de 167 a 277 y los votos por lista, que por la eliminación de los principales partidos de la oposición y la proliferación de mini partidos, garantizan al partido oficialista obtener la mayoría de los diputados elegidos por lista. Aumento de la base poblacional irracional cuando más de 5 millones de venezolanos han migrado y sin la actualización del registro de electores.

Esta falta de institucionalidad democrática y de un auténtico control de la constitucionalidad, ha permitido la elección de los integrantes de una sedicente asamblea constituyente, por desconocimiento de los principios constitucionales y democráticos de la igualdad del voto y de la universalidad del sufragio, así como de la representación proporcional y, lo que es más grave, de la soberanía popular y del derecho de los ciudadanos a decidir si era su voluntad ejercer el poder constituyente o no y a determinar las correspondientes bases comiciales. Asamblea

¹ <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26027&LangID=S>

esta que mediante unas leyes constitucionales pretende sustituir la Asamblea Nacional. A las notas anteriores de sistema autoritario de gobierno se agrega la represión selectiva que se manifiesta en una multitud de violaciones de los derechos, como lo han certificado la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU², la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Amnistía Internacional, la Unión Europea, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, la Comisión Internacional de Juristas, la Comisión de Expertos designados por la OEA y la Agencia de Refugiados de la ONU. Violación esta masiva causada no solo por actos arbitrarios contra libertades fundamentales, sino también por actos de gran corrupción de una delincuencia organizada, que han afectado gravemente derechos económicos y sociales, por el despilfarro de recursos públicos, configurando una emergencia humanitaria compleja, como lo ha señalado Transparencia Internacional y que se evidenciado dramáticamente durante el estado de excepción de alarma por el virus Covid-19. Y que coloca a Venezuela entre los países de alto grado de pobreza y de un bajo índice de desarrollo humano en el mundo. Dentro de los actos de gran corrupción se ha señalado” El Arco Minero del Orinoco como “fraude y catástrofe”³ y como “el ecocidio del Siglo XXI”⁴. Y la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, en su Informe citado de julio 2020, afirmó que este caso ‘ha dado lugar a violaciones de diversos derechos colectivos, entre otros los derechos a mantener costumbres, modos de vida tradicionales y una relación espiritual con su tierra’.

II. LA DESTRUCCIÓN DE LA INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA FUNDAMENTALMENTE POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA INTEGRADO ILEGÍTIMAMENTE

La institucionalidad democrática, en Venezuela, que es esencial en el Estado de Derecho (arts. 3º y 4º de la Carta Democrática Interamericana), ha sido destruida, entre otros factores, por el bloqueo funcional y la destrucción autoritaria de la autonomía de la Asamblea Nacional electa el 6 de diciembre de 2015, por

² Ver Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “*Resultados de la investigación de las denuncias de posibles violaciones de los derechos humanos a la vida, la libertad y la integridad física y moral en la República Bolivariana de Venezuela*”, de fecha 2 de julio de 2020 (A/HRC/Res/ 42/4) (HRC/41/18). En este último informe la Alta Comisionada afirma: “*Durante más de un decenio, Venezuela ha adoptado e implementado una serie de leyes, políticas y prácticas que han restringido el espacio democrático, debilitado las instituciones públicas y menoscabado la independencia del poder judicial. Aunque estas medidas se han adoptado con la finalidad declarada de preservar el orden público y la seguridad nacional contra presuntas amenazas internas y externas, han aumentado la militarización de las instituciones del Estado y el empleo de la población civil en tareas de inteligencia y defensa*”.

³ <https://www.lapatilla.com/2018/04/27/fedor-linares-el-arco-minero-del-orinoco-fraude-y-catastrofe/>

⁴ [https://www.larazon.net\(2016/07/pro-alenxander-luzardo-el-mal-llamado-Arco Minero](https://www.larazon.net(2016/07/pro-alenxander-luzardo-el-mal-llamado-Arco-Minero)

actos realizados por el Ejecutivo Nacional y principalmente, por un total hasta mayo de 2020 de 127 sentencias contra la Asamblea Nacional dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia, Ad Hoc⁵, designado de manera irrita por la mayoría oficialista de la Asamblea Nacional, en postrimerías de su periodo constitucional, en diciembre de 2015. En esa destrucción de la institucionalidad democrática la Sala Electoral de dicho Tribunal fue un artífice visible de la estrategia para suspender la proclamación de los diputados de oposición electos en Amazonas y la Región Sur Indígena e impedir así, su incorporación a la Asamblea Nacional y con ello, para impedir también que la mayoría opositora obtuviera las dos terceras partes en el cuerpo legislativo; ello mediante un amparo cautelar dictado en un proceso que se ha prolongado por denegación de justicia de esa Sala por más de cinco años. El desconocimiento de la Asamblea Nacional electa legítimamente ha implicado atentar en contra de la soberanía popular y el desconocimiento del valor del voto como fuente de legitimación política del único poder público que no está subordinado al gobierno. Sobre este atentado a los derechos políticos de los electores y a la soberanía popular, la Sala Constitucional del ilegítimo Tribunal Supremo creó la tesis absurda del supuesto desacato de la Asamblea Nacional como un motivo general invalidante para toda su actuación presente y futura. Desacato este inexistente en el ordenamiento jurídico nacional y que ha sido el sustento de toda la destrucción de la institucionalidad democrática.

III. LA VIOLACIÓN MASIVA DE DERECHOS HUMANOS DETERMINANTES DEL DETERIORO DE LA CALIDAD DE VIDA Y DEL BAJO ÍNDICE DEL DESARROLLO HUMANO EN VENEZUELA. LA IMPUNIDAD Y LA GRAN CORRUPCIÓN

Los derechos humanos, como se expresó anteriormente, están siendo vulnerados sistemáticamente a gran escala por una política de estado represiva y excluyente por el gobierno ilegítimo, como lo demuestran las decisiones o informes o sentencias contra el Estado venezolano de la Comisión o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; a lo que se agrega la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que hizo el Ejecutivo Nacional, para evitar los mecanismos efectivos de supervisión internacional del respeto y garantía de los derechos humanos, que en todo caso supone una reforma a la Constitución, en sus artículos 19 a 23 y 339: que debió ser consultada al pueblo, lo cual no se realizó. Asimismo, esa violación masiva de derechos humanos se confirma retiradamente, como se ha dicho, con los informes periódicos del Secretario General de la Organización de Estados Americanos, del Alto Comisionado y de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, respectivamente; y las observaciones del Comité contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas. Al igual que los pronunciamientos sobre el Estado venezolano de Relatorías o instancias similares del sistema interamericano o universal de protección de derechos humanos, como los del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de las Naciones Unidas o las

⁵ <https://www.accesoalajusticia.org/el-tsjs-vs-la-an/>

Relatorías para la Libertad de Expresión y sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre otras. Y del Comité de Expertos designados por el Secretario General de la OEA sobre la comisión de crímenes de lesa humanidad por parte del gobierno venezolano. Estos organismos internacionales han verificado la comisión de reiteradas violaciones a la libertad de expresión y han constatado la existencia de un patrón sistemático de detenciones arbitrarias; de un uso de la fuerza excesivo contra manifestantes, de manera generalizada, e incluso de torturas y desapariciones y otros tratos inhumanos o degradantes contra personas detenidas en ese contexto; de ejecuciones extrajudiciales perpetradas al reprimir protestas o en operativos de seguridad pública (OLP) o en un supuesto enfrentamiento con un grupo tildado de terrorista; y de violencia incontrolada en los centros penitenciarios. La estrategia de persecución mantiene, según Foro Penal, para mayo de 2020, una cantidad de 790 presos políticos. Y, según el Centro de Derechos Humanos de la UCAB y Espacio Público, en su Informe para finales de 2018, había aumentado el número de personas detenidas desaparecidas y otros casos de estas desapariciones fueron denunciados a la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, durante su visita a Venezuela en junio de 2019. Igualmente, a partir del 2014, el juzgamiento de civiles por tribunales militares se ha convertido en una práctica generalizada en Venezuela, según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, entre el 1° de abril y el 31 de julio de 2017, por cuanto más de 600 civiles detenidos en el contexto de protestas y marchas estaban siendo procesados por tribunales militares, acusados de delitos previstos en el Código Orgánico de Justicia Militar, como los de “rebelión” y “traición” y de “ataques al centinela”. Por otro lado, el Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (Cedice) de Venezuela informó que en su país se violaron 11.852 veces los derechos a la propiedad privada durante el 2017, bajo la figura de las fiscalizaciones a locales comerciales mediante organismos gubernamentales, seguidas por multas y cierres de empresa. Y el Comisionado Presidencial para los Derechos Humanos y Atención a las Víctimas denunció a la Alta Comisionada la violenta campaña de violación de los derechos humanos, al amparo de la situación generada por la epidemia, declarada como estado de excepción, a partir de marzo de 2020; la persecución y públicas amenazas al entorno político y familiar del presidente (e) Juan Guaidó; la persecución en contra de cualquier tipo de legítima disidencia política, no sólo de los integrantes del gobierno interino, sino de la mayoría de la dirigencia opositora; y la utilización del inconstitucional decreto de estado de emergencia para limitar e impedir el ejercicio de la libertad de prensa, perseguir a profesionales de la comunicación y a personas y organizaciones de la sociedad civil que trabajan en la protección y la defensa de los derechos humanos; y masacres de detenidos en cárceles y penitenciarias y de grupos indígenas que protestaron por sus derechos.

Respecto de los derechos fundamentales de la vida y la libertad, en el Informe de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, que se presentó a la Comisión de Derechos Humanos de la misma ONU, en julio de 2020, se dice que, que han continuado las restricciones al espacio cívico y democrático con violaciones a la libertad de expresión y el derecho a la información, y la detención de

líderes políticos, periodistas, sindicalistas, profesionales de la salud y personas que protestaban por los servicios públicos; que continuaron los ataques y la obstaculización del trabajo de parlamentarios de la Asamblea Nacional. En el referido Informe se enfatiza que la represión selectiva y persecución por motivos políticos ha sido política del Gobierno chavista, durante al menos una década, *“puesto que el Gobierno, así como las instituciones controladas por el Gobierno han aplicado leyes y políticas que han acelerado la erosión del estado de derecho y el desmantelamiento de las instituciones democráticas, incluyendo la Asamblea Nacional”*. Medidas estas, según el mismo Informe, que *“tienen como objetivo neutralizar, reprimir y criminalizar a opositores/as políticas y críticas al Gobierno”* Y que, *“esta tendencia se ha aumentado desde 2016, después de que la oposición ganara la mayoría de los escaños de la Asamblea Nacional, lo cual llevó a un incremento de la represión selectiva de la oposición política y a una restricción incesante del de por sí limitado espacio democrático”*. Todo ello, concluye el Informe citado, *“ha permitido al Gobierno cometer numerosas violaciones de los derechos humanos”*. Puesto que, *“Las autoridades han atacado especialmente a determinadas personas y grupos, entre ellos a miembros de la oposición política y a quienes se considera que constituyen amenazas para el Gobierno por su capacidad para articular posiciones críticas y movilizar a otras personas.”* En el Informe de referencias, se resalta como grave violación que, para junio de 2020, el Tribunal Supremo de Justicia del gobierno de Nicolas Maduro, ha retirado la inmunidad parlamentaria a 28 diputados de la oposición, otros están detenidos bajo arresto domiciliario; y que para el cierre de dicho Informe las autoridades no han conformedo el lugar de detención del parlamentario de la oposición Gilber Caro, quien fue detenido el 20 de diciembre de 2019. Dentro de las violaciones de la inmunidad parlamentaria y de los derechos de la libertad, es paradigmático, el caso del diputado Juan Requesens, que en agosto de 2018 fue detenido sin una orden judicial, incomunicado casi tres días y sometido a tratos crueles, y sin el debido proceso, por haber el Tribunal Supremo de Justicia de Nicolas Maduro ordenado su enjuiciamiento sin motivar su detención en flagrancia sobre el artificio de la comisión de delitos de naturaleza permanente. En el Informe citado de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, se resalta que según la ONG Foro Penal Venezolano, por lo menos 15.045 personas fueron detenidas por motivos políticos entre enero de 2014 y mayo de 2019 y que de estas personas, 527 fueron detenidas en 2018 y 2.091 entre enero y mayo de 2019. La mayoría de ellas fueron detenidas en el contexto de las manifestaciones. Y que asimismo al 31 de mayo de 2019, 793 personas seguían privadas arbitrariamente de libertad, 1.437 personas habían sido liberadas incondicionalmente, y 8.598 personas habían sido liberadas condicionalmente y afrontaban aún prolongadas actuaciones penales y el resto fueron liberadas sin haber sido llevadas ante un juez. Por ello, la Alta Comisionada considera que el Gobierno ha utilizado las detenciones arbitrarias como uno de los principales instrumentos para intimidar y reprimir a la oposición política y cualquier expresión de disensión, real o presunta, al menos desde 2014. Asimismo, considera que pueblos indígenas han sufrido muertes en circunstancias violentas en 2019, por ejemplo, en el estado Bolívar, las comunidades Pemón que se oponen al Gobierno, en particular sus autoridades y los dirigentes indígenas, los cuales se enfrentan a una represión selectiva por parte de los agentes del Estado.

Todo lo anterior, según la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, en su mismo Informe, ya citado, es manifestación de una *“represión selectiva que se manifiesta en una multitud de violaciones de los derechos humanos, que pueden constituir persecución por motivos políticos”*, por lo que estas violaciones requieren más investigación para determinar la pertinente responsabilidad del Estado y la responsabilidad penal individual. Un aspecto que destaca la Alta Comisionada es que *“miles de personas, principalmente hombres jóvenes, han sido matadas en supuestos enfrentamientos con fuerzas estatales en los últimos años”* Y, que *“existen motivos razonables para creer que muchas de esas muertes constituyen ejecuciones extrajudiciales perpetradas por las fuerzas de seguridad, en particular las FAES”*. Y, asimismo, que *“preocupa que las autoridades puedan estar utilizando a las FAES, y posiblemente a otras fuerzas de seguridad, como parte de una política de control social”*. Por lo que estas muertes violentas requieren una investigación inmediata para asegurar la responsabilidad de los perpetradores y las garantías de no repetición. Como evidencia de esta situación de violación de derechos humanos intangibles, en el Informe en comento, se indican, como graves hechos, que entre el 1° de enero y el 31 de mayo de 2020, habrían muerto violentamente 1.324 personas, en operaciones de seguridad; y que las denuncias de tortura física de personal militar y exmilitar son comunes; y que en los casos de denuncias de personas detenidas se determinó que en el momento de su detención no se presentaron ninguna orden judicial de detención, ni se le informaba a las personas del motivo de su detención. A este cuadro de violación de derechos civiles y políticos, se agrega la violación del derecho de información y a la información, puesto que en los últimos años el Gobierno de Nicolas Maduro ha aplicado una hegemonía comunicacional imponiendo su propia versión de los hechos y creando un ambiente que restringe los medios de comunicación independientes. Situación está que ha continuado empeorando en 2018-2019.

Particularmente dramática es la situación de violación de los derechos económicos y sociales de los venezolanos, hasta el punto que la Alta Comisionada citada, en su Informe a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, antes referido, ha expresado que, *“Las personas en Venezuela siguen padeciendo graves violaciones a sus derechos económicos y sociales debido a los bajos salarios, los altos precios de los alimentos, las persistentes carencias de los servicios públicos, tales como la electricidad, el agua y la escasez de combustible y el precario acceso a los servicios de salud”*. Y que la crisis se ha exacerbado por el incremento de las sanciones sectoriales y por la pandemia de la COVID-19. Al igual que indicó, en su Informe, también citado con anterioridad, que el desvío de recursos, la corrupción y la falta de mantenimiento en la infraestructura pública, así como la subinversión, han tenido como resultado violaciones al derecho a un nivel adecuado de vida, entre otros, debido al deterioro de servicios básicos como el transporte público y el acceso a electricidad, agua y gas natural. Información, esta, según la Alta Comisionada, verificada por su Oficina, que confirma violaciones al derecho a la alimentación, incluida la obligación del Estado para garantizar que la población no padezca hambre. Por otro lado, señala que el principal programa de asistencia alimentaria, conocido como “cajas CLAP”, no cubre las necesidades nutricionales que son elementales para la gente. Al igual que el Gobierno no ha

demostrado que ha utilizado todos los recursos disponibles para garantizar la realización progresiva del derecho a la alimentación, ni tampoco que hubiere buscado, sin éxito, asistencia internacional para abordar dichas deficiencias. Respecto a un derecho fundamental como lo es el derecho a la salud, la Alta Comisionada destacó, en su Informe de julio de 2020, que la situación en Venezuela es grave, y que hay documentación que evidencia de las carencias del 60 al 100 por ciento de fármacos esenciales en cuatro de las principales ciudades de Venezuela, incluyendo Caracas. El deterioro de la calidad de vida del venezolano, lo resalta la Alta Comisionada cuando afirma, que su Oficina recibió información de personas quienes, a pesar de no contar con acceso suficiente a alimentos, no fueron incluidas en las listas de distribución de las cajas CLAP porque no eran partidarias del Gobierno. Y que adicionalmente, a finales de 2016, Nicolás Maduro anunció la creación del “Carnet de la Patria”, una tarjeta mediante la cual todos los programas sociales serían entregados, incluyendo el nuevo sistema de transferencias directas de dinero a las familias. Y también, dice la Alta Comisionada que la lista de personas beneficiarias de estos programas es manejada por las estructuras locales del partido oficial, en vez de por las instituciones gubernamentales; y que las personas entrevistadas reportaron que los integrantes de estas estructuras locales monitorean la actividad política de las personas beneficiarias.

En este aspecto de violación de derechos económicos y sociales, que deterioran la calidad de vida del venezolano, la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, señala que la situación de vulnerabilidad de la población, se ve agravada por la masiva migración que puesto que los venezolanos que se han visto obligados a salir del país por el deterioro social, afrontan en los países de tránsito y de destino, carencia de condición de migrantes regulares, condiciones de vida indignas, explotación laboral, discriminación y xenofobia. Estos factores de vulnerabilidad, conjugados con estereotipos hipersexualizados, aumentan la exposición de las mujeres, adolescentes y niñas migrantes a la trata, la explotación sexual y otras formas de violencia de género durante el viaje y en el lugar de destino. A lo que se agrega que las personas venezolanas tropiezan con obstáculos para obtener o legalizar su documentación, lo cual vulnera su derecho a salir del propio país y su derecho a tener una identidad; lo cual tiene un impacto negativo en el derecho a adquirir una nacionalidad y en el derecho a vivir en familia e impide la reunificación familiar, la entrada y la residencia regulares, así como la habilidad para acceder a educación, servicios de salud y a un trabajo decente. Por otro lado, se indica en el Informe, citado, que las personas migrantes que dejan el territorio venezolano o que vuelven a él son muchas veces víctimas de extorsión y requisas, especialmente a manos de la Guardia Nacional Bolivariana. Además, que los cierres de las fronteras y requisitos adicionales para viajar a los países de tránsito y destino obligan a las personas migrantes a utilizar puntos de cruce no oficiales y aumentan, por ende, el riesgo de que sean víctimas de abusos.

Por otro lado, en el Informe de julio de 2020, de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, se considera como un factor del deterioro de la calidad de vida del venezolano la gestión socioeconómica del gobierno de Nicolás Maduro, puesto que además de la hiperinflación y la contracción de la economía,

las políticas económicas y sociales adoptadas durante la última década han debilitado los sistemas de producción y distribución de alimentos, aumentando la cantidad de personas que dependen de programas de asistencia alimentaria. Hasta el punto, por ejemplo, que el Fondo de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) reportó que 3.7 millones de venezolanos se encuentran en estado de desnutrición y la ONG Caritas confirmó particularmente altos niveles de desnutrición entre niños y mujeres embarazada. Y, que según la Encuesta Nacional de Hospitales (2019) se constató que, entre noviembre 2018 y febrero 2019, 1,557 personas murieron debido a la falta de insumos en hospitales, Ante el alegato del referido gobierno que la causa del deterioro económico son las sanciones internacionales que se le han impuesto, la Alta Comisionada, en su Informe afirma, que, *“La economía venezolana, especialmente su industria petrolera y los sistemas de producción de alimentos, ya estaban en crisis antes de que se impusiera cualquier sanción sectorial; y que las cifras publicadas por el Banco Central de Venezuela el 28 de mayo de 2019 muestran que los indicadores económicos fundamentales empezaron a degradarse drásticamente mucho antes de agosto de 2017”*.

A todo lo anterior se agrega la ausencia de investigación efectiva y de impunidad que cercena el derecho a la justicia de las víctimas o sus familiares. También se ha comprobado el menoscabo, en gran escala, de derechos económicos, sociales y culturales, por causa de falta de servicios básicos de alimentación y la salud y pérdida de empleos por la destrucción del sector productivo, que ha llevado a Venezuela a convertirse en un país de migración masiva de población similar a otros países que sufren guerras o hambrunas o persecución racial, política o religiosa. Todo lo cual permite elaborar denuncias de delitos de lesa humanidad por ante la Corte Penal Internacional, porque de lo anterior se desprende que, de todas las infracciones al orden constitucional y democrático, son responsables el gobierno venezolano y quienes lo sostienen. Igualmente, la gran corrupción⁶, ha determinado una violación de derechos económicos y sociales, como el de la salud y la alimentación, y la pérdida de la calidad de vida, por la falta de servicios básicos: así como la depauperación de la población que ha causado la diáspora de venezolanos que ya supera los cinco millones, que por su magnitud han sido calificados como refugiados por la Agencia de la ONU para Refugiados y como una de las más graves de la historia. En virtud de lo expuesto, no es de extrañar que Venezuela en el Índice de Desarrollo Humano haya bajado en este índice a 0.726 y que ha ido empeorando desde 2016 con una tendencia a menor índice⁷, puesto que

⁶ Venezuela ocupa el primer lugar como el país más corrupto en América y el Caribe y es quinto en el mundo, según el Índice de Percepción de la Corrupción de 2019. En la medición basada en una escala de 0 a 100 puntos, donde cero (0) es el peor desempeño en los esfuerzos de los países en la lucha contra la corrupción, Venezuela obtuvo apenas la puntuación de 16. Y solo está por encima de países como Somalia, Sudán del Sur, Siria y Yemen con puntuaciones de 9, 12, 13 y 15, respectivamente <https://transparencia.org.ve/venezuela-es-el-pais-mas-corrupto-en-america-y-el-caribe-segun-el-indice-de-percepcion-de-la-corrupcion-2019/>

⁷ http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_es.pdf

desde 2013 viene mostrando una evolución muy negativa en comparación con otros países de la zona, en lo cual Venezuela pierde cuatro posiciones⁸; y que ha hecho que se encuentre en el rango 96 de la clasificación de 189 países, que encabeza Noruega con una puntuación de 0,954 y la cierra Níger con 0,377.

IV. DISECCIÓN DE LA ESTRUCTURA DEL RÉGIMEN AUTOCRÁTICO DE VENEZUELA

La descripción anterior configura un esquema de un régimen autocrático, mediante la concentración de poderes contraria al Estado de Derecho; la imposición de un estado de excepción perpetuo, que infringe la Constitución y que se encuentra al margen de los límites y controles internacionales; la eliminación de la garantía constitucional de la propiedad privada y demás derechos económicos; la vulneración abiertamente de los principios democráticos y constitucionales rectores de los procesos electorales; y la persecución política, incluso mediante el juzgamiento de civiles por tribunales militares, y las graves violaciones a derechos humanos cometidas para reprimir a los sectores sociales o políticos disidentes que han desembocado en crímenes de lesa humanidad, según la calificación de organismos internacionales especializados. Un aspecto clave de esa estructura represiva lo constituyen las muertes violentas resultantes de las operaciones de seguridad como “resistencia a la autoridad”, que la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU considera inusualmente alto, puesto que en 2018 se registraron 5.287 muertes violentas en esa categoría, y, en tanto, la ONG Observatorio Venezolano de la Violencia (OVV) notificó por lo menos 7.523 muertes violentas de esa categoría; y que entre el 1º de enero y el 19 de mayo de 2019, el Gobierno notificó 1.569 muertes violentas por “resistencia a la autoridad”. Información esta, según la referida funcionaria internacional, que indica que muchas de esas muertes violentas pueden constituir ejecuciones extrajudiciales.

Ese tinglado autoritario represivo, se cubre con entramado jurídico de leyes dictadas por la sedicente Asamblea Nacional Constituyente, llamadas constituyentes o leyes habilitantes, dictadas también por esta Asamblea; de una jurisprudencia de la Sala Constitucional de un Tribunal Supremo de Justicia integrado ilegítimamente, creadora de un desacato inexistente en el ordenamiento jurídico y del artificio de un supuesto delito de flagrancia para prescindir del antejuicio de mérito para detener arbitrariamente diputados opositores y permitir su desaparición como detenidos; y de sentencias que sustituyen las potestades legislativas de control fiscal y político; de decretos de estados de excepción sin límite temporal alguno que sirve de fundamento para la restricción de derechos políticos y para persecución políticas y de restricción a la libertad de expresión y de control de la ciencia y tecnología; de la sustitución del federalismo por protectorados de comisarios políticos y por Zonas Operativas de Defensa Integral bajo el Control de un Comando Estratégico Operacional de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, que sustituye los poderes estatales y municipales y los entes de servicios públicos;

⁸ <https://economipedia.com/actual/cual-es-el-idh-de-venezuela-en-2019.html>

la militarización de la administración pública y los servicios públicos; por resoluciones de control fiscal de persecución y de inhabilitación de dirigentes políticos; de una normativa electoral casuística y propicia al ventajismo electoral; de actuaciones del Ministerio Público bajo mandatos del gobierno y de la sedicente Asamblea Nacional Constituyente; de un sistema de justicia atemorizado, inerte y subordinado; y de una ausencia del Poder Ciudadano. Y, dentro de ese entramado existe una Asamblea Nacional paralela y un Consejo Nacional Electoral ilegítimo y el desarrollo de un proceso eleccionario parlamentario a base de intervención de partidos de oposición y de secuestro de sus símbolos partidistas, de modificaciones al régimen constitucional y legal de la base poblacional de la representación parlamentaria, mediante la usurpación del poder constituyente y legislativo. Todo lo cual con fundamento en una serie de sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del gobierno de Nicolás Maduro, cuyo sustento es el supuesto desacato de la Asamblea Nacional legítima y de su sedicente omisión inconstitucional para la designación de los rectores del Consejo Nacional Electoral, así como la usurpación por la referida Sala de la atribución de la mencionada Asamblea para designar tales rectores y el desconocimiento, por parte de la misma Sala Constitucional, de la naturaleza de elección popular de segundo grado de estos rectores y de la participación de la sociedad civil y de las universidades en su postulación.

V. LA VIOLENCIA Y PERSECUCIÓN DETERMINANTES DEL CONFLICTO INSTITUCIONAL ENTRE DICTADURA Y DEMOCRACIA. CRIMEN DE LESA DEMOCRACIA

El anterior esquema es la causa fundamental del conflicto entre gobierno ilegítimo y oposición en Venezuela, lo cual excede del concepto tradicional de conflicto político entre partidos, porque más que una lucha o disputa por el poder, se trata de la confrontación entre dos modelos ideológicos contradictorios del sistema de gobierno. Es decir, contra un esquema de un sistema autoritario de corte militarista socialista encubierto en un ecosocialismo, que incluso excluye a los antiguos comunistas. Es decir, un enfrentamiento entre el sistema autoritario socialista-militarista y el sistema democrático social del Estado de Derecho. En efecto, el factor principal de la confrontación política en Venezuela es la imposición desde el poder de la ideología de un socialismo totalitario con apoyo militar. En otras palabras, entre dictadura militarista o democracia. Que nos ha conducido a la violencia y la persecución de los sectores democráticos. El conflicto no se traduce solo en discusiones de las diferentes ideologías, sino en violencia física y en discriminación por parte del gobierno de los sectores que no comparten su ideología y hasta de sus disidentes. Y fundamentalmente en la destrucción del modelo jurídico político del Estado democrático y social de Derecho y Justicia que se contempla en la Constitución de 1999. Además, en este conflicto ideológico, el uso de la fuerza, inclusive de la justicia castrense, por el gobierno ha causado violaciones graves de derechos humanos y hasta crímenes de lesa humanidad, y en donde se distingue entre amigos y enemigos; lo cual dificulta su solución por medios democráticos de conciliación. Por otra parte, si bien se trata de un

asunto interno, sin embargo, una de sus causas es externa, por la influencia de gobiernos cuyos modelos ideológicos de poder son el del socialismo totalitario antidemocrático, por lo que en la práctica implica vulneraciones del orden constitucional vigente y de los valores morales del orden social. Dado su naturaleza ideológica el contrario no es aceptado y por eso es discriminado o excluido, y el gobierno actúa como una clase dominante para legitimar su poder con medidas arbitrarias y contrarias a los derechos humanos, para imponer su sistema ideológico del poder. Imposición que se manifiesta en las restricciones a derechos civiles y políticos como la libertad de pensamiento, de expresión, de información, de manifestación y de libre elección. Por ello, el conflicto ha llegado a manifestarse en forma de enfrentamientos violentos y hasta de grupos armados paramilitares. Por otro lado, el conflicto político venezolano ha trascendido de las personas e impactado la estructura social, por razones de una política económica que ha conducido a la escasez de alimentos y medicinas, que ha incrementado los índices de mortalidad y de desnutrición y ha ocasionado la mayor hiperinflación del mundo, por lo que además configura una grave situación social. Estas características dificultan la solución, que se califica de crisis humanitaria, por los perjuicios causados a la población respecto de su alimentación y salud: lo que dificulta salidas constructivas.

Una característica del conflicto político venezolano es la utilización de la fuerza armada y del Poder Judicial como instrumentos de dominio y de persecución. Y un aspecto definitorio es la de distorsión del proceso constituyente para implantar un sistema ideológico, ante la pérdida electoral del poder legislativo y de los poderes municipales frente a la oposición democrática. Lo que podría llamarse crimen de lesa democracia, como lo es destruir el sistema de partidos y del sufragio libre, universal y directo, y promover la desmotivación electoral.

La persecución en gran escala, bajo un contexto sistemático organizado y programado de discriminación y de exclusión de los sectores de la población que no simpatizan con el gobierno, así como las desapariciones, las detenciones arbitrarias, los presos políticos, el juzgamiento de civiles por tribunales militares y las violaciones a derechos fundamentales en magnitudes crecientes, como parte de ese plan sistemático, permiten calificar el conflicto político en Venezuela, a la luz del derecho penal internacional, del crimen de lesa humanidad de persecución. Por eso, el proceso de negociación para la búsqueda de soluciones a estos crímenes es difícil, largo y de una gran exigencia de fortaleza moral y de formación política por parte de los negociadores, así como de una metodología de negociación clara, transparente y que garantice la participación de la sociedad civil en dicho proceso. Además de una probada experticia en procesos de conciliación y la presencia de observadores internacionales que velen por la irrenunciabilidad e inalienabilidad de los derechos fundamentales y de los elementos esenciales del sistema político democrático, porque de lo que se trata es del derecho del pueblo venezolano de vivir en democracia en libertad, justicia y con dignidad. Finalmente, la naturaleza dramática del momento obliga a la oposición no solo a mantener su unidad, sino que, en la búsqueda de un gobierno de transición para el cambio político, los intereses particulares no deben privar sobre los principios, y sobre todo que en la escogencia del futuro gobernante se busque

IDEARIO JURÍDICO Y POLÍTICO SOCIAL

consensuadamente no un simple candidato, sino fundamentalmente un verdadero estadista. Por supuesto, la división entre los que nos oponemos a ese esquema autoritario dictatorial, por la búsqueda de soluciones más inmediatas o hasta radicales, que otras que pueden parecer mediatas, pero no por ello complacientes; resulta fatal para cualquier alternativa. Ni una u otra opción garantiza su practicidad sino existe una unidad, en un gobierno de integración; y un acuerdo de gobernabilidad, sin exclusión entre quienes son verdaderos demócratas, sin compromisos con ese esquema dictatorial. Y también, por supuesto, que la cúpula gobernante ilegítimamente, es el principal obstáculo para la sustitución de ese entramado jurídico del socialismo del Siglo XXI de la autocracia militar dictatorial, cuya sustitución no será posible sin la unión de quienes pueden converger en su sustitución; y que reconstrucción de la institucionalidad democrática no se puede hacer con impunidad y con venganza.

DESAFÍOS DE LA DEMOCRACIA EN VENEZUELA. EL DERECHO A RESISTIR LA VIOLACIÓN DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Caracas, marzo de 2019

Ahora como nunca en Venezuela cobra vigencia la discusión de la eficiencia del sistema de gobierno en el Estado de Derecho, o de la gobernabilidad democrática, es decir, la síntesis entre la democracia y Derecho. En ese orden de ideas se concluye que cuando existe una contradicción entre ambos términos se concluye que el sistema de gobierno no es auténticamente democrático, Y, por otra parte, si la democracia se reconoce hoy día no solo como el modo de gobernar sino también como el derecho de los pueblos a que el gobierno se ejerza constitucional y legítimamente. como se proclama, entre otros instrumentos, en la Carta Democrática Interamericana del 2001¹; esto tiene igualmente el derecho de resistir jurídicamente al poder inconstitucional, por tratarse de una desvirtuarían del concepto constitucional de democracia. En efecto, Constituciones como la venezolana de 1999, no solo adjetiva al Estado como democrático, sino que además lo concibe con un orden que propugna los valores superiores de la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, la preminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político; que significan la institucionalidad el reconocimiento y garantía de la opinión libre, en cualquiera de sus manifestaciones. Ligada con el pluralismo político, es decir, con la libertad de pensamiento.

El Tribunal Constitucional español, por ejemplo, ha considerado que la formación de una opinión libre es un requisito del funcionamiento del Estado democrático². Esta opinión, que se expresa a través de manifestaciones, protestas, paros o huelgas, o en la formación de grupos o movimientos, en forma masiva, o mediante los medios de comunicación social; o por el ejercicio de los mecanismos de participación ciudadana en los asuntos públicos como la remoción de los gobernantes, cuyo fin es corregir la desviación del ejercicio inconstitucional del po-

¹ Artículo 3°.

² Sentencias: 12/1.981 y 104/1986

der público. Tales manifestaciones y mecanismos es la manifestación jurídica moderna del tradicional derecho natural de resistencia al poder injusto³. En otras palabras, el derecho a la defensa del Estado de Derecho la actuación ilegítima de los gobiernos, que incluye no solo el derecho de presionar a estos gobiernos o de protestar ante ellos, para que eliminen o corrijan sus actuaciones ilegítimas e inconstitucionales. Pero, igualmente el derecho de los ciudadanos de desconocer los actos dictados por los poderes públicos que violen o deroguen de hecho la Constitución, el cual tiene en Venezuela reconocimiento expreso en los artículos 25, 333 y 350, respectivamente, de la Constitución.

Democracia constitucional es pues, la síntesis entre democracia y Estado de Derecho definido constitucionalmente, como poder sujeto a la ley y respetuoso y garante de la primacía de los derechos humanos. Esta síntesis se rompe cuando se desconoce por el poder público el derecho a vivir en democracia, es decir, decir de eliminación de las diversas formas de intolerancia, de subordinación del poder civil al poder militar, del respeto y garantía de los derechos humanos, de la soberanía popular y del derecho de participación ciudadana, de la seguridad jurídica, del control de la arbitrariedad y por la falta de la independencia y autonomía del poder judicial. Ante ese rompimiento entre democracia y Estado de Derecho, cobra vigencia el derecho constitucional a la opinión libre y de defensa de la Constitución, para entre otros fines, remover los gobernantes ilegítimos y de restablecimiento de la vigencia del orden constitucional, tanto por las autoridades legítimas como por los ciudadanos. Es así, como el cumplimiento de los presupuestos fundamentales de la democracia constitucional, es condición de la vigencia del Estado de Derecho y la justificación del ejercicio o no del derecho de resistencia del derecho de resistencia en los casos de desconocimiento de esos presupuestos fundamentales.

En efecto, la vigencia de esa democracia constitucional depende el derecho universal de vivir en democracia, que se proclama como nuevo tema del derecho internacional de derechos humanos⁴. Pues, bien, el derecho a vivir en democracia

³ Rubio Llorente, Francisco, "La Doctrina del Derecho de Resistencia frente al Poder Injusto y el Concepto de Constitución", *Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez-Covisa*, Facultad de Derecho, Caracas, 1975, pp. 919 a 924.

⁴ En la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de Derechos Humanos, aprobada en Guayaquil el 26-07-2002, como nuevos temas o áreas principales del desarrollo normativo del derecho internacional de los derechos humanos, en su artículo 13 se incluye, entre otros, el derecho de los pueblos andinos a la democracia; y en su artículo 10 la erradicación de toda forma de discriminación e intolerancia. Además, en su artículo 14, los Presidentes de la Comunidad Andina reiteran su compromiso de promover medidas para promover y consolidar la democracia, especialmente en lo referente a sus elementos esenciales: el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales; la libertad de asociación, la libertad de expresión de opinión, el acceso al poder y su ejercicio de conformidad con el Estado de Derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas imparciales y basadas en el sufragio universal y mediante el voto secreto, como

supone una tolerancia ideológica, la no intimidación o persecución de los opositores, la división y separación de los poderes, el respeto a la integridad electoral, el respeto a los consensos constituyentes, la ausencia de autoritarismo, el fortalecimiento del Poder Judicial y de las instancias de control de la actuación del Estado y de defensa del ciudadano y al supremacía de la Constitución y la garantía de que la búsqueda de la justicia y de la igualdad social se haga a través del Derecho y no de la arbitrariedad, para que la búsqueda de la justicia se haga a través del Derecho y no de la arbitrariedad.

Venezuela respecto del derecho de vivir en una democracia en una constitucional en la actualidad presenta un déficit por la intolerancia ideológica y política, que no solo ha implicado e implica la exclusión de diversos sectores sociales en la participación y en la discusión de planes, proyectos y beneficios económicos o la inhabilitación política y el ventajismo electoral y la ausencia de una participación ciudadana en los asuntos públicos, así como la subordinación al gobierno del Poder Judicial, incluso del Tribunal Supremo de Justicia. Igualmente, la violación del derecho a vivir en una democracia de Derecho existe en Venezuela por la fragmentación política y social por la promoción de la política de odio entre las clases sociales y la intimidación contra los opositores políticos y profesionales y empresarios, y contra los medios de comunicación social. Igualmente, por las vías de hecho contra organismos sindicales y patronales y la descalificación pública por el gobierno contra dirigentes políticos, líderes sindicales, periodistas y dueños de medios de comunicación. Ello bajo una sistemática y organizada estrategia política de persecución mediante la utilización de la fuerza militar. Asimismo, en lo relativo al funcionamiento de Poder Público existe un desequilibrio entre los poderes por el autoritarismo y la subordinación del poder civil al poder militar, así como por la falta de autonomía del poder legislativo o por su cercamiento por el gobierno. Incluso por la carencia de un verdadero Poder Ciudadano en el ejercicio de las funciones de protección de los derechos humanos. Al igual que por la concentración del poder en favor del gobierno por la ausencia de la descentralización en favor de los Estados y Municipios. También la violación del derecho de vivir en democracia en el Estado de Derecho ocurre en Venezuela por la politización de la designación de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, de rectores del Poder Electoral, el Fiscal y Contralor General. De ese cuadro dantesco de desvirtuarían de la democracia es un factor determinante la falta de independencia y a la subordinación del Poder Judicial al gobierno y al partido oficial, a lo cual contribuye al intimidación y persecución contra jueces y fiscales. A este factor se suma la utilización de los tribunales militares para juzgar a civiles por motivos

expresión de la voluntad de la población; un sistema pluralista de organizaciones y partidos políticos; la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en la vida política de sus países; la separación e independencia de poderes; la transparencia y la rendición de cuentas en la administración pública; y en la existencia de unos medios de comunicación libres, independientes y pluralistas. En esta temática, constituye un avance el reconocerse en dicha Carta, en el artículo 9º, el derecho de toda persona a someter denuncias, quejas o peticiones sobre violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales.

políticos, como también el debilitamiento de las instancias de control de la arbitrariedad y de la corrupción. Otro factor es el alto grado de impunidad ante casos de corrupción y de graves violaciones a los derechos humanos.

Ante este cuadro de una democracia agonizante o en estado terminal cabe hablar no de una “organización del desgobierno de la democracia”, sino de un deterioro estratégico de las instituciones públicas democráticas, según el autor español Alejandro Nieto. En efecto, de acuerdo con este jurista administrativista y constitucionalmente, “desgobierno no es (...) antónimo de gobierno sino una variedad del mal gobierno caracterizado por el prefijo “des”, que evoca desorden, de donde conexión tradicional entre desorganización y desgobierno, cuya equivalencia no resulta exacta del todo puesto que en los tiempos que corremos el desgobierno puede ser también la consecuencia de una organización deliberadamente perversa o de lo que (...) se ha llamado “contra organización”⁵. Este deterioro de la institucionalidad democrática, según el prenombrado autor, comprende varios pasos, primeramente, un proceso constituyente como reacción a un sistema calificado de atrasado, corrompido, desigual socialmente, capitalista salvaje, para promulgar una nueva Constitución que parta desde cero mediante la refundación de un nuevo estado o república, en base a un proyecto ideológico de una revolución anticlasista supuestamente popular y de plena igualdad social, calificado como el contenido del pensamiento de los padres de la patria o de líderes históricos o de ancestros indígenas. En segundo lugar, aprobar una legislación que apuntale un régimen autoritario y personalista, con pleno dominio del poder militar y de control de la base popular bajo mecanismos de beneficios económicos y que otorgue poderes especiales a la presidencia. Legislación estatista y de excesiva regulación y de la economía y de gran discrecionalidad de la producción y distribución de la riqueza pública y que desarrolle un sistema paralelo constitucional y un sistema territorial militar sobrepuesto a la división política territorial. Y, en tercer lugar, impedir toda actividad económica y social que no funcione o pueda funcionar fuera del control del estado. Es decir, convertir el estado de derecho en un derecho del estado. Ello ha sido en Venezuela la llamada República Bolivariana de Venezuela del socialismo del Siglo XXI.

Pero en donde mayormente ha perdido vigencia la democracia constitucional en Venezuela, dentro de ese deterioro institucional de “contra organización”, ha sido en el irrespeto y violación al principio de la universalidad, indivisibilidad e irrenunciabilidad de los derechos humanos, que incluso se consagra teóricamente en las nuevas Constituciones. Lo cual lleva al desconocimiento del derecho de la sociedad a crear y mantener una opinión libre como fundamento y manifestación del derecho de defensa ante el ejercicio inconstitucional e ilegítimo y de presión contra el uso arbitrario del gobierno y de la restricción de las libertades políticas, económicas, sociales, educativas, culturales y sindicales y del derecho de los trabajadores de negociar colectivamente condiciones de trabajo y elegir sus propios directivos. Un aspecto de esa falta de libertad es la restricción del derecho a la educación y la eliminación de la autonomía universitaria.

⁵ *La nueva organización del desgobierno*, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1996, p. 9.

En este orden de ideas, baste señalar las medidas cautelares a Comisión Interamericana de Derecho Humanos, en una oportunidad, otorgó a favor de El Diario El Universal y de los periodistas, cuando este medio era autónomo, para asegurar su protección en contra de las amenazas físicas o acciones que coartaban el ejercicio de la libertad de expresión, en razón de las denuncias del Bloque de Prensa y de los comunicadores sociales por las frecuentes intimidaciones y adentramiento de que eran objeto por el gobierno llamado bolivariano y sobre el deficiente funcionamiento de los órganos de protección de derechos humanos y del Poder Judicial. Asimismo. Es evidencia de violación de estos derechos de opinión que son de la esencia del derecho a la libertad, las formas de censura que ha presenciado la comunidad nacional e internacional al derecho a la información y a la libertad de opinión, al imponerse obligatoriamente de manera ilegal, a los medios de comunicación social, de repetidas cadenas de propaganda oficial, que constituyen en verdad suspensiones temporales, para impedir la transmisión de opiniones contrarios a la política gubernamental. Asimismo, es evidencia de ese deterioro institucional del Estado democrático, las advertencias de la Organización Internacional del Trabajo sobre la intromisión gubernamental en las elecciones sindicales y las agresiones a directivos gremiales. A estas violencias se suman la organización contra opositores, comunicadores y defensores de derechos humanos, de una estrategia sistemática y planificada de persecución y mediante grupos de colectivos identificados con el gobierno o su partido y hasta por fuerzas militares. Ello como un instrumento de persecución ideológica para impedir la libertad de pensamiento y de expresión y de discusión. Vistas así este estado de institucionalidad democrática en la actualidad en Venezuela, por la desvirtuación de sus presupuestos de democracia constitucional, no existe la síntesis clave para la existencia de un Estado democrático de Derecho, que garantice el derecho a vivir en libertad democráticamente, que, para lograr la recomposición de ese Estado y el pleno ejercicio de este derecho, mediante el restablecimiento del orden constitucional que lo consagra, resulta justificado el derecho de resistencia en defensa de la institucionalidad democrática, implícitamente recogidos en los artículos 33 y 350, constitucionales. Restablecimiento que también es necesaria el desarrollo económico del país, para erradicar el índice grave de pobreza, la ausencia de empleos productivos, que garantice el Estado de Justicia que se consagra en el artículo 2º de la Constitución.

De manera que el desafío de la democracia venezolana para que este deje de ser llamada “democracia de baja intensidad”, es el ejercicio militante de los derechos de la libertad, de protección de los derechos humanos y de restablecimiento pleno del orden constitucional democrático, que es el ambiente necesario para el desarrollo integral de las personas y de la sociedad. Por ello, la comunidad internacional respecto del derecho al desarrollo exige a los gobiernos que han de ser el reflejo donde además de elegir mayoritariamente a los gobernantes; estos deben respetar los elementos fundamentales del Estado democrático de Derecho, que permitan la participación ciudadana, la formación de una opinión libre, el ejercicio de los derechos fundamentales y la existencia de un sistema judicial independiente. Así, en este orden de ideas, el economista internacional Amartya Sen, ha demostrado que los gobiernos autoritarios no son los que pueden obtener efectos

importantes en materia de desarrollo⁶. En efecto, como lo asienta el peruano miembro de la Comisión Andina de Juristas, Allan Wagner, en la medida que exista un sistema verdaderamente democrático la sociedad siempre está en condiciones de presionar a los gobiernos para que tomen las medidas adecuadas y corrijan sus excesos arbitrarios, de manera que las medidas que adopten sean políticas que reflejen ese ambiente de libertad⁷.

En este orden de ideas, ante la debilidad e ineficacia de las instancias del Poder Público de control de la institucionalidad democrática y de restablecimiento de su orden constitucional, el desafío actual de la sociedad democrática venezolana es el ejercicio de los derechos de recomposición de ese orden y de desconocer y resistir la derogación de hecho de ese orden, para lo cual además de la organización de la sociedad para esos fines, a que se contraen los artículos 33 y 350, de la Constitución, es pertinente ejercer el derecho de acudir a las instancias internacionales de los sistemas de protección de los derechos humanos y de protección de la democracia, a que se contraen los artículos 31, constitucional, y 1º y 8º, de la Carta Democrática Interamericana. Es posible que lo dicho no sea algo nuevo, porque en materia de democracia no es fácil de ser original. Sus problemas son los mismos; solo que se presentan con actores nuevos y con métodos distintos bajo esquemas supuestamente democráticos. De allí que casi siempre descubrimos lo ya descubierto ante los viejos problemas de la democracia y lo olvidado, como el autoritarismo, el extremismo y el abuso del poder, maquillados con modelos de refundación de repúblicas nuevas, ante los cuales los medios jurídicos de corregir esas patologías antidemocráticas son insuficientes, por lo que se justifica, por ese estado de necesidad, el establecimiento de una normativa de transición hacia la democracia, para la recomposición y vigencia de la institucionalidad democrática, el desconocimiento de las autoridades, regímenes y actos derogatorios de la esa institucionalidad y de resistencia a la autoridad ilegítima. Tampoco es nuevo lo que el constitucionalista español Manuel Aragón denomina “teología jurídica de poder”, que es la exaltación del nuevos príncipes o soberanos, en forma de caudillo o de eterno comandante, o de un partido único o sobre potente. Teología que es utilizada en forma absoluta para justificar, sin límite alguno, actuaciones ilegítimas antidemocráticas, para lo cual se dicen representantes de una soberanía popular, que es sojuzgada cuando protesta. Es decir, mediante un poder vacío de toda legitimidad. Frente a estas desviaciones o desvirtuación de la democracia, el desafío de la democracia venezolana es el derecho a resistir y de presionar no solo mediante una opinión libre y través de la organización de movimientos unitarios de políticos y sociales, sino también mediante el establecimiento de una normativa transitoria para el restablecimiento y vigencia de la institucionalidad democrática para remover a quienes ejercen ilegítimamente el poder público y de rescate de la democracia constitucional del Estado de Derecho.

⁶ Citado por Wagner, Allan, en “Requisitos Democráticos de la Globalización y de la Gobernabilidad”, Comisión Andina de Juristas, *Los problemas de la democracia en la Región Andina*, Lima, marzo, 2001, p. 38.

⁷ Ibidem.

LA FALACIA DEL PODER ORIGINARIO DE LAS CONSTITUYENTES DERIVADAS

Caracas, mayo de 2017

Vale la pena recordar, que el poder constituyente que establece la norma fundamental del ordenamiento jurídico y da origen a un Estado y a su forma y sistema político, es, en verdad, el poder primario, primigenio originario; y, quien decide como posteriormente ese ordenamiento jurídico puede ser reformado o derogado o los límites que impiden su reforma o derogación, por ser principios absolutos de ese ordenamiento y de ese sistema político. Este poder primigenio es el ejercido para constituir o fundar un nuevo Estado, definir su forma política republicana o monárquica; o su condición de dominio autónomo dentro de una comunidad internacional; y, por tanto, crear su Constitución o derogar la Constitución vigente, para transformar su sistema o forma política. Por eso se le denomina poder constituyente originario, porque es la forma primaria, la voluntad originaria, soberana, suprema y directa que tiene el pueblo para constituir un Estado dándole una personalidad al mismo y para darle la organización jurídica y política que más le convenga.

Su titular es el pueblo, entendido como “todos los ciudadanos y ciudadanas” (Sala Constitucional, Sentencia del 22-01-2003), que ejerce a través de asambleas constituyentes, elegidas en su representación, mediante elecciones libres, universales, directas y secretas (arts. 5, 39, 40, 62, 347 y 350, constitucionales). De manera, que el poder constituyente primario, a mi juicio, es el poder que tiene el pueblo para transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución que no lo tiene ningún poder otro poder público (Art. 347, constitucional). Por tanto, es la voluntad originaria, soberana, suprema y directa que tiene el pueblo para constituir un Estado dándole una personalidad al mismo o cambiando su organización jurídica y política, conforme los valores superiores que la sociedad ha consensuado como límites a su propio poder originario. Por otra parte, para el ejercicio de este poder se requiere un procedimiento diferente al de las leyes públicas o al de cualquier acto de otro poder, porque su titular es el pueblo o nación y no un órgano del poder público. De manera que un poder originario y único no puede encontrar fundamento fuera de la voluntad del pueblo. En consecuencia, su definición como poder primario le viene dada por su legitimidad, por lo que mientras se trate en verdad de este poder no posee más límites formales o materiales que los establecidas por el propio poder primario al

regular su formación y funcionamiento en la Constitución que se pretende sustituir. En nuestro caso, si aceptamos que la asamblea constituyente de 1998 fue originaria, lo que puede discutirse, entonces, el artículo 350, de la Constitución que dicha asamblea elaboró y que fue aprobada en 1999 mediante referendo, son límites impuestos a toda asamblea constituyente convocada a partir de dicha Constitución. Así, ninguna constituyente posterior puede cambiar la forma republicana, los valores y principios democráticos y desconocer la primacía de los derechos humanos, del Estado de Derecho a que se contrae el artículo 2º, de la misma Constitución.

Ahora bien, su titular es el pueblo y por ello el poder constituyente primario es el poder que tiene el pueblo para transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución (Art. 347, constitucional), que no lo tiene ningún otro poder público y ni siquiera un porcentaje de electores. Se trata del poder de dar a la sociedad una organización política-jurídica y de revisar la misma cuando así lo decida soberanamente, porque su modificación significa una revisión de los principios que la sociedad acogió consensuadamente. Por eso, su convocatoria solo corresponde al pueblo mismo y no a los poderes constituidos (Art. 347, constitucional). Ese poder es el de la sociedad de darse una organización política-jurídica y de revisar la misma cuando así lo decida soberanamente, porque su modificación significa una revisión de los principios que esa sociedad acogió consensuadamente. Quede claro, por otro lado, que el poder constituyente primario no es el soberano, sino que su titular es el soberano, es decir, todo el pueblo (Arts. 5º y 347, constitucionales). Soberano no es la asamblea constituyente, sino el pueblo quien tiene la capacidad de constituirlo. Por tanto, si bien la asamblea constituyente no tiene limitaciones para su funcionamiento, el soberano sí puede establecerle límites a su poder primario de reformar o derogar la Constitución mediante principios, garantías y derechos inderogables, así como procedimientos para su convocatoria y funcionamiento. Por ejemplo, el soberano al decidir convocar la constituyente en 1998 le estableció límites en la Base Octava comicial del respeto a la soberanía popular, a los principios y valores republicanos, el cumplimiento de tratados internacionales, la progresividad de los derechos humanos y de las garantías democráticas. Y, asimismo, el soberano los estableció en la Constitución de 1999 en su artículo 350 para las futuras asambleas constituyentes posteriores.

El poder constituyente originario, por tanto, es el que aparece primigeniamente y le da origen al ordenamiento político, que crea la primera Constitución de un Estado o el que lo transforma o refunde. Y una vez cumplida su labor desaparece; pero como la consolidación de un Estado requiere continuidad, el poder constituyente primario prevé un órgano para que se encargue de la reforma de la Constitución, conforme al procedimiento que establezca al efecto. A este órgano se le denomina poder constituyente derivado, pero del cual sigue siendo titular el pueblo. Por sus características, la asamblea constituyente de 1998, jurisprudencialmente se le dio carácter originario y no derivado, porque la Constitución de 1961, no previa tal asamblea, por lo que la asamblea constituyente que se contem-

pló después en la Constitución de 1999, en los artículos 347 y 348, en concordancia con sus artículos 333 y 350, es un poder constituyente derivado y no originario. A pesar de su carácter originario, sin embargo, la Base Octava Comicial del proceso constituyente de 1998, estableció límites materiales a ese poder originario, como ya dije, de respeto a la soberanía popular, a los principios y valores republicanos, al cumplimiento de tratados internacionales, a la progresividad de los derechos humanos y a las garantías democráticas. Por su parte, la Sala Constitucional, en sus sentencias del 22-01-2003 y 07-08-2006 señaló que el artículo 350 estableció límites generales a las asambleas constituyentes. La característica, pues, del poder constituyente derivado es la de un poder que coexiste con los otros poderes, y cuya creación se atribuyó al pueblo como soberano y no a estos poderes, y además y al que se le establecieron límites formales y materiales para su formación y funcionamiento, como se desprende de los artículos 347 a 350 de la Constitución. Además, el poder constituyente originario de 1999 estableció procedimientos de reforma constitucional sin la característica de una asamblea constituyente, como los de enmienda y reforma, pero sujetos a la aprobación del pueblo. Estos son los poderes constituyentes delegados, porque surgen de la iniciativa de un grupo de electores o de los otros poderes, pero el pueblo conserva la titularidad del poder constituyente al sujetar las enmiendas o reformas a su aprobación mediante referendos y, sobre todo, al reservarse el derecho de convocar la Asamblea Nacional Constituyente para derogar y promulgar una nueva Constitución.

Por tanto, la asamblea constituyente convocada por Maduro es una falacia como poder originario. Porque no es un poder ilimitado con plenos poderes para derogar la Constitución, porque existe una Constitución vigente anterior que estableció un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia preexistente.

TRANSICIONES HACIA LA DEMOCRÁTICA

Caracas, noviembre de 2020

Pienso que la desinstitucionalización del sistema político democrático venezolano en el presente, pareciera una suerte de crisis terminal sin salida. A esta consideración agregaría que es un proceso más de una larga e inacabada transición hacia la consolidación de la democracia. Pues no basta con lograrla o rescatarla, sino como decía Calvani, de consolidarla y renovarla. Lo cierto es que la democracia en Venezuela está actualmente en la unidad de cuidados intensivos. Sin embargo, en este estado también se puede lograr su recuperación mediante el tránsito del presente régimen autocrático, de contenido ideológico y militarista, con sesgo de un marxismo comunista renovador, o socialismo siglo XXI, a un régimen democrático, que para no recaer ha de ser una ciudadanocracia, más que el gobierno de las mayorías. Ello supone, primeramente, la salida del régimen actual. Pero también el diseño institucional de esa democracia renovada, es decir, de la estructura que combine el sistema de gobierno ciudadano con el sistema partidista y la conjunción del sistema presidencialista de jefatura del Estado con el de jefatura del gobierno, bajo el control ciudadano, de designación y de revocación y de consultas populares; de la vuelta a la sumisión del estamento militar al poder civil; y de cogobierno con las entidades federales y municipales. De manera que los niveles presidencialistas de gobierno o partidistas no sean los únicos que por exceso lleguen a ser los que influyan significativamente en la decisión política. Por supuesto, bajo los principios de separación de poderes y división de funciones, pero también sobre la utilidad o no de la multiplicación o simplificación de las ramas del poder del Estado; y por supuesto, de la independencia del poder judicial, como un verdadero poder y no como parte del poder, del control de la legitimidad y de la corrupción, de la supremacía de la Constitución y garante de los derechos humanos.

Es cierto, que en cualquier sistema político democrático, existe una tensión entre el gobierno y la oposición, y, la forma de resolver esa tensión es la clave de la consolidación de la democracia, generalmente por problemas de la legitimidad o no de las políticas o decisiones gubernamentales, por lo que la forma de legitimación o de deslegitimación, en caso de crisis políticas que amenacen la institucionalidad, por renovación de los poderes gubernamentales y legislativos, suelen ser adecuadas para garantizar la continuidad, el equilibrio político y la estabilidad institucional; mediante procesos electorales como mecanismos de control ciudadano y de alternabilidad de los gobiernos. Por ello, yo me inclino por las formas

mixtas de jefaturas del Estado, por balotaje, y de gobiernos parlamentarios, renovables mediante elecciones por periodos legislativos; o, por controles políticos de votos de censura calificados y de elecciones anticipadas. De modo que si de lo que se trata es cambiar el presente sistema de gobierno partidista, ideológico, militarista, centralizado y autocrático; por otro verdaderamente democrático, donde el poder sea del ciudadano, evidentemente que tendríamos que hablar de un proceso transición de un sistema de gobierno despótico hacia un sistema de gobierno ciudadano y desmilitarizado, que supone, evidentemente, un cambio de régimen por otro, y, de una variable institucional que lo sustituya, y, por supuesto, de la conjunción de las fuerzas políticas y sociales que quieran esa transición. Este proceso, yo lo llamaría, “*la cuestión democrática*”, que implica procesos de dialéctica y síntesis; y de teoría y de acción política, conforme la realidad existente. Esta realidad es que más del 80% de los ciudadanos desea ese cambio, y, el problema, es el de la dialéctica de la teoría y de la estratégica y táctica entre quienes dentro de ese 80% lo propician. Como afirma Benigno Alarcón, en su ensayo “Cómo producir la transición democrática en Venezuela”, esa dialéctica tiene que ver más con las condiciones estructurales, o el “*dilema del prisionero*”, que con los actores políticos¹. De forma tal que si por ese proceso dialéctico, no se logra conjugar una acción política, no es posible ese proceso de transición que lleve a la variable institucional del cambio de sistema de gobierno deseado, que impida la repetición de la hegemonía política, la exclusión ideológica, la militarización del gobierno, la falta de independencia de los poderes públicos, la no subordinación y sumisión del poder judicial, la falta de transparencia de los procesos electorales, evite la impunidad por corrupción o violación de los derechos humanos, la centralización, el presidencialismo. Evidentemente que podrá haber un cambio de gobierno, pero no una transición democrática, si no se logra una conjunción no solo para el cambio sino también para la alternatividad institucional.

En estos casos de procesos de transición creo que es valedera la cita de Alain Rouquié, politólogo francés, a quien el Fondo de Cultura Económica ha publicado sus libros, *Guerras y paz en América Central* (1994), *Las fuerzas políticas en América Central* (coordinador, 1994) y *A la sombra de las dictaduras. La democracia en América Latina* (2011); de que nuestro momento político actual podría definirse como “confusión democrática”, que es uno de problemas de las “democracias latinoamericanas”, puesto que se pone más énfasis en las tácticas para el cambio político, y menos en la “construcción del orden” para reconstruir el modelo de democracia. Que oscila entre las democracias construidas verticalmente o tuteladas, o solo desde abajo, o democracias de puras masas, o por élites políticas. Según este autor, la “cuestión democrática” es construir una estrategia coherente para un tipo de gobierno en el cual no exista el riesgo de que la mayoría cuente con los instrumentos de la política estatal para enfrentar la minoría o la disidencia.

¹ <https://politikaucab.net/2018/08/28/como-producir-una-transicion-democratica-en-venezuela/>

Quisiera detenerme un poco en este tema de la variable institucional de los procesos de transición democrática, orientadas hacia el equilibrio o estabilidad, que en verdad son el producto de un proceso de consenso con capacidad para contrarrestar o poner bajo su control las recurrentes fuentes de conflicto para lograr la transición. Y no propiamente los cambios políticos que se imponen simplemente por golpes de estado. Es decir, de los pactos o arreglos para lograr un cambio político de sistemas que se consideran antidemocráticos por otros, pero que permitan conciliar los diversos intereses que atraviesan la sociedad reduciendo a lo mínimo el recurso a la coerción o violencia. Acá, me permito, citar a Adam Przeworski, politólogo polaco norteamericano, profesor de la Universidad de New York, autor del ensayo, “Que esperar de la democracia. Límites y posibilidades de auto gobierno”. Este autor dijo: *“las soluciones al problema de la democratización están en las instituciones (...) la democracia es posible cuando las fuerzas políticas interesadas pueden encontrar en conjunto unas instituciones que ofrezcan una garantía razonable de que sus intereses no se verán afectados de una forma extremadamente negativa en el curso de la competencia democrática. La democracia no puede ser el resultado de un compromiso sustantivo, pero sí puede ser el resultado de un compromiso institucional”*. Señores, no solo opiniones acreditadas como la citada, sino la experiencia, demuestran, que en la medida en que el orden democrático es susceptible de encarnarse en instituciones claves, su permanencia precisa de coaliciones de fuerzas políticas con capacidad para orientar la acción del Estado; en las cuales, si se sobreponen sus espontaneidades, protagonismo, personalismo o radicalismo, no se consigue un cambio político, y si se consigue, por estas circunstancias, no se evita la violencia y no se consigue la estabilidad que supone un verdadero cambio y mucho menos una transición.

Y el ensayista venezolano, Alfredo Ramos Jiménez, en su trabajo *“Política de la Transición y Democratización en Venezuela”*, dice: que el orden democrático surgido de una transición ha de ser concebido como un orden político que asegure el equilibrio y la estabilidad; en el que el “aparato institucional” adquiera la mayor relevancia a la hora de establecer las claves para el funcionamiento y orientación del primero, puesto que este último se expresa bajo la forma de una articulación efectiva de intereses que ha logrado minimizar la violencia dando paso a la negociación y competencia pacífica. De aquí que, según este autor, las democracias se presenten como los *“entramados políticos relativamente eficientes gracias a que garantizan la estabilidad con niveles muy bajos de utilización de la violencia”*.

La conclusión a la que se llega en los ensayos más juiciosos y serios sobre la transición hacia la democracia en América Latina, de sistemas autocráticos a sistemas democráticos, que consolidan la democracia, son los procesos surgidos por las mediaciones institucionales para superar las situaciones de crisis o transición política. Al respecto se citan los casos de la transición chilena a la democracia con el fin de terminar con la dictadura militar; de la transición española por el que se dejó atrás el régimen dictatorial de Franco; la transición portuguesa de la Revolución de Los Claveles, por la que se deshicieron las estructuras políticas de la dictadura salazarista. Otras transiciones ocurren por cambios de un gobierno por

otros, por golpes de estado o intervenciones extranjeras. Pero, que, a mi juicio, ninguna de esas formas son trasportables ni exportables, sino que coincido con Alfredo Ramos Jiménez, que *“los caminos de la democracia son múltiples y diversos, y casi nunca coinciden, corresponden a cada sociedad, a su desarrollo histórico particular, a sus específicas relaciones de fuerzas. De modo tal que cada arreglo institucional de la democracia constituye la respuesta o solución que los diversos actores han encontrado para resolver sus antagonismos y conflictos”*. Aquí acudo también a la cita que hace Benigno Alarcón, de Samuel Huntington, de que *“la característica principal de las transiciones democráticas es que han sido impulsadas por la movilización masiva de sus sociedades”*; y que, *“en sentido contrario, la mayor parte de los procesos de transición que se han intentado de arriba hacia abajo han fracasado -circunscribiendo la dinámica a la interacción entre las élites políticas del gobierno y la oposición- porque es mucho más fácil para un régimen con vocación autoritaria perseguir, encarcelar, reprimir, ignorar o cooptar a unos pocos líderes que conforman una élite con intenciones reformistas, que a un pueblo que se moviliza masivamente para exigir y presionar por un cambio político.”*

En este contexto se plantea entre quienes plantean la transición democrática en Venezuela, un proceso dialéctico del cambio político a través o no del voto, es decir, sobre un medio o condición estructural; y sin que yo tenga la autoridad científica de un verdadero politólogo; o la autoridad moral de prestigiosos religiosos sobre el tema, pero, si por considerar un deber de conciencia; me permitiré expresar mi criterio general sobre esta discusión, sin que pretenda con ello comprometerme con un proceso electoral concreto, como lo son por ejemplo, las elecciones municipales, o el de un posible referendo para la aprobación de una pretendida nueva Constitución. Discusión donde, sin lugar duda, el tema de la ilegitimidad de tales procesos y las limitaciones a la libre votación, son el principal argumento según una tesis para no acudir a votar. Me limitaré a expresar mi criterio, conforme mi estricta formación humanista cristiana, y no propiamente, como activista de corriente opositora alguna, aunque si considero que, sin un consenso sobre este tema, no habrá transición alguna. Porque coincido con Benigno Alarcón, en su ensayo citado, de que la diferencia de nuestro país con algunas dictaduras africanas radica en que los venezolanos aún no nos hemos rendido. Pero que *“sin la conformación de una amplia coalición social y política nadie podrá llevar adelante la titánica tarea de generar un cambio político y transformar a Venezuela en un país normal”*.

TEORÍA, PRAXIS Y ÉTICA DE LA MEDIACIÓN EN UN PROCESO DE TRANSICIÓN HACIA LA DEMOCRACIA INCLUSIVO, PARTICIPATIVO Y DEMOCRÁTICO

Caracas, 23 de enero de 2021

I. INTRODUCCIÓN: ¿POR QUÉ EL TEMA DE LA MEDIACIÓN? MOTIVACIONES Y EXHORTOS DESPUÉS DEL FRACASO DE LAS REUNIONES DE BARBADOS Y DE LA DESCALIFICACIÓN. LA DIPLOMACIA DE LA PAZ NÓRDICA

Escribí, el 28 de julio de 2019, un artículo que titulé, “Mediación de Barbados: ¿Hacia un proceso de transición inclusivo, participativo y democrático?”, al finalizar la ronda de reuniones de Barbados, que fueron auspiciadas por el Reino de Noruega para iniciar un diálogo en busca de una solución para la crisis política-institucional de Venezuela y que se iniciaron en mayo de 2019. Según el gobierno de Nicolas Maduro con el propósito de “llegar a un entendimiento con la oposición que permita la gobernabilidad, con la exigencia de dejar la violencia y respetar la Constitución”; y de acuerdo con el presidente interino, Juan Guaidó, con la finalidad de lograr “el cese de la usurpación, un gobierno de transición y elecciones libres”. Los parámetros de las reuniones fueron entonces, para el gobierno el gobernar sin protestas y para la oposición un cambio político. Lo que evidentemente por ser propósitos extremos y contrarios ya era posible avizorar un resultado no favorable de tales reuniones. Hoy, pienso que es oportuno, reflexionar de nuevo acerca de este tema de la mediación para buscar el diálogo, sobre todo después de los pronunciamientos del Parlamento y del Consejo de Europa¹, del Grupo de Contacto Internacional y de algunos gobiernos, e incluso de algunos líderes del gobierno y de la oposición democrática y de la Iglesia, para lograr una solución a la crisis venezolana.

Con este propósito los organismos europeos señalados motivan la opinión internacional y nacional para justificar la reanudación de una negociación explicando que el objeto sería lograr “un diálogo y un proceso de transición liderados por Venezuela que conduzca a elecciones locales, legislativas y presidenciales

¹ Council of the European Union. st05582-en21.pdf (europa.eu) Brussels, 25 January 202 5582/21.1 COLAC 5 CFSP/PESC 4

creíbles, inclusivas y transparentes”. Ello, en razón, particularmente, según las mismas organizaciones internacionales, porque las elecciones legislativas del 6 de diciembre de 2020 fue una oportunidad perdida para la democracia, puesto que se celebraron sin un acuerdo nacional sobre las condiciones electorales y porque no cumplieron con las normas internacionales para un proceso democrático. Lo cual impide, según el citado Consejo, “reconocer este proceso electoral como creíble, inclusivo o transparente, por lo que su resultado no puede considerarse representativo de la voluntad democrática de los venezolanos”. Y, por otro lado, señala el mencionado Consejo de Europa, en razón de que “las acciones de las autoridades de Maduro han reducido significativamente el espacio democrático en el país y han impedido persistentemente la resolución de la profunda crisis política en Venezuela”². Y el Grupo de Contacto Internacional, por su parte, en declaración del 2 de febrero de este año, además de pedir a las fuerzas de la oposición democrática que se unan para una transición exitosa, reitera, que la única forma pacífica de salir de la crisis es reanudar negociaciones políticas con prontitud y establecer urgentemente un diálogo inclusivo y un proceso de transición liderado por Venezuela que conduzca a elecciones creíbles, inclusivas y transparentes”³.

Al respecto debe recordarse que la ONU, en mayo de 2019, aseguraba el portavoz Stéphane Dujarric, que respaldaba las conversaciones entre representantes del Gobierno venezolano y de la oposición que, según informaciones de prensa, se estaban manteniendo en un lugar secreto de Oslo, la capital de Noruega. Y señalaba que “No podemos predecir lo que va a pasar en una situación complicada, pero los buenos oficios del Secretario General siguen disponibles”, y añadió el portavoz, que António Guterres apoyaba las distintas iniciativas impulsadas por varios países para tratar de iniciar una negociación entre las partes. Por su parte, la presidenta de la Asamblea General María Fernanda Espinosa, también dio la “bienvenida” a los contactos en Noruega que calificó como un “paso crucial”. Y, su portavoz, Mónica Grayley, recordó que Espinosa defiende “un diálogo constructivo” para solucionar la crisis. Y sobre estas gestiones el presidente de la Asamblea Nacional de Venezuela, Juan Guaidó, reconocido como presidente interino por 50 países, confirmaba en su cuenta de Twitter que se habían produciendo los contactos, afirmando, que. “También hemos atendido una invitación con el Gobierno de Noruega, y hoy tendremos reunión con el Grupo de Contacto de la Unión Europea. Reiteramos que cualquier iniciativa de mediación debe pasar por el cese de la usurpación, el gobierno de transición y las elecciones libres”⁴. Por tanto, en el ambiente internacional el dialogo ha sido una alternativa para la solución de la crisis venezolana.

² Consejo Europeo pide que se reanude negociación en Venezuela para elecciones locales, legislativas y presidenciales creíbles - Monitoreamos

³ Grupo de Contacto para Venezuela pide reiniciar diálogos con Nicolás Maduro | EL ESPECTADOR.

⁴ Noticias ONU. La ONU apoya el diálogo entre el Gobierno y la oposición venezolanos en Noruega | Noticias ONU (un.org)

Con relación a las iniciativas de Noruega de acompañar diálogos «exploratorios» entre el Gobierno y la oposición venezolana con el fin de buscar una salida pacífica a la crisis que vive el país, debe recordarse que Noruega es un país que tiene una larga experiencia en procesos de paz y reconciliación en Asia, América Latina, África y Medio Oriente. Por lo que es un país reconocido por la comunidad internacional como un mediador válido y como facilitador de la paz, entre otras razones por su política interna de un fuerte consenso nacional sobre política exterior, que incluye la asistencia para el desarrollo y el trabajo por la paz. Política esta que se basa en un espíritu de solidaridad y en una perspectiva a largo plazo, y que ha sido mantenida por sucesivos gobiernos noruegos. Además, Noruega tiene el reconocimiento internacional sobre su neutralidad por lo que sus esfuerzos de paz y reconciliación se consideran sinceros, ya que no están motivados por el interés político o económico⁵. Cuenta además Noruega con un Centro de Resolución de Conflictos (Norwegian Centre for Conflict Resolution), cuyo objeto es prevenir, mitigar y resolver conflictos armados con la diplomacia informal y el soporte a esfuerzos de mediación⁶. Incluso del 1% de su PIB para la ayuda oficial para el desarrollo se incluyen fondos para estos asegurar la paz. Asimismo, existe el círculo de Mujeres Mediadoras Nórdicas (NWN) (Nordic Women Mediators (NWM), en colaboración con otros países de la región⁷ y el Instituto de Oslo para la Investigación de la Paz (PRIO) (The Peace Research Institute Oslo⁸). Y el más destacable es el Comité Noruego del Nobel, encargado de elegir la persona u organización ganadora del Nobel de la Paz. Por lo que forma en que Noruega gana relevancia internacionalmente al impulsar su papel como mediador en conflictos se le considera la “diplomacia de la paz”. Aparte de ello, en esta misma línea se encuentran el resto de países de la región nórdica, cuya cooperación es estrecha a través de organizaciones como el Consejo Nórdico, que les permite crear estrategias comunes de mediación y resolución pacífica de conflictos, que ciertamente caracteriza su acción exterior⁹.

Ahora bien, sobre las motivaciones sobre la nueva propuesta de la Unión Europea para un diálogo en Venezuela, Luis Angarita, experto en asuntos internacionales de la Universidad Central de Venezuela, la valora como una declaración “importante” de cara a la inminente elección de un nuevo poder electoral y la realización de elecciones locales. Y opina que “la UE es consecuente en plantear una salida negociada para un proceso electoral que incluya a todos los actores, que se respete la diversidad política. Es una declaración importante, porque esboza lo que va a ser la política exterior de la Unión Europea para 2021”. Beatriz De Majo, estudiosa de temas internacionales, comenta cuán difícil es para la

⁵ Javier Fabra Mata, experto en mediación de paz de Noruega (<https://noref.no/Publications/Themes/Peacebuilding-and-mediation/Measuring-the-effectiveness-of-Norwegian-peace-facilitation>)

⁶ NOREF

⁷ Nordic Women Mediators (NWM) - PRIO

⁸ About PRIO - PRIO

⁹ <https://www.norden.org/en/nordic-council>

Unión Europea expresar un consenso en cuanto al reconocimiento de Guaidó como presidente interino. “No es posible, porque es prácticamente imposible poner de acuerdo en ese tema en particular a sus 27 países miembros”. Pero juzga que la opinión del Consejo Europeo es “verdaderamente buena” para los objetivos políticos de la oposición venezolana, a pesar de la diatriba sobre cómo este Consejo identifica a Guaidó en sus comunicados. Y, Félix Arellano, profesor universitario y articulista sobre asuntos internacionales, opina que el documento de la Unión Europea, elaborado a nivel de ministros, demuestra que el caso venezolano está en la agenda de los países de ese continente y pone en evidencia “la situación compleja” que vive la nación. Y, que “No es el punto central de la discusión si el líder es ‘a’ o el líder es ‘b’, sino que “lo fundamental es la coordinación de la oposición con un liderazgo”. Además, afirma, que “podiera irse perdiendo la importancia en el caso venezolano por la complejidad de la agenda y si nuestra oposición no trabaja coordinadamente”¹⁰.

Por su parte, la Conferencia Episcopal Venezolana, a través de su presidente Monseñor José Luis Azuaje, al descalificar el supuesto dialogo entre el gobierno y con algunos partidos políticos de la oposición, llamado “diálogo de la mesita”, por alejarse de la búsqueda de la unidad para consolidar una fuerza que resuelva la crisis política, recordó que la suspensión del diálogo con mediación del Reino de Noruega, “resquebrajó todo lo que se había logrado como era sentar en una mesa a representantes de la oposición y el gobierno”; y ratificó la posición de la Iglesia respecto a que todo diálogo debe llevar a un proceso electoral¹¹.

Igualmente, la Conferencia Episcopal Venezolana, durante la instalación de su CXV Asamblea Ordinaria Plenaria, por intermedio de su presidente, Monseñor José Luis Azuaje, en fecha 7 de enero de 2021, manifestó que, “a pesar de los malos ejemplos, se debe mirar el futuro aspirando a otros comportamientos y formas de hacer política”, porque, “la rehabilitación de la política pasa por fundamentarla en el amor”. “Este”, agregó, “no solo se expresa en relaciones íntimas y cercanas sino también en las relaciones sociales económicas y políticas, lo que implica el desprendimiento del individualismo y la apertura a todos desde un amor social que integre y reúna”. En esa misma Asamblea Plenaria, Monseñor Aldo Giordano, Nuncio Apostólico en Venezuela, indicó que, “si se vuelve a encontrar el valor y la humildad de decir, en voz alta, que el tiempo de crisis es propicio para fortalecer el espíritu, mantendremos la confianza íntima de que las cosas van a cambiar y surge siempre una esperanza”¹². Y, la referida Conferencia Episcopal,

¹⁰ ¿Cómo es percibida propuesta de la UE para un diálogo en Venezuela? | Informe21.com

¹¹ <https://globovision.com/article/conferencia-episcopal-venezolana-se-desmarca-del-nuevo-dialogo>

¹² Presidente de CEV: “Nada se logrará si el pueblo no toma consciencia” (talcauldigital.com)

en su Exhortación Pastoral “Ante la Gravísima Situación del País”, de la clausura de la mencionada Asamblea Plenaria, de fecha 11 de enero de 2021¹³, expreso:

“Acompañando e interpretando el sentimiento de la mayoría de los venezolanos, volvemos a insistir que el país necesita un cambio radical en la conducción política, lo cual requiere por parte del Gobierno, la suficiente entereza, racionalidad y sentimiento de amor al país para detener este mar de sufrimiento del pueblo venezolano; y la urgente disposición a fin de encontrar el camino legal y pacífico más expedito, que facilite una transición democrática y nos lleve cuanto antes a unas elecciones Presidenciales y Parlamentarias en condición de libertad e igualdad para todos los participantes y con acompañamiento de Organismos Plurales. Somos conscientes de que estamos pidiéndole al gobierno un acto de valentía; pero esto es preciso por el bien del pueblo, especialmente de los más pobres. Así los venezolanos nos reencontraremos como hermanos y construiremos una Venezuela prospera para todos”.

“Como pastores de la Iglesia venezolana, invitamos al pueblo a mantenerse fortalecidos en Dios. Por ello invitamos al país a una JORNADA NACIONAL DE ORACIÓN Y REFLEXIÓN el día 2 de febrero de 2021, de manera que nuestras plegarias fortalezcan la fe y la esperanza y nos alcancen de Dios que podamos resolver nuestros conflictos de manera pacífica, en una sociedad donde nos reconozcamos unos a otros como hermanos”.

Motivaciones internacionales y Exhortación, anteriores, sin duda, son una invitación a un acercamiento entre gobierno y oposición por encima de sus posiciones extremas. Evidentemente, que este pronunciamientos, al igual que los de otros organizaciones internacionales y supranacionales, en el mismo orden de ideas, obligan a ponderar la teoría, praxis y ética de un proceso de negociación para un dialogo que establezca un marco de referencia para la solución de una grave crisis como la que afecta a Venezuela, dada las posiciones extremas de una u otra parte, y, por la otra, que por la presión internacional la propuesta de un dialogo podría irse abriendo paso poco a poco. Por ello, es lamentable, antes de ponderar la factibilidad de esa mediación que la Asamblea Nacional, electa en las cuestionadas elecciones de diciembre de 2020, por considerar que la actual junta directiva del CNE finalizo sus funciones con la realización del proceso de las elecciones parlamentarias del pasado 6 de diciembre, se hubiera adelantado a iniciar el nombramiento de los rectores del CNE, mediante la elección de la Comisión de Postulaciones, sin ninguna promoción para que la sociedad civil, de la manera más amplia, propusiera sus 11 candidatos para integrar dicha Comisión, de 21 miembros, para la elección de los rectores del CNE, de los cuales cinco personas no han de estar vinculadas a organizaciones con fines políticos; tres de ellos o ellas deben ser postulados por la sociedad civil, uno o una por las facultades de ciencias jurídicas y políticas de las universidades nacionales, y uno o una por el Poder Ciudadano. Ello por mandato de los artículos 295 y 296, de la Constitución. Digo que lo acordado por la Asamblea Nacional oficialista es lamentable porque

¹³ Exhortacion-Pastoral-ante-la-gravisima-situacion-del-pais-11-01-2021.pdf (conferenciaepiscopalvenezolana.com)

contribuye aún más a descalificar la intención o disposición del gobierno de Maduro de que verdaderamente busca una solución pacífica la crisis nacional, Máxime cuando, por ejemplo, la designación de un nuevo poder electoral ha de ser parte del dialogo, como lo propone la Unión Europea, que conduzca a elecciones locales, legislativas y presidenciales creíbles, inclusivas y transparentes. Y, porque, la designación no participativa determinante de la pluralidad de la sociedad civil en la conformación de la referida Comisión de Postulaciones por la Asamblea Nacional oficialista, es otra acción del gobierno de Maduro, que como lo advirtió el Consejo de Europa, reduce el espacio democrático en el país que han impedido persistentemente la resolución de la profunda crisis política en Venezuela.

II. LAS REUNIONES DE BARBADOS: REUNIONES PREPARATORIAS Y NO UNA VERDADERA MEDIACIÓN. EL DIALOGO DE “LA MESITA”: CONVERSACIONES PARA ARREGLOS POLÍTICOS ELECTORALES Y NO MEDIACIÓN ENTRE GOBIERNO Y OPOSICIÓN PARA UN DIALOGO NACIONAL

Para un análisis de este tema, es de resaltar que el Gobierno de Maduro y la oposición democrática, representada por Juan Guaidó, que no se reconocen de forma mutua, sin embargo, instalaron anteriormente de manera “permanente” una mesa de conversaciones en Barbados, con la mediación del Reino de Noruega, luego de dos rondas de reuniones en Oslo, como medio practico de un dialogo para resolver el grave conflicto institucional que ha desembocado en una crisis institucional y humanitaria y en una masiva violación de derechos fundamentales que afecta a Venezuela. Ello implica que el gobierno de Maduro reconoció la cualidad de contraparte de Juan Guaidó para un dialogo de una negociación, y que Juan Guaidó, a pesar de las denuncias de ilegitimidad del gobierno madurista, igualmente lo reconoce como contraparte, lo cual no implica jurídicamente convalidación alguna de tal ilegitimidad. Por otro lado, el gobierno-no de Maduro, tres meses después de la primera ronda de reuniones expresó, que decidió terminar las conversaciones con la oposición en protesta contra la congelación de sus intereses económicos en Estados Unidos. Y el gobierno de Guaidó, por su parte, afirmó que el gobierno de Maduro había abandonado el proceso de reuniones con excusas falaces, tras más de 40 días durante los cuales se han negado continuarlo y que por lo tanto “el mecanismo de Barbados se agotó”. Ambas partes, sin embargo, recientemente no han negado la posibilidad de un proceso de alguna negociación, como se señaló anteriormente, solo que una u otra, consideran que han de darse ciertas condiciones previas para su reinicio. Principalmente, por parte del gobierno de Maduro la suspensión de las sanciones económicas establecidas y por parte de la oposición democrática la libertad de los presos políticos, la eliminación de las inhabilitaciones políticas y el respeto de los derechos humanos. Una especie de “alto del fuego” o cese de las hostilidades.

De dichas reuniones, poco se supo sobre las reglas de las negociaciones y su metodología, pero, Gerardo Blyde, afirmó que hubo la propuesta definitiva de lograr un gobierno de transición sin Maduro y Guaidó y celebrar elecciones libres que le permitieran al país recuperar la democracia. Y, que ello se había consultado

con Guaidó, con la Asamblea Nacional y con todos los factores que lo acompañan y se convino en que salieran los dos. Es decir, ni Maduro ni Guaidó estarían en el poder para cuando se convocara el proceso electoral. Es decir, que se retirarían antes de que se pusiera en marcha el proceso electoral si se llegaba a un acuerdo. Por ejemplo, si se definía un tiempo de ocho meses, tenían que salir ocho meses antes de las presidenciales”, explicaba Blyde¹⁴. El Gobierno de Maduro y la oposición se reunieron entre finales de 2017 y principios de 2018 y en 2018, pero las negociaciones acabaron sin resultados cuando ambas partes se acusaron de romper los primeros acuerdos alcanzados y la oposición se negó a firmar un documento de acuerdos, que consideraba lesivo a sus intereses. Vale decir, que, en verdad, la opacidad y la falta de información fue una característica de las reuniones de Barbados.

La Mesa de Dialogo Nacional de septiembre de 2019¹⁵, conformada por una delegación del Gobierno Nacional y representantes de los partidos políticos MAS, Avanzada Progresista, Soluciones y Cambiemos, tendría por objeto, acuerdos sobre el balance y el equilibrio entre los poderes constituidos y constituyente, el mecanismo de normalización institucional, el conflicto entre poderes y la superación del desacato de la Asamblea Nacional y el acuerdo que incluirá todos los procesos electorales que se deberán realizar en un clima de convivencia, garantías electorales amplias y normalidad política y acuerdos electorales y económicos. Sobre este Dialogo, llamado “dialogo de la mesita, desde su inicio podía suponerse que no sería una solución al conflicto institucional, sino el de un arreglo entre el gobierno y los sectores de la oposición que habían manifestado que participarían en las elecciones parlamentarias de diciembre de 2020. En verdad, esta reunión sirvió para polarizar aún más el país y dividir la oposición. Y mucho menos sus acuerdos electorales condujeron a una solución pacífica del conflicto político, sino que lo agravaron, hasta el punto que la elección de la nueva Asamblea Oficialista ha recrudecido la persecución contra el resto de la oposición y hasta el externo que opositores electos en dicha Asamblea han asumido el papel de sus verdugos por delegación del gobierno de Maduro, en contra de Juan Guaidó y de su gobierno interino, del cual, incluso, esos diputados formaron parte hasta enero del 2020. Por otra parte, incluso sectores afines del gobierno de Maduro, como los del PCV, calificaron de farsa tales reuniones, denunciando que era “un pacto de élites, entre dos factores, que de forma falsa pretenden polarizar en la política venezolana”, puesto que “desde el gobierno y desde la llamada mesita de la oposición, pretenden mostrar una falsa polarización entre dos factores que están negociando y repartiéndose los espacios de poder en Venezuela”, y, que, “los venezolanos estamos hastiados de conflictos entre cúpulas, que al final no representan los intereses, las demandas y los padecimientos del pueblo trabajador de la ciudad y el campo”¹⁶.

¹⁴ Los 7 puntos que explican por qué Maduro rompieron las negociaciones con Guaidó | AL navío -Noticias de ida y vuelta- (alnavio.es)

¹⁵ Venezuela: Mesa Nacional de Diálogo (voltairenet.org)

¹⁶ El gobierno y la llamada mesita de la oposición pretenden mostrar falsa polarización entre ellos (aporrea.org)

Por otro lado, el sesgo parcializado geopolíticamente de esta Mesita, lo evidencia la participación del canciller ruso, Sergei Lavron, en su reunión del 7 de febrero de 2020, quien afirmó que “las fuerzas radicales de la oposición, (...), por lo que se puede apreciar, está más preocupada por sus ambiciones que por el futuro de su país y de su pueblo”. Y que consideraba tal Mesita parte de “la línea política independiente que su país está aplicando en la arena internacional”. Al igual que recordó que, “el presidente de la Federación de Rusia, Vladímir Putin, al reunirse con el presidente de Venezuela, Nicolás Maduro el 25 de septiembre de 2019, subrayó que cualquier rechazo al diálogo era considerado por la parte rusa irracional, dañino para el país y amenazante para la prosperidad de los habitantes de Venezuela”¹⁷. Evidentemente, que Rusia carece de la neutralidad necesaria para servir de mediador en un verdadero dialogo de solución de la crisis venezolana. Aparte de lo negativo de su resultado, no hubo mediación alguna sino intermediación por representantes del partido del gobierno de Maduro y de los partidos del sector opositor que habían decidido ir a dichas elecciones, algunos de los cuales cuyas directivas habían sido designadas por la Sala Constitucional del TSJ a los cuales se les asignó las tarjetas electorales reconocidas por el CNE. Pero, evidentemente que la mesita de dialogo fue dañina para la imagen de un verdadero diálogo para solucionar pacíficamente la crisis venezolana.

III. LA REALIDAD POLÍTICA POSTERIOR A LAS REUNIONES DE BARBADOS. EL CONFLICTO INSTITUCIONAL Y LA CRISIS HUMANITARIA

Ahora bien, desde la finalización de las reuniones de Barbados evidentemente que la realidad política ha cambiado. En efecto, en enero de 2020 el chavismo y una parte de la oposición eligieron una Junta Directiva de la Asamblea Nacional y como nuevo presidente de la Asamblea Nacional al diputado Luis Parra, que fue reconocida por el gobierno de Maduro y el Tribunal Supremo de Justicia como la Asamblea Nacional legítima. Mientras que, por otra parte, la mayoría de los diputados de la oposición reeligieron a Juan Guaidó como presidente de la Asamblea Nacional para el periodo 2020, desconociendo la directiva que eligió a Luis Parra. Asimismo, la elección parlamentaria de diciembre de 2020 no resolvió el conflicto institucional y la falta de equilibrio entre los poderes públicos, ni ha representado una reinstitucionalización del Estado democrático de Derecho. La Asamblea Nacional Constituyente (ANC), cesó sus funciones en diciembre de 2020 luego de asegurar una mayoría de chavistas en la Asamblea Nacional electa el 6 de diciembre que la comunidad internacional y el grueso de la oposición no reconoce. Y concluyó su funcionamiento sin dictar una nueva Constitución, pero elaboró leyes para constitucionales contra el orden democrático. La Asamblea Nacional legítima elegida en el 2015 terminó su periodo en diciembre de 2020, pero aprobó su «continuidad constitucional» al sancionar el 26 de diciembre del 2020 la reforma al Estatuto de Transición, que establece que el parlamento presidido por Juan Guaidó se mantiene en ejercicio hasta el 5 de enero de 2022, o hasta

¹⁷ <https://www.voltairenet.org/article209262.html>

conseguir elecciones libres¹⁸. Y de inmediato, el 30 de diciembre del 2020 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 0274-2020, sin proceso alguno, anuló la reforma aprobada por el Parlamento de mayoría opositora para extender su período tras desconocer las elecciones legislativas¹⁹. Aparte de lo anterior, el régimen de Maduro estableció Protectorados para los estados Táchira, Mérida, Anzoátegui y Nueva Esparta, cuyos gobernadores son de oposición, en contra del modelo de estado federal descentralizado que la Constitución consagra en su artículo 3º y en contra de la autonomía de los estados que establece su artículo 159.

Por otro lado, Maduro, después de las elecciones de diciembre de 2020 aseguró que está dispuesto a entablar lazos con el presidente electo de Estados Unidos con quien prevé una alianza y aseguró que busca entablar conversaciones con la oposición venezolana y que esperaba que se abran posibilidades de comunicación y de diálogo de Venezuela con Estados Unidos²⁰. E hizo una propuesta de una mesa de paz²¹. Juan Guaidó, ante ese nuevo diálogo para el país manifestó que está dispuesto a hablar con el Gobierno de Nicolás Maduro si este deja de ser usurpador de la Presidencia y se convocan «elecciones libres»²². Y, con anterioridad, el Gobierno de Estados Unidos dijo que levantaría todas las sanciones impuestas al Gobierno de Venezuela si Nicolás Maduro y Juan Guaidó se hacen a un lado y permiten que se conforme un gobierno de transición nombrado por parlamentarios del oficialismo y la oposición²³. Maduro, por su parte, dijo que habrá elecciones regionales libres a cambio de seguir hasta 2025²⁴, lo que se puede considerar como un chantaje.

Una vez asumido el nuevo gobierno en Estados Unidos, después dos años después de romper relaciones diplomáticas con Estados Unidos, Maduro afirmó que estaba “dispuesto a “pasar la página” y establecer “un nuevo camino” con el gobierno de Joe Biden, sobre la base del respeto mutuo, el diálogo, la comunicación y el entendimiento”. Y, por su parte, el vocero del Departamento de Estado, Ned Price, declaró que el presidente de Estados Unidos no reconoce al chavista como mandatario de Venezuela y lo calificó de “dictador; y que el gobierno de Joe Biden no espera

¹⁸ <https://www.elnacional.com/venezuela/an-aprobo-modificacion-del-estatuto-de-la-transicion/>

¹⁹ TSJ declara nula reforma al Estatuto de Transición aprobada por la AN (talcauldigital.com)

²⁰ Maduro cierra filas con Biden; propone diálogo | Excelsior (excelsior.com.mx)

²¹ Gobierno de Maduro propone 5 puntos para impulsar un diálogo con la oposición en Venezuela | Video | CNN

²² <https://www.teleradioamerica.com/2019/01/juan-guaido-dice-esta-dispuesto-a-dialogo-si-su-usurpador-deja>

²³ Sin Maduro y sin Guaidó: Pompeo revela nuevo plan de transición de Gobierno para Venezuela | CNN

²⁴ Maduro ofrecerá elecciones regionales libres a cambio de seguir hasta 2025 (abc.es)

tener contacto “en el corto plazo” con el mandatario de Venezuela, Nicolás Maduro. Sin embargo, Estados Unidos autorizó algunas transacciones con el gobierno de Venezuela para operar con puertos y aeropuertos en ese país sudamericano, marcando un cambio de política de la administración de Biden con respecto a la de Donald Trump. En efecto, el Departamento del Tesoro emitió la licencia 30A, que permite tratar con el Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos (INEA) de Venezuela, o cualquier entidad que ésta posea, para posibilitar la operativa portuaria y aeroportuaria ordinaria, algo prohibido en agosto de 2019 por el gobierno de Trump. Pero, la nueva licencia no autoriza, sin embargo, ninguna transacción o actividad relacionada con la exportación o reexportación de diluyentes, claves para que Venezuela pueda procesar su pesado crudo, así como ninguna transacción con personas o entidades objeto de sanciones del gobierno estadounidense²⁵. Sin embargo, la licencia mencionada puede rebajar los niveles altos de tensión en beneficio de un acercamiento progresivo hacia los Estados Unidos, porque representa un moderado cambio de la política de este país con el gobierno de Maduro. Por ejemplo, es posible que el gobierno americano por cuanto autorizo operaciones ordinarias, que a la aerolínea estatal venezolana y otras aerolíneas internacionales vuelvan a operar en Venezuela.

Aparte del conflicto político e institucional por la falta de vigencia de la Constitución, por el vacío de poder y la violación masiva de derechos humanos, la crisis social venezolana adquiere niveles de crisis humanitaria. Sobre la situación de Venezuela, la Conferencia Episcopal de Venezuela, en su Exhortación Pastoral “Ante la Gravísima Situación del País”, de la clausura de la mencionada Asamblea Plenaria, de fecha 11 de enero de 2021, mencionada anteriormente, señaló:

“Sufrimos en nuestro país las nefastas consecuencias de un modelo económico, impuesto por un régimen y una ideología de corte comunista que nos ha empobrecido a todos, especialmente a los más débiles. Y, por otro lado, vemos a un grupo minoritario de venezolanos que se va enriqueciendo en detrimento de la mayoría de la población. Padecemos los desastres de un mal llamado “Plan de la Patria”, que pretende imponer leyes para ir creando el estado comunal. El mismo está dirigido por personas que no asumen la responsabilidad y la ética que emanan de ser gobierno, que debe promover el desarrollo, el progreso y bienestar de todos los ciudadanos, y a no propiciar calamidades y ruina a la nación”.

“Además, es notorio cómo se ha deteriorado la calidad de vida, educación, salud, y servicios básicos; padecemos una inflación indetenible y una devaluación que ha empobrecido a toda la población. Todo esto ha llevado al aumento de la migración forzada, que, en vez de ser protegida, es objeto de vejación por los agentes policiales y militares a lo largo del camino. Esta migración es la prueba más evidente del gran fracaso de las políticas públicas (económicas y sociales) ejecutadas por el Gobierno”.

²⁵ ([tps://www.infobae.com/america/eeuu/2021/02/03/el-gobierno-de-joe-biden-no-espera-tener-contacto-directo-en-el-corto-plazo-con-el-regimen-de-nicolas-maduro/?outputType=amp-type](https://www.infobae.com/america/eeuu/2021/02/03/el-gobierno-de-joe-biden-no-espera-tener-contacto-directo-en-el-corto-plazo-con-el-regimen-de-nicolas-maduro/?outputType=amp-type)). (<https://www.elnacional.com/venezuela/el-tesoro-de-estados-unidos-autoriza-operaciones-para-puertos-y-aer>).

“Los informes de la Alta Comisionada de la ONU, para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, en junio de 2019, de la Misión especial de la ONU, investigadora de este tema, emitidos el 15 de septiembre de 2020, y el informe de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional de La Haya, el 14 de diciembre de 2020, están basados en un gran número de expedientes de torturas y asesinatos que señalan crímenes presuntamente cometidos por funcionarios del actual gobierno”.

Como se indicó, la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, la Misión Internacional Independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, la Fiscalía ante la Corte Penal Internacional y Expertos Independientes de la OEA, reiteraron la existencia de graves violaciones a los derechos humanos y la persecución política con 2.182 personas que han sido detenidas por motivos políticos en Venezuela y con 354 presos políticos al inicio de este año, 13 de ellos indígenas²⁶; y advirtieron la comisión de supuestos de crímenes de lesa humanidad por autoridades del gobierno de Maduro. Asimismo, la Agencia para los Refugiados de la ONU ha considerado que la mayoría de los venezolanos que huyen de Venezuela necesitan protección internacional como refugiados, dado el deterioro de la situación política, económica, de derechos humanos y humanitaria en su país. Y en un comunicado, el Alto comisionado de la ONU para los refugiados (ACNUR) informó que al menos 3.7 millones de venezolanos han huido de su país en años recientes y que “dado el agravamiento de la situación política, económica, de derechos humanos y humanitaria” en Venezuela, la ONU “considera ahora que la mayoría de esas personas tienen necesidad de la protección que brinda el estatus de refugiados internacionales”²⁷. A lo cual se agrega denuncia de la ONU que la militarización de las fronteras en Latinoamérica puede producir graves violaciones de los derechos humanos de los ciudadanos venezolanos que huyen de la crisis que atraviesa su país. En este sentido, el relator especial para derechos de los migrantes, Diego Portales calificó la militarización de las fronteras de varios países suramericanos como el episodio más reciente de una serie de medidas contradictorias e improvisadas de política migratoria²⁸.

Igualmente, la Relatora Especial de la ONU sobre el derecho a la alimentación pidió levantar inmediatamente las sanciones contra Venezuela para prevenir que los países que hoy hacen frente a la pandemia del COVID-19 sufran crisis alimentarias²⁹. La FAO, en su Informe mundial sobre la crisis alimentaria 2019, difundido por la agencia de Naciones Unidas, ha señalado que, en Venezuela, la

²⁶ Venezuela inicia el nuevo año con 354 presos políticos señalados por conspiración contra el régimen de Nicolás Maduro – Infobae.

²⁷ La ONU dice que los venezolanos que huyen deben ser considerados refugiados | El Nuevo Herald.

²⁸ Militarización de fronteras agravaría situación de migrantes venezolanos – Vene-press.

²⁹ Relatora de la ONU pide eliminar las sanciones económicas contra Venezuela | Panorama (ridh.org)

subalimentación se cuadruplicó, al pasar del 6,4 % al 21,2 %, debido a la desaceleración económica experimentada. Finalmente, según la Encuesta de Condiciones de Vida (Encovi) 2019-2020, se reveló que 79,3% de los venezolanos se encuentra en pobreza extrema, es decir, más de 22 millones de personas, y que 96,2% son pobres de ingreso³⁰.

A toda la realidad anterior se agrega la gran corrupción sistémica y persistente que coloca al país entre los cinco países más corruptos del mundo y el más corrupto de América Latina y que determina debilitamiento de la democracia como lo indica la ONG Transparencia Internacional. En este orden de ideas, esta organización señala que el abuso de poder, la opacidad, el despilfarro y la desviación de los recursos públicos que debieron destinarse a la inversión y el mantenimiento, en sectores prioritarios como salud, agua, electricidad, alimentación, transporte, gas doméstico y combustible, ampliaron la brecha de pobreza y las desigualdades³¹. En concreto, como lo asienta Amnistía Internacional, Venezuela atraviesa por una grave crisis de masivas violaciones de derechos humanos, que se evidencia en la pérdida de calidad de vida, la falta de acceso a los derechos a la alimentación adecuada y a la salud, en la inseguridad jurídica y personal, así como en la violencia institucional y la represión a la protesta, lo cual este panorama los flujos de migración hacia otros países se han incrementado substancialmente a casi 7 millones de venezolanos³².

Por otra parte, el sistema de justicia es cada vez menos autónomo y el poder judicial, y principalmente, el Tribunal Supremo de Justicia, elegido por la Asamblea Nacional oficialista en diciembre de 2015, es parte de la política de persecución de sectores políticos y disidentes y, cuya independencia es socavada y su incapacidad para controlar el espacio de poder y para velar por el respeto de los derechos humanos, son reconocidas según el Informe de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU del 15 de julio de 2020; así como el carácter político de la mayoría de sus decisiones desde el 2015, con 127 sentencias que invalida las competencias de la Asamblea Nacional democrática.

No cabe duda, pues, dada la realidad descrita anteriormente, que Venezuela está en un verdadero estado de necesidad y de emergencia humanitaria y en un estado de ausencia de la institucionalidad de un estado democrático de derecho, debido fundamentalmente al conflicto político entre gobierno y oposición que motiva no solo sentimientos patrióticos, sino también principios éticos que llevan a la discusión sobre la teoría y la praxis de la mediación para un proceso de transición inclusivo, participativo y democrático como solución a tan grave y dramática crisis. Donde ciertamente la reinstitucionalización del Estado constitucional es presupuesto y factor determinante.

³⁰ Encovi 2019-2020: 79,3% de los venezolanos están en pobreza extrema - El Pitazo

³¹ Transparency.org-Américas: el debilitamiento de la democracia y el... Transparencia Venezuela: Erradicar la corrupción es clave para garantizar los derechos humanos de los venezolanos - Civilis Derechos Humanos (civilisac.org)

³² Crisis de derechos humanos en Venezuela (amnesty.org)

Mi intención es este artículo es reflexionar sobre la mediación para una negociación de resolución de un conflicto político que ha conllevado a una crisis humanitaria de gran complejidad, que repercute a nivel regional e internacional. Si algo sirven estas reflexiones para motivar un proceso de diálogo serio, sensato y ético, habría cumplido con un deber ciudadano y con el deber moral patriótico de contribuir con la solución de los males de nuestra sociedad. En consecuencia, con el principio del dialogo social y de fraternidad del humanismo cristiano que guía mi pensamiento.

IV. LA ÉTICA EN LA MEDIACIÓN Y LA ÉTICA DE LA MEDIACIÓN

En este orden de ideas, desde el punto de vista ético, este planteamiento se orienta bajo la concepción del dialogo y amistad social, desarrollada en la Encíclica Fratelli Tutti (Sobre la Fraternidad y la Amistad Sociales), del Papa Francisco, del 3 de octubre del 2020, entre las posiciones que pretenden evadir una realidad critica refugiándose en posiciones propias y la violencia destructiva o entre la indiferencia egoísta y la protesta violenta. Es decir, según el mismo Pontífice, en esta realidad siempre hay una opción posible: el diálogo, no como “un febril intercambio de opiniones en las redes sociales, muchas veces orientado por información mediática, que no es siempre confiable”. Y que sólo “son monólogos que proceden paralelos, quizás imponiéndose a la atención de los demás por sus tonos altos o agresivos”. Esta tesis sostiene, que “La resonante difusión de hechos y reclamos en los medios, en realidad suele cerrar las posibilidades del diálogo, porque permite que cada uno mantenga intocables y sin matices sus ideas, intereses y opciones con la excusa de los errores ajenos”. “Prima la costumbre”, según esta tesis, “de descalificar rápidamente al adversario, aplicándole epítetos humillantes, en lugar de enfrentar un diálogo abierto y respetuoso, donde se busque alcanzar una síntesis superadora”. Y, que “lo peor es que este lenguaje, habitual en el contexto mediático de una campaña política, se ha generalizado de tal manera que todos lo utilizan cotidianamente”. Por lo que, “El debate frecuentemente es manoseado por determinados intereses que tienen mayor poder, procurando deshonestamente inclinar la opinión pública a su favor”. Y, por ello el Papa Francisco advierte, que, “No me refiero solamente al gobierno de turno, ya que este poder manipulador puede ser económico, político, mediático, religioso o de cualquier género”. “A veces se lo justifica o excusa”, según el Pontífice, “cuando su dinámica responde a los propios intereses económicos o ideológicos, pero tarde o temprano se vuelve en contra de esos mismos intereses”. Al igual que, “La falta de diálogo implica que ninguno, en los distintos sectores, está preocupado por el bien común, sino por la adquisición de los beneficios que otorga el poder, o en el mejor de los casos, por imponer su forma de pensar”. Y concluye, el Papa Francisco, “Así las conversaciones se convertirán en meras negociaciones para que cada uno pueda rasguñar todo el poder y los mayores beneficios posibles, no en una búsqueda conjunta que genere bien común. Los héroes del futuro serán los que sepan romper esa lógica enfermiza y decidan sostener con respeto una palabra cargada de verdad, más allá de las conveniencias personales. Dios quiera que esos

héroes se estén gestando silenciosamente en el corazón de nuestra sociedad”. (Nos. 198-202)³³.

Un aspecto no solo ético sino de la praxis de la mediación, son las reglas generales de la preparación del encuentro y posteriores reuniones, entre gobierno y oposición, que no son propiamente la negociación, sino una fase previa de verificación de la intención de las partes de si en verdad existe la voluntad de resolver el conflicto mediante un diálogo para una negociación y sobre qué se quiere con la negociación y acerca de lo que las partes están dispuestas a llegar a acuerdos y cuáles son las alternativas posibles. Igualmente, la existencia de las reglas generales sobre las operaciones del proceso de medición y de negociación ayudan a la confianza para un dialogo honesto, por ejemplo, sobre como quiénes pueden ser los negociadores por las partes, donde tendrían lugar, el plazo, las propuestas de las partes para una negociación y sobre cómo resolver los impases que puedan surgir y los medios de legitimación de los acuerdos por la voluntad popular³⁴.

Tesis que se basa en la idea de una mejor política, donde el Santo Padre hace una llamada hacia un orden social y político cuya alma sea la caridad social, Es decir, una política con visión amplia, que lleve adelante un replanteamiento integral de las relaciones y promueva un diálogo interdisciplinario sobre los diversos aspectos de la crisis. Y que se funda en el derecho y en el diálogo leal. Esta visión ética del dialogo se basa también en las renunciias que hagan posible el encuentro, saber escuchar el punto de vista del otro y facilitar que todos tengan un espacio en condiciones de igualdad. El Papa Francisco resume en cinco puntos en qué consiste una buena política del dialogo político: Que trabaje por grandes principios y apueste por un servicio al bien común a largo plazo. Que no busque únicamente garantizarse los votos. Que fomente cauces de encuentro, escuchar el punto de vista del otro facilitando que todos tengan un espacio. Que promueva una economía integrada en un proyecto social, cultural y popular que favorezca la diversidad productiva y la creatividad empresarial. Y, que tenga una visión amplia para llevar adelante un cambio integral³⁵. En ese orden de ideas, ante el planteamiento de Fedecámaras de no satanizar el dialogo, la negociación, y el encuentro ante una realidad comparable con la de una nación en guerra y una hiperinflación que en 2020 alcanzó 3.713%³⁶; si bien ello es verdad, para no satanizarlo hay que moralizarlo, comenzando por el gobierno de Maduro.

³³ Fratelli Tutti (3 de octubre de 2020) | Francisco (vatican.va)

³⁴ Puede ser una referencia sobre este punto, el trabajo “Conflicto y Negociación. Proceso de Negociación” (<https://cursoconflictoynegociacion.weebly.com/el-proce-so-de-negociacioacuten.html>)

³⁵ La llamada de Papa Francisco para construir un orden social y político cuya alma sea la caridad social (La llamada de Papa Francisco para construir un orden social y político cuya alma sea la caridad social - Iglesia Española - COPE).

³⁶ Fedecámaras: Seguir satanizando el diálogo y la negociación es un grave error - El Venezolano News.

Un aspecto, sin duda, es que no se da importancia las prácticas de moral y ética generadoras de violencia y violación a la dignidad, al respeto, a la vida y al honor del hombre, O, se tratan sin interés, o, acaso, son parte de una doble moral. Un aspecto es la transparencia que deben tener los procesos de diálogos políticos y otros el de la credibilidad de los intermediarios y la neutralidad de los mediadores. De allí que la práctica de moral social y de ética de la credibilidad y transparencia legitiman sus gestiones, por lo que, según lo dice Mariano Sierra, “no son virtudes imaginarias para la disertación o el discurso retórico”³⁷. En este contexto, hay que tener claro la distinción que formula la profesora Palma Román Marugán, de la Universidad Complutense de Madrid, entre, el facilitador, que es aquel cuya misión consiste en crear las condiciones para que las partes obtengan acuerdos a su ritmo. El formulador, que es aquel encargado de idear algunas soluciones, con el diagnóstico de causas y la previsión de consecuencias que sirva de impulso para favorecer el pronto y más eficaz desarrollo del proceso, ante una posición inmóvil de las partes. Y, el manipulador, que es un mediador muy intervencionista, incluso coercitivo, que aprovecha su posición política para ejercer presión en el sentido de sus intereses³⁸. Pienso, bajo mi responsabilidad, que el fracaso de las iniciativas de dialogo entre el gobierno de Maduro y la oposición ha carecido de verdaderos facilitadores y formuladores y que en algunos casos por la presencia determinantes de manipuladores nacionales e internacionales.

Me permito citar, por lo acertado, las conclusiones a las que llega la citada profesora Paloma Román Marugán, de la Universidad Complutense de Madrid, sobre la mediación política, quien textualmente concluye:

“Los conflictos profundamente arraigados reclaman una solución política como meta del mejor acuerdo. Frente a la derrota o a la solución militar, la salida política apuesta por un acuerdo negociado en el que consientan las partes. Esta sería la máxima propia de la mediación, pero en el ámbito político, se presentan una serie de especificidades que es necesario subrayar para comprender mejor estos procesos.

a) En primer lugar, hay que mencionar que la mediación política se sustenta en la negociación; de ahí el empeño en mencionar la expresión equipo de mediación/negociación. Si para el ejercicio de cualquier rama de la mediación, conviene tener formación y experiencia negociadora, en el ámbito político es un requisito imprescindible. Si la mediación opta como camino central de su actuación por facilitar un acuerdo emanado de las partes, en el ámbito político, el equipo ha de formular todos los escenarios posibles, enunciar posibilidades -siempre negociadas-, guiar el proceso a través de la negociación, y del mismo modo, vigilar el seguimiento de los acuerdos.

³⁷ “La moral social y la ética como medición social y política” (La moral social y la ética como medición social y política (alainet.org)).

³⁸ “La mediación política: concepto, procesos y problemáticas”, Paloma Román Marugán Universidad Complutense de Madrid, (ps://www.researchgate.net/publication/236123351_La_mediacion_politica_concepto_procesos_y_problematicas).

b) Tal y como ya se señaló, frente a la imparcialidad de terceros a ultranza de cualquier proceso de mediación, en el caso de la búsqueda de soluciones políticas, cabe la posibilidad, siendo muchas veces un muy buen recurso, solicitar el concurso de mediadores internos al proceso por su profundo conocimiento de un conflicto profundamente arraigado.

c) Otra especificidad de la mediación en el ámbito político es la variedad de posibilidades de perfiles dentro de estos intervinientes (facilitador, formulador, manipulador), que bien pueden coincidir o no, en la misma persona, frente a una posición más homogénea de otros ámbitos de la mediación. Esto pone de manifiesto, el entramado complejo con el que se trabaja en estos escenarios.

d) Otra de las peculiaridades que hay que reseñar es la problemática existente en torno a la cuestión de la asimetría. Ya se ha comentado que suele ser una presencia habitual en los procesos de mediación; pero en el ámbito político puede ser un factor de riesgo, además de ser muchas veces imposible de esquivar, precisamente por los intereses que mueve no sólo de las partes, sino también de terceros (observadores, donantes o “partidarios”) donde se encuentran objetivos geopolíticos con peso suficiente para inclinar la balanza más sobre los propios que sobre los de las partes en conflicto.

e) Y sin duda, y ya se señaló, una de las especificidades más duras, son los dilemas morales, a que se puede, y debe enfrentar un equipo de mediación/negociación en el ámbito político: es la referencia al establecimiento de prioridades, sobre todo al inicio para poder conseguir un cese de la violencia, a costa del sacrificio del cumplimiento de las normas, así como establecer contactos y además propiciarlos después con la parte contraria, de personas que llevan sobre sus espaldas no haber respetado los derechos humanos básicos, dando con esta acción un reconocimiento que las víctimas entienden como insoportable. La mediación política es una forma racional y razonable de acabar conflictos profundamente arraigados; pero es simplemente una extensión de la actividad regulatoria del conflicto que viene ejercitando la política desde hace siglos. Pero la complejidad de aquellos y la interdependencia del mundo globalizado hacen preciso que se mejore y se perfeccionen aquellas prácticas, a través de la experiencia, pero también de la reflexión académica, que puede ayudar a completar lagunas y depurar otra línea de investigación tanto básica como aplicada en las ciencias sociales⁷.

La tesis, en síntesis, que postulo como teoría, desde un punto de vista ético, es la del diálogo abierto y respetuoso, donde se busque alcanzar una síntesis superadora, donde no deben privar los propios intereses económicos o ideológicos, por lo que no han de ser meras conversaciones, sino bajo una palabra cargada de verdad, más allá de las conveniencias personales. Es concreto, la tesis de la ética en la mediación y ética de la mediación en la cual son determinantes la transparencia, la veracidad de la información y la negociación al amparo de la ley, es decir,

sin comprometer principios básicos del bien común, irrenunciabilidad de los derechos humanos y la equidad³⁹. Asimismo, el grado de confianza de los mediadores. En este orden de ideas, la Iglesia aparece como un espacio para el diálogo y el encuentro, puesto que sigue siendo percibida por la sociedad como una organización de confianza, como lo señala el estudio realizado por los profesores Adolfo Vargas y Zaira Reverón de la Universidad Simón Bolívar, denominado “Paralelo 2003: Opiniones y Valores Políticos de los venezolanos; Presente y Futuro de Nuestra Democracia”⁴⁰. Por otra parte, sin duda, que la desunión entre los sectores de la oposición por su pluralismo dificulta un diálogo por el obstáculo de considerar la cualidad de la contra parte del gobierno a un solo sector de la oposición, al contrario del gobierno que es unitario.

V. LA MEDIACIÓN Y SU CONTENIDO. SU PROCESO INCLUSIVO. LEGITIMIDAD DE LA NEGOCIACIÓN

En mi razonamiento personal, sin comprometerme con persona u entidad alguna, la realidad antes descrita de crisis humanitaria compleja y de violación grave y masiva de derechos humanos individuales y colectivos, ante los nuevos hechos que cambiaron y agravaron la realidad política del país con posterioridad a las reuniones de Barbados; la mediación en busca de un dialogo constructivo es una opción, dentro de todas las que están sobre la mesa como incluso el presidente Juan Guaidó lo ha manifestado en varias oportunidades, por supuesto mediación que pondere como fin último la reinstitucionalización del Estado constitucional democrático. Y, sobre todo que depende de la conciencia ética de cada parte, principalmente de quienes controlen el poder. Lo cual es mucho más difícil cuando se trata de gobiernos dictatoriales o ideológicos, por lo cual resultan determinantes, la presión, primeramente, de la sociedad en favor de un dialogo leal, y, en segundo lugar, de la comunidad internacional para forzar el encuentro y preparar agendas comprometedoras para las partes.

Al igual que lo sostuve en mi artículo, “Mediación de Barbados: ¿Hacia un proceso de transición inclusivo, participativo y democrático?”, del 28 de julio de 2019, no hablo de negociación, sino de mediación. Por lo que con algunos agregados a dicho artículo me referiré por qué la mediación. Puesto que de lo que se trata es de un acercamiento procurado por gobiernos extranjeros, organismos internacionales o personalidades independientes. Como una mediación su propósito es que ambos contendientes acepten que existe una crisis que hay que resolver y que su solución depende de los dos, y además que cada uno se reconozca su cualidad o condición como parte igual aun cuando se discuta la ilegitimidad de una u otra. Por otro lado, en la mediación internacional no hay intermediarios de las partes sino mediadores neutrales, que procuran que dos contendientes se admitan como tal, y que entre ellos existe un conflicto grave y que afecta por su extensión, magnitud y polarización la comunidad nacional y mundial. Por supuesto, que

³⁹ Microsoft Word - Artículo Pompeu-Revisado (uab.cat)

⁴⁰ IGLESIA y Universidad: Espacios para el diálogo político || Analitica.com

cuando no hay igualdad entre los contendientes, como ocurre en Venezuela en donde una tiene la fuerza y las armas, los mediadores deben promover, por parte de quien tiene el poder, expresiones o manifestaciones de acercamiento y no de persecución, como, por ejemplo, indultos o amnistías o liberación de controles o de restricciones de derechos políticos. Y, por quien asume la protesta social ante tal poder, como lo es la oposición, además de su unión, posturas o posiciones de flexibilidad mediante un consenso. En pocas palabras, generar credibilidad y transparencia entre las partes para acercarlas a una negociación, que se justifique por la gravedad del conflicto y por la convicción del daño mayor que se causa si no se le buscan soluciones.

Como lo han señalado, incluso el Parlamento Europeo, y varias veces la Conferencia Episcopal de Venezuela, se trata, principalmente, de una crisis originada por la ilegitimidad de origen del Presidente y de la anterior Asamblea Nacional Constituyente, del cerco y persecución de la Asamblea Nacional democrática y de sus diputados; y por la implementación de una serie de leyes, políticas, prácticas y sentencias y de un poder judicial subordinado, que han restringido el espacio democrático, lo que ha permitido al Gobierno de Maduro cometer numerosas violaciones de los derechos humanos; y por la violación masiva de los derechos económicos y sociales, como lo han reconocido, entre otros agentes internacionales, la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, en sus Informes sobre Venezuela y la Misión Internacional Independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, la Fiscal ante la Corte Penal Internacional y Expertos Independientes de la OEA.

Y, desde otro punto de vista, no cabe duda que la magnitud de la crisis humanitaria compleja por el deterioro de la población, patentizada por la migración masiva que supera la de los países en guerra, es otro aspecto que ha impulsado a la comunidad internacional para promover la mediación entre gobierno y oposición. Y, por supuesto que ha originado una demanda ciudadana principalmente ante la crisis política-institucional y económica de grandes magnitudes. Por tanto, que el fin último, es de legitimar un posible acuerdo fruto de una negociación que no se ha iniciado. Y, por lo tanto, que se traduzca en cambios políticos por cauces jurídicos de manera que se formalicen en una modificación de la realidad presente de cuestionamientos de ilegitimidades y de violaciones a elementos fundamentales del Estado de Derecho democrático.

La relegitimación de la presidencia de la República y de la Asamblea Nacional como resultado de las elecciones de diciembre de 2020 y la continuidad de la Asamblea Nacional elegida legítimamente en el 2015, acordada por esta, es parte del fondo del problema. Aspecto este que debe ser objeto de un proceso de transición inclusivo, participativo y democrático. En el sentido, se trata de buscar formas y medios de relegitimar, constitucionalmente, la institucionalidad de la presidencia por lo que falta del período presidencial hasta 2025, por haber sido objeto de una elección adelantada, convocada ilegítimamente, con inhabilitaciones políticas, con el secuestro de partidos de oposición, con parcialización del poder electoral y sin las garantías de comicios libres y competitivos. Medio entre los cuales

la consulta o el plebiscito sobre la continuidad de uno u otro poder o la revocatoria de mandatos populares, o gobiernos de transición de integración nacional, suelen ser medios aconsejables. La disolución de la Asamblea Nacional Constituyente por su falta de convocatoria por el pueblo como depositario del poder constituyente originario ya no es un tema a discutir por el cese de sus funciones, pero sí el de las leyes preconstitucionales que dictó y los nombramientos que designó del Poder Ciudadano, al igual que el de los rectores del CNE que eligió la Sala Constitucional o de los magistrados del TSJ que efectuó la Asamblea Nacional oficialista en el 2015 al final de su mandato. Y sobre todo la construcción de un sistema de integridad electoral que garantice su igualdad, imparcialidad y competitividad, al igual que el derecho del voto en el exterior de los venezolanos migrantes. O la constitución de una Veeduría Internacional de verificación de la transparencia y veracidad de la negociación y del cumplimiento del pacto político fruto del diálogo, es otro mecanismo de la credibilidad del diálogo.

Por otra parte, cuando se habla de proceso inclusivo, más que de la representación en la negociación, se trata de la consulta amplia, de modo de contar con las diferentes opiniones. O, de proceso participativo, que se tenga en cuenta el derecho a la información de la sociedad acerca de la negociación de la transición, en los aspectos puestos sobre la mesa de discusión. Y democrático, que sea el pueblo en definitiva quien apruebe el acuerdo de transición plebiscitariamente, con las debidas garantías y con un nuevo poder electoral, que se pronuncie sobre los cambios de los poderes públicos, la designación de un gobierno con un presidente provisional, de integración nacional; de modo de restablecer la vigencia de la Constitución; para después realizar elecciones presidenciales, legislativas y locales, libres y competitivas. Este medio plebiscitario ha sido, considerado “un mínimo de estándar participativo”, que ha permitido darles a las transiciones políticas, y a los procesos constituyentes, mayor índole inclusivo y una legitimidad democrática. Es posible que esto es lo ideal o lo máximo, pero sí que son los aspectos fundamentales de la negociación, sin que algunos de ellos, salvo los derechos irrenunciables, puedan ser objeto de cesiones o renunciaciones, como si algunas posiciones de poder. Otro aspecto, son las garantías para las partes contendientes respecto de su futuro, donde ya las cuestiones de carácter penal hay que garantizarlas con el debido proceso, los beneficios procesales posibles y pertinentes según el derecho nacional e internacional. Y con sistemas de justicia sin venganza o impunidad, que permitan la conciliación y la reparación.

Un tema ciertamente difícil es el carácter de progresividad que debe tener una negociación para el inicio de un diálogo que ha de culminar en un acuerdo marco, que cuando se trata de soluciones a crisis institucionales graves ha de suponer un pacto de estado de mediano plazo, por lo menos. De allí que la inmediatez de las propuestas de los cambios políticos no es propia de la praxis exitosa de una negociación, sino que estos cambios han de ser progresivos, por lo que la seguridad jurídica de la ejecución de tal pacto, así como de sus controles, es un tema primordial a considerar por las partes y los mediadores para favorecer el resultado de la negociación. Así, por ejemplo, son cruciales para la negociación el señalamiento de las diferentes etapas de los cambios políticos y sus plazos.

Asimismo, la asistencia internacional para ayudar la progresividad de los cambios políticos es conveniente no solo para garantía del cumplimiento de los compromisos, sino fundamentalmente para la seguridad jurídica y la confianza en su ejecución. Y, finalmente, un tema clave es el régimen de transición para los cambios políticos, por lo que los gobiernos de emergencia o provisionales, de integración o de unión nacional, son pieza fundamental para la materialización de los acuerdos de los diálogos para los cambios políticos. En otras palabras, que los actores del conflicto han de tener la disposición de ceder sus posiciones para permitir el régimen de transición de los cambios políticos.

La experiencia ha demostrado que los procesos de transición exitosos, principalmente de un cambio de régimen a otro distinto, han sido los que son aceptados como legítimos por los sectores políticos y la ciudadanía, mediante los cauces jurídicos de la institucionalidad vigente, como los casos de España, Chile y Túnez, por citar algunos; porque por su índole inclusiva, participativa y democrática, permitieron conjugar los factores políticos con las instituciones jurídicas, con un amplio apoyo popular⁴¹. En ese orden de ideas, sería aconsejable una encuesta previa sobre el apoyo que tendría un proceso de diálogo sobre la oposición y el gobierno. Asimismo, la comunidad internacional está consciente que un proceso político de transición exitoso requiere que todos los sectores e instituciones relevantes de la sociedad participen de manera activa en sus distintas etapas, lo que dota de legitimidad al proceso y sienta las bases para una futura adhesión a la nueva institucionalidad constitucional⁴². Y, por supuesto, en ese compromiso, las Fuerzas Armadas han de ser uno de los comprometidos.

VI. CONCLUSIÓN FINAL REFLEXIVA PERSONAL

Estoy consciente, que este tema de la mediación, por sí solo, genera prejuicios y controversia; en parte por la índole agresiva y persecutoria del gobierno de Nicolás Maduro. Sobre la cual hay diferentes visiones, lo cual es natural, cuando una parte no genera confianza o credibilidad. Ello es propio de la opinión pública que existe en la sociedad, cuando se trata de temas donde es difícil el consenso, y en el cual, es verdad, y con lógica, existe sensibilidad negativa. Sin embargo, esa pluralidad propia de opiniones sobre cuestiones en las cuales coexisten subjetividades nos permite ejercer el derecho y el deber de expresar ideas, en espacios donde a pesar de diferencias, propias del pluralismo, puede haber posibilidad de consensos. Derecho y deber, también, de hasta incurrir en errores, donde lo humano es rectificar, si la razón así lo justifica.

⁴¹ “Mecanismos de cambios constitucional en el Mundo. Análisis desde la Experiencia Comparada”, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Ver, http://www.onu.cl/es/wpcontent/uploads/2016/06/undp_cl_gobernabilidad_IN-FORME_Mecanismos_cambio_constitucional.pdf

⁴² Torres, Nicolás, Crisis política y politización ciudadana: análisis de la relación entre política y ciudadanía en Chile en el momento político actual (<https://revistas.unal.edu.co/index.php/cienciapol/article/view/66209/66718>)

¿VOTO ÚTIL O POR EL MAL MENOR?¹

Las elecciones convocadas ilegítimamente por la Asamblea Nacional Constituyente, con partidos ilegalizados judicialmente, un registro electoral excluyente, candidatos inhabilitados, la exclusión del voto de venezolanos en el exterior, el ventajismo y el chantaje oficialista electoral, un CNE ideologizado, parcializado y comprometido, la ausencia de observadores independientes y la manipulación torticera de la normativa electoral; son los motivos que han llevado a sectores políticos a plantear como tesis la abstención o el no votar, como manifestación de rechazo a estos sedicentes procesos, sin duda, arbitrarios, ilegítimos y discriminatorios. En el entendido de que votar sería convalidarlos. Sin embargo, a pesar de tales hechos objetivos e indiscutibles, frente a la abstención como tesis de desconocimiento de dichos procesos adulterados, se plantea como justificación para votar, a pesar de la ausencia de verdaderas garantías electorales, que lo determinante es que se vote mayoritariamente para sacar del gobierno al presente régimen militarista socialista e impedir una constitución comunista. El abstencionismo surge como la tesis del “voto al revés”, que según la teoría política normalmente no produce efecto jurídico alguno, aunque en ocasiones puede ser considerada como la exteriorización de una determinada voluntad y en tal sentido ha de ser tenido en cuenta por el Derecho. Sobre todo, cuando el abstencionismo electoral, en los regímenes autocráticos, o la no participación es la expresión pública de una oposición y que si no se consagra el voto como un deber no está expuesta a sanciones legales. Por eso, a veces, los totalitarismos sancionan la abstención, pero, inclusive otras veces es impulsada por los regímenes totalitarios. Esta sería la abstención que se puede denominar de “*abstención activa*” por ser un acto de desobediencia cívica o en la concreción de una insatisfacción política. Pero lo cierto es que, para ello, es necesario que trasvase los límites de la decisión individual o emocional o de resentimiento, para convertirse en un movimiento que promueva la inhibición participativa o abstención activa, con el objeto de hacer pública la oposición al régimen político, de modo que el abstencionismo adquiere la forma de lucha o beligerante. Lo que supone además de una estrategia y una táctica, una verdadera organización y no una simple pasión o emoción; y tampoco creer simplemente que el voto no es útil en las circunstancias adversas. Estamos pues, dentro un serio problema: de si la abstención o el voto son útiles o no.

¹ Tertulia de Los Martes, Mérida, 31 de octubre de 2018.

Ahora bien, si ambas opciones de votar o de abstenerse son legales, por ser ambas, expresión legítima de la voluntad ciudadana y que, por tanto, merecen el debido respeto; sin embargo, se plantea, frente a la abstención, la discusión de votar por el mal menor y la del voto útil. Creo, que los venezolanos debemos ponderar estas tesis, dado que implican cuestiones morales y no solo jurídicas y políticas. Vale la pena recordar que la política es parte de la moral. De entrada, estamos ante el dilema, de qué es el “el mal menor”, que es parte del mal, puesto que este es ausencia del bien, por lo que el menor mal es parte bueno y parte malo. Por ello, es un concepto indeterminado, como el ejemplo de la botella "medio llena" o "medio vacía", al que se refieren algunos filósofos. Es decir, que el grado de maldad a medias puede cambiar a más o a menos. Por eso, se afirma, que la doctrina del mal menor exige procurar siempre el mayor bien posible y evitar el mal; lo cual es válido siempre que en verdad sea posible elegir. De allí, que ante una elección que ciertamente supone una responsabilidad de elegir o de decidir, no existe otra posibilidad de rectitud ética sino la de elegir lo mejor. Pero que, en ciertos casos, también según el resultado, el negarse a elegir, es decir, la abstención, aun siendo un mal, puede ser el verdadero mal menor que estamos buscando². De modo que plantear la tesis del voto por lo menos malo, frente a la abstención, supone la responsabilidad y la posibilidad de poder elegir. La cosa cambia, si la responsabilidad no es simplemente elegir un candidato, sino obtener un resultado político, por ejemplo, votar SI o NO; lo cual es totalmente diferente. Por lo expuesto, la tesis de quienes consideran que se debe votar, en principio y de entrada, no me atrevo de calificarla del voto por el mal menor, por lo difícil de su calificación; sino que prefiero considerarla como la del voto útil, que evidentemente no es propiamente un planteamiento de corte o naturaleza ética, sino práctica o pragmática o política, que de suyo, por si misma, no es antitética. Tal como se deriva del calificativo de “útil” del voto como alternativa, sería, por ejemplo, el sacar a Maduro, o impedir una Constitución comunista, dentro de un proceso electoral indudablemente ilegítimo, aun cuando no se den las garantías electorales que lo permitan. Para la consideración de la tesis del voto útil, sin embargo, como instrumento político, entendiendo la política como parte de la moral, y al respecto seguiré las reflexiones que sobre el particular hace Manuel Morillo en “Iglesia, sociedad y política”, en su artículo “¿Es lícito no votar al mal menor?”³. En efecto, junto al concepto de votar al mal menor surge el del voto útil, que, por definición, no significa ni bueno ni malo, pero si puede serlo para lo uno y para lo otro. Sobre esto, dice este autor, “*La utilidad o inutilidad –siempre relativas- no califican de bueno o malo un acto*”.

Ahora bien, el voto útil tampoco es un concepto simple o sin contenido, si justifica en verdad para qué es útil y por qué es útil. Por lo que la utilidad del voto depende grandemente de las circunstancias en que se dé. De allí, que cuando se

² (<http://es.catholic.net/op/articulos/57156/cat/622/es-licito-no-votar-al-mal-menor.html#>).

³ Página web Catholic.net (<http://es.catholic.net/op/articulos/57156/cat/622/es-licito-no-votar-al-mal-menor.html#>).

habla de voto útil a secas, dice Morillo, cabe entender que se trata del voto que servirá para que un candidato salga electo o no salga electo, o, que un acto sea o no sea aprobado, sobre lo cual, por lo demás, no hay ninguna certeza o garantía; pero si una posibilidad.

En el caso de las elecciones que se han planteado en Venezuela, la explicación que se da para el voto útil es que hay que votar para salir de Maduro o para impedir una constitución comunista; y que esta es una posibilidad que no se puede perder. Es decir, que su utilidad no es inmediata, sino que depende de un proceso posterior. Además, de su no inmediatez, durante ese período, puesto que aún con el gobierno derrotado, seguiría el mismo Presidente; y una Asamblea Constituyente, autoproclamada supraconstitucional, que tendría la posibilidad de fijar nuevas reglas del ejercicio del poder por parte del nuevo Presidente. Por ejemplo, reducir el período presidencial, designar el Vicepresidente, o limitar sus competencias, o comprometer la totalidad de los fondos públicos o celebrar discrecionalmente contratos que comprometan al futuro Presidente. Y, continuarían un Tribunal Supremo de Justicia, un Fiscal General y un Contralor General, comprometidos. Por tanto, el voto útil si esta es la situación de las dichas inseguras elecciones, sería en verdad una conjetura. En efecto, de acuerdo con esta doctrina el voto útil, sólo es válido si en verdad se puede obtener realmente un cambio de régimen. Por eso, el voto útil es aún más vago y exigente que el voto por el mal menor. Así dice Morillo, no sería útil votar a un partido para que obtenga la victoria, sabiendo que existen obstáculos para que ello sea posible, por lo que justificar ese comportamiento es bastante hipócrita. En efecto, se trata del posibilismo absoluto, cuya preocupación dominante es no perder o ganar, y de votar al vencedor, que es una conjetura. Detrás de ello no hay sino falta de valor y fortaleza, como lo dijo San Juan Pablo II, porque se deja de lado la consideración de si votar es bueno o malo o el mal menor en procesos cuestionados y si de obrar de este modo se presta o no se presta a una colaboración ilícita a una ley injusta o a un proceso ilegítimo, y, si realmente, ese voto no resulta útil, sino inicuo. El voto útil, pues, tiene que ser determinante para lograr completamente la opción política que se aspira; y sobre todo si con no votar se comprometen principios morales o políticos indeclinables. Por otro lado, el voto útil, ha de ser un voto efectivo, y no un instrumento para cubrir un resultado anticipado de una candidatura. Y, que, aunque no sea lo menos malo, tenga posibilidades de triunfo. Y, por supuesto que, si en verdad representa una mayoría determinante, no solo sería anti político no votar, sino hasta ilógico o antitético. En este orden de ideas, me adhiero al criterio de Fernando Pascual, expresado en su artículo “Democracia y abstención”, publicado en el medio digital Catholic.net., de que *“si la abstención es simplemente desprecio del sistema, ¿no es hora de que los ciudadanos que desean otros dirigentes políticos se organicen y hagan oír su voz a través de métodos de participación legítimos, en vez de renunciar a su deber de controlar a las autoridades públicas con la ayuda del*

voto?”⁴. En este contexto, por ejemplo, la Fiscal legítima ha propuesto una enmienda que impida la reforma de la Constitución durante un período de cinco (5) años; y, otros sectores, consideran que hay que hacer una consulta para renovar los poderes ejecutivos, ciudadano, electoral y el Tribunal Supremo de Justicia, que funciona de hecho en Venezuela; antes de cualquier referendo. Planteamientos que también se tendrían que comparar realísticamente con las de la abstención o la del voto útil.

Dice F. Javier Garisoain Otero, en su artículo “Doctrina y táctica del mal menor”, en la página web “Camino Católico”⁵, que la idea de la utilidad inmediata del voto, que se construye sobre arena, o bases inciertas, es generalmente estéril. *“No evita la ruina porque no remedia las causas del daño. La verdadera utilidad -también en política- es la que mira más allá. La que siembra sin pensar en la cosecha”*. Y, además si se olvida que hay otras “utilidades” a las que puede encaminarse la acción política como la de la del abstencionismo como resistencia o desobediencia, si en verdad el no votar es capaz de ayudar a promover cambios positivos: lo que sería dar ejemplo de fidelidad a unos principios y dar testimonio de coherencia y de honradez. Y, también, cuando el voto pierde su justificación originaria, que es otorgar a una mayoría representación de un interés legítimo o de un principio, porque falsea el sistema representativo que dice defender. Por lo expuesto, coincido con F. Javier Garisoain Otero, que estas tesis pragmáticas, del voto útil, o del abstencionismo, sin fuerza consensuada y sin motivación, pocas veces llegan a desarrollar las últimas consecuencias de sus principios y por una acción política de unos principios erróneos, es incierta y sorprendente, y ni siquiera eliminan todas las imperfecciones que se quieren superar y mejorar.

Finalmente, en cuanto a los conceptos de mal menor y voto útil, se puede concluir que el voto al mal menor como doctrina moral es siempre válida si en verdad se trata de la responsabilidad de poder elegir entre lo bueno y lo malo. Y, que la táctica política del voto útil, sin que represente una estrategia fuerte, es puro maquiavelismo político y aunque aparentemente contradice la táctica del mal menor es en realidad una prolongación de una misma concepción que esteriliza la acción política.

Moralmente, pienso que para comprometerme con la tesis del voto útil, es porque en verdad existe la responsabilidad ética de poder elegir entre el SI o el NO, como el mal menor para evitar el mal mayor, en beneficio de la dignidad de la persona humana, de sus derechos y de la democracia, como valores morales absolutos, que según Santo Tomás de Aquino, es lo que hace lícito escoger el mal menor si no hay otra opción posible para que los males mayores se puedan evitar.

⁴ (<http://es.catholic.net/op/articulos/14645/cat/622/democracia-y-abstencion.html#modal>).

⁵ (<https://escucharlavozdelamor.blogspot.com/2007/12/doctrina-y-tctica-del-mal-menor-autor-f.html>)

Quisiera, en este orden de ideas, recordar, que Aristóteles decía que en un problema de justicia hay que comparar un mal menor con un mal mayor⁶. Y, porque, además, ciertamente, tal voto, en esa circunstancia, no es una conjetura, si en realidad es posible obtener el resultado de una voluntad mayoritaria, que permita una transición hacia una democracia renovada. De ser así, entonces, esta responsabilidad corresponde promoverla y discutirla a la sociedad civil y a los sectores políticos y a sus dirigentes, así como materializarla coherentemente; y tanto a una como a otros, justificarla con una alternativa de una democracia ciudadana o ciudadanocracia. Y, por tanto, la utilidad de votar o no votar depende también, de los consensos. Porque utilizando un lenguaje descriptivo, en épocas de crisis la política opositora para lograr una transición no es la del juego del billar, donde cada opositor quiere ganar por carambola, sino la del juego de bolas criollas, donde, mediante un acuerdo, unos jugadores arriman y otros bochan.

⁶ Ver, Duque, Roberto Esteban, *La primacía de la Persona. Ética, Bioética y sus Principios Morales* (Ediciones RIALP; Madrid, 2018, p. 148).

PRESENTACIÓN DEL BLOQUE CONSTITUCIONAL DE VENEZUELA (BCO. de VZLA.) ANTE EL PRESIDENTE INTERINO Y LA COMISIÓN DE CONSULTA PRESIDENCIAL

Caracas, 18 de septiembre de 2020

Buenos días:

Diputado presidente interino, vicepresidente de la Asamblea Nacional, miembros de la Comisión Consultiva Presidencial, integrantes del Bloque Constitucional de Venezuela y participantes virtuales:

El BC, integrado por más de 100 miembros, entre exmagistrados, académicos, ex jueces, ex fiscales, decanos y ex decanos de derechos, ex rectores, profesores, defensores de derechos humanos, abogados, Federación de Colegios de Abogados de Venezuela, 20 de los 22 colegios de abogados y el Capítulo de España, y estudiantes de derecho, se constituyó en el 2015, para la defensa de la constitucionalidad, ante el ataque del gobierno contra la AN. Intervino en la elaboración del Estatuto de Transición, preparó informes sobre la selección de magistrados del TSJ legítimo, elaboró una Hoja de Ruta para el Sistema de Justicia Transicional y su proyecto de Ley, y documentos sobre el control de la gran corrupción y protección de activos y participa como asesor de la Comisión de Justicia y Paz y de la Comisión especial de Defensa del Esequibo de la AN y lleva a cabo el proyecto de Reinstitutionalización del Sistema de Justicia para el Ciudadano y el proyecto del Sistema de Justicia Transicional bajo el principio de la justicia restaurativa: Ni impunidad. Ni Venganza.

En la actual situación política, el BC, plantea, dentro de la pluralidad de sus miembros, los siguientes puntos que me permito calificar de Decálogo para la Transición Democrática, que son objeto de análisis y deliberación propio de un Grupo de Opinión.

1. La Transición hacia la democracia es el fin Superior del cambio político. No simplemente la sustitución de un gobierno por otro. Cuyo sustento ha de ser un acuerdo con el mayor consenso democrático. Y una Articulación de mayor integración con la sociedad civil por un colegiado participativo y federal.

2. El artículo 333 es la fuente del derecho Constitucional provisorio para el cambio político y la relegitimación de los poderes. Y la base para un gobierno de emergencia nacional como motor de la transición hacia la democracia.

3. No puede haber una transición hacia la democracia sin una reinstitucionalización del sistema de justicia de modo que la Justicia sea para el Ciudadano.

4. Un punto fundamental del cambio político: es el cese de la ilegitimidad de los poderes espurios y su relegitimación. Lo anterior requiere un régimen de transición y de una reforma Constitucional progresiva bajo un pacto nacional y una coordinación nacional.

5. La Responsabilidad por la gran corrupción y por la violación grave de derechos humanos, mediante un sistema integral de justicia transicional de determinación e investigación de los hechos y actos de corrupción violatorios de derechos humanos y de reparación de los daños por esos actos y violaciones.

6. La Falta de integridad electoral como fundamento para rechazar las ilegítimas elecciones parlamentarias, que no puede ser sustituida por condiciones mínimas sino satisfecha en su totalidad por un proceso electoral libre, imparcial, competitivo, de seguridad del voto, transparente, de participación de la diáspora, y con observación internacional independiente. Y el rechazo de las elecciones parlamentarias además por representar un riesgo para la salud en plena pandemia del coronavirus.

7. El planteamiento de una provisión constitucional transitoria por la AN para evitar la disrupción de la función parlamentaria por la realización de tales elecciones ilegítimas.

8. La Solicitud de Ayuda humanitaria a la ONU para combatir el Covid-19, que dispuso la creación de un Fondo para esta ayuda.

9. La necesidad de Acuerdo de gobernabilidad o Pacto de Estado de Desarrollo Económico Social. Y;

10. Tomar el Informe de la Misión de DH la calificación del gobierno de Maduro como dictadura responsable de delitos de lesa humanidad, con un sentido político de instrumento de motivación y articulación para la movilización de la sociedad para la consulta en pro de la prórroga del Estatuto de la Transición. Y conforme la exhortación dirigida a otros gobiernos y estados contenida en el referido Informe consolidar aún más una alianza estratégica para lograr un mayor apoyo de la comunidad internacional para el régimen de la transición de la dictadura hacia la democracia y el requerimiento de la responsabilidad criminal de los culpables de los delitos de lesa humanidad.

Presidente, Termine mis palabras, recordando el pensamiento de Seneca, en esta situación política:

“El camino hacia la virtud es superando las propias flaquezas y debilidades y que cuando hay mucha necesidad es necesario el esfuerzo de muchos y no de pocas personas”.

Nuestro agradecimiento, en nombre del BC, presidente a usted, a su equipo de consulta, y a la organización TREN por su apoyo para participar en este Foro Virtual.

TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA, LA PROLETARIZACIÓN DE LA ABOGACÍA Y LA PREVISIÓN SOCIAL DE LOS ABOGADOS¹

“Dar al ciudadano la Justicia que se merece”

I. LA CLASE DEL PRECARIADO: EL DETERIORO DE LA CLASE PROFESIONAL

El rescate de las garantías de los derechos humanos y la transición económica para revertir la emergencia humanitaria compleja de Venezuela, son fines y objetivos de la transición democrática, según el Estatuto que la rige². La proletarización es uno de los síntomas de esa emergencia. En el caso que nos ocupa, de los abogados, baste señalar que el número de estos profesionales egresados de las universidades, en un crecimiento exponencial a partir del 2010, en el 2013 fue de 57.376, de los cuales solo de la Universidad Bolivariana lo fueron 27.803³. De esta cantidad no es posible saber cuántos han conseguido empleo, por lo que se supone que la mayoría se dedica al ejercicio profesional, sumados a los más de 220.000 abogados inscritos en el Inpreabogado para enero de 2014. El crecimiento significativo del número de abogados en el país se debe a la creación de la Universidad Bolivariana de Venezuela, que ha contribuido a la masificación de la abogacía, y cuyo pensum de estudio, según investigadores autorizados, “*no dan las herramientas para el ejercicio profesional tradicional*” lo que ha profundizado “*algunas tendencias ya presentes en el siglo XX, tales como lo son el proceso de asalarización y la marcada estratificación interna de la profesión*”. Igualmente señalan que “*el diseño curricular de la carrera de estudios jurídicos de la Universidad Bolivariana de Venezuela presenta deficiencias conceptuales importantes, incluso hay errores ortográficos en el documento oficial que describe el contenido programático: una materia se denomina “Aspectos coercitivos (sic) de la norma*”. Y que además, “*el diseño curricular podría ser un obstáculo para el*

¹ Trabajo presentado al Colegio de Abogados del Estado Anzoátegui con ocasión de la celebración de la Semana del Abogado, junio 2019

² Artículo 3º, 6º y 7.

³ Jacqueline Richter: “Las transformaciones en el ejercicio de la abogacía en Venezuela: nuevos y viejos retos en un mundo globalizado”. (http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46702015000100061)

objetivo planteado de formar abogados capacitados en usar los instrumentos que otorga el Estado social de derecho y de justicia para alcanzar la paz social, como lo plantea el Programa de Formación de Grado. Esta masificación ha llevado a un ejercicio libre asalariado, en el sentido de que, los abogados son empleados de sus “clientes”, ya sea en el aparato estatal o en el sector privado, o son empleados de otros abogados en el estudio jurídico y la mayoría de los escritorios jurídicos, sobre todo pequeños, en muchos casos, principalmente en el interior, su “subsistencia está íntimamente ligada a la permanencia de uno o dos clientes que le aportan sus ingresos más importantes. Esta masificación “ha llevado a profundizar la estratificación social interna de la profesión y con ello los problemas de acceso a la justicia, pues los sectores de escasos recursos tienden a acceder a abogados con deficiente formación y que cobran poco. Por ello, la mala calidad y atención masificada son dos componentes que afectan el disfrute de los derechos”⁴. Un fenómeno surgido de la masificación de los estudios de derecho es lo que se podría llamar “el buhonerismo abogadil”, en registros, notarias y tribunales y en oficinas públicas. En efecto, hoy día la presencia de abogados, no solo jóvenes, sino, incluso de mayor edad, que ofrecen sus servicios a las personas que acuden a estas oficinas o despachos, es cada vez mayor. Para lo cual incluso se asocian con empleados de esas mismas oficinas; y hasta ofrecen formularios de diversos contratos a sus puertas y hasta en quioscos de periódicos y revistas.

Es verdad que la masificación de los estudios de derecho no es la crítica fundamental, sino en la calidad y contenido de la formación profesional la cual es de muy baja calidad por el poco nivel académico de las facultades o escuelas de derecho de las universidades controladas por el régimen; por lo que puede hablarse de la *proletarización de la profesión de abogado*, fundamentalmente por la mala calidad de la representación o asistencia jurídica de la defensa o asistencia jurídica y de la función judicial. A este fenómeno contribuye también la intensa proletarización de la clase profesional media. Fenómeno este que algunos investigadores, como *Guy Standing*, llama la “*nueva clase del precariado*”⁵, compuesto por un colectivo de profesionales caracterizado por la inestabilidad laboral, por la falta de prestaciones del Estado, los bajos ingresos y sobre todo por la falta de la prestación de la seguridad social o de las pensiones. Beneficios estos de los cuales disfrutaban la clase trabajadora, es decir, que esta clase de *precariado*, está por debajo de la clase laboral.

A lo anterior se agrega el incremento de la pobreza, que ha alcanzado a todos los niveles de trabajadores autónomos y asalariados; que, según el Acuerdo de la Asamblea Nacional, de fecha 13 de noviembre de 2018, sobre “*El Objeto de impulsar una solución política a la crisis nacional, fortaleciendo las fuerzas democráticas del Pueblo de Venezuela con el Respaldo de la Comunidad Internacional*”, para el 2017, ha llevado a que el 82% de las familias vivan en la pobreza. Según la Asamblea Nacional el año 2018 cerró con índice de inflación de

⁴ Jacqueline Richter, Loc. Cit.

⁵ Guy Standing, “*El precario. Una nueva clase social*”

1.698.488,2%⁶. Al efecto se ha señalado que la alta inflación que se viene registrando ha significado un incremento en la incidencia de la pobreza y una disminución de la clase media en el país y que es de esperar que la alta inflación del último año haya tenido efectos devastadores sobre la situación social, notoriamente en la clase media. En este orden de ideas, por ejemplo, *Alicia Bárcena*, directora de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), ha señalado, que por la inflación sin control la pobreza en el país seguirá aumentando en Venezuela⁷.

II. LA PROLETARIZACIÓN DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO

La mayoría de los abogados de ejercicio libre, dependen de su capacidad de asumir de forma autónoma la satisfacción de sus necesidades mediante su trabajo y de ahorrar para afrontar diversos retos. Por esto, existe para ellos dificultad para acceder a servicios públicos y privados de calidad en educación y salud; y, transfieren a sus familias el costo de formar el recurso humano necesario para el crecimiento y desarrollo del país. Y al mismo tiempo, afrontan la creciente dificultad para acceder a una vivienda; y que, como parte de esa clase depauperada, las precarias condiciones del empleo que existe en el país, así como el escenario económico de alta inflación y de escasez, se convierten en obstáculos casi infranqueables para que esta clase profesional de la población “*pueda lograr su aspiración de alcanzar un nivel de vida mejor o al menos semejante al de las generaciones pasadas*”⁸.

III. EL FORTALECIMIENTO Y MODERNIZACIÓN DE LA PREVISIÓN SOCIAL DE LA ABOGACÍA COMO COMPONENTE DE LA REINSTITUCIONALIZACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA

Lo anterior pone en primer orden de consideración para la reinstitucionalización del Sistema de Justicia, del cual son componentes los abogados habilitados para su ejercicio, el tema del fortalecimiento y modernización de la previsión social de la abogacía, que en Venezuela tiene su propio régimen, según la Ley que rige esta profesión, que, sin embargo, ya data de 1967⁹. Para la prestación de esta especial previsión social se creó, por la citada Ley, el Instituto de Previsión Social del Abogado (en adelante, INPREABOGADO como se le conoce), con personalidad Jurídica y patrimonio propio, cuya función es la de procurar el bienestar

⁶ <http://www.bancaynegocios.com/venezuela-cerro-2018-con-inflacion-de-1-698-4882/>

⁷ <http://www.bancaynegocios.com/cepal-estima-que-la-pobreza-en-venezuela-seguira-aumentando/>

⁸ Lissette González A, “La clase media en Venezuela” (http://gumilla.org/biblioteca/bases/biblo/texto/SIC2014764_163-171.pdf).

⁹ Ver artículo 75 de la Ley de Abogados (Gaceta Oficial N° 1.081 Extraordinario del 23 de enero de 1967).

social y económico a los profesionales del derecho y a sus familiares y en tal sentido asegurarles medios idóneos de protección social frente a las eventualidades derivadas de la muerte, enfermedad o incapacidad, fomentar el ahorro entre sus miembros como propiciar la adquisición de viviendas propias y en general, cualesquiera otras actividades encaminadas a cumplir el objeto esencial de su existencia¹⁰.

Según la célebre sentencia de la Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, bajo ponencia del insigne magistrado, *Dr. José Gabriel Sarmiento Núñez*, de fecha 10 de octubre de 1968, la creación de la previsión social de la abogacía y del mencionado INPREABOGADO, tuvo el propósito, “*atendiendo a razones de carácter gremial que demandaban una protección social adecuada a los requerimientos de la vida moderna, sustituir la vieja institución del Montepío, que por su estructura y naturaleza no responde a cabalidad a tales exigencias, por la nueva institución creada para dar protección económica, hospitalaria, quirúrgica y de maternidad al abogado y sus familiares, en vida de aquél y aún después de su muerte, estableciendo así un sistema autónomo de Seguridad Social a favor de los profesionales de la abogacía*”. Sistema este, según la referida sentencia que constituye “*un desarrollo progresivo de seguridad social, proclamado en el artículo 94 de la Constitución*”¹¹ (hoy artículo 86 de la Constitución de 1999¹²).

¹⁰ Artículos 76 y 77, eiusdem.

¹¹ Constitución de 1961. **Artículo 94.** En forma progresiva se desarrollará un sistema de seguridad social tendente a proteger a todos los habitantes de la República contra infortunios del trabajo, enfermedad, invalidez, vejez, muerte, desempleo, y cualesquiera otros riesgos que puedan ser objeto de previsión social, así como contra las cargas derivadas de la vida familiar.

Quienes carezcan de medios económicos y no están en condiciones de procurárselos tendrán derecho a la asistencia social mientras sean incorporados al sistema de seguridad social”.

¹² **Artículo 86.** Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social. El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas. La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección. Los recursos financieros de la seguridad social no podrán ser destinados a otros fines. Las cotizaciones obligatorias que realicen los trabajadores y las trabajadoras para cubrir los servicios médicos y asistenciales y demás beneficios de la seguridad social podrán ser administrados sólo con fines sociales bajo la rectoría del Estado. Los remanentes netos del capital destinado a la salud, la

Por estas prestaciones la previsión social del abogado es parte de la seguridad social a que se contrae el artículo 86 de la vigente Constitución. De este Instituto forman parte todos los abogados de la República que se hayan inscrito en un Colegio de Abogados. Ahora bien, la previsión social del abogado es de naturaleza participativa, en el sentido de que, por una parte, los abogados contribuyen con su seguridad social mediante las cuotas de inscripción y por sus aportes ordinarios y extraordinarios; por lo que es un deber profesional, ya que para el legítimo ejercicio de la abogacía, todo abogado debe inscribirse en el referido Instituto¹³: Y, por otra parte, porque el Estado ha de hacer aportes anuales para cubrir gastos de administración, mediante partidas que han de incluirse en la Ley de Presupuesto; y de un aporte de un cinco por ciento (5%) del monto de las cantidades recaudadas mensualmente por concepto de arancel judicial¹⁴.

El Ejecutivo Nacional no incluye desde hace bastante tiempo en el presupuesto partida alguna para el Inpreabogado, lo cual se ha venido reclamando por el gremio¹⁵. Y, por otro lado, es verdad, que por disposición constitucional la justicia es gratuita, por lo que el Poder Judicial no está facultado para establecer tasas, aranceles, ni exigir pago alguno por sus servicios¹⁶; razón por la cual el Inpreabogado tampoco recibe porcentaje alguno de arancel judicial por las actuaciones de los tribunales. Por esta razón, la previsión social del abogado depende solo de los aportes de los abogados, al eliminarse los aportes de Estado, dejando de ser un sistema de seguridad social participativo, que es uno de los principios de toda seguridad social, conforme el artículo 86 constitucional, de cuya naturaleza es la previsión social de los abogados. Además, la eliminación de los aportes del Estado para esta previsión de la abogacía contradice la obligación que le impone el citado artículo de asegurar la efectividad del derecho de toda persona a tener seguridad social.

Por otra parte, los registros y notarías en razón de lo dispuesto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado¹⁷, hoy día prestan servicios que antes correspondían a los tribunales, por los que se pagan tasas establecidas en este Decreto Ley, por servicios que, como se dijo, antes eran prestados por los tribunales¹⁸. Es decir, existe en el presente una situación igual a la que existía anteriormente a este Decreto, según la Ley de Registro Público y el Reglamento de Notarías; por lo que en el artículo 13, del Reglamento del INPREABOGADO, del 7 de enero de 1970, se estableció que el 5% de recaudación

educación y la seguridad social se acumularán a los fines de su distribución y contribución en esos servicios. El sistema de seguridad social será regulado por una ley orgánica especial.

¹³ Artículo 7º, de la Ley de Abogados.

¹⁴ Artículo 81, letras b) y e), eiusdem.

¹⁵ Roger Contreras, *La Previsión Social del Abogado en Venezuela*, Caracas, 1979, p. 105-106

¹⁶ Artículos 26, apte., y 254, de la Constitución.

¹⁷ Gaceta Oficial N° 6.156 Extraordinario de fecha 19 de noviembre de 2014.

¹⁸ Artículos 29, 46, 52, 75, 83, 85, 86, 90, 97, del referido decreto ley.

a que se contrae el artículo 81, de la Ley de Abogados, se aplica también a contribuciones causadas por actuaciones ante Notarías y Registro Mercantil; e incluso, se indica en el artículo 29, del mencionado Reglamento, que el Servicio de Arancel Judicial del INPREABOGADO, que está a cargo del Sub Tesorero del Consejo Directivo, debe velar porque en los Tribunales, Notarías y demás Organismos del Estado a los cuales corresponda, de acuerdo con el artículo 81 de la Ley de Abogados, se haga efectiva la retención del porcentaje correspondiente al INPREABOGADO.

IV. LA PREVISIÓN SOCIAL DEL ABOGADO

Dados los fines del sistema de previsión social del abogado, este es un régimen especial de seguridad social, tal como lo es para los miembros de las Fuerzas Armadas¹⁹, que por virtud de la Ley de Abogados, en razón de la colegiación obligatoria, corresponde a un ente corporativo descentralizado, fuera de la estructura de la administración pública del Estado, que ha de organizarse para cumplir con los fines de esta previsión; y que por ser un deber de los abogados, su financiamiento está, en parte, a cargo de éstos; y, en parte, a cargo del Estado. Sistema este, que se integra en el derecho de seguridad social que reconoce a toda persona el artículo 88, de la vigente Constitución, y por tanto, por formar parte de la seguridad social general, al igual que ésta, cabe calificar, a la previsión social del abogado, tal como lo hace el artículo 4º, de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social²⁰, como “*un derecho humano y social fundamental e irrenunciable*”, que el Estado, por tanto, debe garantizar a todos los abogados residentes en el territorio de la República, inscritos en su respectivo Colegio y en el IMPREABOGADO. Sistema de previsión social del abogado, que, por otro lado, sigue vigente como un régimen especial preexistente, hasta el punto que los abogados empleados o funcionarios públicos no están obligados a cotizar para el Seguro Social Obligatorio.

V. EL DERECHO DE LOS ABOGADOS DE CONTAR CON UNA PREVISIÓN SOCIAL INTEGRAL

El derecho de los abogados a tener cubierta su previsión social, tanto los que trabajan por cuenta ajena o por cuenta propia, para lo cual hacen aportes obligatorios, sin embargo, no se acumulan a su favor, sino que las prestaciones que reciben se financian con las cotizaciones corrientes de los abogados, por lo que las coberturas mínimas que este régimen proporciona son exactamente las mismas para todos. Por tanto, no es un sistema de capitalización individual, o de mutualidades, según el cual cada aportante acumula sus aportes con independencia de las que puedan realizar otros aportantes, por lo que es una garantía a futuro. Además, en estas mutualidades sus aportes dependerán de los requerimientos y recursos de cada abogado, para complementar o ampliar el número de coberturas y servicios

¹⁹ Artículo 3º del Decreto con rango valor y fuerza de Ley de reforma parcial de la Ley del Seguro Social (Decreto N° 6266 del 31 de julio del 2008).

²⁰ Gaceta Oficial N° 39.912 del 30 de abril de 2012.

del régimen de previsión ordinario. Por otro lado, las entidades mutualistas ofrecen altos grados de solvencia y coberturas que no están incluidas en la seguridad social general, por lo que son sistemas de previsión complementarios como sistema de capitalización individual. Por ello, en este sistema de capitalización, se permite, por ejemplo, recibir la prestación de jubilación, en forma de capital o de renta vitalicia, según las necesidades de los abogados; y además permite que el abogado siga ejerciendo como tal pese a percibir la pensión de jubilación, una vez alcanzada la edad requerida.

VI. LA REFORMA DE LA PREVISIÓN SOCIAL DE LA ABOGACÍA COMO PARTE DE LA REINSTITUCIONALIZACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA EN SU COMPONENTE HUMANO²¹

Un logro de la reinstitucionalización de la democracia ha de ser que el Estado cumpla con su obligación de asegurar la efectividad de la seguridad social, como un derecho humano y social fundamental e irrenunciable, para aliviar los efectos de la crisis económica y social sobre la clase profesional, que en nuestro caso afecta a los abogados que trabajan por cuenta ajena, y principalmente a los que trabajan por cuenta propia, porque los primeros pueden acogerse a los planes de seguridad que establezcan sus empleadores y disfrutar también de la previsión social de la abogacía del INPREABOGADO. Mientras que los segundos, que estén en grave situación, no puedan contratar planes privados, por lo que por el estado de precariedad solo pueden acogerse a la previsión del INPREABOGADO, para lo cual deben estar solventes, que tampoco pueden por sus escasos recursos.

Por tanto, en la transición democrática, política, económica y social, para revertir la emergencia humanitaria compleja como lo prevé el Estatuto que la rige, se debe restablecer legalmente con un carácter general la obligación del Estado, por lo que respecta al Sistema de Justicia, de aportar porcentajes mínimos para la previsión social de la abogacía, de lo recaudado por los servicios que tengan que ver con los registros y notarías, que son órganos auxiliares de dicho Sistema; así como aportes anuales presupuestarios, también mínimos para dicha previsión social. Ello en razón de que la abogacía como órgano de defensa es un colaborador de la Administración de Justicia, conforme lo establece el artículo 15, de la Ley de Abogados; y, un integrante del Sistema de Justicia, según el artículo 253, de la Constitución. El incremento de los aportes fiscales y presupuestarios anuales del Estado permitirá al INPREABOGADO mejorar y aumentar sus actuales beneficios, que se prestan bajo la cobertura de reembolso mediante sus planes básico obligatorio y de cobertura complementaria de protección social integral del abogado y de su

²¹ Según el Bloque Constitucional de Venezuela dentro de esta restitución se comprende un componente humano, que, si bien está referido a los jueces, también se extiende a los abogados, como parte del Sistema de Justicia (“Proyecto de reinstitucionalización del Sistema de Justicia. Justicia para el ciudadano”, Informe 2017 (Fundación Alberto Adriani, Bloque Constitucional y Veporlibertad, Talleres Gráficos Producciones Karol C.A., Mérida abril 2018, p. 59-61. Y, “La reinstitucionalización del Sistema de Justicia. Justicia para el ciudadano”, Informe 2018 (Bloque Constitucional, Impresión L+N XXI Diseños C. A., Caracas mayo 2019, p. 44-46). (Ver también, <http://www.bloqueconstitucional.org/2019/05/>).

extensión a sus familiares, mediante el pago adicional anticipado de cuotas anuales²²; que por la alta y creciente inflación sus montos resultan insuficientes.

VII. LA PARTICIPACIÓN DE LOS ENTES GREMIALES DE LA ABOGACÍA EN LA REFORMA DEL SISTEMA DE PREVISIÓN DEL ABOGADO

Es un deber de los entes corporativos de los abogados, principalmente del Instituto de Previsión Social del Abogado, mejorar este sistema, desarrollando formas más modernas de previsión social, como, por ejemplo, el sistema de capitalización individual, o de mutualidades; que, por su carácter complementario, número de coberturas y servicios superiores a los planes básicos, cubren integralmente algunos de los riesgos de la vida profesional, y que además de permitir mayores beneficios y son una garantía a futuro. Por ello, estos entes gremiales, Colegios de Abogados, Federación de Colegios de Abogados, además del INPREABOGADO, deben presentar propuestas de reforma del sistema de previsión social existente, para que, bajo lo previsto en el artículo 77, de la Ley de Abogados, por ejemplo, se contemplen, dentro de las actividades que dicho Instituto puede promover, para el mejor logro de sus fines, los sistemas de capitalización individual para la protección social integral de los abogados; así como presentar reformas a las leyes en materias de seguros de personas para establecer un régimen especial de entidades no lucrativas de mutualidades de previsión social de la abogacía. En efecto, en estos sistemas de capitalización, entre otros beneficios, cada abogado ahorra su propio fondo para la jubilación, en una cantidad que se va incrementando en función de las aportaciones que haga y de la rentabilidad que se obtenga con la inversión de ese dinero a través de los productos o planes de la mutualidad. A diferencia, del sistema de previsión ordinario, propio de la tradicional seguridad social, que se basa en un sistema de reparto, en el cual los beneficios mejoran en la medida que mejoren las cotizaciones de los abogados activos o los aportes del Estado. Para ello, las mutualidades de abogados o cajas de previsión social, de algunos países, como España y Argentina, pueden ser un referente. Además de lo anterior, los entes gremiales deben promover, la reforma de la Ley de Abogados para incluir disposiciones que establezcan criterios de los pensum o contenidos programáticos de la carrera de derecho, los valores superiores del ordenamiento jurídico, que dan contenido al Estado democrático y social de Derecho, para evitar la ideologización política de los estudios jurídicos. Por lo expuesto, la reforma y mejoramiento de la previsión social de la abogacía y la protección del nivel académico de la carrera de derecho, debe ser parte de la transición política, en lo económico y social, dada la situación derivada de la masificación de esta profesión sin calidad académica y el deterioro social; de lo cual los Colegios de Abogados y el INPREABOGADO han de ser sus protagonistas. Porque además de tratarse la previsión social profesional de un derecho humano, su mejoramiento estimularía la asistencia jurídica y social de los abogados como parte del sistema de defensa pública.

²² http://inpreabogado.com.ve/?page_id=15

LA CONFERENCIA EPISCOPAL VENEZOLANA (CEV), ELECCIONES PARLAMENTARIAS Y MOVILIZACIÓN POPULAR

Caracas, 13 de agosto de 2020

La racionalidad es lo más prudente para evitar interpretaciones confusas o distorsionadas de planteamientos sobre los cuales desde distintas visiones surgen más de una reacción según la posición que se tenga ante una realidad política. Sobre todo, cuando tales planteamientos provienen de voces autorizadas sobre asuntos que si bien son de naturaleza política sin embargo responden a razones de conciencia. Primeramente, hay que atender a la esencia y el sentido de planteamientos como los que ha formulado la CEV en su Comunicado del 11 de agosto de este año, ante las elecciones parlamentarias. Según el Comunicado su propósito es procurar el discernimiento de los dirigentes sociales y políticos ante los graves retos que enfrenta hoy la patria. Y que, a los miembros de la CEV, *“Nos mueve la fe en Dios, en los valores trascendentes y el amor al pueblo, los únicos que conducen a la paz y a la convivencia fraterna de todos”*. Ello es suficiente para no dudar de su intención, y mucho menos para calificar de claudicación y demeritar a la CEV, sin que por ello signifique que no se pueda discernir también sobre la factibilidad de estos planteamientos, porque no obstante ser de orden moral, sin embargo, por su contenido son de naturaleza política y, por lo tanto, también hay que valorar su factibilidad, puesto que su efectividad se juega en la práctica y no en la teoría. En segundo lugar, esta intención hace necesario ponderar las razones de lo que vendrían a ser sus proposiciones, puesto que son respuestas a un discernimiento político. Y, en tercer lugar, de ser así, como se trata de proposiciones, que por más que respondan a principios, en este caso, son cuestiones políticas, como se dijo, por ello, hay que examinar su utilidad, eficacia y factibilidad para valorar si ante males mayores son en verdad un perjuicio menor. Parto, por tanto, del criterio que la posición de la CEV en la actual circunstancia del país resulta muy enjundiosa y difícil de interpretar por el común de los venezolanos por la polarización a que ha llevado una política excluyente, de persecución y dictatorial del gobierno que detenta el poder. Polarización que hace más sensible y profunda la reacción frente a un gobierno de tal naturaleza incluso entre los sectores de oposición, que sufre persecución, cárcel, torturas y desapariciones. Máxime que, como la misma CEV lo afirmó el 8 de enero y el 10 de julio, existen sectores de oposición complacientes y sectores que se prestan al juego desvergonzado con el cual el régimen se consolida como un gobierno totalitario, por lo que, según la

misma CEV, las elecciones deben ser auténticas y democráticas y no fraudulentas. Pienso, pues, que la participación plena y libre de todos los partidos y movimientos políticos, que el Comunicado sugiere, depende del grado de certidumbre de estas condiciones mínimas y de que la población sienta esa participación como una exigencia. Por ello, más que una crítica al Comunicado de la CEV, me permito, también por motivos éticos, expresar algunas de las inquietudes que me produce tal documento.

El Comunicado de la CEV parte de que en Venezuela existe un mal mayor. La profunda crisis económica, social, moral, institucional y política que vive el país. Y que es olvidada por quienes tienen mayor responsabilidad en el campo político, porque materialmente controlan el poder. Ante esta realidad, a pesar de su anormalidad, el Comunicado ratifica que el pueblo tiene una gran vocación democrática. Esto es indiscutible. Por lo que se entiende porque el Comunicado considera que una ruta política consensuada e inclusiva para resolver los ingentes problemas que afectan a nuestro país, son las elecciones libres, justas e imparciales con participación de todos los partidos y movimientos políticos, y con un basamento ético que respete el voto ciudadano según está previsto en la Constitución y las normas electorales. Asimismo, el Comunicado, admite que las irregularidades que se han cometido hasta ahora en el proceso de convocatoria y preparación de este evento no responden a este basamento. Por otro lado, señala que ante esta irregular situación grupos importantes de sectores de oposición han expresado su voluntad de no participar en las elecciones parlamentarias, pero que esto no basta, sino que hay que buscar salidas y generar propuestas, en su lugar. Es decir, la simple abstención sin una ruta política para buscar salidas y generar propuestas para el pueblo, no produciría solución a la crisis. O, en otras palabras, que la abstención no militante lleva a la inmovilización popular y al abandono de la acción política. Y, que la participación del pueblo es necesaria para vencer los intentos totalitarios y el ventajismo de parte del gobierno, si es masiva y si concurren plena y libremente todos los partidos y movimientos políticos y si estos dejan a un lado sus propios intereses para promover el bien común y el servicio a todo el pueblo venezolano. De modo que, si la participación partidista no es plena y libre, sino la de unos pocos con exclusión de los demás, o, aislada, por unos partidos, sin buscar consenso, no sería una movilización popular, y tan ineficaz como la abstención no militante. El Comunicado, asimila a esta abstención la de diciembre de 2005, y señala que no tuvo ningún resultado positivo. Si bien no fue la salida del gobierno, la participación de solo 3.604.741 votantes de 14.272.964 electores, o sea, la abstención del 75%, sirvió para la deslegitimación de la Asamblea Nacional oficialista, y para consolidar una unidad opositora hasta el punto de que esta participó masivamente en las elecciones parlamentarias de 2015, entre otras razones, porque había partidos y candidatos opositores habilitados y además porque se contaba con una sola tarjeta, se respetaron los centros electorales y se aseguró una auditoría electoral y una observación imparcial y los militares no persiguieron los opositores; por lo que no fue posible el fraude.

Los demócratas no dudamos que la participación masiva del pueblo es indispensable y necesaria para vencer los intentos totalitarios y el ventajismo de parte

del gobierno, como lo dice el Comunicado. Ello depende de la realidad. De que ciertamente el pueblo sienta algún resultado favorable de su participación. ¿En efecto, cuál es el ambiente para unas elecciones en la actual situación que vive nuestra sociedad, de anomia, desolación, tristeza, apatía y sobre todo hambre, mezcladas todas ellas con el Coronavirus? Vienen a la memoria las palabras de Caldera en el Congreso Nacional cuando el malhadado golpe de Chávez, aquello de que no se le puede pedir al pueblo que se sacrifique en aras de la democracia, cuando ella padece de hambre. Sin duda un ser humano hambriento no puede tener ni siquiera civismo, como decía Fernando Savater, lo único que quiere es comer y todo lo demás, incluyendo por supuesto la política, viene después.

El solo llamado puro y simple a la participación, por ser un derecho irrenunciable, y porque es lo más democrático, se aleja de lo que es la praxis actualmente en Venezuela. La realidad nacional, lo sabemos de sobra, es la de que tenemos en el poder a un régimen arbitrario en que todo lo que hace u organiza, y que por su origen es ilegítimo, porque es usurpador. Es decir, es ilegal *ad substantiam*. Y, en consecuencia, un proceso electoral preparado por el régimen a su medida, por las irregularidades que el mismo Comunicado denuncia, si no es modificado, no ofrece garantía alguna, ni antes, ni después de la celebración del mismo. Para hablar vulgarmente es una trampa más de las que acostumbra a imponer el gobierno. Ahora bien, ¿cuáles son las medidas reales que puede adoptar hoy en día y en lo adelante la oposición democrática de manera concreta? Es cierto que es muy fácil decir que no puede ser pasiva la posición de la oposición. ¿Pero cómo se hace activa? Honestamente con un país cuya población está acorralada por la pandemia, el hambre, las carencias y la anomia y pidamos a Dios que el virus no vaya a estar peor en los meses por venir; no creo que para la mayoría de potenciales electores, la prioridad sean las elecciones parlamentarias por encima de su situación de cómo lograr sobrevivir ante tanta calamidad. Por el otro lado, el régimen no ofrece perspectiva alguna, ni garantías ni confianza para negociar nada. Es verdad, que impulsar movimientos masivos de calle en apoyo al desconocimiento del proceso, por supuesto que es lo ideal, pero hay que ser realista y práctico, como me decía un taxista cuando comentábamos la participación electoral, *“la masa no está para bollos ahorita en Venezuela para sus electores, donde lo que prevalece es el virus, el sufrimiento, las carencias, el hambre”*. Es decir, la sobrevivencia existencial, por encima de cualquier reflexión política profunda como la que plantea la CEV, o de cualquier llamamiento entusiasta a líderes de oposición, que por las actuales circunstancias muchos han puesto la carne en el asador. Por eso pienso que, si el objetivo de la participación del pueblo es para vencer los intentos totalitarios y el ventajismo de parte del gobierno y no simplemente la elección de una Asamblea Nacional, una mayor presión diplomática concertada y operativa, al unísono con una masiva participación política mayoritaria de posposición de las elecciones, parece más lógica y pudiera servir para la búsqueda de la suspensión del malhadado proceso creado por el régimen, forzándolo a tener que aceptar la posposición por el imperativo del virus y del desconocimiento patente y activo de la comunidad internacional a la farsa que se cocina a fuego lento. En este orden de ideas, no puede negarse reconocimiento al interés manifestado por la CEV, pues demuestra su amor por un país sojuzgado y de rodillas; además de ser su mensaje una muestra

del apego a principios de participación cristiana muy respetables. No dudo que la CEV en esta posición está orientada por la posibilidad de la unión y la concordia de todos los venezolanos. Aspiración que, en la realidad actual venezolana, controlada por un régimen que no tiene similitudes en el mundo y que es criminal, corrupto, excluyente, requiere practicidad. Es explicable, pues, que, ante esta adversidad, surja como planteamiento la abstención ante esa farsa electoral, pero la cual ha de ser militante y no pasiva y alternativa. Por eso pienso, que antes de llamar a participar o a la abstención, la motivación debe ser la de la posposición de las elecciones para lograr mayor certidumbre sobre sus garantías de participación plena y libre, como ha de ser, según el Comunicado, el proceso electoral parlamentario.

A la posposición de las elecciones ayuda la Comunidad Internacional. Hoy en día la UE está alineada con la posición porque las elecciones propuestas por el régimen son una farsa. La OEA también e igualmente el Grupo de Lima y el Grupo de Contacto. Estados Unidos, Colombia y Brasil están alineados en la misma posición, al igual que más de 15 países latinoamericanos incluyendo a Argentina que se manifestó en contra del desprestigiado proceso. Además, ante la coyuntura del virus que para la época prevista del proceso electoral puede estar en su fase más crítica en Venezuela, la salida más real es presionar fuerte política y diplomáticamente al régimen para que acepte una suspensión de las elecciones, instrumentándose esa acción, mediante declaraciones conjuntas de carácter diplomático de los grupos mencionados anteriormente y con medidas económicas y políticas concretas por parte específicamente de los países latinoamericanos, que hasta ahora han demostrado un apoyo más retórico que práctico en contra del régimen. Así mismo estas medidas deben coordinarse con los dos organismos, la OEA y la UE para que todos los que impugnan genuinamente al régimen venezolano actúen al unísono. La UE que siempre se había mantenido arisca a apoyar decisivamente a la oposición democrática venezolana, hoy en día ha afirmado que de ninguna manera reconoce la farsa electoral que ha preparado el régimen y ni siquiera estuvo de acuerdo con enviar observadores internacionales al llamado “proceso”. Esa posición es aprovechable. Por eso parece más conveniente una salida diplomática concertada y operativa, al unísono con una movilización de los verdaderos partidos de la oposición, en la búsqueda de la suspensión del malhadado proceso creado por el régimen, forzándolo a tener que aceptar la posposición por el imperativo del virus y del desconocimiento patente y activo de la comunidad internacional a la farsa que se cocina a fuego lento. No puedo negarle el reconocimiento al interés manifestado por la CEV, pues demuestra su amor por un país sojuzgado y de rodillas, además de ser su mensaje una muestra del apego a principios de participación cristiana muy respetables. No cabe duda que la CEV en esta posición está orientada en la posibilidad de la paz, la unión y la concordia de todos los venezolanos, lo cual, en la realidad actual de Venezuela, para un régimen que no tiene similitudes en el mundo y que es criminal, corrupto, excluyente, tal propósito no es una exigencia ética.

Por supuesto que la posposición de las elecciones requiere de una acción concertada febril que emane del gobierno interino, con el apoyo de todos los partidos

verdaderamente opositores, a los fines de impedir a toda costa la elección y al mismo tiempo lograr que si se organiza un nuevo proceso sea en una fecha posterior y con unas bases, términos y condiciones totalmente diferentes que garanticen, transparencia, legitimidad, igualdad, seguridad y garantías reales de que las elecciones serán realizadas con el pleno respeto de todos los venezolanos habilitados para votar y que su derecho de elegir no será eliminado, irrespetado o conculcado. Sinceramente, ante la denuncia de que estamos ante un proceso electoral irregular, decir simplemente que hay que participar porque la participación del pueblo es necesaria para vencer los intentos totalitarios y el ventajismo de parte del gobierno, no parece lógico. Puesto que, ante tan desventajoso proceso electoral que resulta inmoral como una maniobra que obstaculiza la solución política y social de los verdaderos problemas presentes en el país, como se afirma en el Comunicado, sin desconocer que sus basamentos éticos sobre la participación electoral, que teóricamente es impecable y ajustada a sus principios; no la veo práctica en las circunstancias como está el país actualmente.

En la ponderación que he hecho de la participación plena y libre de todos los partidos y movimientos políticos en las elecciones parlamentarias, que el Comunicado de la CEV sugiere, tengo presente algunas consideraciones, también de basamento ético. Como, por ejemplo, que no hay que confundir las esferas de acción de la política y la religión y que las decisiones electorales pertenecen al ámbito de la conciencia formada e informada de cada ciudadano (Gaudium Spes 76 y 16). Por lo que en estos asuntos no existen criterios únicos o absolutos. Igualmente, que el ejercicio libre del derecho al voto es un requisito mínimo básico de la participación ciudadana, por lo que no se debe limitar la acción política a su mero ejercicio. Asimismo, considero que la participación política ciudadana es multiforme y variada (Cristifidelis Laici), y que, si el ejercicio del derecho al voto es más favorable al bien común que la abstención, es una exigencia moral, vinculada a la corresponsabilidad ciudadana (Catecismo de la Iglesia Católica N° 2240). Además, si los clérigos, religiosos y religiosas, no deben participar de los asuntos político-partidistas (Código de Derecho Canónico 285, 287, 671); sin embargo, no pueden renunciar a su misión de acompañamiento y ánimo a los laicos sobre su función política, como tampoco a la denuncia de lo que esté en contra del bien común (Gaudium Spes 31, 36 y 43). Por estos principios, discernir en política debe conducir a elegir aquella propuesta que conduzca al bien mayor del pueblo. Por lo que el Papa Francisco ha dicho que *“La política no es mera búsqueda de eficacia, estrategia y acción organizada”* (Discurso a un grupo de la Pontificia Comisión para América Latina, 04-03-2019). Por otro lado, una misma fe cristiana puede conducir a compromisos diferentes (Octagésima Advenians 50). Esto supone que existe una diversidad de posturas y modos de hacer política y de buscar el bien común. Por tanto, el diálogo, la cooperación, la solidaridad, el respeto y el compromiso por el bien común han de ser los motores que impulsen a los ciudadanos de a pie y a los que ocupan cargos de responsabilidad política a buscar y hallar las formas más adecuadas para el desarrollo integral de todos (Sollicitudo Rei Socialis 32-33). Y, por lo que: *“Si las condiciones lo permiten y propiciamos un ambiente cívico adecuado para la celebración segura, en términos de salubridad, de las elecciones congresuales, nuestra responsabilidad es ir a ejercer el*

IDEARIO JURÍDICO Y POLÍTICO SOCIAL

derecho al voto. El abstencionismo electoral solo contribuye a que gane el más fuerte, que no siempre ni necesariamente coincide con el más idóneo para gestionar los asuntos públicos. Discernir profunda y responsablemente el voto, con la mirada puesta en el bien común, es un deber de nuestro ejercicio ciudadano. Con este compromiso básico con la democracia no termina el compromiso que ha de tener cada ciudadano con el país. Luego de votar se ha de continuar con la responsabilidad cívica de velar por el respeto y la ejecución de los compromisos asumidos por los candidatos en sus programas de gobierno, además de colaborar con el orden justo de la nación. La tarea es ardua, la renuncia a ella no ha de contemplarse como opción”. En este orden de ideas, “discernir cristianamente el voto significa que, desde los valores evangélicos y la mirada crítica y profunda sobre la realidad del país, buscar las decisiones que conduzcan al bien común y, desde esa distinción, decidir votar en consecuencia” (Cristian Peralta S. J., “Discernir cristianamente el voto”, Acento. Reflexiones Bioéticas).

LA FALTA DE INTEGRIDAD ELECTORAL EN LAS ELECCIONES LEGISLATIVAS FIJADAS PARA DICIEMBRE DE 2020 COMO FACTOR DE SU ILEGITIMIDAD

Caracas, diciembre de 2020

Según el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos* de 1966, en los derechos y oportunidades de los ciudadanos para participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos, uno de esos derechos es de “Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, [...] que garantice[n] la libre expresión de la voluntad de los electores”. Es decir, no votar de cualquier forma, sino auténticamente, o genuinamente. Porque se trata de elegir. De esta reflexión surge el principio de Integridad Electoral, que según el Proyecto del mismo nombre de las Universidades de Harvard y Sidney, *seguido por* El Centro de Estudios Políticos de la Universidad Católica Andrés Bello, *se* refiere a principios internacionales y estándares de las elecciones, aplicados a todo lo largo del ciclo electoral, de los cuales depende la confianza o credibilidad ciudadana sobre el sistema electoral, es decir, su legitimidad democrática. Y de acuerdo con el Informe de la Comisión Global sobre Elecciones, Democracia y Seguridad, *Profundizando la democracia: Una estrategia para mejorar la integridad electoral en el mundo*, esta integridad se define como las “elecciones basadas en los principios democráticos de sufragio universal e igualdad política consagrados en normas y tratados internacionales, cuya preparación y gestión son profesionales, imparciales y transparentes durante todo el ciclo electoral”. Estos principios constituyen las Garantías Institucionales del Sistema Electoral, que se establecen para salvaguardar esa integridad, es decir, para que las elecciones sean libres y justas, las cuales, para resultar efectivas, deben ser parte de un andamiaje institucional y legal. Estas salvaguardas institucionales aseguran principalmente evitar los actos de corrupción o fraude y el ventajismo electoral. Otro elemento esencial de la integridad electoral es la transparencia, que consiste en contar con un proceso abierto que ayuda a la comprensión pública que permita conocer, impedir y corregir el abuso y la corrupción electoral. La transparencia ayuda a cimentar la confianza pública en las elecciones e incrementa la credibilidad del proceso y la legitimidad de sus resultados. La Institucionalidad Electoral, pues, se resumen con precisión en las palabras de Kofi Annan, de que “Las elecciones sin integridad, no pueden brindar legitimidad a los ganadores, ni seguridad a los perdedores, ni confianza a los ciudadanos en sus líderes e instituciones”.

Esa confianza o credibilidad en el sistema electoral la generan cinco elementos esenciales: a) reglas claras y seguras; b) instituciones imparciales para administrar las elecciones y dirimir controversias; c) percepciones de justicia y competitividad; d) transparencia en todos los aspectos del proceso y e) vigilancia de los ciudadanos y los partidos políticos. Esa confianza es más exigente en contextos políticos polarizados y en regímenes autoritarios y arbitrarios o de origen ilegítimo; por el cáncer de la permanencia en el poder. Bajo este orden de ideas, me referiré a la falta de integridad electoral de las elecciones parlamentarias que el régimen ilegítimo que ejerce el poder, ha fijado para el 6 de diciembre de este año, con el apoyo de las sentencias de la Sala Constitucional, Nos. 68, 69, 70, 71, 72, 73 y 77, del pasado mes de junio; y conforme al *Reglamento “Normas Especiales para las Elecciones Parlamentarias período 2021-2026”* y al *“Reglamento especial para regular la elección de la representación indígena en la Asamblea Nacional”*, dictados por el Consejo Nacional Electoral.

En los supuestos de regímenes autoritarios, un elemento que afecta la integridad electoral es la llamada corrupción electoral, que no solo consiste en la alteración de resultados eleccionarios, sino también el abuso de poder con propósitos ilícitos para no permitir el voto libre e impedir la voluntad de los electores. Dentro de la corrupción política, la corrupción electoral provoca una crisis de legitimidad de todo el sistema político puesto que atenta contra los valores democráticos de la sociedad, lo cual es más grave cuando los actores y promotores de la corrupción electoral son los propios funcionarios electorales y judiciales encargados de proteger la integridad electoral. Y, por supuesto, que la pobreza extrema, la ignorancia y la desigualdad constituyen el campo más fértil para que prospere la corrupción electoral. En esta corrupción electoral el ventajismo electoral es uno de sus instrumentos, que cuando consiste en la utilización de funciones públicas para favorecer gobiernos y candidatos, es un caso de gran corrupción, por ejemplo, mediante la elaboración de normas o sentencias que limiten la libertad del voto y la igualdad y libre competitividad.

Las sentencias, como las de las Salas Constitucional y Electoral, antes mencionadas, dictadas para conformar un poder electoral ilegítimo, suspender de sus cargos a parlamentarios electos, establecer un marco electoral ad hoc inconstitucional; secuestrar partidos y sus símbolos y designar sus directivos; son ostensibles casos de corrupción electoral del Poder Judicial, por tratarse de abuso de poder y de usurpación de funciones, conforme el artículo 70 de la Ley contra la Corrupción, y el artículo VI, 1.c, de la Convención Interamericana contra la Corrupción, a la cual remite supletoriamente la Disposición Final Primera de la Ley mencionada. De ese cuadro de corrupción electoral judicial, también son parte, sentencias anteriores, como, la Sentencia No. 1 de enero de 2016, la Sala Constitucional, por la que se impuso a casi la totalidad de los partidos nacionales renovar su nómina de inscritos ante el CNE y que facilitó la eliminación de numerosas organizaciones políticas que hacían vida en el país. Por tanto, que la usurpación de funciones y el abuso de poder por parte de las referidas Salas, conforma una práctica corrupta en Venezuela, notoria y ostensible, con el agravante de que constituye un instrumento de la falta de integridad electoral. Asimismo, un acto de

gran corrupción electoral lo es el llamado Decreto Constituyente para la Participación en Procesos Electorales que impuso la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente por el que canceló a tres de los principales partidos opositores del país, Primero Justicia, Voluntad Popular y Puente.

Otro factor que afecta la credibilidad ciudadana en el sistema electoral es la falta de instrumentos y de órganos imparciales de control del fraude electoral. En este tema es importante señalar que, según el Diccionario Electoral del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, fraude electoral es el atentado contra la libertad electoral, es decir, la falta de equidad y de competitividad, así como la falta de transparencia de los comicios, destinada a distorsionar deliberadamente el ejercicio libre del sufragio y, por ende, la directa manifestación de la voluntad popular en las urnas. Un aspecto interesante para la caracterización del fraude electoral es su generalización, en el sentido de que no existe un sujeto único que se pueda considerar promotor típico de tal conducta, sino varios agentes. Es decir, desde la administración estatal hasta la administración electoral propiamente dicha e inclusive la administración de justicia. Es decir, utilizando un lenguaje descriptivo, es una delincuencia electoral organizada.

Respecto de procesos electorales anteriores, el Ex Rector del Consejo Nacional Electoral, Vicente Díaz, sobre las elecciones presidenciales de 2014, afirmó que en el presente régimen el ventajismo electoral es Venezuela estructural y coyuntural, y que desde el punto de vista político es “injusto, ventajista y abusivo”; y señaló concretamente como ventajismo el uso y abuso de los recursos públicos, petrodólares, bienes públicos y la participación de funcionarios del Estado, en los gastos de campaña, de transporte y en afiches, movilización, actos, anuncios de radio y TV, así como promesas y prebendas demagógicas, y en donaciones de electrodomésticos, la inauguración de obras, los subsidios y servicios sociales y el carnet de la patria calificado por Acceso a la Justicia como “instrumento de chantaje o extorsión” y denominado por Daniel Zovato, director para América Latina y el Caribe de IDEA Internacional, como “mecanismo de clientelismo para atraer a los electores”. Y también el control de todos los poderes del Estado por el gobierno, que le ha permitido modificar las reglas electorales, es un claro ejemplo de ventajismo electoral. Asimismo, el citado Ex rector Díaz, calificó la campaña electoral para los comicios municipales del 2013, como “una de las más ventajistas que ha tenido el país en la historia”. El propio Rector Vicente Díaz afirmó que el ventajismo electoral coyuntural además de ser una violación de preceptos constitucionales constituye actos graves de corrupción, y que sin embargo no son sancionados por el Consejo Nacional Electoral, ni por la Contraloría General de la República. Es decir, que el ventajismo electoral en Venezuela se inscribe dentro de los casos de falta de transparencia democrática, que el profesor y politólogo, Luis Salamanca, calificó de “ventajismo electoral institucionalizado”, en el Seminario Internacional “*Campañas Electorales: una mirada comparativa en el hemisferio*”, realizado en Caracas el 15 de noviembre de 2012.

En concreto, respecto de la integridad electoral de las elecciones parlamentarias el profesor Benigno Alarcón, director del Centro de Estudios Políticos

y de Gobierno de la Universidad Católica Andrés Bello y el experto electoral Roberto Abdul, fundador y actual presidente de la Asociación Civil Súmate; señalaron que conforme el marco electoral establecido por el Tribunal Supremo de Justicia y el CNE, las elecciones parlamentarias programadas para el seis de diciembre están organizadas para que el PSUV obtenga la mayoría, y muy seguramente la mayoría calificada, que se sitúa en 185 curules. Y que por eso es poco probable la repetición del escenario de 2015 y en razón de que no existe una alianza opositora y que, de lograrse, esta alianza, la oposición podría alcanzar un número de por lo menos 82 diputados, que no alcanza a la minoría necesaria para contar con capacidad de veto de las 2/3 partes. El profesor Alarcón afirmó también que el régimen persistirá en su empeño para llevar adelante los comicios legislativos del 6 de diciembre, pese al elevado número de contagios por Covid-19 que todavía pueda reportarse para esa fecha. Y concluyo, afirmando que, «No hay evidencias de suspensión aun cuando se sabe que no gozarán de legitimidad ni dentro ni fuera del país».

Por otra parte, la cátedra de derecho constitucional, en un excelente documento denominado “*Convocatoria Elecciones Parlamentarias 2020. Estado Fallido y sus Procesos Forajidos*”, del 27 de agosto, denuncian un cúmulo de irregularidades que deslegitiman dichas elecciones, que califican de fraude, que parte desde la supuesta declaratoria por la Sala Constitucional de omisión legislativa para nombrar un CNE, pese al funcionamiento del Comité de Postulaciones Electorales del Parlamento; y que se origina del nombramiento de los rectores que lo hizo un TSJ designado ilegalmente por un Parlamento saliente en 2015, por lo que la autoridad del CNE es usurpada. Ello constituye una usurpación de las atribuciones del Parlamento al que corresponde, por expreso mandato constitucional la designación originaria de los rectores del CNE con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes. Asimismo, la violación del artículo 186 de la Constitución por el CNE, para aumentar de manera arbitraria el número de diputados de 167 a 277, es otro de los factores de la ilegitimidad de las elecciones parlamentarias. Al igual que la violación del principio un elector un voto y la eliminación del sufragio directo, universal y secreto para la población indígena mediante la aprobación de una reglamentación írrita a menos de 6 meses del acto de votación. Una irregularidad, según la citada Cátedra, es la derogatoria por la Sala Constitucional de artículos de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, con el objetivo de habilitar al CNE para diseñar una normativa electoral ajustada a los intereses del chavismo. Además, la confiscación de las tarjetas electorales de los partidos por dicha Sala.

También la eliminación del sufragio directo, universal y secreto para la población indígena mediante la aprobación de una reglamentación írrita a menos de 6 meses del acto de votación. Y en relación a la declaración de la presidenta del CNE, de que este ente evalúa la posibilidad de extender la jornada de votación más allá de un día como medida para reducir el riesgo de contagio de COVID-19, considera la Cátedra de derecho constitucional que esta extensión de las votaciones facilitará el fraude.

Todo el cuadro anterior, en el que coinciden académicos y expertos, nacionales y extranjeros, conforma la falta de integridad electoral de las elecciones parlamentarias del 6 de diciembre, que determinan la pérdida de confianza de la ciudadanía en dicho proceso, que ocurre, según el Centro Carter, cuando:

1. Las autoridades electorales son designadas por un solo partido.
2. El marco legal no garantiza condiciones de equidad y competitividad para todos los candidatos durante el transcurso de las campañas electorales.
3. El mismo marco legal no garantiza el equilibrio entre los criterios proporcionalidad y de uninominalidad de modo que la representatividad prevalezca sobre la uninominalidad para garantizar la representación de las minorías.
4. Los partidos son intervenidos y controlados por los sectores gubernamentales.
5. La falta de instancias de control del ventajismo electoral y de un poder electoral imparcial.

Desde la perspectiva de los principios de la integridad electoral y los estándares internacionales una elección plagada de irregularidades, como las mencionadas, y una combinación de ventajismo oficialista, de clientelismo político y del peso de la maquinaria oficialista, es ilegítima porque carece de las garantías mínimas necesarias para ser considerada una elección democrática y, por ende, es incapaz de producir legitimidad de origen.

Esa falta de integridad electoral es causa de la falta de confianza o credibilidad de la ciudadanía sobre el proceso electoral parlamentario de diciembre, puesto que no puede propiamente hablarse de elecciones, por cuanto porque esa falta de integridad electoral el resultado no será fruto de una verdadera elección democrática. Porque la participación de candidatos no alcanza para darle credibilidad y legitimidad a una farsa electoral. Por lo que para amplios sectores de la sociedad venezolana y de la comunidad internacional un parlamento elegido en esas condiciones carece de toda legitimidad democrática de origen. Porque la democracia no es votar, sino votar con garantías. Es decir, ejercer el derecho al voto en elecciones auténticas, como se establece en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, como lo señalé al comencé de mi exposición.

LA NUEVA ARISTOCRACIA DEL SOCIO CAPITALISMO DEL SIGLO XXI

Caracas, 4 de diciembre de 2021

Tomo de la obra de Milovan Djilas “La Nueva Clase” (Instituto de Investigaciones Sociales del Trabajo, de México), la idea que las revoluciones comunistas triunfantes han tenido por resultado, en todas partes, el control total del Estado por un partido y una burocracia de partido, que constituyen una nueva clase de ambiciosos de poder y de explotadores de sus semejantes. Y que ese control absoluto del poder crea una estructura servil de reverencia y subordinación al jefe del gobierno y del partido, supuestamente en base a una ideología, como una corte de nobles y de favoritos, que se apoderan de las riquezas y donde el nivel de vida que se mejora no es el de la población proletario, sino el de esa nueva aristocracia, el de una burocracia política y de adulantes serviles. Al Rey, lo sustituye el Comandante o el Padre de la Revolución, y, aun después de fallecidos, llamados eternos o, padres de revoluciones; y de su tierra sus adoradores hacen una cuna histórica y un monumento nacional. A sus familiares le anteponen el calificativo de primigenios combatientes o de primeros revolucionarios y a los demás el de simplemente de compañeros o combatientes. La corte revolucionaria, como decía Milovan Djilas de la nueva clase, está formada por quienes gozan de privilegios especiales y de preferencias debido al monopolio administrativo que detentan desde la cima del poder los dirigentes del partido, que se extiende hasta sus familias y amigos.

Y si, en el caso de Venezuela, analizamos el descenso electoral en 20 años del partido gobernante, que ha gobernado según un Socialismo del Siglo XXI, bien caben las palabras de Milovan Djilas, que, “El partido hace a la clase, pero ésta se fortalece, mientras aquél se debilita. Este es el destino inevitable de todo partido comunista que alcanza el poder”. Propio de los sistemas aristocráticos socialistas es la desigualdad social que se traduce en el aumento de la pobreza y de la inseguridad alimentaria, en la reducción de una clase media y el surgimiento de una clase rica exclusiva y excluyente, a costa del proletariado a quien su ideología ofrece igualdad. Véase nada más los datos de Encovi de septiembre de 2021, que indican que el índice de pobreza total en Venezuela se ubica en 94,2% y que el índice de la pobreza extrema se ubica en 76,6%. Así como que los beneficios sociales no alcanzan a la clase proletaria sino a quienes se consideran beneficiarias

mediante un proceso de autoselección. Ello es típico de esos sistemas revolucionarios, según la tesis de Milovan Djilas, en los cuales en nombre del proletariado se establece un monopolio de la nueva clase primordialmente sobre la clase obrera. De ello es testimonio el aumento de los índices que contribuyeron al crecimiento de la pobreza de los venezolanos durante el socio capitalismo del Siglo XXI: educación (8,89%), vivienda (11,78%), empleo (12,72%), servicios (18,54%) e ingresos (48,05%). Esa nueva aristocracia socio capitalista se refleja en el disfrute de mayores bienes materiales y privilegios de los que la sociedad concedería normalmente por el desempeño de las funciones burocráticas políticas.

En efecto, hoy día en Venezuela los gobernantes tienen imágenes de mayor riqueza, que recuerda la frase de Milovan Djilas, que “el funcionario comunista aparece, a los ojos del hombre de la calle, como muy rico y el afortunado que no necesita trabajar”. Las imágenes de funcionarios del socio capitalismo revolucionario del Siglo XXI, y de sus favoritos, en Los Roques, o en sus reuniones sociales, sus viajes en aviones de lujo, o sus paseos en paraísos del exterior, las viviendas de lujo en el país o fuera de ellas, o entre otras cosas, dan esa apariencia de una aristocracia creada desde el poder con fundamento en una ideología de una revolución de la clase obrera. Vuelvo a citar a Milovan Djilas, porque que mejor ejemplo nos pueda dar de este paradigma de esta nueva aristocracia, cuando decía:” En el sistema comunista, el poder y el gobierno son idénticos al uso, goce y disposición de casi todos los bienes de la nación. Quien alcanza el poder, obtiene privilegios e, indirectamente, obtiene propiedad. Por consiguiente, en el comunismo, el poder o la política, como profesión, constituyen el ideal de quienes tienen el deseo de vivir como parásitos, a costa de otros”. De allí se entienden porque se aferran al poder, porque, según el mismo Milovan Djilas: “Privar a los comunistas de sus derechos de propiedad equivaldría a abolirlos como clase. Obligarlos a ceder sus otros derechos sociales, de modo que los obreros pudieran participar en la distribución de los beneficios producidos por su trabajo, -cosa que los capitalistas han tenido que permitir, en fuerza de huelgas y de acciones parlamentarias- significaría que se priva a los comunistas de su monopolio sobre la propiedad, la ideología y el gobierno. Esto sería el comienzo de la democracia y de la libertad en un régimen comunista, es decir, el fin del monopolio y del totalitarismo comunista. Mientras no suceda esto, no puede haber indicios de que tengan lugar cambios importantes, fundamentales, en los sistemas comunistas, por lo menos a los ojos de quien reflexiona en serio el progreso social”. De allí, entonces, porque sus sistemas electorales no son democráticos o de un gran ventajismo electoral. Porque el poder es la razón de ser de su clase aristocrática.

Milovan Djilas escribió su “Nueva Clase” antes de los acontecimientos de Hungría de octubre de 1956 y posteriormente, en un artículo aparecido en el semanario social demócrata de Nueva York “The New Leader”, el 19 de noviembre de 1956, que como Apéndice a su obra denominó “La Tormenta en la Europa Oriental”, afirmó, “ la revolución húngara dio un salto gigantesco y planteó el problema de la libertad en el comunismo, es decir, el substituir el sistema comunista por un nuevo sistema social”. La tesis de ese Apéndice fue que, con el comunismo nacional, como se llamaban los gobiernos comunistas de Polonia y el de entonces

de Yugoslavia, para diferenciarse del comunismo soviético, empezó un nuevo capítulo en la historia del comunismo y de los países dominados de la Europa oriental. Mientras que con la revolución del pueblo húngaro empezó un nuevo capítulo en la historia de la humanidad. Y que la diferencia entre uno y otro acontecimiento es que el comunismo nacional es incapaz de escapar a los límites del comunismo como tal, es decir, el emprender la clase de reformas que podrían transformar y conducir gradualmente el comunismo a la libertad, puesto que el comunismo nacional puede meramente separarse de Moscú, pero en su propio ritmo y estilo nacional construir un sistema comunista esencialmente idéntico al de Moscú, de una nueva clase dominante en base al poder del Estado. Mientras que Hungría superó los conflictos internos que tenía Polonia, pues no solamente desvaneció el grupo llamado estalinista, sino que repudió el sistema comunista en sí mismo por su monopolio clasista. Y avizoraba proféticamente que los pueblos de la Europa oriental tendrían que hacer frente heroicamente a nuevas luchas por la libertad y la independencia. La historia le dio la razón a Milovan Djilas, pues, posteriormente, Polonia también repudió ese sistema. Este testimonio emana de quien como él fue comunista desde su juventud, un héroe de la Segunda Guerra Mundial y un amigo íntimo del mariscal Tito y colaborador suyo en las labores de gobierno y que fue el autor principal del tipo de teoría comunista que formuló y apoyó la audaz ruptura de Tito con Stalin, en nombre de la independencia nacional.

Del mismo testimonio y de los ejemplos históricos que le dieron la razón, puede concluirse, primeramente, que, en la actualidad, los sistemas comunistas, aunque no exista un sistema internacional al cual pertenezcan, reproducen la misma estructura moscovita de una nueva clase dominante en base al poder del Estado y con fundamento en una ideología proletaria. Y, en segundo lugar, que esos sistemas por esa misma estructura clasista y aristocrática generan el germen de un repudio en la misma clase trabajadora y proletaria, que se muestra, entre otras manifestaciones, en la disminución del apoyo popular, que esos regímenes tratan de esconder con misiones o programas sociales, pero que suponen un control social por la misma aristocracia, puesto que de la desigualdad y de la pobreza de esa clase proletaria, deriva su monopolio aristocrático. Por eso, también, como sucedió en Hungría y después en Polonia los pueblos que soportan la nueva aristocracia de esos sistemas de un supuesto nuevo socialismo, hacen y harán frente heroicamente a nuevas luchas por la libertad y la democracia. Por lo que el compromiso de quienes predicán esos valores democráticos es el de conformar plataformas unitarias alrededor de un mensaje de desmontar la aristocracia del socio capitalismo del Siglo XXI, a través de pactos sociales de desarrollo equitativo, libre de monopolios, y de garantía de los derechos económicos y sociales de las clases más desfavorecidas.

Aristocracia está que bien pudiera llamarse “*el mantuanismo del socialismo del siglo XXI*”

CREACIÓN DE LA CÁTEDRA “ALBERTO ADRIANI” EN EL DOCTORADO EN ECONOMÍA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA

Caracas, 10 de junio de 2011

La confluencia de los hechos determina la historia, si de ellos se puede escribir historia. Lo que parece una cacofonía o tautología, sin embargo, es un círculo de causa y efecto y de efecto y causa. No se escribe historia sin acontecimientos. Pero no cualquiera sino aquéllos que a pesar del tiempo representan consecuencias en la vida de un país. Y esas consecuencias no se explican si no existen acontecimientos que las inciten. Pero en ese hacer y quehacer de la historia hay también personas cuya vida y obra y muerte son acontecimientos que dejan huella perenne, hasta el punto que seguirlas hoy es vivir un ayer que se vuelve un presente. Vale, señores, esta reflexión sobre las causas de la historia, con ocasión de la creación, en el Doctorado en Economía de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, en esa atalaya de la verdad, como lo es la Universidad Central de Venezuela, de la “Cátedra Institucional Alberto Adriani”, con ocasión de celebrarse el ciento décimo tercer aniversario del nacimiento, en Zea, Estado Mérida, de Alberto Rómulo Adriani Mazei, el 14 de junio de 1898, muerto el 10 de agosto de 1936, con apenas treinta y ocho años de edad. En esa corta vida, Alberto Adriani, en palabras de Mariano Picón Salas, fue “*un hombre, de los más limpios y mejores en esta promoción de la historia venezolana*”¹. Y su muerte, según Arturo Uslar Pietri, puso una palanca al destino nacional, que alteró “*el ritmo fatal de nuestra historia*”². Dice este ilustre venezolano que, “*La hacienda pública, cuya estructura arcaica contraría y comprime la economía venezolana, iba a recibir la formidable*

¹ Picón Salas, Mariano, “Para un retrato de Adriani” de la primera edición de “Labor Venezolanista”, reproducida en su Sexta Edición publicada por la Academia Nacional de Ciencias Económicas (Caracas 1989), p. 35; y citado por Rojas Armando, en el Prólogo de la Obra “Alberto Adriani Textos escogidos”, Biblioteca Ayacucho (Caracas, 1998), p. XXXIV.

² Uslar Pietri, Arturo, “Introducción a la primera edición de “Labor Venezolanista”, reproducida en su Sexta Edición publicada por la Academia Nacional de Ciencias Económicas (Caracas 1989), ya citada, p. 11; y citado por Rojas Armando, en la Obra mencionada, p. XXXIV.

*renovación que haría de ella el instrumento de una vasta y decisiva transformación nacional*³. A esta afirmación, me permito agregar, que Adriani plasmó un pensamiento que nos legó en el ensayo económico, en el plan político y en la función de gobierno, y que “*tiene calidad y materia para seguir fructificando*”, como también lo dijo Picón Salas, porque “*es ejemplar la historia de este hombre, en este país nuestro de tantas historias inejemplares*”⁴.

Con esta Cátedra, fruto del empeño del director del doctorado en Economía, Dr. Luis Mata Mollejas, que la Fundación Alberto Adriani promovió, como un objetivo dentro de su finalidad, se concreta su cometido de difundir en la comunidad universitaria y nacional el pensamiento económico de su epónimo, que es el legado de su quehacer inacabado para la modernización y progreso de nuestro país. Que se forjó entre valles, montañas y lomas, al abrigo de las quebradas Murmuquena, El Playón, Caño El Tigre y Churrascos y a la vera de los Ríos Guaruríes y Culegría, desde su Casa Paterna con el conocimiento del negocio cafetalero y ganadero de su Familia y con el trabajo de unas tierras en el Alto Uribante. En “*aquel ambiente de montañas*”, dice Rafael Ángel Rondón Márquez, “*ayudando a sus padres desde pequeño, sobre el lomo de las bestias, en sus quehaceres agrícolas y pecuarios, encontrando en el hogar una atmósfera de cultura*”⁵. Así como en su Colegio Santo Tomás de Aquino con las enseñanzas de su Maestro Félix Román Duque, a quien dijo en Carta que le dirigió desde Londres el 10 de junio de 1926, “*En lo poco que he podido hacer y en la obra que pueda reservarme el porvenir, deberá muchos a los años de adolescencia y de primera juventud, que pasé en su Instituto, y que son los que verdaderamente cuentan en la formación moral e intelectual. Lo bueno que pueda haber en mis ideas y en mi conducta deben mucho a la noble inspiración moral de su enseñanza*”⁶. Y, con el empeño de sus paisanos de modernizar su pequeño pueblecito de Zea con la instalación de un telégrafo, del correo, de imprenta y de periódicos. Zea, su lar nativo, siempre fue su cubículo idílico y bucólico de observación y de investigación del acontecer nacional, bajo la inspiración de su Santo Niño de la Cuchilla y de la propia naturaleza rural de su entorno. Tan es así, que antes de su periplo diplomático por Europa y Estados Unidos, comienza a escribir sobre temas económicos en el periódico “*El Impulso*”, que editaban en 1914 su hermano Elbano y Rafael Ángel Rondón Márquez: Y tampoco deja de escribir desde instancias internacionales ensayos económicos como el de “*Población y saneamiento*”, para ese pequeño diario zedeño, en 1925, o de carácter político, como el fascismo en Italia. Y como a su regreso a la Patria en 1930, desde su Zea natal, reflexiona y escribe su proyecto de desarrollo para Venezuela, referentes a la construcción de carreteras, la creación de un Banco Central sobre agricultura, finanzas y particularmente sobre la

³ *Ibidem.*

⁴ *Ibidem.*

⁵ Rondón Márquez, Rafael Ángel, “*Alberto Adriani*”, *El Universal* 10 de agosto de 1936, en “*Adriani*”, Editorial Ex Libris, Caracas (1946), p. 506.

⁶ Archivo de mi Padre, José Román Duque Sánchez, fallecido el 9 de agosto de 2000.

economía cafetalera. Es significativo resaltar su crítica, escrita desde Zea, al decreto de 21 de diciembre de 1935 de López Contreras, encargado del Poder Ejecutivo, que disponía la compra de café a precios superiores al del mercado, que determinó que fuera llamado a Caracas y designado Presidente de la Junta de ampliación de los benéficos de dicho decreto al cacao, al ganado y a otros productos agrícolas, que presentó un proyecto que se convirtió en el decreto de estableció cambios diferenciales para los productos de exportación que rigió hasta 1941. Así, el 29 de abril de 1936 es nombrado Ministro de Hacienda, de donde salen las leyes de arancel de aduanas, de renta interna, de cigarrillos y la Revista de Hacienda; y a su paso por el Ministerio de Agricultura, en mayo de ese año, edita el primer número del “Agricultor Venezolano”, y posteriormente, crea la Comisión de Estudios de Legislación Fiscal. Pocas veces un modesto pueblecito andino, como lo era Zea, representa un Belén para la nueva economía venezolana. Y desde donde Adriani se convirtió “*en el testigo crítico implacable de nuestra economía*”⁷.

Alberto Adriani, merideño, de proyección nacional e internacional, es de esos venezolanos que contribuyen a formar lo que Augusto Mijares, denomina “*la columna vertebral de la República*”, como lo es su tradición civil, la legalidad, el orden, la ciencia y el progreso; y que Tomás Polanco considera que deben ser calificados de “*venezolanos insignes*”,⁸ por lo mucho que su Obra ayuda a comprender a Venezuela para poder pensar en una Nación optimista, positiva, llena de vida y de orgullo, por lo tanto bueno que tiene y que ha tenido.

La vida de Alberto Adriani tuvo tanta trascendencia y tanta importancia su Obra, que en el aniversario de su nacimiento la Fundación que lleva su nombre, y el Doctorado en Economía, han querido celebrar un acto especial en su memoria, para crear la Cátedra que lleva su nombre. Porque es un modo de retribuir lo mucho de lo que hizo para dotar de medula espinal a la columna vertebral de la República y para mantenerla erguida. Con estos actos la Fundación “Alberto Adriani” y el Doctorado en Economía, no solo cumplen con su finalidad de propender al desarrollo y progreso de las ciencias sociales y económicas; sino particularmente con participar activamente en el justo reconocimiento que se hace nacionalmente a uno de los más insignes forjadores del pensamiento económico nacional, y quien fue un extraordinario Estadista, que se distinguió por su visión prospectiva de políticas públicas para el desarrollo equitativo de una Venezuela moderna y progresista. Ambas instituciones”, al llevar a cabo este acto en su honor, tienen presente lo que decía Plinio “El Joven”, que “*es una misión noble rescatar del olvido a los que deben ser recordados*”.

Y, es cierto, Alberto Adriani, debe ser recordado no solo como uno de los primeros economistas venezolanos, sino también como un gran estadista. Porque

⁷ Picón Salas, Mariano, “Para un retrato de Adriani” de la primera edición de “Labor Venezolano”, reproducida en su Sexta Edición publicada por la Academia Nacional de Ciencias Económicas (Caracas 1989), p. 29.

⁸ Polanco Alcántara, Tomás, *Venezuela y sus Personajes*, Presentación, Ediciones GE (Caracas 1998), p. IX y X.

poseía en el ejercicio de funciones públicas un espíritu sano y equilibrado; agudeza y profundidad; y una sólida cultura que le permitió percibir las realidades nacionales e internacionales y sus diversas manifestaciones en la ciencia económica y en las complejidades de la vida humana y las variantes propias de la vida social en el diseño de políticas públicas para la modernización del Estado.

Honran y se honran la Fundación homónima y el Doctorado en Economía, al rendir un homenaje, al Dr. Alberto Adriani, merideño y zedeño, en un nuevo aniversario de su nacimiento, en reconocimiento a su Obra, que es provechosa y da satisfacción, y que por eso puede ser calificada de sabia, como decía Santo Tomás de Aquino han de ser las obras de los sabios. En efecto, la Obra de Adriani, contiene sabiduría por los temas tratados económicos, financieros, agrícolas, de inmigración, que son de excelencia y porque además colman vacíos e ilustran aún más a los estudiosos de las Ciencias Económicas, por su visión prospectiva. Es provechosa, porque contribuye con la formación del pensamiento venezolano. Y, da satisfacción porque en las crisis propias de la historia nacional el estudio de su Pensamiento fortalece la fe y la esperanza en el futuro del país. Razón tienen sus paisanos, de proclamar con orgullo en su Himno Municipal, como blasón distintivo, que Zea, su Pueblo común, o “pequeña república” como lo llamó Miguel Ángel Burreli Rivas, o “parcela de afectos florecida”, como le cantó el poeta Zedeño Emiro Duque Sánchez; es “*Tierra de Adriani*”; puesto que, es “*ejemplar la historia*,” “*de un hombre joven y modesto nacido en un pequeño pueblo provinciano, cuyo talento y cuya honestidad pudieron ofrecerle en plena juventud, un grandioso destino*”; como lo expresó Picón Salas al recibir la noticia de la muerte de este joven estadista Zedeño.

Alberto Adriani, fue “*El visionario de Mérida*”, según Bernardo Celis Parra, cuyo nacimiento se conmemora en este acto, pero, no como una página más de esa historia llena de páginas, sino de una historia, en “*donde no son vanos los hombres que se reviven*”, como dijo, el Dr. Asdrúbal Baptista, y cuyo recuerdo no son “*meras sombras de un tiempo irreversiblemente ido, si se tomara este espacio que ahora se les concede como el recuento de una gesta, y no como la imposición y el reclamo de un tiempo que aún no es y que lucha con denuedo, en nosotros y a través de nosotros, por ser*”.

Alberto Adriani reveló una alta calidad intelectual y moral del venezolano excepcional que fue. Esa Obra sirve y servirá como lección a los presentes y futuros venezolanos, de la “*Labor Venezolanista*”, materia aún pendiente de los diferentes gobiernos y de la sociedad venezolana; que la Cátedra que lleva su nombre se encargará de promover; cuya memoria y recuerdo se hacen cada vez más necesarios. Y que el economista Miguel Szinetar Gabaldón, define como “*Proyecto Social de Alberto Adriani, por “el conjunto de ideas integradas en torno a una propuesta para cambiar la sociedad”*”.

Y, de “una representación anticipada de la acción, o de las acciones que tendrían que efectuarse para lograr el cambio de una sociedad determinada”⁹.

Este acto, a pesar de su austeridad, tiene también el propósito de solidaridad con nuestra principal Casa de Estudios, hoy asediada por la asfixia presupuestaria que están sometidas las universidades, que afecta no solo a su administración, sino principalmente a sus actividades de investigación científica, humanística y tecnológica, y por la tendencia que se quiere imponer de sustituir el sistema democrático universitario, dentro de lo que su Vicerrector Académico, Dr. Nicolás Bianco, en reciente entrevista definió como “un espíritu antinuniversitario”, que esconde “*un nuevo formato de allanamiento de las universidades*”. Ante ese déficit y ese acosamiento la sociedad no puede ser indiferente. Porque no es solo una cuestión universitaria lo que se juega sino el mismo destino nacional. Por lo que las instituciones civiles de esa sociedad han de suplir las carencias de nuestros centros de estudios. Ese compromiso lo trata de cumplir la Fundación Alberto Adriani con un modesto apoyo económico al Doctorado en Economía para el sostenimiento de la Cátedra que lleva el nombre del venezolano que dejó su pensamiento venezolanista para que sirva de fuente a los estudios modernos de las ciencias de la economía. Señores, hoy más que nunca, si queremos que la Universidad del Siglo XXI sea un “*espacio natural para el discernimiento, para la crítica y el debate nacional*”¹⁰, la cuestión universitaria nos compromete a todos.

⁹ Szinetar Gabaldón, Miguel, *El Proyecto Social de Alberto Adriani 1914-1936*, CENDES, Sesión Mención Publicación, Caracas, 1998, p. 3.

¹⁰ Ver mi Discurso del Doctorado Honoris Causa de la Universidad de Los Andes del 29 de septiembre del 2005. Ediciones de Hoet Peláez, Castillo & Duque (septiembre de 2005).

ALBERTO ADRIANI EN LA ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS ECONÓMICAS

Caracas 13 de junio de 2012

Para la presentación de mis palabras en esta efeméride del aniversario del nacimiento de Alberto Adriani, tomo prestado el título de una obra de Mario Benedetti “*El Porvenir de mi pasado*”. Quienes no conocieron personalmente a Alberto Adriani, sino a través de la tradición familiar y de vecinos y paisanos, y por la lectura de sus trabajos y de las glosas de los estudiosos de sus Obras, tienen que imaginárselo en su época y en sus circunstancias, a la manera de Ortega y Gasset, quien destacaba la importancia de tener en cuenta el tema de los tiempos presentes. De ese aprendizaje llegamos a conocerlo como uno de nuestros primeros economistas, como ser humano, como provinciano universal y sobre todo como visionario de la Venezuela integral que aspiraba y que quería. Fue, un hombre anticipado, como llama Ramón J. Velásquez, a quienes trascienden su época. ¿Profeta, visionario o economista científico, se pregunta, ¿Luis Xavier Grisanti, ha de calificarse a Alberto Adriani? De forma que proyectando su pensamiento a este mundo globalizado, de mercados integrados, del Internet, de Estados descentralizados y del desarrollo sostenible y de la agricultura sustentable, podré, sin la altura y sin el dominio de los temas que ocuparon su mente, cumplir con el honroso compromiso que se me ha encomendado de decir estas palabras, en esta docta Academia, y de cooperar con el objeto social de la Fundación que lleva su nombre de propiciar la divulgación de su obra, su pensamiento y su personalidad, como científico social. Que justifica, sin duda, que su busto, que hoy se coloca, en el Pórtico de la Academia Nacional de Ciencias Económicas, sirva de inspiración para el fomento del pensamiento económico venezolano, cónsono con las realidades sociales donde desarrolla su labor de fortalecimiento de las instituciones de estas ciencias de cuyo desarrollo depende cada vez más la estabilidad y el crecimiento de las sociedades y de las naciones.

Con la proyección de su pensamiento a la actualidad, Adriani viaja a través del tiempo y continúa viviendo entre nosotros. Proyectando su pensamiento como inspiración de nuestro porvenir. Porque si estuviera entre nosotros, en una eternidad imaginaria, nos invitaría a examinar siempre con visión crítica, nuestros fenómenos sociales y económicos, pero con criterios de la ciencia y de la cultura, para que no nos embrijuen nuevos taumaturgos providenciales, y con seguridad nos prevendría contra el mito de los nuevos héroes, recordándonos, ilustrado

como lo seguiría siendo, las palabras de Galileo en el drama de Berthold Brecht, que éstos hacen desgraciados al país que los crean, los reclaman y lo solicitan. Su eterna presencia entre nosotros será, pues, un perenne reclamo a pensar y a luchar por Venezuela, para construirla mejor y para reconstruirla diariamente, pero mediante el esfuerzo colectivo, ordenado, solidario y en convivencia. Es decir, una labor venezolanista, como calificó Arturo Uslar Pietri, a su obra progresista y visionaria.

Quien, como Adriani, que, en una Venezuela rural, a los doce años hablaba con propiedad sobre nuestro incipiente desarrollo industrial, del problema internacional del café y de la ganadería, del estaño boliviano y del cobre chileno, y que ya tenía conocimientos de contabilidad. Quien, como él, que, en una Mérida recoleta, maravilló a Mariano Picón Salas porque además del italiano hablaba inglés y francés y se expresaba y escribía en castellano correcto, aprendido en el Colegio “Santo Tomás de Aquino”, del Bachiller Félix Román Duque, mi abuelo, del cual fue uno de sus primeros once alumnos. Quien sino esta personalidad, de cuya tesis de Bachiller sobre psicología comparada, escrita en 1916, pudo decir el jurista Dr. Cristóbal Mendoza, “*Cuanta profundidad en la tesis de un jovencito*”. Que, mejor pues, que el pensamiento integral de Alberto Adriani para inspirar nuestro porvenir, quien desde Zea, su pueblo natal, donde se perpetuó en bronce su memoria, junto al de su Maestro, que le trazó su camino y que le orientó hacia una visión de Patria y del Mundo; y desde su morada en el Panteón Nacional; donde descansa desde 1999; en apacible sueño de siglos, para que siga siendo “*el testigo y crítico implacable*” de nuestro presente y futuro, al igual que lo era de la economía y de la sociedad en el pasado, en palabras de Don Mariano Picón Salas.

La contemporaneidad del pensamiento del joven Adriani aparece ya con visión integracionista, en su conferencia “Progresos Democráticos de la América Latina”, dictada en el Centro de Estudiantes de Derecho, donde asoma su perfil de estadista, al proponer políticas públicas, para mejorar en democracia, con palabras de vigencia actual: “*Protección para el que trabaja, queremos levantar de sus ruinas la industria y el comercio; queremos dar un impulso gigantesco a la instrucción, favoreceremos la inmigración que ha de traer a nuestras playas gentes robustas de cuerpo y espíritu que levante nuestra raza que decae o se estaciona, tendremos ferrocarriles, construiremos carreteras, impulsaremos nuestras comunicaciones marítimas, para que por mar y tierra transite sin tropiezos la riqueza nacional. A donde no llegue la iniciativa individual, allí estará la del gobierno*”. Sin embargo, como prevención ante los efectos nocivos de lo que hoy sería una globalización homogeneizante advertía, ya en su madurez, que porqué es ¿“*imposible llegar a planear una labor constructiva que surja de la realidad venezolana, que entronque nuestra tradición, que responda a nuestra vocación nacional?* Puesto que interrogaba -y sigue interrogando- ¿*Estaremos siempre condenados a imitar a los demás, a ser el eco de los demás, a vivir de los otros, a fugarnos de nuestro país, a la manera de esos literatos de la generación pasada que se hicieron sus mundos artificiales, a quedarnos aquí sólo a justificar todos nuestros pecados como lo hicieron los sociólogos de la misma generación?* Si en 1941, Manuel Egaña, al inventariar el cumplimiento del pensamiento del legado

de Adriani, como proyecto de país, decía, que *“Todavía estamos en deuda con Venezuela y Alberto Adriani”*, hoy a ciento catorce años de su nacimiento y a setenta y seis años de su muerte, el proyecto de país de Adriani, *“primer estadista moderno de nuestra historia*, según Armando Rojas, es una institución testamentaria incumplida. Seguimos aún no sólo más dependientes del petróleo, sino que las políticas públicas no han sabido compaginar el hecho nacional con la realidad de un mundo globalizado.

El legado venezolanista de Adriani, nos obliga a examinar la realidad nacional para resaltar nuestros valores. Para que aprendiendo a vivir en comunidad nacional podamos formar parte de la comunidad de pueblos latinoamericanos y mundiales, actualizando una definición clara del rol del Estado y de la Sociedad civil, en la economía y en la planificación integral del desarrollo, que no se quede en lo puramente comercial, sino que ponga énfasis en la promoción de una agricultura moderna y diversificada y en la educación para el empleo permanente. Interpretamos así actualmente el pensamiento de Adriani, que vio que el desarrollo de su pueblo, no podía quedarse sólo en el mejoramiento de sus haciendas familiares. Y, tampoco dentro de Venezuela sino allende de nuestras fronteras y de nuestros puertos, surcando mares y tierras extranjeras. En lo que hoy es un proyecto político superior que trasciende las relaciones económicas y comerciales para comprender todos los sectores para asegurar el desarrollo de nuestro pueblo, en el ámbito regional, continental y mundial.

“Pocas veces en la historia”, dice Burelli Rivas, al referirse a Adriani, *“coincidian la vocación y la preparación de un hombre con la oportunidad de serviles que se le abría”*. Lo cierto es que Adriani supo entender el momento histórico de las oportunidades. Estaba consciente, como lo escribió en su Cuaderno de Notas, que *“si el destino lo quisiera, toda la máquina del Estado podría estar sobre los hombros de nuestra generación. Es necesario aperebirse desde ahora de esa posibilidad. Me preparo para mañana, sin concebir grandes esperanzas, sino con la intención de obedecer dócilmente a las circunstancias”*. Y así fue. Cuando estudiante se preparó para esas oportunidades, desde su pueblo natal, donde aprendió a conocer la realidad rural, pero también lo importante de la educación y de la cultura, para la modernidad de lo primitivo y de la necesidad de las comunicaciones para la superación del aldeanismo. No por casualidad, después, como estadista y planificador, puso tanto empeño en el desarrollo de las vías fluviales, carreteras y ferrocarrileras para mejorar la población y la agricultura y para permitir la exportación de productos nacionales en función de igualdad con otros países. Esa preparación se asomó en su primer proyecto de país, que fue presentado en aquella conferencia estudiantil sobre los progresos democráticos de América Latina, adelantándose en el tiempo a las políticas públicas, como factor del desarrollo, y que después pudo plasmar, sin duda, en el “Programa o Plan de Febrero”, cuyo pensamiento, según Burelli Rivas, fue capital en la formulación de este Plan, junto con el de Diógenes Escalante y Manuel Egaña.

La planificación económica y financiera, como instrumento del desarrollo, aprendida desde el manejo de las diversas fincas familiares, bajo el agobio de cri-

sis cafeteras y la presión de los altos costos de producción y sus bajos rendimientos, tuvo en Adriani en uno de sus primeros propulsores en el país. Todo ello con una visión integral y de Patria, ante la tragedia que la persigue, como expresó mi Padre José Román Duque Sánchez, en sus palabras del cincuentenario de la muerte de Adriani, ante esta misma Academia. Consciente que la independencia política va de mano de la autonomía económica, y que es necesario ordenar las actividades y capitales, que están o vienen a nuestra Patria, Adriani, reclamaba, acorde con su tiempo, pero, con vigencia actual, que *“Debemos adoptar una política económica”*, que no debe ser circunstancial, sino con visión de futuro y de patriotismo, sin exclusividades y exclusiones, en democracia y en libertad, conforme al mismo pensamiento vigente de Adriani. Una política que debe partir de una educación para el trabajo, y contemplar la planificación de una agricultura tecnificada, moderna y diversificada, de un sistema tributario justo, de una interconexión nacional e internacional, dentro de una seguridad jurídica que garantice el fruto del esfuerzo y el respeto del trabajo. Propositiones que aún son materias pendientes, y que, por su actualidad y vigencia, permiten calificar a Adriani, en palabras de Burelli Rivas, como *“verdadero estadista, y tal vez el más completo del Siglo XX, por la modernidad, coherencia y coraje de sus planes”*. Y, por la visión de futuro de un proyecto de país, agregamos nosotros, que es lo que mejor define a los estadistas. Es así, como 1936, el gran año y el último de su vida, conforme Simón Alberto Consalvi, *“vio consagrarse a Alberto Adriani como uno de los estadistas de más profunda comprensión de los problemas venezolanos, como un financista de teorías contemporáneas y como una de las mentes más disciplinadas de su tiempo”*. Casi al final de sus días, escribió: *“Nuestros problemas son de sanidad, educación, comunicaciones, de economía, en una palabra, de nuestro tremendo atraso nacional”*. Sin duda, que Adriani, sigue vigente entre nosotros, porque sus reclamos continúan pendientes e insatisfechos.

La perennidad de su pensamiento sobre los efectos nocivos de un país petróleo-dependiente y su influencia en nuestro provenir, sigue siendo de actualidad, no obstante su nacionalización, porque si bien la industria petrolera ha servido para engrosar las arcas públicas; aún *“el país no obtiene ventajas con las cuales podamos estar jubilados, por más que sean en cierto sentido, satisfactorias”*; en palabras admonitorias y de actualidad de Adriani, y que tampoco ha servido para modernizar nuestra agricultura, mejorar la prestación de los servicios de salud, en riego, en viviendas suficientes y decentes, en mejorar la calidad de la educación y de la investigación, y en ampliar y mejorar las vías de comunicación, como reclamaba el mismo Adriani. Pero la visión integracionista de Adriani no desmejoraba la importancia de lo local en el desarrollo nacional. Adriani, fue ante todo un lugareño, y, sin dejar de serlo, fue después, internacionalista. Su fuerza la sacaba de lo suyo, de lo local, porque valoraba la influencia de lo propio en la conducta de los pueblos y porque ha de tenerse en cuenta la esencia de lo social y familiar en el engrandecimiento de lo nacional. Porque para él, *“la vida campesina no es tan salvaje como pudiera suponerse”*, porque, de la tranquilidad que ella supone, podría agregarse, nacen no sólo reflexiones sino compromisos. Así, esa vida rural hizo reflexionar a Adriani, sobre el destino de la Patria, que después de regreso de un largo periplo por Europa y Norte América, proclama desde la sencillez de su

Pueblo, al retornar a “su *antiguo y nunca olvidado oficio de campesino*”, este homérico compromiso deontológico, que aún es de impresionante realidad: “*Venezuela en manos de rapaces e ignorantes. Pero esperemos. La revolución no se hace de la noche a la mañana. Gómez es en cierta manera, el resultado de un estado social. Antes de reaccionar contra él debemos reaccionar contra nosotros*”.

De sus palabras del Salón de Lectura de San Cristóbal, puede derivarse la importancia que otorgaba Adriani al regionalismo positivo. Allí dirá de la capital tachirense, lo que es aplicable a nuestras capitales provincianas: “(...) *San Cristóbal está llamada a grandes destinos. Será siempre, para bien de la Patria, una de las obreras de su historia, uno de los puntos de concentración de las energías venezolanas*”. Es verdad, las sinergias nacionales nacen y convergen de lo local a lo nacional. Por eso, a este discurso, en sus palabras en el cincuentenario de la muerte de Adriani, mi Padre, lo calificó de “*exposición extraordinaria, clara y precisa del nacionalismo económico*”, que se basa en la importancia de lo local para fortalecer lo nacional. Quizá, en ese aprecio por lo propio y de su peso en lo personal y nacional, tuvieron mucho que ver los consejos de su preceptor provinciano, Félix Román Duque, porque como afirma Armando Alarcón Fernández, “*la formación de Adriani fundamentalmente sus concepciones filosóficas, su formación intelectual dependió de ese gran maestro, patrimonio espiritual de Zea, a pesar de no haber nacido en esta tierra*”. Es así como el desconocimiento de las potencialidades y valores culturales y sociales de las localidades y las regiones lleva a un desarrollo pobre de la Nación, porque no se atiende a las partes que la componen, sino al vértice territorial, por creer que al beneficiar a éste mejoran sus partes locales. No es cierto, ello conduce a un país desigual, a un desarrollo inestable, a un sistema político ineficaz y corrompido y a un desequilibrio territorial. Ciertamente, el olvido de lo local ha permitido la concentración del poder, de recursos y de oportunidades y la marginalidad de la mayor parte del territorio nacional. Adriani, sin duda, al recomponer lo lugareño en el contexto nacional, desde las primeras décadas del Siglo XX, fue un adelantado de lo que modernamente es el proceso de descentralización, al proclamar como mensaje a sus coterráneos, pero también aplicable a todas las regiones, este pensamiento definidor: “*Para edificar la grandeza de la Patria, comience cada uno por su Municipio. Comencemos nosotros por nuestro Zea*”. Mensaje este que día a día es cada vez más realidad en nuestro país.

Hoy día cuando después de la Cumbre de Río Janeiro de 1992, se viene hablando de desarrollo sostenible y de agricultura sustentable, que se basa en la conjunción del crecimiento económico con la protección del ambiente y el bienestar social de las personas, cobran vigencia las reflexiones de Adriani respecto del cultivo del café, que proclamaban la mejor preparación de la tierra, la resiembra y conservación de los cultivos de sombra, el control plaguicida, el reacondicionamiento de las instalaciones de beneficio, la adecuada recolección de la cosecha y adecuadas condiciones de vida para los trabajadores rurales. Así como la planificación del mejoramiento del cultivo en los mercados nacionales e internacionales para asegurar su colocación, la suficiencia de la producción y estimular el consumo por la calidad del producto. Líneas estas de acción que se inscriben en lo

que contemporáneamente se denomina seguridad alimentaria. Y que Adriani consideraba que debía merecer la atención mundial a través de un organismo internacional para la agricultura, que concebía como un ente de investigación y experimentación para contribuir con el mejoramiento de los cultivos para asegurar la alimentación de la humanidad. Organismo cuyas funciones lleva a cabo hoy día la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura. Para Adriani, según Francisco Mieres, el gran reto, es el cómo reconstruir la economía interna y propia del país, sobre la base de la producción agrícola. Reto no alcanzado hasta el presente. Y, si hoy se proclama el desarrollo rural integral como base de la agricultura sustentable y no cabe duda que el pensamiento agrarista de Adriani sigue siendo fuente y nutriente del hacer y del deber ser nacional en materia de desarrollo rural integral, que ciertamente es más que el simple reparto y ocupación de tierras y del desordenado otorgamiento de créditos para una agricultura sin planes y sin control.

Sociopolítico científico, Adriani también, con la experiencia de su trashumancia internacional, y su arraigo regional, y la vivencia que le dio el estudio de nuestra Historia, pudo analizar, con admoniciones futuristas, las causas y consecuencias de la Guerra Federal, en donde según él, prevalecieron intereses políticos en sus ideólogos, que llevaron a una lucha incorrecta y tal vez hipócrita, sobre una plataforma única: Centralismo o federación, y donde triunfó esta última porque entre sus huestes había un caudillo y no porque propiamente hubiera triunfado un proyecto federalista. De esa guerra, sólo quedó el *“Dios y Federación”*, dijo Adriani, reduciéndose el federalismo a una simple fórmula de tintero de escritos oficiales. Y, con la autoridad del estadista, advertía en 1936 sobre la forma de utilizar ideologías externas para hacer política de Estado, con las siguientes aprensiones, que tienen actualidad y vigencia en el acontecer nacional del Siglo XXI: *“Ha vuelto a cundir la peste de ideólogos tropicales (...), que se empeñan en arrastrarnos a disputas bizantinas sobre sistemas políticos, a discusiones sobre metafísica política; que persisten en mirar hacia atrás como la mujer de Lot; y, sobre todo, que se afanan de transmitirnos los morbos que van asociados con la Rusia de Stalin, con la Alemania de Hitler y la Francia de Herriot”*. Siguen vigentes estas admoniciones, para evitar que ese tipo de ideólogos persistentes, terminen llevándose *“nuestras esperanzas y nuestras oportunidades, que son fragmentos de nuestra vida”*, como alertaba Adriani.

El escritor merideño Germán Briceño Ferrigni dice que Adriani y Picón Salas fueron en su juventud, en la edad madura y que hubieran sido en la vejez, almas gemelas y parecidas, y que esos dos jóvenes en su época *“resumían la clarividente visión de un país aún no metido en la pobreza de la riqueza fácil”*. Y que *“ambos, en sus lecturas, conversaciones y gustos, expresaban ese ideal de superación y perfeccionamiento juvenil que hoy nos parece, en ocasiones, como decaído y hasta caducado”*. Este mismo escritor merideño afirmó que *“Adriani y Picón Salas han sido, sin duda, el mejor aporte de Mérida al Siglo XX venezolano. Los dos fueron camino y mensaje (...)”*. Y para Manuel Caballero en su publicación *“Dramatis Personae”*, Adriani, por ser paisano y amigo de juventud, fue uno de los

venezolanos con quien Picón Salas mantuvo correspondencia permanente, “*mezclando política, cultura universal y nostalgia por el terruño común*”, y que si bien Betancourt lo sedujo por su claridad de miras y ferra voluntad de combate, “*con Adriani*”, Picón Salas, “*llega a imaginar una simbiosis que, al regresar a su país, traerá la solución real de sus problemas: La educación en sus manos, la economía en las de Adriani*”. “*Un sueño de país*”, según lo expresó su paisano Omar Rosales Márquez, en su biografía. Si así hubiera sucedido Venezuela fuese otra.

Con Asdrúbal Baptista, al examinar lo hecho y dicho por Alberto Adriani, puede concluirse, que “*Durante las cuatro décadas cuando corre la vida concedida a Alberto Adriani se estableció el derrotero del Siglo XX venezolano. Este fue su tiempo, pero también y con apenas distancias de alguna significación, ha sido el nuestro. Pero decir su tiempo, y, sobre todo, pensar en lo que él fue, es aludir a la dimensión de lo que aún no ha acontecido, a lo que acaso conjeturamos, o a lo que se busca con afán apurar para que acontezca. La madera de la que estaba hecho Adriani era para el futuro. Si hubiere que preguntarse qué lo constituía, la respuesta tenía que ser: ni agua ni fuego; ni tierra ni aire. Sólo tiempo, pero, además, tiempo por venir*”. Ciertamente el pasado de Adriani sigue siendo nuestro porvenir, porque, “*el pensamiento de él queda en el ensayo económico, en el plano político, en la decisión administrativa, tienen calidad y materia para seguir fructificando. Y es ejemplar la historia (en este país nuestro de tantas historias inejemplares) de un hombre joven y modesto nacido en un pequeño pueblo provinciano, cuyo talento y cuya honestidad pudieron ofrecerle en plena juventud, un grandioso destino*”, como pudo decir su amigo desde y para siempre, Don Mariano Picón Salas, al conocer de su muerte. Por eso, Luis Xavier Grisanti, citando a Egaña, al concluir su excelente biografía sobre este gran venezolano, exclama: “*Todavía estamos en deuda con Venezuela y contigo, Alberto Adriani*”.

La vida de Alberto Adriani tuvo tanta trascendencia y tanta importancia su Obra, que la Academia de Ciencias Económicas y la Fundación que lleva su nombre, tienen como parte de su actividad celebrar actos especiales en su memoria. Porque es un modo de retribuir lo mucho de lo que hizo para dotar de medula espinal a la columna vertebral de la República y para mantenerla erguida. Con estos actos la Academia y la Fundación “Alberto Adriani” no solo cumplen con su finalidad de propender al desarrollo y progreso de las ciencias sociales y económicas; sino particularmente con participar activamente en el justo reconocimiento que se hace nacionalmente a uno de los más insignes forjadores del pensamiento económico nacional, y quien fue extraordinario estadista, que se distinguió por su visión prospectiva de políticas públicas para el desarrollo equitativo de una Venezuela moderna y progresista. La Academia y la Fundación “Alberto Adriani, al llevar a cabo este acto, tienen presente lo que decía Plinio “El Joven”, que “*es una misión noble rescatar del olvido a los que deben ser recordados*”. Con ese propósito esta Fundación y el Doctorado en Economía de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad Central de Venezuela crearon el 10 de junio de 2011 la Cátedra institucional que lleva su nombre, con el propósito de promover lo que el economista Miguel Szinetar Gabaldón, en su tesis de Doctorado en Estudios del Desarrollo, define como “Proyecto Social de Alberto

Adriani, por “el conjunto de ideas integradas en torno a una propuesta para cambiar la sociedad”. Y, porque significa “una representación anticipada de la acción, o de las acciones que tendrían que efectuarse para lograr el cambio de una sociedad determinada. Es cierto, Alberto Adriani, debe ser recordado no solo como uno de los primeros economistas venezolanos, sino también como un gran estadista. Porque poseía en el ejercicio de funciones públicas un espíritu sano y equilibrado; agudeza y profundidad; y una sólida cultura que le permitió percibir las realidades nacionales e internacionales y sus diversas manifestaciones en la ciencia económica y en las complejidades de la vida humana y las variantes propias de la vida social en el diseño de políticas públicas para la modernización del Estado. Honran y se honran la Academia y la Fundación homónima al rendir un homenaje, al Dr. Alberto Adriani, en reconocimiento a su Obra, que es provechosa y da satisfacción, y que por eso puede ser calificada de sabia, como decía Santo Tomás de Aquino han de ser las obras de los sabios. En efecto, la Obra de Adriani, contiene sabiduría por los temas tratados económicos, financieros, agrícolas, de inmigración, que son de excelencia y porque además colman vacíos e ilustran aún más a los estudiosos de las Ciencias Económicas. Es provechosa, porque contribuye con la formación del pensamiento venezolano. Y, da satisfacción porque en las crisis propias de la historia nacional, el estudio de su Pensamiento fortalece la fe y la esperanza en el futuro del país. Puesto que, es *“ejemplar la historia, en este país de tantas historias in ejemplares, de un hombre joven y modesto nacido en un pequeño pueblo provinciano, cuyo talento y cuya honestidad pudieron ofrecerle en plena juventud, un grandioso destino”*; como lo expresó Picón Salas al recibir la noticia de la muerte del entonces joven estadista.

Agradezco este honor de escogerme como orador en la conmemoración del nacimiento de Alberto Adriani, en este augusto recinto, que me ha permitido no sólo destacar la proyección de su pensamiento para la solución de las crisis actuales nacionales, sino reencontrarme a través de sus palabras y reflexiones con nuestra propia esencia, que sin duda dan fuerzas para seguir trabajando por la construcción y reconstrucción del país; porque como él pienso que aún hay tiempo para la acción. Y de lo cual su busto, que dona su Fundación, colocado en el frontispicio de la Academia Nacional de Ciencias Económicas, como era la costumbre en las antiguas academias clásicas, para honrar a sus más ilustres miembros, donde se representaba a los sabios de la Antigüedad con rostro de sus contemporáneos, en homenaje a su labor venezolanista nos hará recordar la vigencia de su pensamiento, que sin duda no solo es un referente obligatorio en el nacimiento y crecimiento de estas ciencias, sino también un legado inconcluso para la modernidad de la economía nacional. De esta manera la Fundación Alberto Adriani recoge en un testimonio perenne la invitación que le hiciera el Dr. Luis Mata Mollejas, en su discurso de toma de posesión del Comité Directivo de esta docta Academia para el período 2012-2014, de colaborar y participar junto con ella, y otras instituciones en los asuntos que tratan “de los riesgos económicos y su conexión con la gobernabilidad”, que “no es baladí”, porque “interesa a todos y está dramáticamente vigente”.

LA CATEDRA “ALBERTO ADRIANI” UNA FORMA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL PODER LOCAL¹

El ejercicio del poder público según el artículo 168, de la Constitución, por parte de los Municipios, consiste en incorporar en el ámbito de sus competencias la participación ciudadana, concretamente en los procesos de definición y ejecución de la gestión pública y en el control y evaluación de sus resultados. Constitucionalmente, pues, “*el Municipio tiene que estar cerca del ciudadano*”². Principio este que ratifica la vigente Ley Orgánica del Poder Público Municipal que establece que la participación protagónica del pueblo en la gestión pública municipal es el medio necesario para su desarrollo tanto individual o colectivo, para lo cual las autoridades municipales deberán promover y garantizar la participación de los ciudadanos en dicha gestión dentro del poder municipal y no fuera de él. En ese orden de ideas, el pensamiento de Alberto Adriani, bajo el principio descentralizador de que el progreso de la Nación comienza por los municipios y que la educación es el alma y el corazón del pueblo, es afín con este propósito o política de la gestión pública municipal, en el sentido de que educar no es solo enseñar sino también promover la discusión libre y plural de las políticas públicas entre los ciudadanos dentro de sus propios espacios naturales de convivencia. Sobre estos principios constitucionales y adrianistas, la Alcaldía del Municipio Alberto Adriani, con el apoyo institucional de la Fundación que lleva su nombre, creó “La CATEDRA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA ALBERTO ADRIANI”, como un medio específico de participación y protagonismo de los ciudadanos de dicho Municipio para la discusión libre, incluyente y plural de las decisiones vinculadas al desarrollo municipal. O, en otras palabras, como una instancia de atención ciudadana para escuchar sus planteamientos, sugerencias, críticas o iniciativas, y que se inscribe en la pluralidad de formas de participación de los ciudadanos en los asuntos municipales a que se refiere el artículo 257, de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

¹ Palabras de promoción de la Catedra de Participación Ciudadana de la Alcaldía del Municipio Alberto Adriani del Estado Mérida, El Vigía, 28 de julio de 2016.

² Brewer Carías, Allan, “Introducción General al Régimen del Poder Público Municipal”, en la Obra conjunta *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, Colección Textos Legislativos N° 34, 3ª edición corregida y aumentada, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, p. 54.

Esta decisión del ejecutivo municipal parte del concepto constitucional del Municipio como unidad política primaria en la organización nacional, dentro del modelo de Estado federal descentralizado, que postula la Constitución como estructura política de la República, puesto que, en las unidades políticas primarias municipales, a nivel de las parroquias, es donde mejor se garantiza el efectivo ejercicio de la participación protagónica del pueblo en los asuntos de la vida local. Esa participación exige que la vida local tenga sus espacios propios de promoción, discusión, consulta, información y de participación. Es más, la creación de una Cátedra, sin una estructura burocrática, para estos propósitos, sino académica, de naturaleza mixta, con el propósito primordial de apoyar y estimular la formación y organización de los habitantes de las parroquias del Municipio “Alberto Adriani” para favorecer el protagonismo que les corresponde dentro del modelo democrático previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; cabe perfectamente dentro de la competencia municipal de impulsar y promover la participación ciudadana en el ejercicio de sus actuaciones. Un medio de participación como el de una Cátedra ciudadana, abierta, sin que propiamente sea un ente de la estructura formal administrativa municipal, pero integrada sectorialmente, es un medio democrático, no excluyente, que además de permitir la participación del pueblo organizado, fortalece la estructura del municipio y de las demás entidades locales, entre otras, las parroquias, como espacios políticos primarios de dicha participación, sin excluir otros mecanismos locales de participación, que están fuera de la estructura municipal y que pertenecen a otros poderes, como por ejemplo, los consejos comunales, que son instancias de participación ciudadana, pero integradas, conforme a un esquema centralizado, al poder nacional, y dependientes de la Comisión Nacional Presidencial del Poder Popular y de las Comisiones Regionales y Locales Presidenciales. En otras palabras, que La CÁTEDRA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA ALBERTO ADRIANI, es una materialización del derecho y del deber de los ciudadanos de participar en la gestión municipal, que no contradice cualquier otra instancia participativa perteneciente a los poderes nacionales o estatales, o de los particulares. Por ello, son integrantes natos de la Cátedra las organizaciones de los habitantes de las diferentes parroquias del Municipio Alberto Adriani. Aparte que esta Cátedra podrá servir de apoyo al Consejo de Planificación Local, para promover el concurso de las comunidades organizadas en lo relativo a su intervención en la planificación conjunta e integral del gobierno municipal. Así como, en general, dicha Cátedra, puede servir de tribuna y de vocero para que los diferentes medios de organización ciudadana e instituciones del Eje Panamericano presenten propuestas, iniciativas, quejas y planes sobre asuntos de interés colectivo y para que sirva de apoyo o de vocero a cabildos abiertos, asambleas ciudadanas, consultas públicas, iniciativas populares y legislativas, propuestas de referendos, medios de comunicación social alternativos, instancias de atención ciudadana y de promoción de instrumentos de autogestión y cogestión. Al igual que para la rendición de cuentas públicas o de informes de gestión.

La Fundación Alberto Adriani, como promotor de esta idea, de la Cátedra de Participación Ciudadana, bajo su nombre, estima que este instrumento permite vincular los consejos comunales, que son instancias de participación totalmente

IDEARIO JURÍDICO Y POLÍTICO SOCIAL

desvinculadas de los municipios y parroquias, con otros medios de participación previstos en la Ley Orgánica del Poder Municipal, sin que aquellos o éstos pierdan su personalidad o autonomía. De este modo se materializará el principio constitucional de discusión y deliberación ciudadana en la gestión municipal de las diferentes instancias de participación, pública o privadas, a través de la concurrencia en un ambiente plural y amplio, sin exclusiones, de todo medio de representación y de participación parroquial o de las diferentes entidades locales, sin sacrificar o renunciar a sus derechos, atribuciones o competencias. Sería, un modo, pues, de materializar a nivel municipal, la sociedad democrática, o el Estado Ciudadano, que es el principal propósito de la Constitución, según se desprende de su Preámbulo.

En breves palabras, quisiera hacer referencia a los diez (10) principios institucionales que definen La CÁTEDRA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA ALBERTO ADRIANI, como instancia del gobierno participativo municipal:

1º) El acercamiento del Municipio a los ciudadanos como nivel primario de participación política ciudadana.

2º) La vinculación entre el ciudadano y la toma de decisiones en función del interés general.

3º) La democracia participativa o de inclusión como sentido de pertenencia a la comunidad y como un proceso político de acceso a las decisiones públicas que afectan la propia comunidad.

4º) El mejoramiento de la democracia representativa con mayor presencia de la sociedad civil y más representatividad de las comunidades.

5º) La consolidación de la parroquia como factor de la desconcentración de la gestión municipal, de la participación ciudadana y del mejoramiento de los servicios públicos municipales.

6º) La interacción entre los vecinos y la administración municipal.

7º) La descentralización como la base de la democracia participativa y del ejercicio del poder local

8º) La lugarización, o la revalorización de lo lugareño o de lo pequeño o cotidiano.

9º) Promover la identidad del vigiense.

10º) La educación de la ciudadanía como base de la participación ciudadana

Y, finalmente, la Fundación Alberto Adriani se permite sugerir como temas de discusión y de deliberación para La CÁTEDRA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA ALBERTO ADRIANI, entre otros los siguientes:

1) La institucionalización del Eje Panamericano en una estructura municipal de segundo nivel, como un Distrito Panamericano.

2) La parroquialización de las aldeas, caseríos, barrios o urbanizaciones.

3) Iniciativas vecinales o comunitarias para promover la desconcentración para la mejor prestación de los servicios públicos municipales.

4) La consolidación del Núcleo Universitario Alberto Adriani de la Universidad de Los Andes (ULA).

5) La capacitación de auxiliares agropecuarios.

6) Pacto de consenso para el desarrollo integral del Municipio Alberto Adriani y de El Vigía como una ciudad agroindustrial, o “una ruropolis”.

Señores, La CÁTEDRA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA ALBERTO ADRIANI, es un hecho histórico dentro del desarrollo político venezolano, que nace bajo la inspiración de ese ilustre merideño, que con una visión de futuro vislumbró en la Zona del Alto y Bajo Escalante, como centro de un gran potencial agropecuario, a la meseta que domina la llanura aluvial del Sur del Lago de Maracaibo, sobre el piedemonte andino, justo donde el río Chama abandona la Cordillera de los Andes, y en donde desde 1882, a la sombra de un árbol de tamarindo se encontraba la estación terminal del ferrocarril Santa Bárbara-El Vigía, en torno a la cual se desarrolló una pequeña aldea que se conoció a partir de entonces como El Vigía. Para el desenvolvimiento de esa Zona, ADRIANI pensaba que se requería: una estructura política territorial, una integración agroindustrial, una suficiente vialidad y una educación libre ciudadana, porque sin esta, decía, puede haber progreso, pero no un desarrollo del ciudadano. La CÁTEDRA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA ALBERTO ADRIANI de la Alcaldía del Municipio que lleva su nombre podrá ser la tribuna a través de la cual se lleve a la ciudadanía el mensaje Adrianista de progreso económico con educación y libertad que sigue vigente como esencia de una verdadera democracia. Hacemos votos en que así sea.

LA ABOGACÍA Y LA DEFENSA DEL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO¹

Una fecha como hoy, el 23 de junio, en Venezuela, desde 1972, por decreto del presidente Rafael Caldera, se acordó seleccionarlo como Día del Abogado. Internacionalmente este día es el 3 de febrero, en reconocimiento a quienes ejercen su profesión como un camino hacia la justicia. Otros países escogieron Día del Abogado el 19 de mayo, aniversario de la fecha del fallecimiento de San Ivon, patrono de los abogados. En Venezuela, el 23 de junio se decretó Día del Abogado por iniciativa de la Federación de Colegios de Abogados de Venezuela, que solicitó se reconociera en esa fecha para conmemorar el natalicio de Don Cristóbal Hurtado de Mendoza, quien fue abogado, formó parte de la asamblea constituyente que formuló y promulgó la primera Constitución de Venezuela de la cual fue uno de sus redactores, y fue el primer presidente constitucional de la República de Venezuela en 1811. Asimismo, en Colombia, para celebrar esta noble e importante profesión el 22 de junio fue la fecha elegida para conmemorar también a Don Cristóbal Hurtado de Mendoza, quien ganó su lugar en la historia de Latinoamérica al ser reconocido como el primer presidente constitucional de una república tras su declaración de independencia de España. La abogacía colonial de la antigua Capitanía General de Venezuela paso ser venezolana junto con nuestra Independencia y con nuestro primer presidente constitucional.

Es verdad que este hecho justifica que en nuestro país se conmemore el nacimiento de Don Cristóbal Hurtado de Mendoza, para reconocer la importancia de la abogacía en nuestra historia, puesto que acrecienta su valor social esta profesión con esta conmemoración, cuando se pone de relieve la personalidad íntegra de Don Cristóbal Hurtado de Mendoza, como abogado en ejercicio, defensor de indios y alcalde en Barinas, profesor universitario, constituyente, gobernador de Mérida y presidente de la Corte Suprema de Justicia del Departamento de Venezuela. En quien, en su persona, El Libertador, en su visita a Caracas *el 10 de enero de 1827, declinó de los portaestandartes que le fueron ofrendados representativos de sus virtudes, el portaestandarte que significaba la Probidad, con lo cual resaltaba la dignidad del Dr., Cristóbal Hurtado de Mendoza, no solo como político y gobernante, sino también como abogado, juez y procurador.*

¹ Palabras el Día del Abogado, Instituto de Estudios Jurídicos Dr. Román J. Corredor, Maturín 23 de junio de 2020.

Y en reconocimiento de su condición de jurista de defensor de la libertad, por la que se distinguió desde sus comienzos como líder de los patricios de Barinas, en 1810, bajo la consigna: «Paz y tranquilidad son nuestros deseos. Morir o ser libres nuestra divisa». Y por cuya defensa tuvo que salir al exilio en 1826 al oponerse a la rebelión de Valencia acaudillada por Páez, porque dijo, que si aún quedara un solo hombre sin libertad lucharía para hacerlo libre. A cuyo regreso a Venezuela, es designado Intendente en 1827 por el Libertador, y, en 1828, solicita a este le permita dejar este cargo; y, Páez, quien lo había perseguido y exilado, se opone a su solicitud, en carta al Libertador, el 21 de enero de este mismo año de 1828, porque, “dejando Mendoza el puesto, se abre la puerta a la corrupción y mala fe de los empleados; este hombre les impone respeto por su saber, probidad y severidad”. Frases estas hoy que se entienden mejor dada la ausencia de estas virtudes en los poderes públicos dominantes en Venezuela. Además, de su lucha por la libertad, Don Cristóbal Hurtado de Mendoza, junto con otro jurista, Francisco Javier Yanes, edita, desde 1824 a 1825, el periódico *El Observador Caraqueño*, en el que desarrolla su doctrina sobre los principios de civismo, republicanism, justicia y de defensa de la vigencia de la Constitución. Principios estos, hoy en proceso de rescate y de reinstitucionalización.

Esta introducción acerca del Día del Abogado en Venezuela en conmemoración del día del natalicio de Don Cristóbal Hurtado de Mendoza, no solo porque fue el primer presidente constitucional en nuestra historia, sino sobre todo para significar que como jurista fue y es un icono dedicado a la defensa de la libertad y a la promoción de los principios de civismo, republicanism, justicia y defensa de la Constitución; me sirven de inspiración para decir unas palabras sobre La Abogacía y la Defensa del Estado Democrático y Social de Derecho, en razón de que la presente situación de crisis institucional y social de Venezuela, compromete mucho más a esta profesión, calificada como una de las más nobles. Y con relación a la democracia, vale la pena recordar que Alexis Tocqueville, en su Libro “Democracia en América” editado en 1835, decía, que los principios propios del sistema político democrático hacen de los abogados “un personaje imprescindible, puesto que cumplen un papel medular para su supervivencia”².

En este orden de ideas, comienzo citando las palabras que pronuncié en Valle de La Pascua, en el Concejo Municipal del Municipio Fernando Infante del Estado Guárico, en el Día del Abogado del 2017, en las cuales me referí al Estado de Derecho como consustancial con la democracia: “Señores Abogados, Magistrados o Jueces según su jerarquía ustedes tienen en sus manos la oportunidad de brindar al país una base para la recomposición de su estabilidad política, *recuerden sus principios, que juraron doblemente cumplir como abogados y principalmente como jueces, renovemos hoy día esos juramentos que les recuerdan como abogado que ustedes son jueces de la ley, para la ley y por la ley y no para personas, partidos o gobierno alguno*”. En esa misma oportunidad concluía, diciendo: “Colegas a pesar de estos tiempos de desgracia y de

² ¿Sirven los abogados a la democracia?, NEXOS, mayo 18 de 2010 (<https://eljuego.delacorte.nexos.com.mx/?sirven-los-abogados-a-la-democracia/>)

oscuridad tengamos optimismo y no renuncien a su derecho de luchar por la justicia, *recordemos la frase de Nelson Mandela que fue abogado y luchó contra la discriminación racial, y que dijo: “deja que la libertad reine, el sol nunca se pone sobre tan glorioso logro humano”*. Ahora bien, estas admoniciones quisiera ilustrarlas también con el ejemplo de grandes juristas contemporáneos en defensa de la democracia, la justicia y el derecho.

Cuántas veces hemos oído hablar de Piero Calamandrei por sus tratados y obras de derecho procesal o por otras tan importantes como su famoso libro “Demasiados Abogados y Elogio de los Jueces escrito por un Abogado”, con las que divulgó lo significativo de la abogacía en la búsqueda y en la aplicación de la justicia. Pero, en esta oportunidad, quisiera referirme al significado y a la dimensión política y constitucional que Calamandrei otorgaba al derecho en defensa de la democracia frente a la dictadura, especialmente en sus obras “Fe en el Derecho” y sobre todo en las obras “Sin Legalidad no hay Libertad” y “El Fascismo como Régimen de la Mentira”. Obras estas, que según el catedrático Jesús Agustín Menéndez de la Universidad Autónoma de Madrid, son siempre de relectura sobre la defensa del Estado Democrático y Social de Derecho³. Yo diría hasta de relectura obligatoria en los actuales momentos en Venezuela, en la cual, según la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, Michelet Bachelet, en su Informe del 15 de julio de 2020, la democracia y el estado de derecho en Venezuela se están desmantelando por la falta de independencia del Poder Judicial⁴. Del pensamiento de Calamandrei como abogado defensor del Estado de Derecho Democrático se destacan tres ideas fundamentales, de acuerdo con el prenombrado profesor Jesús Agustín Menéndez: Primeramente, los valores de la resistencia al autoritarismo como fuente última del constitucionalismo democrático. En este orden de ideas, Calamandrei hablaba de “la resistencia como poder constituyente” o “poder meta-constituyente” de la ciudadanía. En segundo lugar, que “es ilusorio el Estado de Derecho sin el adjetivo democrático y social”, puesto que es mucho más que la legalidad formal, sino “la materialización legal y práctica de los ideales reguladores del Estado de Derecho, Estado Democrático y Estado Social, plenamente consciente de las condiciones sociales en las que se aplica y «vive» el derecho”. Y, en tercer lugar, la importancia de las estructuras institucionales en la efectiva actuación y vigencia de la Constitución. Es decir, la custodia de la Constitución, ante cuyo desconocimiento Calamandrei decía a los estudiantes de la Universidad de Milán en su Discurso sobre la Constitución”, que para los abogados “el Estado Democrático y Social de Derecho sigue siendo la más formidable ancla normativa de que disponemos si queremos intentar vivir en justicia y libertad”. En otras palabras, es hacer viva la Constitución, puesto que, si bien es un empeño político, sin embargo, requiere instrumentos institucionales, cuyo funcionamiento es un compromiso de la abogacía. El profesor Piero Calamandrei, como concreción de su pensamiento, afirmó, que “*la abogacía responde, aún en el Estado autoritario,*

³ <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/download/5719/3993>

⁴ Informe de Alta Comisionada para los DDHH confirma que el Poder Judicial en Venezuela está dominado por órdenes políticas - Bloque Constitucional

a un interés esencialmente público, tan importante como el interés al que responde la magistratura; jueces y abogados son por igual órganos de la justicia, servidores igualmente fieles al Estado, que les encomienda dos momentos inseparables de la misma función”.

Sobre este planteamiento, encuadrado también, en el ejemplo de Calamandrei, quisiera referirme brevemente al ensayo, “Importancia de los abogados al sostenimiento de la Democracia”, del profesor Farith Simón de la Universidad San Francisco de Quito⁵, que, partiendo de la abogacía como una profesión instrumental, sin embargo, considera que le corresponde por esencia defender la diversidad y el pluralismo, pero partiendo de las ideas que defienden la libertad. Asimismo, que el compromiso de la abogacía con la democracia no es solo por sus formas o procedimientos aparentes del estado de derecho, sino en sus aspectos sustanciales, de modo que los abogados no pasen a ser gestores de corrupción, o “lobistas “ante el poder.

Asimismo, para ser consecuente con el legado histórico del Dr. Cristóbal Hurtado de Mendoza, y para la significación auténtica del Día Nacional del Abogado, es propicio referirse al rol del abogado en la reinstitucionalización del Sistema de Justicia. Puesto que de este Sistema los abogados son, individualmente y como conglomerado o colectividad, uno de sus componentes; es decir, parte de un todo. Por lo que también le corresponde responsabilidad en el mejor funcionamiento de ese sistema holístico y principalmente en los cambios estructurales del Sistema de Justicia. Para ello, en esta efeméride del Día del Abogado, quisiera recordar la magnífica conferencia del Dr. Ricardo Hernández Álvarez, tristemente fallecido, denominada “El Rol del Abogado en el Mejoramiento del Sistema de Justicia”, dictada en la Universidad Metropolitana en el Seminario denominado “Construyendo Alianzas por una Justicia Mejor”, el 31 de mayo 2005. El prenombrado jurista Hernández Álvarez afirmaba que: *“El abogado, individualmente considerado y los abogados vistos como pluralidad heterogénea, pueden prestar notable contribución al mejor funcionamiento del Sistema de Justicia”.* Y agregaba la abogacía 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”.* Para ello, en su criterio, se requiere *“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 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 pueda obtener logros en el orden a la transformación de dicho Sistema”.*

⁵ Vista de Importancia de los abogados/as para el sostenimiento de la democracia (usfq.edu.ec) (<https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/736/805>)

De la conferencia citada respecto a la contribución del abogado al mejor funcionamiento del Sistema Judicial en el plano individual, Hernández Álvarez señala como conducta profesional en favor de la idoneidad de este Sistema, entre otros principios, procurar la solución extrajudicial del mayor número de asuntos que le hayan sido confiados; abstenerse de incurrir en temeridad o mala fe procesal de plantear incidencias y ejercer recursos maliciosos o innecesarios; 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; facilitar la mejor inteligencia del proceso mediante la claridad y la brevedad de los escritos judiciales, y observar en su desempeño tribunalicio una conducta cónsona con la respetabilidad de la instancia judicial. Y respecto al rol de la acción colectiva del conglomerado de abogados, o de la abogacía, en relación con los cambios estructurales del Sistema de Justicia su respuesta es “*la lucha: un combate social con perspectivas de éxito en el sentido de hacer del Sistema Judicial un espacio que la sociedad debe ganar al poder*”. Es decir, por el derecho a participar en su organización, en la designación de los jueces, en la auditoría de la idoneidad e independencia de los jueces, en el control de la corrupción judicial y, en general, en la política de la administración de justicia. Y concluía: “*¿Qué es lo que debe hacerse? Colocar 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*”. Por estas razones, es que la Coordinación Nacional del Bloque Constitucional de Venezuela ha expresado que los Colegios de Abogados y a su Federación deben recordar que esa misión es su principal responsabilidad como ente corporativo de la abogacía y, por tanto, de lucha permanente por cuanto su finalidad institucional, según la ley que los rige como “*corporaciones profesionales con personería jurídica y patrimonio propio*”, es la de “*velar por el cumplimiento de las normas y principios de ética profesional de sus miembros y defender los intereses de la abogacía*”. Y de sus agremiados el compromiso de “*colaborar con el juez, en el triunfo de la justicia*”⁶.

Por supuesto, que la superación y mejoramiento de la abogacía implica el dominio del Derecho, sobre todo su evolución, más que en el simple manejo práctico de las leyes, debido a la progresividad de los derechos humanos que hoy es característica del estado democrático y social de derecho, por lo que la capacidad de conocimiento de la ciencia jurídica por los abogados es hoy día cada vez más exigente. De modo que no se pueda decir, lo que Jeremy Bentham, decía, irónicamente, “Los abogados son las únicas personas no castigadas por la ignorancia de la ley”. Por ello, no en vano en su Decálogo del Abogado, Eduardo Couture, nos impone a los abogados, como mandamientos, “1º Estudia. El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado. Y, 2º Piensa. El derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando”. Mandamientos mucho más determinantes para los abogados jueces y

⁶ <https://bloqueconstitucional.com/en-el-dia-del-abogado-2020-el-abogado-y-la-reins-titucionalizacion-del-sistema-de-justicia/>

fiscales, cuya responsabilidad queda seriamente comprometida por los errores judiciales y jurídicos o por los abusos de derecho por la falta o indebida aplicación de la ley. Por este mandato, nuestro gremio debe promover y procurar además del desarrollo del pensamiento crítico de las categorías jurídicas, el mejoramiento y modernización de nuestra profesión, capacitando su conocimiento y estudio de las nuevas tecnologías informáticas y electrónicas del Derecho cibernético en los negocios jurídicos y en la actividad judicial telemática, de lo cual el Instituto al que se le ha dado mi nombre ha hecho una prioridad al realizar foros y conferencias sobre la informática y telemática jurídica, dentro de la tendencia moderna de la sociedad del conocimiento y la data, que demanda un mundo en evolución y globalización. Porque estado democrático y social de derecho es también estado de derecho moderno y tecnológico e intergeneracional.

Decía con anterioridad, citando las palabras de Alexis Tocqueville, en su Libro “Democracia en América”, que “los principios propios del estado democrático hacen de los abogados un personaje imprescindible, puesto que cumplen un papel medular para su supervivencia. Ahora bien, ¿y, por esta razón, que les debe el estado democrático a los abogados? Porque se habla mucho de la reinstitucionalización de la Justicia, y dentro de esa reinstitucionalización, siendo la abogacía un componente de ese sistema, ¿que se plantea sobre sus derechos para que cumpla con su papel medular para la supervivencia del Estado democrático? En la reinstitucionalización del sistema de justicia se ha olvidado el fenómeno llamado “la proletarización de la profesión de abogado”. Poco se habla del crecimiento exponencial de los abogados a partir del 2010, que para el 2013 fue de 57.376, de los cuales solo de la Universidad Bolivariana lo fueron 27.803. De esta cantidad no es posible saber cuántos han conseguido empleo, por lo que se supone que la mayoría se dedica al ejercicio profesional, a los que hay que sumar a los más de 220.000 abogados inscritos en el Inpreabogado para enero de 2014.

Se olvida en la reinstitucionalización del Sistema de Justicia que para que pueda mantenerse la justicia independiente en una democracia, los Estados tienen el deber promover y garantizar la función adecuada de los abogados y de ser tenidos en cuenta y respetados por los gobiernos y de velar por su integridad personal. como lo establecen los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, aprobados por la ONU⁷

Por supuesto que en este fenómeno contribuye la intensa proletarización de la clase profesional media, compuesta por un colectivo de profesionales caracterizado por la inestabilidad laboral, por la falta de prestaciones del Estado, los bajos ingresos y sobre todo por la falta de la prestación de la seguridad social o de las pensiones. En muchos casos los abogados están debajo de la clase laboral. Ahora bien, que supone esta situación, que la mayoría de los abogados de ejercicio libre

⁷ Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990 (file:///F:/Principios%20basicos%20para%20la%20funcion%20de%20los%20abogados%20.pdf)

depende de su capacidad de asumir de forma autónoma la satisfacción de sus necesidades mediante su trabajo y de ahorrar para afrontar diversos retos. Por esto, existe para ellos dificultad para acceder a servicios públicos y estar privados de calidad en educación y salud; y, transfieren a sus familias el costo de formar el recurso humano necesario para el crecimiento y desarrollo del país. Y al mismo tiempo, afrontan la creciente dificultad para acceder a una vivienda; y que, como parte de esa clase depauperada, las precarias condiciones del empleo que existen en el país, así como el escenario económico de alta inflación y de escasez, se convierten en obstáculos casi infranqueables para que esta clase profesional de la población pueda lograr su aspiración de alcanzar un nivel de vida y un mejoramiento de su capacidad profesional. Una de sus carencias es la previsión social de la abogacía como componente de la reinstitucionalización del Sistema de Justicia, a la cual el Estado no ha prestado atención alguna, incluso hasta eliminando sus menguados ingresos presupuestarios y del aporte de las tasas registrales o notariales para sus fondos de prevención social. El Estado olvido la sentencia celebre de la Sala Político-Administrativa de fecha 10 de octubre de 1968, bajo la ponencia del magistrado Dr. José Gabriel Sarmiento Núñez, que estableció que la profesión de abogado requiere *una protección social adecuada a los requerimientos de la vida moderna y que reclamaba del Estado para esta profesión protección económica, hospitalaria, quirúrgica y de maternidad al abogado y sus familiares, en vida de aquél y aún después de su muerte. Requerimiento este que la referida sentencia consideraba un desarrollo progresivo de seguridad social, consagrado entonces en el artículo 94 de la Constitución de 1961, y, en el artículo 86, de la vigente Constitución de 1999. Por esta razón, el Bloque Constitucional de Venezuela, en su documento “La Transición Democrática, La Proletarización de la Abogacía y la Previsión Social de Los Abogados”, del 11 de mayo de 2020, declaro, que, “(…), la reforma y mejoramiento de la previsión social de la abogacía y la protección del nivel académico de la carrera de derecho debe ser parte de la transición política, en lo económico y social, dada la situación derivada de la masificación de esta profesión sin calidad académica y el deterioro social; de lo cual la Federación de Colegios de Abogados de Venezuela, los Colegios de Abogados y el Inpreabogado han de ser sus protagonistas. Porque además de tratarse la previsión social profesional de un derecho humano su mejoramiento estimularía la asistencia jurídica y social de los abogados como parte del sistema de defensa pública”⁸.*

Finalmente, concluye la CIJ, en su Informe sobre la Independencia e Imparcialidad del Poder Judicial en Venezuela, el día de ayer, señaló que los abogados tienen, hay numerosos obstáculos para ejercer el derecho de defensa ante los tribunales, incluyendo la negación del acceso a los expedientes de los casos pertinentes o la concesión de tiempo suficiente para la preparación de la defensa. Por lo que, por esta razón, entre otras, concluyo, que es imprescindible restablecer y

⁸ <https://bloqueconstitucional.com/transicion-democratica-la-proletarizacion-de-la-abogacia-y-la-prevision-social-de-los-abogados/>

garantizar la independencia del Poder Judicial en Venezuela, lo que implica también restablecer el funcionamiento del Estado de derecho en el país. Tarea que corresponde no solo a jueces, sino también al gremio de la abogacía, como componente del Sistema de Justicia, Máxime cuando quien ejerce el gobierno en Venezuela, crea una Comisión para su reforma, presidida por un teniente retirado. La Federación de Colegios de Abogados de Venezuela y los Colegios de Abogados deben, ante este absurdo, levantar su voz de protesta y conformar una plataforma gremial por la reinstitucionalización del diseño constitucional civil del Sistema de Justicia, reforzado por la adhesión a los principios universales de independencia judicial y del Estado de derecho y el libre ejercicio de la abogacía y bajo la orientación de verdaderos juristas y de auténticos representantes del gremio de abogados.

Sirvan, pues estas palabras, de reconocimiento y estímulos a la colectividad de la abogacía venezolana que hoy día está comprometida y que, con empeño y dedicación, a costa de todo sacrificio, hasta de su libertad, sirve a la democracia, en la lucha por la libertad para rescatar la justicia conculcada no solo por el gobierno autocrático sino por el abuso del derecho y del desconocimiento de los principios y valores constitucionales por el mismo poder judicial. Mi deseo es que mis palabras, el Día del Abogado, lleguen a los directivos y miembros del Instituto que lleva mi nombre, y los abogados que participan en esta sesión, más que una felicitación mi solidaridad y aprecio, así como su estímulo, para que juntos sigamos en la defensa del estado democrático y social de derecho. Terminó expresando mi felicitación a las ponentes por sus excelentes exposiciones y expresar más profundo agradecimiento por el reconocimiento que me ha hecho la Junta Directiva del Colegio de Abogados del Estado Monagas, y el Instituto al que se le ha dado mi nombre, que me honra y que me compromete aún más con su gremio y que hace que me sienta aún más un abogado monaguense, que me honra, puesto que, como dice el himno de su Estado, tienen el renombre, la fama, el honor y que jamás rinden su plaza.

LA DOCTRINA CALVANI DE NEGOCIACIÓN PARA LA RECONCILIACIÓN Y LA PAZ¹

En primer lugar, la tesis de Calvani, parte de la idea de un consenso, es decir, de un conjunto de acciones y de actos para lograr un fin. Esto es un acuerdo. En segundo lugar, como proceso Calvani se refería no sólo a un método y procedimiento para el acuerdo, sino fundamentalmente a un marco axiológico que sirva de orientación a las decisiones de los participantes, fundamentalmente, los valores democráticos como valores superiores y el respeto de los derechos humanos, como un orden universal. En tercer lugar, que, en épocas de crisis humanitarias, el consenso es un deber ético porque su fundamento es el derecho humano a vivir en democracia, es decir, en paz y en tolerancia. En cuarto lugar, que, desde el punto de vista de la eficacia de la institucionalidad democrática, los pueblos tienen el derecho de reclamar el ejercicio de la tolerancia y los poderes públicos la obligación de restablecerla. En quinto lugar, que ciertamente, que no es la vía de hecho o de la fuerza la forma de reconstruir el equilibrio en la democracia cuando ésta está afectada por una crisis institucional. Sino la de generar un consenso entre las fuerzas sociales, si de verdad se quiere reacomodar la ecuación entre gobierno y sociedad como salida a la crisis institucional. Por supuesto, que la doctrina Calvani, tenía en cuenta que toda negociación, para que ésta no fuera bloqueada, por su falta de transparencia y la mutua desconfianza, requiere de determinadas condiciones para que resulte una verdadera negociación. Es decir, que habría que contar con agenda, objetivos, método y plazos definidos. Tales consideraciones de la doctrina Calvani, igualmente parte del criterio que este proceso implica, que sectores interesados admitan que existe una crisis que ha de solucionarse mediante un dialogo, como incluso lo ha sugerido el Papa Francisco. Para la doctrina Calvani, de las alteraciones de los elementos esenciales de la democracia, la característica más dramática es la intolerancia y la violencia, y el derecho humano más afectado es el derecho a vivir en paz y en desarrollo económico y social. Es decir, el derecho a vivir en convivencia y en libertad y con justicia. Se trata, entonces, de lograr de verdad un consenso o un acuerdo que asegure el restablecimiento de la institucionalidad y el diálogo democrático, y que permita la reactivación de la economía y la superación de la pobreza de la población en un clima de libertad y

¹ Palabras pronunciadas en la Celebración del Centenario del Nacimiento de Arístides Calvani, en el Centro de Formación de Políticas Públicas (IFEDEC), enero 2018

de paz. Este acuerdo en el fondo no es sino un acuerdo para la convivencia ciudadana, por lo que la participación de la sociedad civil organizada es fundamental en el proceso de negociación. En otras palabras, el reclamo del consenso necesario para superar la crisis se basa, pues, en el derecho humano de la convivencia, que es un valor superior y un fin esencial de la sociedad y del Estado. Vale la pena señalar, que resulta conveniente y de rigor, recordar que en situaciones de graves conflictos, como lo era la crisis de autoritarismo centroamericana, y es hoy, para Venezuela, para Calvani, conforme el principio de respeto de los derechos humanos, es necesario practicar la tolerancia, para revisar mutuamente decisiones y ceder en posiciones políticas, lo que no significa renunciar a las convicciones personales o atemperarlas, como lo proclama el Artículo 1.4, de la Declaración de Principios sobre la Tolerancia del 16 de noviembre de 1995 de la UNESCO.

Por otro lado, lo que podría llamarse la axiología y la filosofía Calvani para resolver las crisis de institucionalidad del sistema político, no está de más recordarlas en estos momentos en que la comunidad internacional vuelve a insistir ante el gobierno como ante la oposición de la conveniencia de negociar un consenso para solucionar la crisis institucional de nuestra democracia. Esa axiología y filosofía, concibe como la base del consenso al pluralismo, junto con la ética y los derechos humanos. De modo que están obligados, principalmente, los gobernantes, a reconocer la existencia de una sociedad plural que éticamente es superior a una sociedad uniforme. Y, una forma de manifestar el cumplimiento de ese deber ético, ante el conflicto que afronta el sistema político, es promover el consenso político. Además, que el pluralismo está implícito, en la libertad, la justicia y la igualdad, las cuales no son posibles si se atenta contra el pluralismo imponiendo una sociedad uniforme o monolítica, favoreciéndose la polarización entre los antagonistas. Por otra parte, en segundo término, de acuerdo con la doctrina Calvani, el pluralismo, que es la base para el consenso, parte de la idea que la verdad política, nunca es unilateral y que en materia política no existe un criterio absoluto, sino que hay que atender a la verdad práctica y real, que la da la sociedad. Esa verdad es que la confrontación y la polarización representan un riesgo de violencia y una amenaza para la paz. Asimismo, en su dimensión ética, en tercer término, de acuerdo con la doctrina Calvani, el consenso, como manifestación del pluralismo, tiene sus límites, ya que no es posible defender cualquier cosa, sino la que se justifique racionalmente y la que se conforme con la axiología constitucional. En cuarto término, con relación a un posible proceso de acuerdo, según esta doctrina Calvani, las condiciones de la negociación han de ser las del llamado “*discurso o dialogo ideal*”, que reduce las posibilidades de engaño, de ocultamiento, de irracionalidad de los participantes, o de bloqueo, como la de colocar al participante en una condición de inferioridad a la hora de negociar por la interferencia de decisiones sobrevenidas de una parte que agravan el conflicto, pendiente el proceso de negociación. Que exige que los participantes sean plenamente racionales, capaces de abandonar el conflicto y lograr la institucionalización de un acuerdo propicio para una sociedad más justa. Por ello, es importante un esquema de dialogo que acredite la condición de iguales de los participantes, como reconocer al “enemigo” como contraparte del Gobierno, y que permita la figura de unos negociadores o facilitadores, confiables, que aprecien el grado de racionalidad o

justicia del dialogo real. Y, que defina “la agenda” y el “orden del día”, que sirva de referencia pública para esa medición y que evite los bloqueos de la negociación. Esa agenda, en el proceso de consenso, serían los temas de negociación.

Desde otro orden de ideas, de los discursos y planteamientos de Calvani, de naturaleza ideológica humanista, se puede extraer el principio que ese diálogo o negociación ideal, supone un núcleo axiológico irrenunciable e indiscutible, representados por valores objetivos, que constituye lo indudable, fuera de cuya circunferencia se penetra en la zona de discusión. Es la idea de un conjunto de círculos concéntricos, que, según Gregorio Robles, configura la negociación ideal en un proceso del consenso político. En efecto, el primer círculo está constituido por lo indiscutible, en nuestro caso, la aceptación de los principios y elementos esenciales del orden democrático, del repudio a la violencia, la convivencia democrática, la vigencia del Estado de Derecho y el respeto a la dignidad de todos los venezolanos. El segundo círculo, incluye los temas respecto de los cuales es posible llegar a un consenso matizando las diversas partes sus posiciones para acercarlas a las de los otros. Y, por último, el tercer círculo que recoge los elementos de valor que han de buscarse para la elaboración del consenso racional o real. Un aspecto crucial de estos diálogos es el perdón y el arrepentimiento de una y otra parte, bajo el concepto de justicia retributiva, es decir, la que busca la paz mediante la armonía entre la justicia y la reconciliación que ha sido aplicada en procesos difíciles como los acuerdos de paz de Chile, Sudáfrica, Guatemala y el Salvador, y últimamente en Colombia. Por supuesto, que la justicia retributiva no comprende los delitos de lesa humanidad, ni los de narco política, ni los de violaciones graves de derechos humanos. Finalmente, encuentro en la tesis de Calvani sobre la negociación para la reconciliación y la paz, el principio de la legitimidad democrática, según el cual es al pueblo, a quien corresponde decidir en definitiva sobre las cuestiones fundamentales envueltas en la negociación, por cuanto, porque, como decía Calvani, “*solo el pueblo salva el pueblo*”.

En Venezuela, en un dialogo ideal para conseguir un consenso real, como solución a un conflicto político, hay que ponderar nuestra actual situación, con una Asamblea Nacional Constituyente ilegítima, porque en la supuesta negociación su reconocimiento es un planteamiento del gobierno, aduciendo que con una nueva Constitución se soluciona la presente crisis política. Al respecto, debe recordarse que es verdad que la Constitución define el marco axiológico y procedimental del proceso de negociación, la cual no puede ser sino la vigente. Sin embargo, como expresa Diego García Belaunde, constitucionalista de la Pontificia Universidad Católica del Perú, que es una premisa falsa que los procesos constituyentes o de reforma constitucional, y su producto final, la Constitución tienen la solución a todos los conflictos políticos. Por el contrario, afirma este constitucionalista, que, por desgracia, no sirven para arreglar nada, pues ellas nunca son fines sino medios. De modo, que si el conflicto político tiene alguna de sus causas en la llamada Constitución Política, otro dato real, en el proceso de discurso o negociación, es lo que Gregorio Robles denomina “el dialogo ínter sistemático” o “*dialogo post constitutionem*”, que afecta no sólo el desarrollo normativo inferior

a la Constitución, que debe darse al nivel del Parlamento y en los Tribunales Constitucionales, sino también a la propia Constitución, si se detecta que el modelo político ideal de democracia que recoge no resulta ser en la práctica una democracia real, en cuyo caso se adelantaría el procedimiento para su modificación o enmienda por el proceso de consenso previo. Es decir, que, a mi juicio, y me atrevo a decir, que conforme a los principios democráticos de la doctrina Calvani, que, en un proceso de negociación, el tema del reconocimiento la Asamblea Nacional Constituyente, en el caso extremo, debería ser objeto de un referendo popular, para que el pueblo sea quien decida si la reconoce o no la reconoce, en razón del principio de la legitimidad democrática que ha de convalidar toda la negociación.

Por último, encuentro en el rico y enriquecedor pensamiento del Papa Francisco ideas y principios propios de la doctrina Calvani sobre el dialogo, la mediación, la paz, la justicia, la rehabilitación de la política, la solidaridad, el bien común y la paz social, el dialogo social, la fraternidad, la cultura del encuentro, el rechazo de la cultura del descarte, la dignidad de la persona humana, la corrupción y la colonización ideológica. Hoy día la doctrina Calvani, de origen internacional, es de vigencia en nuestro problema político interno, por cuanto de su sistema, se extraen principios sobre la concientización de la cultura de la reconciliación en un ambiente de gran conflictividad, como lo es el de Venezuela, en el cual la ira tiene justificación, pero donde lo fundamental es la liberación de la situación de la presente situación de opresión y de injusticia, y donde son sujetos fundamentales el gobierno y la oposición y en el cual quienes han sido víctimas no solo tienen derecho a ser escuchadas, sino también la responsabilidad en la búsqueda de la reconciliación a través de la justicia retributiva, que armonice el perdón con el arrepentimiento, puesto que sin una verdadera justicia no se consigue una verdadera paz.

DEMOCRACIA INTERNACIONAL Y DEFENSORÍA DEL PUEBLO¹

I. LA MUNDIALIZACIÓN DE LA DEMOCRACIA

Si bien a través de los compromisos políticos de los Estados de elecciones libres y de separación y autonomía de los poderes públicos la democracia adquirió categoría de un derecho internacional, la consagración, dentro de los pactos y convenios de los mismos Estados, y en sus propias constituciones, de las libertades civiles y políticas, y más delante de derechos económicos y sociales, vinculados estos últimos a derechos de los pueblos que se pueden englobar en el derecho al desarrollo; permiten afirmar que hoy día la democracia sea ha globalizado o mundializado. Principalmente, en la vertiente del respeto y de la vigencia de los derechos humanos tanto de los derechos civiles, o de primera generación, como los de la segunda generación o económicos, sociales o culturales, y los de la tercera generación o mundiales, como los relativos a la paz, a la alimentación, al ambiente saludable y al bienestar. Es cierto, democracia es hoy más desenvolvimiento de la libre personalidad y respeto de los derechos humanos que sistemas políticos electorarios. La realidad mundial demuestra que para cumplir con sus compromisos políticos los Estados mantienen democracias formales y sistemas electorales viciados, para su exportación, pero internamente violentan derechos fundamentales que encubren bajo el manto del concepto fundamentalista de soberanía, sobre la base de su supuesta legitimidad electoral. Sin embargo, no hay antinomia entre la democracia mundial y autodeterminación, que es propiamente soberanía.

II. EL ENCUENTRO MUNDIAL ENTRE DEMOCRACIA Y SOBERANÍA. EL ORDEN JURÍDICO DEMOCRÁTICO MUNDIAL

El concepto absoluto de soberanía es “pre democrático” puesto que atiende a etapas superadas, sobre todo después de la segunda guerra mundial, cuando no es posible mantener las tesis aislacionistas absolutas antiguas de raza, religión, territorio y de idioma, puesto que son la negación más patente del derecho internacional, que precisamente ahora es el que vincula a los Estados y por el cual integran

¹ Conferencia en el I Encuentro del Instituto Latinoamericano del Ombudsman (ILO), sobre la internacionalización de la defensoría del pueblo, Mendoza, Argentina, octubre de 2008.

un cuerpo político o una sociedad mucho más amplios, como lo es la comunidad internacional. Que hoy día ha pasado a ser incluso un poder y un sujeto de derecho. En efecto, la mundialización de los Estados tiene su razón de ser o su justificación en que la noción fundamentalista de soberanía es una tendencia al totalitarismo y por ende, contraria a la noción de democracia mundial que es anti totalitaria. Por tanto, dado que internacionalmente democracia significa libertad y respeto de derechos humanos, como principio de derecho internacional, hoy día, por ejemplo, los crímenes de guerra o las persecuciones políticas y raciales, son delitos internacionales que pueden ser juzgados por la comunidad internacional sin que se afecte la soberanía de los Estados. En palabras de Jacques Maritain, “*la democracia pertenece al orden terrenal*”, por lo que como todo orden este orden democrático transnacional requiere también de instituciones que lo garantice a nivel mundial. Por tanto, por los efectos de dicho orden, por la vía, primigenia de la integración en la comunidad jurídica internacional, los Estados han convenido libremente en actuar conjuntamente para promover armónicamente el desarrollo de la democracia y de los derechos humanos en sus respectivos territorios, lo cual implica limitaciones para su soberanía internacional y limitaciones para sus derechos nacionales por cuanto la violación del orden democrático mundial puede ser objeto de control por parte de esa comunidad internacional. En concreto, que la aceptación libre y soberana por los Estados de ese orden mundial democrático y de derechos humanos universales resulta compatible con la noción de soberanía y de autodeterminación de los mismos Estados. Este orden jurídico internacional, que tiene como objeto de su estudio y regulación la democracia y los derechos fundamentales y que la convierten en el estatuto mundial de la libertad, para evitar los totalitarismos, puede calificarse de *derecho transnacional democrático*, por su fuente primigenia, que es el derecho plurinacional o pluriregional; por sus finalidades de promoción y de la protección del libre desenvolvimiento de la comunidad mundial, así como por la institucionalidad internacional que ha generado.

III. EL REFORZAMIENTO DEL DERECHO TRANSNACIONAL DEMOCRÁTICO POR EL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE NATURALEZA COLECTIVA O SOLIDARIA

Este derecho se ha fortalecido por la aceptación de la noción de propiedad global de la humanidad de ciertos bienes reconocidos internacionalmente como totales, para cuyo ejemplo basta señalar la Amazonía, y por el reconocimiento por la sociedad internacional de derechos llamados “*derechos humanos de solidaridad o derechos de la tercera generación*”, como el derecho al ambiente, el derecho al agua y a la alimentación, y el derecho a la paz, así como el derecho al desarrollo, como derechos de la comunidad mundial y de sus poblaciones, más que de sus Estados o de sus individuos en particular. Asimismo, por la regulación internacional de derechos de los pueblos indígenas, como comunidades nativas, entre otros, el derecho prioritario de aprovechar sus recursos naturales.

De estos derechos *el derecho al desarrollo* es omnicompreensivo de los otros derechos que por su finalidad del desarrollo armónico y equitativo de los pueblos,

se pone de relieve su naturaleza de derecho colectivo o solidario. Derecho este al desarrollo que junto al derecho a la paz, el derecho al ambiente y el resto de los derechos económicos y sociales y las libertades de la persona humana, constituyen una unidad indivisible junto con el de democracia mundial.

Pablo VI fue quien en su Encíclica “*Populorum Progressio*” habló del desarrollo de los pueblos y de todos los hombres y del hombre total, para enfrentar la injusticia sobre la base de la solidaridad internacional. El derecho al desarrollo de los pueblos fue propuesto como un derecho humano por primera vez en 1972 y así fue reconocido en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y posteriormente adoptado en la Declaración del Derecho al Desarrollo de la Asamblea General de la ONU en Resolución N° 41/128 del 4 de diciembre de 1986. Por su parte, la Carta Democrática Interamericana aprobada Lima por la OEA el 11 de septiembre de 2001, considera consustanciales e interdependientes el desarrollo integral, el crecimiento económico y la consolidación de la democracia. Y la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos aprobada en Guayaquil el 26 de julio de 2002, reconoce expresamente el derecho al desarrollo.

IV. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA COMO PARTE DEL DERECHO AL DESARROLLO EN EL ORDEN TRANSNACIONAL DEMOCRÁTICO

Pues bien, este derecho aparte de obligar a los Estados a diseñar políticas públicas de desarrollo nacional y regional para el bienestar social de la población de las comunidades internacionales y para la equitativa distribución de los beneficios de ese desarrollo, implica también el derecho de esta población de estar representada y de participar en su promoción. El derecho al desarrollo es un derecho de los individuos, grupos, pueblos y Estados, que consiste principalmente en participar y en beneficiarse del proceso de desarrollo para desplegar plenamente las potencialidades de la persona humana en armonía con la humanidad. Desde este punto de vista, en este derecho al desarrollo se reconoce a la persona humana tanto como el sujeto y el objeto del desarrollo, y como su principal participante y como su beneficiario. Es decir que como un derecho humano básico, implica derechos que se concentran en satisfacer las necesidades de las personas, en la redistribución antes que en el crecimiento y en la participación política. Ahora bien, este derecho al desarrollo es una quimera si no existen medios y acciones ante la comunidad internacional o por parte de esta comunidad para garantizar su vigencia. En otras palabras, no puede haber desarrollo sin solidaridad internacional. Es decir, sin una acción internacional correlativa, o como lo llama Héctor Gross Espiell, sin el “*necesario internacionalismo de los derechos de la tercera generación*”, que es un aspecto consustancial de los denominados “*derechos de la solidaridad*”. La concepción solidaria de los derechos al desarrollo de los pueblos, aun respetando la soberanía de los Estados, impone nuevos paradigmas frente a paradigmas tradicionales. Así, frente al expansionismo económico se impone el desarrollo sostenible. Ante la propiedad privada tradicional se impone el del apro-

vechamiento prioritario de las comunidades nativas y el aprovechamiento nacional de los bienes del patrimonio común de la humanidad. Frente a la soberanía del Estado- Nación, se impone la idea de un orden armónico con la comunidad internacional. En otras palabras, el derecho trasnacional democrático que tendrá que ocuparse de estos nuevos paradigmas.

V. LA INSTITUCIONALIZACIÓN INTERNACIONAL DE LOS SISTEMAS DEMOCRÁTICOS Y DE DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

A nivel mundial en la construcción del orden institucional de la democracia se ha ido avanzando desde la cooperación técnica hacia la organización internacional del proceso de desarrollo de la democracia, primeramente, en la complementación de los derechos políticos y civiles, que la definen políticamente; con la consagración de los derechos prestacionales de naturaleza económica, social y cultural, que le dan contenido social a la democracia, y luego, con la estructuración de instituciones supranacionales de promoción, de consulta, de protección y de control jurisdiccionales de la democracia y de estos derechos. Dentro de esas instituciones resultan determinantes de la construcción de ese orden mundial democrático, el control jurisdiccional del cumplimiento de los tratados y convenciones de promoción y de vigencia de la democracia y de los derechos humanos por parte de los Estados que se han comprometido en respetarlos y garantizarlos. Ello sin duda ha contribuido a que los Estados avancen aún más hacia sociedad democrática supranacional. Por tanto, los propios Estados aceptan la existencia de ese orden jurídico supranacional y atribuyen a las organizaciones creadas por ellos mismos competencias internacionales para que conozcan de las violaciones de derechos humanos ocurridas en sus territorios, sin renunciar a su soberanía. Sin lugar a dudas que la creación de esas organizaciones, que generan normas referentes a las obligaciones de los Estados respecto de la democracia y los derechos de los ciudadanos y de los pueblos, convierten los mecanismos de control sobre los Estados y de defensa internacionales, en los casos de incumplimientos democráticos de estos derechos, como parte inescindible de esa comunidad jurídica mundial.

VI. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL ORDEN TRASNACIONAL DEMOCRÁTICO Y LA DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS COMO ÓRGANO PERMANENTE DE DICHO ORDEN

Como se dijo anteriormente, la democracia y el derecho del desarrollo son la base del derecho trasnacional democrático y, por tanto, la vigencia de los derechos civiles, sociales y de solidaridad, que componen integralmente la noción de democracia trasnacional contemplada en el orden jurídico internacional. Noción esta que supone también el derecho de los pueblos y de sus ciudadanos en participar activamente en el proceso de desarrollo de ese orden jurídico mundial. Para

ello debe existir un acercamiento de los ciudadanos con las respectivas organizaciones internacionales, por lo que mientras no existan mecanismos de participación ciudadana en las instituciones de ese orden, sus derechos no serán efectivos. Además, es una realidad que los problemas políticos, económicos, sociales, ambientales, de tierra y de biodiversidad de cada Estado inciden en el desarrollo de la humanidad por causa de su naturaleza común. Por tanto, son necesarias instancias internacionales, independientes y autónomas, donde pueden ser llevados los problemas derivados por la violación de esos derechos. En concreto, a mi manera de ver, el orden democrático internacional, por ejemplo, en el caso de Latinoamérica, es incompleto sin una instancia supranacional de defensora de esos derechos, que acerque al ciudadano las organizaciones internacionales, OEA, Comunidad Andina, MERCOSUR, UNASUR, Comunidad Centroamericana y Organización del Tratado de Cooperación Amazónica y que vele por los derechos de los pueblos y de sus ciudadanos y que permita vías para la solución de los reclamos y las controversias con las autoridades nacionales, independientemente de las competencias de los órganos internos de cada Estado. Esas instancias, comprometidas todas con el respeto por los derechos humanos, servirían de puente entre la organización internacional y los ciudadanos para su participación en el proceso de desarrollo de sus derechos y para la protección de sus derechos colectivos. Estos organismos tendrían competencias para mediar, conciliar, persuadir y reclamar en situaciones que afecten los derechos de los ciudadanos y de los derechos colectivos de los pueblos latinoamericanos y actuarían con autonomía de los Estados partes y de los órganos supranacionales, con plena legitimidad procesal internacional. Para ello es necesario que estas instancias estén incorporadas a la estructura permanente de los órganos supranacionales, como órganos complementarias o subsidiarias de las instancias nacionales para solucionar problemas en donde estén afectados los derechos de los pueblos y de sus ciudadanos. Tal fue la propuesta del VI Coloquio del Instituto Latinoamericano del Ombudsman celebrado en Bogotá, Colombia, del 18 al 19 de septiembre de 2003, sobre “*Rol de un Ombudsman en un Pacto Económico*”, por la que se planteó la creación de un Defensor del Pueblo Andino como instancia de mediación y de acercamiento entre los ciudadanos y la Comunidad Andina de Naciones. Es decir, se trataría de una defensoría que velaría por el cumplimiento del derecho internacional democrático en todos los niveles de sus países miembros y que facilitaría a los ciudadanos y a los pueblos el ejercicio del derecho de acudir a las instancias internacionales, como parte de su derecho de participación en esas mismas instancias. El ejemplo de la Unión Europea es valedero, en el sentido de que el Defensor Europeo forma parte de la organización comunitaria misma, al igual que el Tribunal de Derechos Humanos, por lo que los estados no pueden desconocer sus competencias, mediante la simple denuncia de tratados de derechos humanos, sino que para ello tendrían que salirse de la propia Unión Europea. Ello evita, lo sucedido en Venezuela, que no obstante que los pactos organizativos de las uniones a las que pertenece tienen como fundamentos la promoción y defensa de la democracia y de los derechos humanos por los Estados que los suscriben, como la OEA, MERCOSUR y UNASUR, para evitar el control por parte de la Corte Interamericana de

Derechos Humanos, con fundamento en el concepto trasnochado totalitario e imperialista de soberanía, el gobierno venezolano denunció la Convención Americana de Derechos Humanos, y sin embargo, sigue formando parte de tales organizaciones, mientras que los pueblos y sus ciudadanos quedan indefensos al eliminarse su derecho de acudir a esa instancia jurisdiccional internacional que le reconocen tales pactos o las constituciones nacionales. Es por ello, que al lado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de la cual los Estados no pueden salirse por cuanto tendrán que salirse también de la OEA; y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para que en verdad se consolide el derecho democrático internacional en Latinoamérica, debe contemplarse una Defensoría de los Ciudadanos Interamericanos como un órgano permanente de dicha Organización, al igual que en MERCOSUR, en UNASUR, en la Comunidad Andina y en la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica, que entre sus propósitos está el compromiso de defender los derechos humanos. Lo sucedido en Venezuela ha sido calificado por Amnistía Internacional como *“un triste y decepcionante día para la justicia, los derechos humanos y el estado de derecho”*, y por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, como *“un error histórico para el país y puede tener un efecto muy negativo en la situación de los derechos fundamentales no sólo en Venezuela, sino también en el resto de la región”*.

Por lo expuesto, la defensoría de los pueblos y del ciudadano latinoamericano es una tarea pendiente del derecho internacional o transnacional de la democracia en Latinoamérica.

“PALABRAS BREVES PARA LOS GRANDES COMPROMISOS DE LOS ABOGADOS”¹

Recientemente se celebró el 23 de junio el Día del Abogado, por lo que es propicio, preguntar a quienes asisten a este Congreso, ¿por qué han escogido la carrera de Derecho? No faltaran quienes justifiquen su elección por su deseo de servir a la Justicia. Pero, sin que ello signifique desaliento, sino por el contrario, para que se entienda mejor, debo decir que todavía andamos en medio de las sombras respecto de la relación entre Derecho y Justicia. Más en estos momentos, en que Venezuela afronta la peor crisis del Poder Judicial, hasta el punto que la amenaza a su independencia afecta la democracia que descansa en el respeto a la ley y a los derechos humanos.

La causa de este divorcio entre el Derecho y la Justicia es que ambos andan en planos diferentes. El Derecho en el campo de las normas. Y la Justicia en el de los valores. El primero es objetivo: la ley. El segundo: subjetivo. Lo justo. La Justicia depende de lo que en cada caso las personas creen justo. En efecto, cada persona tiene un sentido de justicia. Muchas veces se confunde el Derecho con la Justicia. Así, cuando decimos “no hay derecho”, lo que queremos decir, es que “no hay justicia”. Pero, aun así, no encontramos la relación entre el Derecho (lo jurídico) y lo justo. Sin embargo, ello no debe llevarnos a menospreciar el Derecho, como decía Ganivet, que “no sirve para nada”. Más dramático es cuando los gobiernos no respetan el Derecho porque entonces la justicia es de quien ostenta el poder.

El gran reto es, pues, cómo a través de la aplicación del Derecho se consigue la seguridad y la convivencia y se elimina la arbitrariedad. Estos fines son desde un punto de vista práctico la Justicia.

Ahora, ¿cómo se sirve a la Justicia? Mediante una tríada: Los Jueces, el Poder Judicial y los Abogados.

Existe un dicho antiguo, que exclama: “Para alcanzar la justicia tres cosas has de juntar: Tenerla; saber pedir y jueces que te la quieran dar”.

La ley establece los derechos y los deberes, que es lo que a cada bien le corresponde. Es decir, lo justo. Los ciudadanos solicitan la justicia a través de

¹ Congreso Nacional de Estudiantes de Derecho. Maracaibo, 25 de junio del 2004.

los abogados. Y quien la declara son los jueces. De allí la importancia de buenos abogados y de jueces idóneos. Jueces que en conjunto constituyen el Poder Judicial. Y jueces y abogados integran el sistema de justicia.

El Poder Judicial no es el quinto poder sino un quinto del Poder, para que le haga contrapeso a los otros cuatro poderes y los controle. Y los jueces son quienes ejercen ese poder. Por eso, se les dota de independencia y de autonomía, para que cumplan su función. Y si esto no se asegura para los jueces y el Poder Judicial, dice el jurista argentino, Roberto Dromí, ningún pueblo goza de libertad y de democracia, porque no existe control de la arbitrariedad. Por ello, para que sirva a la Justicia, es necesario situar al Poder Judicial, que orgánicamente son todos los tribunales a cargo de jueces, en un nivel de absoluta igualdad con los demás poderes.

El Juez, por su parte, como bien lo define Roberto Dromí, en un Estado que se funde en la democracia y en el Derecho, como se aspira en la actual Constitución y en el respeto de los derechos ciudadanos, debe tener las siguientes características:

Jueces de Ley, es decir, que conozcan el Derecho, Jueces para la ley, los que con sus decisiones hacen justicia Jueces de la ley, los que vigilan la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos. Jueces de la República, y no de personas o grupos. Y, Jueces para la República, los que defienden los valores que implica la democracia: tolerancia y paz.

Esos Jueces de ley, para la ley, de la ley y para la República, se forman principalmente en las universidades como abogados. Así se ha dicho:

“Sólo tendremos jueces verdaderos si formamos abogados verdaderos”. Pero, con responsabilidad y conciencia ética. El juez, por tanto, es un abogado, conocedor del Derecho, que le corresponde interpretar las normas para lograr estos fines.

Fui Juez por casi dieciséis años. Y aún en mis últimos años sentía la inseguridad propia de un recién graduado. No tanto por desconocimiento del Derecho sino por la duda de si estaba o no sirviendo a la justicia al sentenciar. Es la duda existencial del Juez. Quien debe decidir sólo con su conciencia. En la soledad del estudio, del gabinete o del despacho el Juez siente la angustia de la duda, aunque tenga la solución. Frente a un cúmulo de alegatos, solicitudes y peticiones, el Juez prepara una ruta para la decisión. Enumera los alegatos. Los compara con las normas existentes para verificar su conformidad. Verifica el resultado de las pruebas y los relaciona con los hechos alegados. Para acordar o negar una pretensión encuadra los hechos probados con los que permiten la aplicación de las normas. Y aún después de haber recorrido esta ruta, duda si su conclusión es la correcta. Antes debe convencerse, asimismo. No puede irse de las primeras. Con impresiones o impulsos. El juez, sopesa y pondera, y el abogado litigante, por el contrario, alega.

El Juez, según metáfora de León Mazaeud, cumple una tarea idéntica a la del fotógrafo cuando revela una placa. El Juez utiliza el proceso para que aparezca la

imagen de los hechos que provocaron el pleito y que no eran visibles para él. El Juez cumple el papel de reconstruir un pasado para sentenciar. Pero quienes les dan los negativos son las partes y sus abogados y a él le toca revelarlos, y apreciar sus imágenes cuando resulten ciertas. Es la suerte suprema del duelo judicial: la de medir la certidumbre de los hechos probados.

En esa labor el Juez es un árbitro. Es un tercero imparcial. Aunque debe buscar la Justicia no puede sustituirse a las partes. El pleito no es de él, es de las partes. Y aunque las leyes le permitan complementar la actividad de alguna de ellas, es para que se garantice la igualdad, pero no para darle total ventaja a la otra. De otra manera no sería un juez sino un simple justiciero. Sería un activista judicial, un propagandista de ideologías. Por eso, el equilibrio y la ponderación son virtudes necesarias para ser Juez. Máxime si, además, es Juez de un Estado democrático.

El Juez no puede olvidar que otros seres humanos confían en él. Su conducta no puede ser oscura sino transparente. No puede generar dudas en su trato con las partes. Y, sin embargo, no puede encerrarse en su despacho para no oír a las partes. El contacto con éstas es parte de su función. La experiencia me indicó que conversando con las partes se puede tener mejor impresión de la verdad y sinceridad de sus alegaciones. Esa relación igualitaria despeja la duda. Así como también, permite alumbrar soluciones conciliatorias que antes de dementar la función del Juez la hacen más noble.

También, la soberbia está reñida con el equilibrio y la ponderación judicial. Aunque el Juez es un agente del Estado, es un administrador de la Justicia para los ciudadanos. Por ello, su autoridad debe aplicarse sin arbitrariedad y dentro de las reglas permitidas. No es un policía al servicio del gobierno, ni un agente de inteligencia política que persigue a quien disienta del gobierno.

Pero, el Juez, en su soledad al decidir se siente con una carga enorme. Al decidir el Estado actúa por su intermedio, pero de su palabra depende el sentido de lo justo o de lo injusto. En casos de privación de la libertad o de bienes de las personas, el momento de la sentencia es un sentimiento sobrecogedor. Y después de ella, sin embargo, ya no es sólo su responsabilidad sino también la del Estado, y muchas veces éste le da la espalda. El Juez se siente, entonces, débil, y desprotegido, cuando se ha formado alguna matriz de opinión respecto de lo sentenciado. Y es él sólo quien debe afrontar las quejas. Cuando no, los ataques de grupos de presión. El Juez debe aprender que ello es parte de su oficio y afrontarlo con entereza. Y, frente a los gobiernos autócratas el Juez ha de ser valiente, y la fuerza ha de sacarla de su independencia y su autoridad moral.

Pero, sobre todo, el Juez más que un abogado debe ser un jurista, un verdadero intérprete de la ley y no un mero mecánico de la ley. El arte de la lógica, del razonamiento y de la argumentación tampoco debe serle extraño. Y su escritura y redacción intachables. El Derecho es rigor y su expresión no puede prescindir de estilo. Un Juez debe dominar el arte de la mejor escritura y de la mejor redacción. Asimismo, su verbo debe ser fácil y robusto, a la par que convincente.

Difícil función la de Juez. Pero, ciertamente es la que de manera directa sirve a la Justicia, que es el motivo que nos impulsó a los estudios de Derecho. Aun así, retirado de ese Ministerio, los recuerdos del oficio judicial nutren mis vivencias y fortalecen mi creencia en el Derecho como instrumento de la Justicia, sobre todo en estos momentos difíciles de la Patria. De volver a tener que escoger una carrera universitaria, elegiría otra vez la de Derecho, y estudiaría más, para como abogado, de nuevo servir a la Justicia como Juez.

Y, quizás, mejor preparado, me enfrentaría otra vez a la duda existencial de lo justo y de lo injusto en el momento de mis decisiones. Pero correría ese mismo riesgo porque me volvería a sentir creador de soluciones para los problemas humanos para promover la convivencia entre las personas.

Si, sigue siendo cierto aquel dicho popular, sobre la Justicia, que: expresé al comienzo: “Para alcanzar la justicia tres cosas has de juntar. Tenerla; saber pedir, ¡Y Jueces que te la quieran dar!” Podríamos agregar: Y abogados que la sepan defender.

Para ello, como su Santidad Paulo VI aconsejaba el 15-12-65, yo les dije, a ustedes estudiantes universitarios de Derecho, como humanista cristiano que soy, a título de lección fina, que: “No sólo hay que convertir la profesión de abogado en algo bueno, no sólo se le debe santificar, sino que la misma profesión ha de ser considerada como santificante, como algo que perfecciona”.

Por esta razón ética, queridos estudiantes, de las diferentes universidades, como abogados, no podemos contentarnos con ser buenos sino con ser los mejores.

Concluyo, pues, estas palabras, que son en verdad breves para tan grandes compromisos, los que tengo yo como abogado, y los que tienen ustedes como futuros abogados, con la Justicia, con el Derecho, con la defensa de la democracia y la libertad, la protección de los derechos humanos y la reconstrucción de una nueva Venezuela unida y en paz.

LA UNIVERSIDAD PERENNE: LAS NUEVAS BATALLAS POR EL PARANINFO¹

Ciertamente que los pensamientos que se inspiran en la dignidad y la libertad de la persona, como advierte Fukiyama, que consideran que las personas son constantes en la defensa de los valores esenciales de esa dignidad y que los hace trascendentes en su visión de la vida, como somos la inmensa mayoría de los venezolanos nacidos en libertad y democracia; no terminan ni por fatalismos promovidos, ni por las adversidades de las crisis más severas, sino que cada vez se inician o renacen con más fuerza y entusiasmo por los que piensan y actúan conforme esos valores. Y si esos seres constantes y trascendentes son universitarios, acostumbrados ir de la confrontación a la convivencia y de la convivencia a la cooperación, el ciclo histórico universitario, que nos compromete, nunca se cierra, por ser precisamente la Universidad autónoma, el espacio natural de los pensamientos trascendentes y de esa convivencia inmanente y de manifestación inequívoca de una auténtica democracia. En ese sentido, a la preocupación del investigador mexicano Ángel Díaz Barriga, de la Universidad Autónoma de México, de la necesidad de “*recuperar la pasión por enseñar*”²; hay que agregar que no de cualquier forma, sino con excelencia, dignidad y libremente. Que en los tiempos presentes esa pasión se recupera con la defensa la institución universitaria libre, autónoma y democrática. Y de la cual es un símbolo aquella célebre batalla heroica por el paraninfo, de Miguel de Unamuno, en la Universidad de Salamanca, el 12 de Octubre de 1936, en el paraninfo de esa Universidad en los actos celebratorios del día de la hispanidad, porque ante las amenazas del poder, que sufren nuestras universidades, de eliminar la esencia universitaria, por la desvirtuación del sentido político y no académico de la democracia universitaria, como lo es la libertad de pensar, sus palabras nos recuerdan ese compromiso histórico con la universidad. En efecto, como lo señalaba Unamuno, ante estas amenazas, de psicología de masas de muerte a la libre inteligencia, a quienes nos duele la universidad, debemos recordar que, esta es su templo y que los docentes universitarios somos “*sus sumos sacerdotes*” y que se “*profana su sagrado recinto*”, cuando se les amenaza con

¹ Discurso pronunciado en el Paraninfo del Palacio de las Academias el día 4 de julio en la Sesión Solemne celebrada por los 291 años de la Universidad Central de Venezuela.

² Conferencia dictada en el Congreso Internacional de la Fundación Santillana, el día 24 de septiembre de 2005, en el Aula Magna de la Universidad Central de Venezuela (“El Nacional”, del 25-09-2005, p. B6).

suprimir esa libertad, pero que en definitiva “*no convencen, a pesar de su fuerza, porque no persuaden, al faltarles algo tan necesario como lo es la razón y el derecho*”.

En ese orden ideas, las Academias con este acto solemne de celebración de los doscientos noventa y un años del nacimiento de la Real y Pontificia Universidad de Caracas, en 1721, y del ciento ochenta y seis aniversario de su conversión en la Universidad Central de Venezuela y de la promulgación de sus estatutos republicanos, por el Libertador y por el Dr. José María Vargas en 1827; han querido respaldar y apoyar la actitud seria y patriótica de sus autoridades y estudiantes en defensa de la dignidad académica y de la autonomía universitaria, que en esencia es la defensa de la libertad; por lo que si bien he de referirme a la educación de las Universidades y a los universitarios, debo comenzar recordando que aún no se ha concluido el debate sobre la Universidad y sobre el papel que debe asumir en la sociedad democrática. En este debate se hace énfasis en la misión perenne de la Universidad en la formación integral de las personas, pero con un sentido de universalidad y de servicio social. En los tiempos actuales de la historia venezolana de una autocracia asfixiante en pleno Siglo denominado de la postmodernidad, ha de recordarse esta concepción universalista y de sociabilidad para encontrar respuesta a la misión de la Universidad en los momentos que vive Venezuela. Al respecto es conveniente poner de relieve, antes que nada, frente al mensaje demagógico de una supuesta democracia política y participativa universitaria, que no se practica en las universidades oficiales, que ciertamente, por su origen, la Universidad significa formación y cultura, pero que sobre todo la Universidad, por su esencia, es guardián o custodio de la verdad. O, “*centro incomparable de creación y de irradiación del saber para el bien de la humanidad*”, en palabras del Papa Bueno, Juan Pablo II³. Es decir, de los valores que hacen valiosa una sociedad: ciencia, conciencia, libertad y solidaridad. A esta misión se suman las academias nacionales que son, en un sentido, la extensión del espíritu universitario en el ámbito nacional e internacional. Y, por ende, también comprometidas con su institucionalidad. Para cumplir con ese compromiso las academias nacionales honran a la Universidad Central de Venezuela, con esta Sesión solemne en los claustros y en el Paraninfo de la que fue su sede desde 1850, hasta su traslado, en 1953, a la Ciudad Universitaria de Los Chaguaramos, de esta Ciudad capital.

El aniversario fundacional de la hoy Universidad Central de Venezuela es momento propicio para destacar en el momento actual de la crisis institucional que nos afecta por la sustitución de los valores morales por valores económicos y político, la trascendencia de la vigencia y de la necesidad del compromiso de la promoción de la sociedad del conocimiento en la era de la postmodernidad. Esa desvalorización moral hace mucho más intenso el compromiso que vincula a las instituciones universitarias y académicas. Esta vinculación tiene su razón de ser en la sinergia inescindible de la universidad-academia por la confluencia de visiones y de la misión de ambas en la sociedad. En efecto, a la primera le corresponde

³ “Constitución Apostólica sobre las Universidades Católicas del 15-08-1990, Ediciones Trípode, Caracas, Venezuela, 1990, p. 2.

la vanguardia de impulso y de guardián y custodio de la verdad científica y la docencia libre. A las segundas, la retaguardia, como complemento de la formación universitaria. Ambas tienen el mismo propósito de promoción y programación de actividades conjuntas y de programas específicos vinculados a estudios científicos y de las ciencias sociales. Y como objetivos finales y comunes promover la educación como centro de la agenda política y social del país; la consolidación de la universidad como espacio natural para el discernimiento, la crítica y el debate racional; dejar de batallar por el pasado y lidiar con el futuro; dejar la obsesión ideológica y construir las bases de una sociedad del conocimiento, donde la educación sea una prioridad. Porque se ha demostrado con los ejemplos de Finlandia, India y Chile, entre otros, que los países que progresan son los que colocan a la educación libre como tarea prioritaria, porque es una verdad histórica que con solo la explotación de las riquezas naturales no se reduce la pobreza y que con la imposición de modelos educativos se impide el libre desenvolvimiento de las personas y de la sociedad.

En los tiempos presentes se contraponen a esa noción democrática académica de la universidad la de la democracia universitaria, por su masificación política, bajo la cobertura de un sistema electoral que se basa en derechos políticos de la ciudadanía y no de derechos académicos, y que por esa masificación se pretende desnaturalizar el significado de comunidad de intereses espirituales de reunión de profesores y estudiantes en la tarea de buscar la verdad y afianzar los valores trascendentales del hombre. Y que como comunidad de intereses espirituales requiere de un sistema de gobernabilidad de méritos, cualidades y de excelencia y no de derechos de igualdad política, que no son los que corresponden a comunidades espirituales sino a la organización de la gobernabilidad política.

En efecto, con la evolución de los tiempos, de “*reserva espiritual*”, como la llamó el Rector Humboldt de la Universidad de Berlín, la Universidad se convirtió en el “*agente de la verdad y de la universalidad*”. Por lo primero, como custodia de la verdad, la Universidad, en sus orígenes, creó un sistema cerrado monacal porque se creyó que era la garantía de asegurar la racionalidad y de la científicidad. Es decir, una especie de instancia superior selectiva para impedir distorsiones de lo científico, pero a la que le era indiferente la generación y transmisión de conocimientos a la sociedad. Pero para poder cumplir con esa función integralmente las universidades tuvieron que convertirse también en “*instancias críticas*”, y, vieron, por un lado, entonces, la necesidad, dentro de la unidad de actuación de todos sus entes, de darle entrada a la diversidad de pensamientos, y, por otro lado, se interesaron porque la verdad científica trascendiera a la sociedad, de acuerdo con los momentos históricos. Esa unidad científica no impidió, por otro lado, la especialización de los conocimientos y de las investigaciones, porque se interpretaron como procesos internos de descentralización del conocimiento y de la investigación, para promover la ilustración y superación de la ciencia, y que fortalecieron a la Universidad como instancia de la verdad para las sociedades. Fue, así, como las Universidades se convirtieron por definición, en centros de la pluralidad de pensamientos, y, por ello, la libertad de cátedra y de libre enseñanza y de investigación, son la clave de su adecuado funcionamiento, para cuya garantía se

concibió la autonomía universitaria, que hoy en día en Venezuela es una garantía constitucional, según el artículo 109 de la Constitución. Y que es la que cabe dentro del Estado democrático, social de Derecho y de Justicia. Por ello, el pluralismo universitario, basado en los méritos académicos, no cabe en los modelos autocráticos y totalitarios de la llamada democracia totalitaria popular.

Esa diversificación interna del saber y de la investigación, junto con la democratización de sus estructuras de gobierno, sobre el reconocimiento de derechos académicos a sus componentes esenciales, según una escala de valores y de relaciones espirituales entre preceptores y discípulos, dentro de las universidades, contribuyó, también, con su fin general de ser la Universidad un espacio libre para la ciencia, la crítica y el debate cívico y permanente sobre los problemas científicos, económicos, sociales e ideológicos, por lo que la Universidad se fue abriendo a la totalidad de la cultura y no a una sola visión de ella y para un solo grupo. El universitario entonces se incorporó a un campo del saber autónomo, que si bien no está totalmente exento de influencias religiosas, políticas o económicas, a su vez, era capaz de implicarse en debates o confrontaciones, ejerciendo una autoridad o liderazgo moral en las sociedades. Fue así como las universidades pasaron a ser también “*agentes de la universalidad*”, pero como misión espiritual encarnada en una imagen rectora de la verdad, la ciencia y la cultura para el beneficio de las sociedades. Es decir, adoptó como fin principal el de velar “*por el universalismo ético y científico, además de sus funciones de investigación, de la enseñanza profesional y de la contribución a la educación y a la cultura en general*”, en palabras de Fernando Vallespin⁴. Hoy, pues, más que nunca, estas instituciones deben acometer su “*revitalización de la Universidad y su reesencialización como espejo del país y tesis de la República*”⁵. La construcción de las estructuras de gobierno universitario, en base a derechos políticos de ciudadanía, que se basan en derechos de igualdad y no en derechos académicos, son el principio de la eliminación de su universalismo científico y de la conversión del claustro universitario en “*oficinas políticas de Estado, donde la cátedra no es más que un expediente oficial*”, o “*en el símbolo de la enseñanza oficial*”; y que de corporación convierte a la universidad en mecanismo político, de “*un dogmatismo intransigente y sectario*”, como lo advertía Unamuno en su célebre ensayo “*De la enseñanza superior en España*”. Con humildad a estas sabias palabras, podrían agregarse, que esa gobernabilidad de las universidades en base a derechos de igualdad electoral, propios de organizaciones políticas, convierte el hambre del saber de la ciencia universitaria en un hambre del poder político. Nada más alejado del conocimiento, puesto que se somete la libertad de cátedra al control político e ideológico.

Es verdad, por otro lado, que existen factores exógenos de esa decadencia que afecta o impiden los ideales de la Universidad. Uno de ellos es, a su vez, la crisis espiritual o moral que afecta a la sociedad, cada vez más dominada por el poder y

⁴ “Universidad y Sociedad, una pareja malavenida”, Claves, Madrid, octubre, 1990.

⁵ Briceño Ferrigni, Germán, “Una Luz Bicentenario”, Discurso pronunciado en la Universidad de Los Andes el 13 de marzo de 1995, con motivo del 177° aniversario del inicio de los estudios de derecho en dicha Universidad.

el dinero, alejada de la ética, que es una crisis de valores que afecta también las universidades, y que lleva a su instrumentación para objetivos no universitarios. En efecto, estas instituciones cuando se ven penetradas por procesos políticos ideológicos impositivos, se afectan las esferas de su propia racionalidad, en donde lo educativo es presa de enganches instrumentales, que hace que se interioricen problemas como el de la burocracia. Así, por ejemplo, estudios muy serios han reportado que esa burocratización empieza por un profesorado que se satisface con sólo incorporarse a la estructura universitaria, y que su afán es el aumentar su currículo. Igualmente, el de publicar por publicar, sin que se tenga en cuenta el verdadero aporte bibliográfico, hasta el punto que *"priman el número por encima de la relevancia"*, como afirma Vallespin, antes citado. Lo lamentable, dentro de ese análisis, es el sacrificio de la docencia y de la investigación por la productividad no académica o científica, que caracteriza la *"caza del botín"*, según el mismo Vallespin, en lo referente a la investigación, ofreciendo carreras, proyectos de investigación a los gobiernos, empresas y a las instituciones privadas, fletándose así la ciencia a las áreas de interés de estos sectores. De esta manera, sin un orden de prioridades, se subordina la excelencia académica a la industria, al mercado y a los planes de gobierno.

Por otra parte, la proliferación desmedida de universidades, sin una planificación, de institutos y centros universitarios, para evitar los procedimientos de decisión de los órganos del cogobierno universitario, y para colocarse en una situación ventajosa en el mercado de servicios, termina atentando en contra del principio de la unidad científica propia de la naturaleza de las universidades, que desde su origen ha caracterizado a estas instituciones. Más grave aun cuando las universidades por compromisos políticos desformalizan sus currículos de estudios para facilitar la obtención de grados universitarios, Por ello, considero riesgoso, por lo impreciso, para las instancias críticas y en perjuicio de la científicidad de las carreras, un modelo de post-universidad o la universidad sin materias, o plazos para graduarse; sin diplomas, sin fronteras entre profesores y alumnos y sin mecanismos de selección. Según esta concepción, en la post-universidad, se distingue entre la universalización de la educación como compromiso ético y la calidad de la educación como un compromiso técnico; porque, se dice, que si la educación no es para todos no es buena⁶. Cuando lo cierto es que la buena educación no es mala porque no llegue a todos, así como tampoco la mala educación es buena porque llegue a todos. En este orden de ideas, lo indiscutible es el carácter universal que debe tener la educación universitaria, por lo que es valedero recordar la frase de Antonio Machado, de que en *"En cuestiones de cultura y de saber sólo se pierde lo que se guarda. Sólo se gana lo que se da"*, frase ésta que recoge, según el

⁶ Tesis expuesta por Cristovam Buarque, Senador y Ex-Ministro de Educación de Brasil, en la Conferencia citada, dictada en el Congreso Internacional de Educación, organizado por la Fundación Santillana, en el Aula Magna de la Universidad Central de Venezuela, el día 22 de septiembre de 2005 ("El Nacional", del 22 de septiembre de 2005, p. B20)

Profesor Cassis Martínez, de la Universidad Espíritu Santo de Guayaquil, “*el amplio horizonte del ideal de la enseñanza universitaria*”⁷. Por otra parte, el crecimiento desmesurado de las universidades por su instrumentación como parte de una política de bienestar, ha llevado a una mala entendida “*democratización de la enseñanza universitaria*”, dentro de planes demagógicos de popularización de la educación superior, en perjuicio de la calidad educativa y de la propia institución, desembocando en la “*universidad de masas*”, que es contraria a la racionalidad científica y a la excelencia docente y académica. En efecto, el crecimiento poblacional no significa, per se, que son satisfactorios los niveles de educación básica, media y superior y de enseñanza, de investigación científica y tecnológica de las universidades. Esta concepción de la educación masificada, desde otro orden de ideas, ha cambiado la imagen personalizada de la Universidad, basada en talentos y en autoridades científicas, por otra imagen universitaria desdibujada en, centros o instituciones, o de grupos de investigación, pero que son verdaderos estamentos políticos o ideológicos, con sus propios intereses corporativos o egoístas o sectarios, en la cual “*el intelectual ha decaído ya en su papel de agente de la universalidad para tornarse en (...) técnico al servicio de la particularidad (...)*”, como expresa al autor citado Vallespin. O, peor, agrego yo, de gobiernos, partidos o grupos económicos.

La enseñanza libre y plural, no es insubstancial recordar, permite a los ciudadanos pensar por sí mismos, y promueve la crítica libre, sin sujeción a patrones o intereses particulares, económicos, ideológicos, o partidistas, sin tener que llegar al extremo de la “*educación sin dogma*”, de que nos habla el autor R. Rorty. Por eso clama la conciencia, que países en desarrollo, como Venezuela, de ingentes recursos fiscales, sólo dedican porcentajes insignificantes del producto interno bruto a sus sistemas de formación profesional, de ciencia y de tecnología, y, que por el contrario asignan extravagantes recursos a gastos de defensa, aún en época de paz, y a gastos suntuarios y de representación social y de publicidad de los altos funcionarios; lo cual evidentemente demuestra que la educación superior aún no es prioritaria en nuestra economía, y que ello impide un desarrollo del nivel de calidad de nuestras universidades. Es evidente, pues, en la actualidad, de la necesidad incorporar la educación a los planes de desarrollo integral y como un costo reproductivo a los procesos de desarrollo regional, de integración y de globalización para introducir en ellos el elemento social y ético y para salvaguardar nuestra idiosincrasia.

En este orden de ideas, para reforzar la libertad de enseñanza correspondiente al derecho de educación, la Constitución elevó a norma constitucional la autonomía universitaria, en su artículo 109, como una garantía propia de las universidades, que implica el derecho de las universidades de autorregularse y de autodeterminarse administrativamente, y sobre todo de definir sus propios planes de estudio y de investigación, que si bien puede regularse por el legislador y supervisarse por

⁷ Prólogo de su obra “Combinación de sociedades”, Guayaquil, octubre de 2002, Universidad Espíritu Santo.

el Ejecutivo Nacional para garantizar la calidad de la instrucción, no pueden anular su núcleo esencial. En este orden de ideas, aclara la Exposición de Motivos de la vigente Constitución, que la autonomía universitaria es inherente a la naturaleza de la universidad, para que la comunidad universitaria no pueda ser intervenida en su función de búsqueda de la verdad a través de la investigación científica, humanística y tecnológica para beneficio de la Nación. Igualmente, dicha Exposición de Motivos desglosa la autonomía universitaria en las libertades universitarias de planificación, de organización y de elaboración y de actualización de sus programas de investigación, docencia y extensión y de la inviolabilidad del recinto universitario. Con la consagración constitucional de la autonomía universitaria, se fue consecuente con el pensamiento civilista del Libertador, frente a la tendencia intervencionista en las universidades, contenido en los Estatutos Republicanos de la Universidad de Caracas, del 15 de julio de 1827, de contemplar para la institución universitaria su autonomía y un “robusto patrimonio económico”, y su propio gobierno, para su “buen funcionamiento académico y administrativo”⁸. Pensamiento al cual el Licenciado Luis Sanojo le dio basamento jurídico, al elaborar, en 1868, el Proyecto de Ley sobre la Organización de las Universidades, que contempla la potestad gubernativa de las universidades para su claustro, y que lo convierte en el precursor de la autonomía universitaria en Venezuela⁹. Además, que la autonomía universitaria entendida en su verdadero sentido de garantía del ejercicio libre de pensamiento, de enseñanza y de cátedra, y no de prerrogativas económicas o sociales, como lo fue la universidad medieval, es la mejor protección de la libertad y la democracia, como se ha demostrado históricamente, frente a los gobiernos autócratas que pretenden poner al servicio de una ideología o de un partido, o de un Presidente, la institución universitaria, con el argumento de que su autonomía ampara intereses egoístas y privilegiados. Por ello, los Estados totalitarios y los gobiernos autoritarios, personalistas o tumultuarios, desconfían de la autonomía universitaria. Por tanto, en el presente Siglo globalizado, y en los momentos actuales en Venezuela, el trinomio Universidad, Autonomía y Democracia, sigue siendo no sólo inseparables sino indispensable para que las universidades puedan cumplir su misión de institución generadora, depositaria y difusora de los altos valores culturales, espirituales y sociales de la Nación, y base de nuestra democracia social; lo cual exige, como doble condición necesaria para su propia existencia: la libertad de pensamiento y su extracción democrática, en palabras del fallecido y extraordinario científico del derecho público, Antonio Moles Caubet¹⁰.

⁸ “Estatutos Republicanos de la Universidad Central de Venezuela 1827, Coediciones del Rectorado p. 6, Caracas, 1987. Cfr, Carmona Rodríguez, Miriam, “Autonomía Universitaria, en el pensamiento del Licenciado Luis Sanojo: Siglo XIX”, Universidad Central de Venezuela, ediciones de la Biblioteca, EBUC, Colección Temas, pp. 35 y 36, Caracas, 2002.

⁹ Carmona Rodríguez, Miriam, “Autonomía Universitaria, en el pensamiento del Licenciado Luis Sanojo: Siglo XIX”, antes citado, p. 41.

¹⁰ “El concepto de autonomía universitaria”, en *Estudios de Derecho Público*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1997, p. 271.

En efecto, la autonomía universitaria es el mejor medio de protección de las libertades educacionales en la educación universitaria, puesto que consiste en su capacidad de autorregulación y de autodeterminación administrativa y de funcionamiento de la respectiva persona jurídica que presta el servicio público de la educación universitaria. Dicha autonomía, en consecuencia, descansa en los siguientes elementos fundamentales: 1) La potestad para orientar sus planes de estudio y de investigación de su sistema de educación. 2) La capacidad para darse libremente su propia organización académica y de concretar su libertad de enseñanza y económica. 3) La reserva legal, en el sentido que sólo por ley puede limitarse la libertad de las universidades, sin que se afecten sus elementos esenciales y únicamente para permitir la supervisión de la calidad de la instrucción y la observancia de las grandes directrices de la política educativa. 4) La inviolabilidad del recinto universitario como medio de protección de la autonomía universitaria. 5) El derecho de los profesores y estudiantes, principalmente, como miembros de la comunidad universitaria, de participar en los órganos de gobierno de las universidades y en sus decisiones. Y, 6) La existencia de un sistema verdaderamente democrático y de respeto pleno a las libertades públicas y a los derechos humanos que garantice efectivamente la autonomía universitaria¹¹.

La Profesora Graciela Soriano de García Pelayo define como esencia de la autonomía universitaria los siguientes ámbitos: 1) *Autonomía teleológica*, como libertad para establecer sus propios fines. 2) *Autonomía académica*, para la libertad de cátedra. 3) *Autonomía normativa*, como libertad para establecer sus reglas de funcionamiento. 4) *Autonomía gubernamental*, como libertad para darse sus propios órganos de gobierno. 5) *Autonomía económica y financiera*, como libertad para obtener y gestionar sus fondos adecuados al logro de sus fines y; 6) *Autonomía territorial*, como libertad para disponer y decidir sobre su propio espacio¹². Estas autonomías constituyen el contenido de la autonomía universitaria como derecho constitucional educativo y cultural, como fundamento de las libertades esenciales del derecho de educación en materia de investigación científica, humanística y tecnológica. Ya que, por definición, la Universidad significa un espacio abierto a todas las corrientes del pensamiento universal y su discusión rigurosamente científica, como se expresa en el artículo 4° de la Ley de Universidades. Para el Profesor Benito Sansó Rotondo, Profesor que fue de la Universidad Central de Venezuela y Director de su Oficina Central de Asesoría Jurídica, las normas de rango sublegal de la educación universitaria, forman parte de la “*potestad autónoma de los órganos académicos*”; porque es creada por la Universidad misma para atender a “*sus propias peculiaridades y a las variantes de su*

¹¹ Moles Caubet, Antonio, Obra citada.

¹² “Sobre la Autonomía Universitaria”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, 2005.

*acelerado proceso, en el cual está envuelto el interés de Venezuela*¹³. Al respecto vale la pena recordar las palabras del Profesor argentino Dr. Enrique Díaz de Guijarro sobre la defensa de la libertad de cátedra, fundamento de la autonomía universitaria: *“Cualquier acto que sea lesivo para la libertad de cátedra quiebra y anula la función magistral y reduce la Universidad a una mera instancia administrativa, privándola de su sentido humanista y formativo”*¹⁴. Por otro lado, los cambios de la educación universitaria preferentemente han de provenir de los propios sectores universitarios y no de otros, para que no se condicionen o subordinen a intereses particulares en su profundidad y en su amplitud, sino que respondan a las necesidades de la sociedad. Tan cierto es este planteamiento, que aún quienes propugnan la comunitarización de la Universidad, como José Manuel Delgado Ocando, consideran que *“la lucha por la reivindicación del estilo comunitario de la Universidad es una empresa autónoma, no heterómana, es decir, interna, no externa”*; y *“significa que a la Universidad no se le puede reformar desde fuera”*¹⁵.

Esa autonomía se afecta también cuando las universidades por compromisos políticos aceptan desformalizar sus currículos de estudios para facilitar la obtención de grados universitarios en perjuicio de la científicidad de las carreras, según la tesis, que se señaló con anterioridad, que distingue entre la universalización de la educación como compromiso ético y la calidad de la educación como un compromiso técnico, porque, se dice, si la educación no es para todos no es buena¹⁶. De lo que se trata en concreto, en mi criterio, es que la educación que llegue a todos sea buena o de calidad. Este debe ser el compromiso ético y técnico que implica el derecho de educación.

La imagen de la Universidad, la de ahora, la de antes, y la de siempre, es necesario tenerla presente a la hora de pensar y repensar sobre la naturaleza y misión de la Universidad, como un espacio para el discernimiento, dentro de la libertad, para la crítica y el debate racional, en estos momentos de cambios históricos, con la orientación de una cultura humanística, que combine la tradición con la universalidad, y que no distancie en el proceso de enseñanza las ciencias sociales, naturales o técnicas de la cultura humanística y de la ética, porque el saber

¹³ Sanso Rotondo, Benito, “Prologo a “Compilación Legislativa”, Universidad Central de Venezuela, Oficina Central de Asesoría Jurídica, Tomo I, Vol. I, (Leyes, Reglamentos y Resoluciones de la Universidad Central de Venezuela) Caracas, 1979, p. 14-15.

¹⁴ Saravía, José Manuel, Presentación a la Obra “Abogados y Jueces” de Enrique Díaz de Guijarro, Abeledo-Perrot, Monografías Jurídicas, Buenos Aires Argentina, 1959, p. 11 y 12.

¹⁵ Trabajo citado, p. 284.

¹⁶ Tesis expuesta por Cristovam Buarque, Senador y Ex-Ministro de Educación de Brasil, en la Conferencia dictada en el Congreso Internacional de Educación, organizado por la Fundación Santillana, en el Aula Magna de la Universidad Central de Venezuela, el día 22 de septiembre de 2005 (“El Nacional”, del 22 de septiembre de 2005, p. B20).

universitario es en definitiva y al fin y al cabo para el hombre y para la vida. Es decir, trascendente, porque el ejercicio profesional en un mundo globalizado, deben tener siempre presente la historia, la tradición y los valores culturales comunes de los países de América Latina y la esencia humanística del Derecho, y la perspectiva latinoamericana, por lo que en esa enseñanza el resguardo de los derechos humanos, de los valores democráticos y el fortalecimiento de la identidad nacional son fines superiores de la pedagogía universitaria¹⁷.

Creo conveniente resaltar en este trabajo no sólo la importancia de la Universidad en la cultura venezolana e hispanoamericana y la de todas nuestras Universidades, en el presente Siglo XXI, que ya no se puede decir que es el futuro sino el presente, y que sus adelantos en lo técnico, económico y social, han de guiarse, por las tendencias dominantes del Humanismo Social, que consiste en lograr cambios y transformaciones sociales, económicas y políticas, sin renunciar a la libertad y a la democracia y sin atentar contra la Ecología. Ello en virtud de ese derecho natural del “*gaudium de veritate*”, tan caro a San Agustín. Es decir, del gozo de buscar la verdad, de descubrirla y de comunicarla en todos los campos del conocimiento¹⁸, con la plena libertad de su autonomía que es indestructible.

No puedo dejar de referirme a los riesgos que representa La nueva Ley Orgánica de Educación¹⁹, que contiene disposiciones que afectan la autonomía universitaria, y por ende, el adecuado funcionamiento de la Universidad como institución libre y plural. En efecto, dicha Ley considera integrantes de la comunidad universitaria además de los profesores, estudiantes y egresados, al personal administrativo y obrero, dándoles igualdad en el voto para elegir las autoridades universitarias, contrariando el artículo 109 de la Constitución, cuya elección tiene en cuenta derechos académicos y no políticos. Esta disposición desconoce que la igualdad en el voto se da entre iguales y no entre desiguales, y que, en los casos de comunidades de relaciones espirituales, como el que existe entre los preceptores y los discípulos, y que se basa en los méritos más que en un rasero político, el principio no es el de la igualdad del voto sino el de la proporcionalidad entre los diferentes sectores. Así como los profesores no votan para elegir las directivas sindicales, tampoco el personal administrativo u obrero puede votar para elegir el gobierno universitario. Y respecto del estudiantado su voto es proporcional, porque tampoco hay igualdad con los profesores, porque aquéllos son educandos y estos educadores, es decir, directores o preceptores. Y con relación a los egresados éstos no son activos, porque salieron de la Universidad y solo les corresponde estar representados. El cogobierno no implica, por tanto, en órganos mixtos, igualdad del voto, sino proporcionalidad, o en todo caso, representación. Una cosa es la participación, por ejemplo, del personal en las decisiones administrativas y otra su intervención en las decisiones académicas que tienen que ver con las materias

¹⁷ *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas, Universidad de Guayaquil, Segunda época, N° 2, julio 2004, p. 176.

¹⁸ Citado por Juan Pablo II, en la “Constitución de Apostólica sobre las Universidades Católicas”, ya citada, p. 2.

¹⁹ G. O. N° 5.929 Extraordinario del 15 de agosto del 2009.

relativas a la educación superior. Asimismo, la nueva Ley contraría el principio de la autonomía universitaria cuando establece que la educación universitaria se regirá no solo por una ley especial, sino hasta inclusive por “otros instrumentos normativos”, como serían, por ejemplo, reglamentos, resoluciones ministeriales y circulares. Además, tales normativas se dictarán para regular, entre otros aspectos, el ingreso de estudiantes, pero no por las propias universidades; sino por las autoridades nacionales, a cuyos órganos competentes en materia educativa le atribuye de manera excluyente lo relativo ingreso de estudiantes a las instituciones de educación universitaria nacionales y privadas. Igualmente, la Ley atribuye a una ley especial y no a la normativa universitaria la creación intelectual y los programas de postgrado de educación universitaria, y el ingreso, la permanencia y la evaluación y acreditación de los miembros de la comunidad universitaria, entre otras materias. Ello cercena la competencia de las universidades en estas materias que son propias de su autonomía. Autonomía esta que implica, según la Exposición de Motivos de la Constitución, “plena libertad para planificar, organizar, elaborar y actualizar los programas de investigación, docencia y extensión”. En ese mismo orden de ideas, se afecta la garantía constitucional de la autonomía universitaria, cuando en dicha Ley se considera que los órganos nacionales con competencia en materia educativa son quienes regularán y tendrán el control de las normas del gobierno universitario relativas al ejercicio del derecho político de elección de este gobierno, lo cual, evidentemente, que atenta contra la autonomía universitaria que es de rango constitucional, como ya se dijo, que garantiza a las instituciones universitarias competencia para darse sus propias normas de gobierno. Finalmente, en la Ley en comentarios, la libertad de cátedra se define solo respecto de los enfoques metodológicos y perspectivas teóricas, pero se omite incluir la libre actitud crítica y el libre pensamiento y de expresión, a pesar que según la misma Ley éstos son principios rectores de la educación universitaria. Además, se prevé que el Ejecutivo Nacional puede reservar la formación universitaria de determinadas carreras a algunos centros de educación superior, lo que restringe la libertad de enseñanza, de cátedra y de investigación.

La Ley, en comentarios, crea estructuras paralelas a las existentes en los centros educativos y universidades, como los consejos populares educativos, que debilitan las asociaciones de padres y maestros, o los consejos universitarios o de facultad o de escuelas o los centros de estudiantes; e incorpora organizaciones comunales externas a las actuales estructuras de la comunidad educativa interna. Ello compromete la libre la decisión de los maestros y padres, y por supuesto la autonomía universitaria y permite la injerencia de factores ajenos, en los centros educativos. La gestión docente y de enseñanza en estos centros podría estar controlada desde afuera por la intromisión de esos factores en la organización y dirección de las comunidades educativas. Lo expuesto, en mi criterio, representa un grave riesgo para el adecuado funcionamiento de las universidades, porque las comentadas disposiciones de la Ley Orgánica de Educación alteran el cogobierno universitario, limitan la competencia normativa de las universidades, condicionan las libertades de cátedra y de investigación, y establecen, como principio general la intervención del Poder Nacional en sus actividades docentes, de investigación y administrativas. Porque, en definitiva, es la autonomía universitaria la que se

afecta gravemente. Ni más ni menos que la Ley en comentarios, en pleno Siglo XXI, reproduce el pensamiento intervencionista en las universidades de Guzmán Blanco, de 1869-1873²⁰.

Por esto último, sirva esta celebración solemne de los 291 años de la Universidad Central de Venezuela, para que las Academias Nacionales, manifiesten su respaldo y solidaridad con la lucha que esta Universidad y el resto de las universidades autónomas, están llevando a cabo en defensa de su autonomía, que como bien lo expusieron el Grupo de Profesores de Derecho Público, es una garantía institucional de jerarquía constitucional al igual que la que se reconoce a ese nivel a otros entes o poderes públicos autónomos. Asimismo, las Academias Nacionales manifiestan con ese motivo su rechazo a decisiones judiciales que desconocen no solo la inexistencia de una ley que imponga el voto raso en las universidades, que fue objeto de un veto presidencial por ser inaplicable e inconsulta, sino también la doctrina vinculante de la Sala Constitucional que desestimó la igualdad política en el gobierno universitario por ser incompatible con el régimen de méritos académicos y con la naturaleza espiritual de la universidad. Quizás como nunca, estas actitudes anti universitarias, incumplen con la tradición republicana, expuestas por el Libertador, en los Estatutos Republicanos de la Universidad de Caracas, del 24 de Junio de 1827, junto a José María Vargas y José Rafael Revenga que la dotan de plena autonomía, de carácter secular, de renta y de democracia; y con su legado de dotarla de un patrimonio económico, representado en tierras y haciendas donadas por el propio Bolívar; y por los que pasó de ser la Universidad de Caracas a Universidad Central de Venezuela, en alusión a la nueva República. Desde entonces, a pesar de los avatares de los diferentes cíclicos históricos, de cierres e intervenciones, esta Universidad casi tricentenaria, sigue derrotando las sombras con su luz inextinguible y que con la exclamación de sus siglas UCV, es y será fuente de la esperanza, de la fortaleza y de la fe venezolana de un futuro mejor, donde las universidades ocuparan sitios de sagrados de prestancia, de tolerancia, de verdadera democracia y de conciencia, ajenos a cualquier poder. Perdonarán ustedes, con su venia, la extensión de mis palabras, pero créanme, que resultan breves y pobres ante la grandeza de la celebración que las inspiraron.

²⁰ Carmona Rodríguez, Miriam, “Autonomía Universitaria, en el pensamiento del Licenciado Luis Sanojo: Siglo XIX”, antes citado, pp. 31-49.

LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA Y LA ABSTENCIÓN ELECTORAL

Caracas, 27 de agosto de 2017

No pocas veces la Iglesia se ha pronunciado sobre la abstención electoral. En primer término, examinando los factores que la inducen, y, en segundo término, estableciendo principios doctrinarios sobre el voto y la abstención. Por ejemplo, en sus reflexiones la Iglesia aprecia que en la práctica existen personas que no votan simplemente por pereza. Otras que no votan porque desconfían del sistema de partidos, o critican a quienes controlan el poder o están cansados de campañas electorales o desprecian a la “clase política”, a la que acusan de corrompida. Otras que no votan porque creen que la abstención sirve como una especie de voto “al revés”. Otras que no votan porque no encuentran entre las propuestas de los partidos ninguna que les satisfaga, que les parezca realmente justa. O porque no llegan a comprender los programas políticos: o porque no confían en el sistema electoral. En virtud de sus diversas causas, la Iglesia advierte que el fenómeno de la abstención no solo debe ser objeto de estudios de carácter político, sino también de un examen de conciencia. En ese orden de ideas, en criterio del Padre Fernando Pascual, L.C., profesor de filosofía y bioética en el Ateneo Pontificio Regina Apostolarum, en su estudio “*Democracia y Abstención*”, dice que, si esta es el resultado de la pereza, ello es un hecho grave que puede llevar, por ejemplo, al triunfo de un partido con un pésimo proyecto político, triunfo posible porque los votantes que pudieron “pararlo” en las urnas no votaron. Y, que si la abstención es simplemente desprecio del sistema, se pregunta, “¿si no es hora de que los ciudadanos que desean otros dirigentes políticos se organicen y hagan oír su voz a través de métodos de participación legítimos, en vez de renunciar a su deber de controlar a las autoridades con la ayuda del voto?”. Y advierte, que “una sociedad en la que la abstención es la nota dominante de unas elecciones está herida de muerte y que hay que proceder, cuanto antes, a curarla, por el bien de todos” (<http://www.autores catolicos.org/fpascual/fernandopascual753.htm>).

Y desde el punto de vista del examen de conciencia, el voto ciudadano ha sido reconocido como derecho y deber en el magisterio de los romanos pontífices. En efecto, según la Doctrina Social de la Iglesia Católica, aunque la ley no lo exija, el voto es un deber ético. Así, en El *Compendio de la Doctrina Social* se asienta en que la participación en la vida comunitaria “es un deber que todos han de cumplir conscientemente, en modo responsable y con vistas al bien común”, y

agrega: “es necesario [...] un fuerte empeño moral, para que la gestión de la vida pública sea el fruto de la corresponsabilidad de cada uno con respecto al bien común” (Nº 189). Y el *Catecismo de la Iglesia Católica* establece que “Los ciudadanos deben cuanto sea posible tomar parte activa en la vida pública” (Nº 1915), y de manera terminante establece que “La sumisión a la autoridad y la corresponsabilidad en el bien común exigen moralmente el pago de los impuestos, el ejercicio del derecho al voto, la defensa del país” (Nº 2240). Esta doctrina se planteó en Chile, respecto de las elecciones municipales del 2012, al consagrarse el sistema de inscripción automática y voto voluntario, con relación a la tesis de la Asamblea Coordinadora de Estudiantes Secundarios (ACES), que hacía una campaña llamando a no votar en las elecciones municipales bajo el lema “Yo no presto el voto”, respecto de la cual los obispos chilenos afirmaron que “para la autorizada voz del Magisterio de la Iglesia Católica, el sufragar en las elecciones democráticas, aunque no sea legalmente exigible, es moralmente obligatorio. Si se “bota” el voto se incumple este deber y se minan las posibilidades de conseguir una comunidad más integrada, solidaria y participativa” (Hernán Corral, “Yo no boto el voto” <https://corraltalciani.wordpress.com/2012/10/28/yo-no-boto-el-voto/>).

En el orden de ideas expuesto, debe recordarse que “el compromiso político es una expresión cualificada y exigente del empeño cristiano al servicio de los demás”, como lo definía San Juan Pablo II (*Sollicitudo rei socialis*, n. 41). Por su parte, el Concilio Vaticano II (Ch L 42) estableció que en una democracia los gobernantes son elegidos por el voto popular y que por eso todo ciudadano tiene la responsabilidad de votar habiendo seriamente estudiado los temas y conocido la posición de los candidatos. Igualmente estableció que un católico no puede eludir su responsabilidad civil ya que eso sería cederle el paso al mal. Y concluía, en que el hecho de que haya mucha corrupción en la política no exonera al cristiano de su responsabilidad, sino que más bien le debe retar a trabajar por un mundo mejor y que el que no vota o vota sin atención a las leyes de Dios es culpable de los resultantes males porque “Los fieles laicos de ningún modo pueden abdicar de la participación en la política”. En base a estas consideraciones, los obispos norteamericanos, por ejemplo, ante la duda de abstenerse o de votar, expresaron los católicos, en 1995, en su documento *Political Responsibility*: “En la tradición católica, la ciudadanía es una virtud y la participación en el proceso político es una obligación”, Lejos, pues, quedo aquel planteamiento de la Iglesia del Siglo XIX, del famoso decreto “non expedit” de Pío IX de 1874, que prohibía a los católicos participar en las elecciones, y en general, en la vida política, considerando la democracia y el ejercicio de la soberanía popular como un mal en sí mismo. Decreto este que fue revocado en 1919 por Benedicto XV, ante los movimientos revolucionarios de la época y que dio origen de la moderna democracia cristiana.

Vale la pena, pues, dentro del contexto anterior, por su vigencia para las próximas elecciones regionales de Venezuela, de octubre de 2017, recordar el mensaje de los obispos mejicanos con ocasión de las elecciones convocadas para el 18 de agosto de 1991, bajo el control del partido oficialista PRI, quienes clamaban a

los católicos a votar y a no dejarse defraudar. Y resulta orientador recordar también como el alto clero mexicano desató una intensa ofensiva política, en la que, frente a la tesis que propugnaba el abstencionismo por el monopartidismo vigente en Méjico, alertaba a los católicos del país para que “*defendieran su voto*” ante un posible fraude en las elecciones, bajo la premisa de que “*ante el pecado del fraude, no se debe incurrir en el pecado de la abstención*”, y que el abstencionismo “*equivale a entregar al país, sin esfuerzo alguno para evitarlo, a criterios a veces no correctos de unos cuantos*”. Y el Consejo Permanente de la Conferencia Episcopal Mejicana, integrada por 20 obispos y arzobispos, elaboro el tríptico “*Elecciones libres y democráticas Un reto para el destino de México*”, en marzo de 1991, en cuyas conclusiones afirmaban: “*Invitamos a todos los católicos y demás personas de buena voluntad a superar la apatía, efecto de la decepción sufrida a causa de tristes experiencias en el terreno electoral y a evitar cualquier acción violenta*”. Mas terminantes fueron los obispos de Chiapas Samuel Ruiz, de San Cristóbal de las Casas; Felipe Arizmendi, de Tapachula; y Felipe Aguirre Franco, de Tuxtla, quienes en su documento “*Orientación pastoral sobre las elecciones*”, de fecha 1 de julio de 1991, afirmaron que “*desde la Fe, podemos afirmar que es pecado no votar Es pecado de egoísmo, de pereza, de cobardía Porque es encerrarse en sí mismo y no interesarse por el bien común. Porque es dar ocasión de que unos pocos manipulen las mayorías; y que “Un cristiano que no vive su Fe en el campo de la política, no ha entendido lo que significa su Bautismo*”. Al igual que los prelados Rafael Bello Ruiz, arzobispo de Acapulco; Efrén Ramos Salazar, obispo de Chilpancingo; Jesús Sahagún de la Parra, obispo de Lázaro Cárdenas y Raúl Vera López, de Ciudad Altamirano, quienes en su documento “*Reflexión de los obispos del Estado de Guerrero a propósito de las elecciones para senadores y diputados federales de agosto de 1991*”, exhortaban a los católicos y demás personas, ante el mensaje abstencionista por el dominio del PRI en los organismos electorales, a “*Superar la apatía y evitar cualquier acción violenta*”. Por su parte, los obispos de León, Anselmo Zarza Bernal, y de Celaya, Humberto Velázquez Garay, elaboraron el documento “*El pecado del fraude, el pecado de la abstención*” donde decían que renunciar al voto “*equivale a entregar al país*”, y que, por tanto, “*empadronarse, votar y defender el voto es una obligación de todo buen ciudadano*” (“El Proceso.Com.MX, <http://www.proceso.com.mx/157564/el-pecado-del-fraude-el-pecado-de-la-abstencion>).

Otro hecho histórico referente a vigencia de la Doctrina Social de la Iglesia sobre la responsabilidad del voto, de franca ilustración para la presente situación en Venezuela ante las elecciones regionales de octubre de 2017, es el Mensaje “*Ejercer el Voto a pesar de las sombras del Proceso Electoral*”, de los obispos de Nicaragua, del 11 de octubre de 2011 respecto de las elecciones generales nicaragüenses del 6 de noviembre del mismo 2011 (Ver www.zenit.org/article-40631?l=spanish), en el cual recordaban que en su Mensaje del 23 de abril de 2010, habían indicado que “*no podemos ni debemos quedarnos al margen de la historia en la búsqueda y la construcción de una sociedad más justa y más pacífica*”. Los obispos nicaragüenses en el referido Mensaje del 11 de octubre de 2011, afirmaban que su objetivo era “*fortalecer desde la fe la capacidad reflexiva de los nicaragüenses y su sentimiento de amor a la patria; iluminar este momento*

histórico desde Cristo sin dejarse llevar acriticamente ni por las figuras de mayor proyección mediática, pero sin garantía de estabilidad futura; ni por propuestas a corto plazo, de poca seriedad y difíciles de realizar; y motivar, a pesar de las sombras que han caracterizado este proceso electoral, a ejercer nuestro derecho al voto el día de las elecciones, con serenidad e inteligencia, sin perder la confianza en la fuerza de la verdad". Expresaban los mencionados obispos, que veían "con satisfacción que exista la oportunidad de ejercer el derecho constitucional al voto". Y advertían ante una posible manipulación de los medios de comunicación por parte de los líderes políticos que promovían a abstención, que no faltan ocasiones en que se cae en un cierto amarillismo informativo por el afán de vender el medio. Particular interés presenta el mensaje de los obispos nicaragüenses, antes mencionados, respecto a las sombras que oscurecen el proceso electoral y el deber de votar, que en Venezuela se argumenta por algunos sectores, puesto que denunciaban el descontento de innumerables nicaragüenses y la existencia de amplios sectores sociales que no confiaban en la franqueza de los líderes y partidos políticos; la intolerancia, el desprestigio recíproco y hasta ciertos brotes de violencia que caracterizaron en algunos momentos la campaña de los partidos políticos y los proyectos de los partidos ya por su carácter populista, o poco realistas o con tendencia a privilegiar intereses personales sobre los sociales; la queja de muchos ciudadanos en varias ciudades del país, en relación con diversas anomalías en el proceso de cedulaación; el descontento y rechazo existente en un sector de la sociedad, en relación con una posible ilegitimidad de candidatos a diputados y presidentes de la República y afirmaban que, ante la desconfianza que existe en la ciudadanía frente al poder electoral, la situación se torna grave. Todo esto, según los obispos nicaragüenses, contribuía a crear un ambiente lleno de recelo y de prejuicios que pone en entredicho el carácter de legalidad, honestidad y respeto a la voluntad popular y, por ello, instaban a los católicos a participar en las elecciones; y, por último, a los sacerdotes les invitaban a asumir, como parte del trabajo evangelizador, la formación de la conciencia política de los fieles laicos a la luz del evangelio y la doctrina social de la Iglesia y les exhortaban a no tener miedo y a participar en las elecciones. Los obispos nicaragüenses, en la parte final del documento, exponían criterios para votar (ver www.zenit.org/article-40633?l=spanish).

Pienso que para la presente realidad política de Venezuela, respecto de las elecciones regionales de octubre y sobre la tesis del abstencionismo por las serias dudas sobre la pulcritud del proceso electoral venidero, la referencia a la doctrina social de la Iglesia, antes comentada, así como los ejemplos citados de Méjico, Chile y Nicaragua, llevan a concluir que votar en las referidas elecciones es una responsabilidad social y moral, porque como dijeron los obispos mejicanos, ante el mensaje de la abstención, que "renunciar al voto *equivale a entregar al país*", y que abstenerse es "botar el voto", o regalarlo, diría yo.

**EL MEMORANDUM DE ENTENDIMIENTO Y EL
RECONOCIMIENTO DE LA PRESIDENCIA INTERINA PARA EL
RESTABLECIMIENTO DEL ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN VENEZUELA**

Caracas, 21 de agosto de 2021

Se ha planteado que los reconocimientos como presidente interino de Juan Guaido por diferentes gobiernos y por diversos tribunales extranjeros, pueden verse afectados por haberse suscrito un Memorandum de Entendimiento para iniciar conversaciones sobre la posibilidad de un proceso de negociación entre el gobierno que ejerce Nicolás Maduro y la Plataforma Unitaria como oposición a dicho gobierno. Respecto de este planteamiento se puede precisar lo siguiente:

Frente al reconocimiento de Juan Guaido como presidente interno designado por la Asamblea Nacional electa en el 2015 por el pueblo venezolano, he sostenido su legitimidad. En efecto, con fundamento en el artículo 333, de la Constitución, la referida Asamblea sancionó el 6 de febrero de 2019 el Estatuto que Rige la Transición a la Democracia para Restablecer la Vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como un marco jurídico constitucional transitorio para llenar el vacío del poder ejecutivo por considerar ilegítima la reelección como presidente de Nicolás Maduro, mediante un proceso electoral inconstitucional celebrado en mayo de 2018. Marco jurídico que se deriva de la integración de los artículos 333 y 350, de la Constitución, en concordancia con sus artículos 25, 62, y 139. A ello responde el Estatuto aprobado por la Asamblea Nacional el 5 de febrero de 2019 que estableció, como marco normativo, un régimen transitorio hasta tanto se restableciera la institucionalidad constitucional en Venezuela. Estatuto este que se enmarca dentro de los valores y principios de la Carta Democrática Interamericana del 11 de septiembre de 2001 y de la Cláusula de Defensa de la Democracia del Acuerdo de la Cumbre Presidencial de Iberoamérica de Salvaguardia de la Democracia del 22 de abril de 2001. Por lo cual se designó por dicha Asamblea a su presidente como encargado de la presidencia de la República hasta tanto se reinstituyera el orden constitucional, mediante la interpretación progresiva del artículo 233, constitucional, en razón de la inexistencia de un presidente legítimamente elegido, que configuraba un vacío de poder más que una falta absoluta.

Sin abundar más sobre este tema, he insistido que, por los principios de estabilidad y continuidad jurídica de la Constitución, a través de cláusulas de salvaguarda de su vigencia para los casos de no ser aplicada por la usurpación por gobiernos de factos o por falseamiento o fraude constitucional, la designación de Juan Guaidó como presidente interino cabe dentro del concepto del derecho comparado de medidas de restauración democrática en los casos de ruptura o de alteración del estado constitucional que afecte gravemente el orden del estado democrático de derecho. Mecanismos estos a que se contraen los artículos 333 y 350, constitucionales, que operan como cláusulas de salvaguarda del orden democrático constitucional, en concordancia, con artículos 2º, 5, 6 y 7, de la Constitución, de los cuales depende la perduración de ese orden, y con los artículos 2, 3, 4 y 7, de la Carta Democrática Interamericana del 11 de septiembre de 2001, conjuntamente con su artículo 19, que son fuentes del derecho internacional democrático. En efecto, tanto unos como otros textos comprenden los supuestos de interrupción constitucional que impiden su vigencia para lo cual la propia Constitución contempla mecanismos que hacen posible su restitución, uno de los cuales, a mi juicio, es la de resolver los vacíos de los poderes públicos derivados de actos contrarios a la legitimidad democrática, como los de la asunción ilegítimamente del poder público.

Finalmente, respecto a este primer punto, debe señalarse que mediante la modificación, en fecha 26 de diciembre de 2020, del Estatuto de la Transición hacia la Democracia antes mencionado, con fundamento en las mismas cláusulas constitucionales, por considerar ilegítima la elección de la Asamblea Nacional como poder legislativo el 6 del mes y año citados, la Asamblea Nacional legítima, electa en diciembre del 2015, acordó, mediante la reforma mencionada del indicado Estatuto, la continuidad de su función como poder legislativo no como continuidad administrativa, sino como mecanismo de solución del referido vacío del poder legislativo; y, por tanto, también la continuidad administrativa del gobierno interino y de sus funcionarios o delegados, por el vacío del poder ejecutivo por la usurpación de Nicolás Maduro y sus funcionarios.

Por tanto, en mi criterio, en la actualidad el presidente legítimo constitucionalmente es el diputado Juan Guaidó, como encargado de la presidencia, hasta tanto se restituya la institucionalidad democrática, que, según el mismo Estatuto citado y conforme la Carta Democrática Interamericana, ha de ser también democrática.

En segundo término, otro aspecto es sobre el reconocimiento de Juan Guaidó como presidente interino por diferentes gobiernos. Sin profundizar sobre este tema, basta recordar que esos reconocimientos se comprenden en la definición de actos unilaterales de los estados, que la doctrina internacional considera operativamente como una declaración que manifiesta la voluntad o el consentimiento mediante el cual un Estado pretende crear obligaciones o producir otros efectos

jurídicos en virtud del derecho internacional¹. Actos dentro de los cuales caben ciertos comportamientos que representan el reconocimiento o el desconocimiento de un Estado o de determinados entes o entidades, como lo son el reconocimiento o desconocimiento de gobiernos². Como tales actos son actos de la soberanía de los estados y, por lo tanto, son los únicos que pueden decir si unos u otros actos han cesado. Como actos unilaterales de los Estados los tribunales nacionales o internacionales no pueden declararlos válidos o inválidos: ni tampoco son objeto de negociaciones por parte de otros estados, o entes de esos estados. Por ello, a mi juicio, en las conversaciones que llevan a cabo las partes del Memorándum de Entendimiento, suscrito en Méjico el 13 de agosto de este año, ninguna de ellas puede someter a discusión tales actos unilaterales de reconocimiento de Juan Guaido como presidente interino. Además, el reconocimiento de Juan Guaido y del gobierno interino han sido también reconocidos por tribunales de los Estados Unidos, que como decisión judicial tiene un valor jurídico internacionalmente, con fundamento en que el gobierno americano emitió un acto de reconocimiento por el presidente de ese país, quien es el único funcionario dotado de tal potestad³.

Por otro lado, en su artículo “Los demócratas están obligados a vencer el populismo” (Cambio 16, Sección Política del 5 de septiembre de este año), en mi trabajo de fecha 25 de agosto de este mismo año, sobre el Memorándum de Entendimiento suscrito el 13 de agosto de 2021, en Ciudad de Méjico, sostengo que “un Memorándum en el que sus suscriptores admiten llamarse “partes” para los propósitos que se definen como objeto del mismo, significa igualdad y no desigualdad entre ellas. Es decir, es un mutuo reconocimiento político como partes del proceso de negociación, aprobado por la Asamblea Nacional oficialista, pero jamás un reconocimiento jurídico de legitimidad alguna a la parte que se define como “gobierno” de la República Bolivariana de Venezuela”. Y además, dije, que, “a la luz del sistema interamericano⁴ el Memorándum de Entendimiento suscrito

¹ ACTOS UNILATERALES DE LOS ESTADOS, DOCUMENTO A/CN.4/542*, 55º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional, en 2003, Grupo de Trabajo sobre los actos unilaterales de los Estados, Séptimo informe sobre los actos unilaterales de los Estados, Víctor Rodríguez Cedeño, Relator Especial (“, Recomendación 1).

² Loc. Cit. Nos. 181 y 182.

³ Por ejemplo, en el Caso Impact Fluid vs, Filiales de PDVSA, la Corte del Distrito Sur de Texas, el 20 de mayo de 2020, ratifico el reconocimiento de Juan Guaido como presidente y negó la legitimidad a los abogados que actuaron en nombre del gobierno que ejerce Nicolás Maduro. Y en el caso del proceso sobre el oro depositado por el Banco Central de Venezuela en Inglaterra, el gobierno del Reino Unido sostuvo ante la ante la Corte Suprema, que reitera el reconocimiento que ha dado a Juan Guaido como presidente desde el 4 de febrero de 2019 y que por lo tanto Guaido y ningún otro funcionario es reconocido por dicho gobierno para actuar en nombre de Venezuela en calidad de Jefe de Estado

⁴ Me refiero a la declaración de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 23 de agosto de 2021.

el 13 de agosto de 2021, entre el llamado “gobierno” de la República Bolivariana de Venezuela y la denominada la Plataforma Unitaria de Venezuela, en la Ciudad de México; y que contó con la mediación del Reino de Noruega, no constituye reconocimiento de legitimidad alguna de tal “gobierno”. Ello es tan cierto, que con posterioridad a la firma del susodicho Memorándum algunos gobiernos han ratificado su reconocimiento a Juan Guaido como presidente interino. Por ejemplo, la encargada de negocios de Reino Unido en Venezuela, Becks Buckingham, sostuvo el 18 de agosto de este año, es decir, después de suscrito el Memorándum, un encuentro con Juan Guaido, y declaró que considera a Guaido como “presidente constitucional interino de Venezuela”⁵. En el mismo orden de ideas se expresó, el embajador de EE.UU. para Venezuela, James Story, que insistió, también después del citado Memorándum, que Maduro “está usurpando funciones según la propia Constitución”⁶.

Otro tema es acerca de si las conversaciones de Méjico, entre representantes del gobierno que ejerce Maduro y los opositores venezolanos, pueden implicar que la Corte Penal Internacional considere que no tiene competencia. Muy brevemente, considero que el Fiscal ante dicha Corte presentó, el 14 de diciembre de 2020 un Informe sobre las actividades de la investigación preliminar en el cual señala que continuará con la investigación preliminar por considerar que existen evidencias de delitos de lesa humanidad y de crímenes de guerra al menos desde abril de 2017, en Venezuela⁷. De modo que si el Fiscal considera que ha de proseguir la investigación en un proceso ante la referida Corte, esta conserva su competencia para enjuiciar a quienes se les atribuya responsabilidad por estos delitos, si considera que el Estado considerado agente de esos delitos no cumple con su obligación de perseguir y sancionar estos crímenes, por lo que su competencia es correctiva e incluso sustitutiva de las jurisdicciones nacionales, de modo que es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales. Es decir, que la Corte Penal Internacional debe determinar si hay o no disposición del Estado donde se han cometido esos delitos a actuar en un asunto determinado. De modo que si el Estado agravante toma decisiones para sustraer a los responsables de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o si hay demoras con la intención de no hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; o que el Estado no está en capacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, por ejemplo, por el colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia; la Corte Penal Internacional ejercerá su competencia para juzgar tales crímenes en lugar de la jurisdicción nacional⁸.

En concreto, en mi criterio las conversaciones que se llevan a cabo en Méjico no pueden paralizar la investigación que se sigue al gobierno de Nicolás Maduro

⁵ https://www.niusdiario.es/internacional/europa/reino-unido-se-reune-con-guaido-venezuela_18_3189120058.html

⁶ <https://www.dw.com/es/eeuu-dice-que-participar-en-comicios-en-venezuela-no-es-reconocer-a-maduro/a-59139790>

⁷ <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-ven-i-spa.pdf>.

⁸ Artículos 5, 12, 13, y 17, del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

ante la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, ni tampoco impedir propiamente la investigación judicial en dicha Corte. Puesto que esta Corte ejerce su competencia si considera que el Estado no quiere o no puede perseguir y sancionar a los culpables. Por tanto, si el Sistema de Justicia no está en capacidad o no tenga la disposición de investigar y castigar esos delitos, la citada Corte puede ejercer su jurisdicción universal para juzgar tales crímenes. Por tanto, la sola aseveración, por ejemplo, en un acuerdo de que se juzgaran por esos crímenes a los responsables, no es suficiente para que la Corte Penal Internacional declare la inadmisibilidad del enjuiciamiento por los delitos de su competencia cometidos en Venezuela.

En este mismo orden de ideas, en la presentación de su Informe en la 48^o Sesión del Consejo de Derechos Humanos, del día de hoy, 13 de septiembre, la Alta Comisionada de Derechos Humanos, Michel Bachelet, además de referirse al Informe del Fiscal ante la Corte Penal Internacional respecto de las violaciones de derechos humanos en Venezuela, antes mencionado, en base a entrevistas con las víctimas así como en reuniones con funcionarios del gobierno y organizaciones de la sociedad civil, señaló que continúa preocupada por las restricciones, intimidación y criminalización de defensores de los derechos elementales y de los líderes sindicales en Venezuela. E, igualmente, que los miembros de la sociedad civil informaron a su Oficina, que no se presentan denuncias formales ante las autoridades competentes por la falta de confianza en los sistemas administrativo y judicial, por temor a represalias. Y del Informe de la prenombrada Alta Comisionada se extrae también que en Venezuela no hay complementariedad política por parte del régimen, lo que justifica la investigación por la Corte Penal Internacional⁹.

Por último, se ha dicho que las conversaciones para una negociación a que se contrae el Memorándum de Entendimiento influyen en los casos de la extradición de Alex Saab y de Hugo Carvajal. Respecto a este asunto basta señalar que ambos casos son de la soberanía de los estados interesados y de sus tribunales, por lo que nunca podrán ser objeto de una negociación entre estados que no forman parte de los procesos de extradición. Máxime cuando la extradición ha sido autorizada por los tribunales competentes de los estados a los cuales se les ha solicitado la extradición. Además, los procesos de extradición de las personas prenombradas se refieren a delitos relativos a la corrupción por supuestos delitos de lavado de capitales y de narcotráfico, que están regulados por tratados internacionales y sobre los cuales, según estos tratados, y según el artículo 29, de la Constitución no son procedentes ventajas o beneficios algunos, que puedan llevar a su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía, por lo que no son materias sobre las cuales se puede negociar.

Igualmente, por otra parte, si las sanciones impuestas por los gobiernos de Estados Unidos, Canadá y la Unión Europea, pueden ser levantadas por las negociaciones mencionadas y al respecto puedo decirle que estas sanciones no son de la competencia de las partes de dichas negociaciones, sino de los estados, que,

⁹ <https://www.vozdeamerica.com/a/michelle-bachelet-venezuela-/6224209.html>

ROMÁN J. DUQUE CORREDOR

mediante actos unilaterales, y en aplicación de sus leyes nacionales o de tratados internacionales, las aplicaron soberanamente. Solo estos estados pueden decidir acerca de su levantamiento. Por ejemplo, el gobierno de Estados Unidos, aun después del Memorándum de Entendimiento, ha dicho que las sanciones se mantienen, e, incluso, la Oficina de Control de Bienes Extranjeros del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de América (OFAC), emitió, en fecha 10 de septiembre de este año, una nueva licencia general que protege los activos de Citgo, puestos en garantía del bono Pdvsa 2020, hasta el 21 de enero de 2022, que están protegidos desde el 24 de octubre de 2019 y que estaban en riesgo en 2019, debido a que el bono Pdvsa 2020 tiene como garantía el 51 % de las acciones de Citgo. Protección está que se extendió conforme el régimen de prohibiciones establecidas en virtud de las sanciones impuestas al gobierno que ejerce Nicolás Maduro.

COMUNICACIÓN Y EXPRESIÓN ORAL PARA ABOGADOS¹

ABOGACÍA Y ORATORIA

La abogacía no solo es conocimiento del Derecho, sino también el dominio de la técnica de la comunicación y de la expresión oral. Es decir, de la oratoria. Esta técnica consiste en ordenar y estructurar las ideas y argumentos de un discurso jurídico coherente. Y la oratoria es persuadir y convencer al auditorio y sus reglas es permitir que el mensaje sea recibido y aceptado por los destinatarios.

PRECISIONES DE SOBRE LA EXPRESIÓN ORAL

La Oratoria: es el arte de persuadir (“atleta de la palabra”). **La Retórica:** es el estudio científico de las reglas de la oratoria. El arte de hablar bien. **La Eloquencia:** es la habilidad para conseguir un discurso eficaz mediante el ejercicio y experiencia de la oratoria (Demóstenes, es tenido como ejemplo). Y, **La Demagogia:** es la manipulación de las mentes mediante el discurso.

DISCURSO ARGUMENTATIVO

Improvisación y argumentación: “Para hacer discursos e improvisar hay que dedicarle mucho tiempo para preparar las improvisaciones” (Winston Churchill).

PARTES DEL DISCURSO

El discurso debe tener un orden lógico: exordio, narración, argumentación y conclusión. **Exordio:** Los 30 segundos para acercarse al estrado con paso firme, mirando al frente y para colocar los papeles con calma, mirar al auditorium con simpatía, no comenzar a hablar sin comprobar que estamos preparados. Las 30 primeras palabras: Presentación personal y del tema del discurso para predisponer al auditorio a escuchar. Los 30 primeros gestos: Firmeza, seguridad, tranquilidad y cercanía con el auditorio. **Narración:** La intención de informar y estructurar el fundamento sobre el que se edifica el entramado argumentativo. Debe ser corta y precisa (información mínima indispensable). ¿De qué se trata?: de la nulidad de un acto. ¿Qué sucedió?: la violación del procedimiento o de una regla jurídica).

¹ Charla para nuevos abogados grupos de estudiantes de Derecho de La UCAB y de la Firma Hoet, Peláez, Castillo & Duque, Caracas, noviembre de 2001.

¿Cuándo sucedió?: en el trámite o en la decisión. ¿Dónde tuvo lugar?: en la sustanciación o en el acto final o después. ¿Por qué sucedió?: por desconocimiento de una regla legal o por extralimitación de funciones o falso supuesto o desviación de poder.

ARGUMENTACIÓN:

Es el núcleo del discurso, puesto que son las afirmaciones que nacen de razonamientos y que prueban la verdad o verosimilitud de los hechos o de la aplicación de la norma jurídica. Se basa en pruebas, evidencias y la razón. Se concreta en procesos lógicos deductivos o inductivos a través de los cuales se concluye que lo sostenido es verdadero. La finalidad es convencer racionalmente, demostrar la congruencia de la tesis y el rechazo de la antítesis de modo que no cabe otra conclusión que concluir en el sentido defendido por el orador.

TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS:

Argumentos comunes de fácil acceso de cantidad, de calidad o autoridad y de probabilidad. Argumentos especiales: los probatorios que requieren conocimientos técnicos o específicos. Argumentos de refutación: destruyen los argumentos falaces. Argumentos fuertes al principio, argumentos débiles en medio y argumentos muy fuertes al final (“Orden Nestoriano”).

CONCLUSIÓN:

Ha de comprender dos planos. La razón y el sentimiento Es el resumen del discurso y lo ideal es sintetizarlo en un carácter (“La incompetencia no se convalida”. “Lo falso vicia la causa del acto”. “Sin procedimiento debido no hay acto válido”). Debe impactar en el sentimiento del auditorio, para aunar razón y emoción (“Solo declarando la nulidad del acto se restablece el Estado de Derecho violado”).

NOTAS PRINCIPALES DE LA CONFIGURACIÓN DEL DISCURSO Y DEL ORADOR:

Propiedad: Lenguaje apropiado y congruente con el tema del discurso **Corrección:** Lenguaje respetuoso y sin errores gramaticales o sintácticos, ni deformaciones morfológicas o fonéticas de las palabras y sin vocablos anticuados o pleonasmos. **Claridad:** Lenguaje sencillo y preciso, sin ambigüedades. **La voz:** Intensidad (firmeza, seguridad y pasión), tono (solemne, tranquilo y grave), ritmo (activo y firme) y pausa como efecto retórico para generar expectación. **Postura:** De pie, postura abierta y no inclinada, mirar hacia adelante. **Gesto:** Movimiento de las manos ante el estrado. Decía Marco Fabio Quintiliano. “(...) entre tanta diversidad lingüística (...), el de las manos me parece verdaderamente un lenguaje de carácter universal” (“Institutio oratoria”). **Seguridad: sin temor y sin bajar los ojos.**

LA ABOGACÍA EN TIEMPOS DE CRISIS DE LA JUSTICIA Y EN EL ESTADO DE DERECHO¹

Si el Estado de Derecho depende de quienes ostentan el poder, no existe en realidad un Estado de Derecho. Sobre todo, si se desconocen los principios básicos separación de los poderes y de la independencia del Poder Judicial y no se respetan los derechos humanos, porque no sólo se debilita el Estado de Derecho en sí mismo, sino que se degrada gravemente la democracia. Este cuadro define la crisis institucional del Estado, que tiene como síntoma más grave la crisis de la justicia. Ello ocurre en Venezuela, hasta el punto que la credibilidad en el Poder Judicial se encuentra en el más bajo nivel de la historia contemporánea. Ahora bien, ¿cuál debe ser la actitud de la abogacía, ante esta crisis que afecta también su esencia como lo es la actividad de defensa? Lo cierto es que la abogacía, es parte del Sistema de Justicia, se ve afectada también en su imagen por esa crisis. Creo, pues, propicio en esta crisis institucional repensar sobre la idea que debemos proyectar los abogados a la sociedad acerca de la abogacía en esta época de crisis institucional y de la justicia, y de su importancia para salir de esa crisis, con criterios patrióticos, por encima de intereses puramente profesionales, personales y políticos.

Los abogados vivimos en una creencia sobre la abogacía, y su misión. Pero, esa conciencia no es la idea que se tiene de los abogados, porque a veces algunos de éstos sirven a la injusticia. Existe, pues, una diferencia entre la creencia en que viven los abogados de la abogacía y la idea que tiene la sociedad de los abogados. La ruta de la reconstrucción de esa creencia es la de transmitir nuestra conciencia de la abogacía, para que sirva, a su vez, a la sociedad como idea sobre los abogados y no se deje engañar por la actitud de quienes se comportan diferente a lo que debe ser el abogado, como profesional, funcionario, juez, e incluso como político. Tarea esta que ahora es más determinante, cuando constitucionalmente se demanda transitar del Estado de Derecho, que hemos tenido, a un verdadero Estado de Justicia, que queremos, y que aún no hemos alcanzado; lo cual supone el ejercicio de una actividad pública y privada, orientada por una lógica del pensar ético y por la tolerancia y el respeto a los demás. E, igualmente, cuando, también constitucionalmente a los abogados habilitados para actuar ante los órganos judiciales, se les considera como parte del Sistema de Justicia. Y que, por tanto, han de ser

¹ Zea, Mérida, 19 de julio de 2019 palabras e la instalación de la Asociación de Juristas de Zea “Dr. José Roman Duque Sánchez”, en el Centro Social 19 de abril.

lo más celosos guardianes de la legalidad y del respeto a los derechos humanos, así como del cumplimiento de la ética pública. No pueden, pues, ser indiferentes los abogados ante esta crisis, sino que tienen el deber moral de contribuir con la reingeniería institucional de la democracia con una verdadera justicia y una efectiva paz.

Deber moral éste, por demás, que se explica, por lo que significa la abogacía para la sociedad, la libertad, la democracia y para el Estado de Derecho. En efecto, el abogado, recibe una formación jurídica, para que desempeñe una función de importancia capital en una sociedad cuya complejidad crea, inevitablemente, un choque continuo de intereses. Y, además, el abogado, al jurar ejercer debidamente su profesión, asume como misión primordial el compromiso de defender la fuerza del derecho contra el derecho de la fuerza. Por lo que es una profesión de la cual recelan los gobiernos autoritarios y cuyo desprestigio estimulan los incondicionales del poder político absoluto, porque saben que, debilitando su independencia y autonomía profesional, y descalificando su actividad principal de la defensa, le es fácil evitar los controles de la arbitrariedad y de la ilegalidad. La Historia demuestra que en las sociedades donde los abogados son descalificados, perseguidos y desprestigiados, el Derecho es una mentira y la Justicia una falacia. Pero, por esa función y ese compromiso, ciertamente que es también la actitud de los abogados, la que da prestigio a su oficio y es por ella por la que se salva el honor de la profesión, en la medida que se le vea en la primera fila de los defensores de la libertad, la democracia, la independencia del Poder Judicial y el Estado de Derecho. Si los abogados son jueces, con mayor razón, actuando con independencia de criterio y sin arbitrariedad.

Ayer, hoy y siempre, frente a las tentaciones autoritarias; del abuso de la fuerza y de la intimidación, para irrespetar la ley, desconocer el Derecho y manipular la justicia, la actitud de nuestro prócer Dr. Cristóbal Mendoza, en quien declinó el Libertador la insignia de la probidad, en Caracas, en 1827, debe ser la conducta que deben asumir los abogados respecto de la garantía de la libertad, de la democracia, de la justicia y de la protección de los derechos humanos. Para que esa actitud merezca el respeto de todos, y de la sociedad, el abogado no solo ha de actuar con energía y hablar con razones, sino sobre todo proceder con autoridad moral, para lo cual, en su ejercicio, como profesional, juez o funcionario, ha de conducirse con probidad y rectitud de conciencia; para así disfrutar del aprecio y de la credibilidad de la colectividad, por la imagen que proyecta de la abogacía.

Es verdad, que en el juramento que el abogado presta ante los Colegios de Abogados, éstos se comprometen a “ejercer su oficio bien y fielmente”. Pero, pienso también que los abogados, además de cumplir con ese juramento, como personas y como profesionales, deben plantear a la colectividad, los límites que les impiden cumplir cabalmente con su juramento y con su misión principal de defensa del Derecho y de la Ley, como auxiliares del sistema de justicia. Primeramente, señalar, por ejemplo, que en las Universidades aún existe un divorcio entre lo que la Universidad nos enseña como abogados y lo que la sociedad nos solicita, a pesar de los esfuerzos en modernizar los programas de estudios. A estas

instituciones les corresponde primordialmente permitir la modernidad de la profesión del abogado, atendiendo y comprendiendo los procesos de cambios, que requieren otros modos de enfrentar los problemas jurídicos y los conflictos que hoy, individualmente o colectivamente, enfrentan las personas, en un mundo cada vez más integrado e intercomunicado. No es posible reclamar a los abogados un cambio de mentalidad, que demanda nuevos métodos de aprendizaje y entrenamiento, sin que se le brinde la posibilidad de ingresar a la modernidad, desde su formación, y después, a través del mejoramiento del ejercicio del Derecho, mediante la adaptación de la legislación al nuevo orden jurídico y sin que se le proporcionen estudios de pos graduación, cada vez más caros, y la utilización de medios modernos de información, que tampoco se les pone a su alcance. Tal modernización, tampoco implica desformalizar los estudios sistemáticos de la carrera de derecho, para convertirla en cursos asistemáticos de simples “paralegales”, eufemísticamente llamados “abogados comunitarios”, sino la de formación de verdaderos juristas por Facultades de Ciencias Jurídicas y Políticas, verdaderamente autónomas, que es lo que necesita el país.

Por otro lado, la proliferación de leyes inadecuadas, la fragmentación inarticulada de la legislación vigente, la reforma apresurada, sin técnica legislativa, de Códigos y leyes, por parte del Poder Legislativo; los cambios sorpresivos de la doctrina administrativa y de la jurisprudencia de los Tribunales, e inclusive del más Supremo de todos los Tribunales; la falta de publicación oportuna de las leyes y su reimpresión frecuente por supuestos errores de impresión; determina una grave inseguridad jurídica, no atribuible a los abogados, que dificulta su cabal ejercicio de la función de defensa de la abogacía, que resulta fundamental para la garantía de la legalidad y del respeto del Derecho. A esto se suma la grave inestabilidad de los jueces, que representa el aumento de la provisionalidad que afecta a más del ochenta por ciento (80%) de los jueces, desde el ciclo constitucional precedente, como lo alertó la comunidad académica de Derecho ante la situación del Poder Judicial, en reciente pronunciamiento. El abogado, en razón de esta situación, para ejercer su profesión, ciertamente que tiene que abrirse paso dentro de una verdadera “jungla jurídica”, donde debe dar muestra de singular aptitud, valentía, competencia y superación, dentro de las grandes limitaciones que supone toda esa inseguridad. Y, ante este cuadro, sin embargo, se le exige al abogado que todavía, en esa jungla, se constituya en el garante solitario y desguarnecido de los deberes cívicos y ciudadanos, y de los principios que deben dar vida a nuestra República.

Por supuesto que esa falta de modernidad alcanza también a nuestra Colegiación. Los Colegios de Abogados, por lo general, no han escapado al morbo de la politización y a la indolencia científica. No pocos de ellos han sido refugio de la corrupción y del atraso de la profesión. Pero ello no justifica la eliminación de la colegiatura obligatoria, que, correctamente entendida y mejor instrumentada, es garantía de la independencia y autonomía de la abogacía como función de defensa dentro del sistema judicial y de protección de la legalidad democrática y de los derechos humanos. Ello por cuanto la Colegiación, permite asumir posiciones ins-

titucionales y representativas de la comunidad jurídica, frente a los poderes públicos y ante la comunidad nacional e internacional. Evidentemente, que la calidad, la corrección y la personalidad de los directivos de los Colegios de Abogados dan mayor fortaleza institucional a estas Corporaciones y mayor autoridad moral y científica para su aprecio y para la credibilidad de su comunidad y de la comunidad internacional.

Desde las Universidades, principalmente, en sus Escuelas de Derecho, y dentro de los Colegios de Abogados, se debe comenzar a repensar sobre la experiencia vivida de la abogacía, pasada y actual, y sus limitaciones, así como sobre las ideas, estrategias y planes de su modernidad y sobre los cambios que debe sufrir su régimen de ejercicio, comenzando por asumir los retos y las exigencias que esa revisión supone, teniendo presente ahora la integración de los abogados al Sistema de Justicia y el papel del Derecho en un Estado de Justicia como el que postula la vigente Constitución. Los abogados debemos tomar la iniciativa de realizar discusiones sobre la misión del abogado y de elaborar un proyecto de Ley de Ejercicio de la Abogacía y de participar activamente en su deliberación, para que ningún poder público o partido político nos suplante en ese derecho de darnos nuestra propia normativa.

Para ello, desde adentro, debemos en Universidades, Colegios de Abogados y Asociaciones Jurídicas y de estudiantes del derecho “repensar la abogacía”, devolviéndonos hacia su esencia, a veces olvidada, por propios y extraños. A este respecto, el olvido que el Derecho más que un conjunto de leyes imperativas propiamente es un método de pensar y un razonamiento, para encontrar soluciones, dentro de la ley, a problemas reales, nos ha llevado a olvidar que el abogado no se mueve en un mundo matemático sino de probabilidades y de ambigüedades, y que el ambiente donde trabaja no es lo categórico o lo absoluto, sino lo discutible. Por ello, una buena formación de pregrado resulta capital para el ejercicio del Derecho, así como su mejoramiento y perfeccionamiento, después del grado universitario, sobre todo en el método de la argumentación y de la persuasión. Pero, además del debido razonamiento jurídico, en el reexamen de nuestra profesión, debemos tener presente que la abogacía es una práctica de la tolerancia, porque en materia de Derecho, toda afirmación conlleva la formación de una parte contraria u opositora, por lo que en su ejercicio tenemos que aprender a respetar los puntos de vista de los otros, porque *“las diferencias no son ignorancias ni infamias, son simplemente enfoques distintos”*. Téngase presente que la argumentación jurídica no es imposición sino un razonamiento, pero un razonamiento persuasivo antes que demostrativo. Los abogados debemos, pues, ser tolerantes y persuasivos, sobre la base de un razonamiento lógico, para convencer acerca de la solución que hemos encontrado en las leyes en el caso para el cual se nos ha solicitado nuestro auxilio profesional. Por ello, quien, siendo abogado, por ejemplo, en funciones políticas, judiciales, legislativas o gubernamentales, actúa intolerantemente, no es un abogado sino un egresado de una universidad a quien le dieron un título de abogado. En efecto, dice Tomás Polanco Alcántara, quien no sabe *“buscar la razón en medio de las pasiones y la equidad ante la violencia”*, no es abogado.

Por ende, en el reexamen de la abogacía, como el arte de la argumentación y de la tolerancia, para persuadir sobre una solución legal, debemos insistir en que se requiere de un ambiente de plena libertad y de respeto de la independencia de la justicia. Libertad, porque sin ella no es posible la argumentación y la tolerancia. De allí que donde no existe libertad el abogado no es sino un mero aplicador de fórmulas matemáticas, o un simple funcionario o un instrumento de aplicación de la interpretación legislativa del Estado. De manera que para que exista un verdadero Estado de Derecho y de Justicia, como propugna nuestra Constitución, en su artículo 2º, el Derecho no puede ser un hecho impuesto por el Estado, a través del ordenamiento jurídico positivo; o una exclusiva interpretación por parte de funcionarios o jueces incondicionales. Por el contrario, es una cultura que se hace cada día principalmente por el trabajo forense de la abogacía, y de los jueces, al buscar en las leyes la solución, aunque ésta no venga dada en las leyes. Y respecto a la independencia de la justicia, es imprescindible un ambiente de respeto a la justicia, porque sin un verdadero Poder Judicial, autónomo, no hay garantía de que los jueces escojan imparcialmente la argumentación más lógica o más ajustada a los textos legales que le presenten los abogados. Este tema de la autonomía del Poder Judicial nos lleva también, a recordarle a los abogados que ejercen funciones jurisdiccionales, en esta crisis judicial sobre el múltiple compromiso que adquieren al aceptar el oficio de juez, puesto que en palabras de MARIO VARGAS LLOSA: el abogado, ***“Solo llega ser juez luego de haber hecho los tres votos clásicos: de pobreza, frente a los compañeros de la misma promoción universitaria que se enriquecen en el ejercicio de la abogacía; de obediencia, por la sumisión a la ley y a la justicia; y de castidad, con los halagos del éxito y del encumbramiento*** (*“La Libertad y la igualdad”*, Diario La Nación, octubre 24 de 1991; *“Justicia y Ejemplaridad”*, Ed. Revista Criterio, octubre 24 de 1991, N° 2.080, páginas 579 a 581). Yo agregaría, siguiendo a Juan Pablo II, y, también, a Baltasar Garzón, un cuarto voto, ***“No tener miedo y ser valientes”***. Compromiso éste que surge de la misión del juez, que es casi divina, porque en palabras de Juan Pablo II, dirigidas el 31 de marzo del 2000 a la Asociación Nacional Italiana de Magistrados administrar justicia, consiste en ***“Desvelar, en relación con el dictado de la ley, la verdad encerrada en el caso concreto. En esta investigación el magistrado encuentra al hombre, criatura de Dios, con su dignidad de persona y con sus valores inalienables, que ni el Estado, ni las instituciones, ni la magistratura, ni el magistrado mismo pueden menoscabar y, mucho menos anular”***. Pero, esa autonomía e independencia del Poder Judicial, está íntimamente ligada a la libertad del ejercicio de la abogacía, que como hemos dicho, es la que permite encontrar en las leyes la solución a los problemas reales, es decir, ***“hacer el Derecho para encontrar la justicia”***. Lo cual no pueden hacer sólo los jueces sin los abogados.

El objeto de la descalificación y persecución que se hace de los profesionales del Derecho va dirigida a los abogados que actúan como defensores o litigantes, principalmente, de personas privadas ilegítimamente de su libertad, de los trabajadores despedidos arbitrariamente, o de los periodistas perseguidos; unos y otros, por ejercer sus derechos políticos y laborales o de informar. Ello por lo determinante que es el ejercicio de la abogacía para el control de la arbitrariedad y de la legalidad, y la protección de los derechos humanos. Esta descalificación, incluso,

constituye una constante histórica, que se repite cada vez que se pretende llevar a cabo una reforma o emergencia judicial, arriándole la culpa solo a los abogados o abogados defensores, por la ineficacia del Poder Judicial.

En ese repensar la abogacía, para una futura legislación, debemos estar conscientes los abogados que es necesario revisar nuestro perfil en la sociedad, para aceptar también que muchos aspectos de nuestro sistema del ejercicio profesional de la abogacía son susceptibles de reproche y de rechazo por la sociedad, y que son la causa de la falta de confianza y de credibilidad en nuestra profesión, aparte de los atinentes a su inadecuada formación. Entre otros, los económicos y la supuesta falta de conciencia social de los abogados en ejercicio. Por ejemplo, la absoluta discrecionalidad en la fijación de la retribución de los honorarios y gastos judiciales, sobre la base de criterios no realistas y razonables; y la libre estimación de la cuantía de las demandas que sirven de base para la abusiva intimación de las costas procesales; son causa del encarecimiento de la justicia y de límites al derecho de acceso a la justicia. Igualmente, el exceso de litigiosidad, o el ánimo de pleitear, al que somos dados los abogados, ha impedido el desarrollo de las formas alternas de solución de conflictos, como la mediación, la conciliación, el arbitraje y la justicia de paz o de equidad. Pero mucho más graves son las violaciones a la ética de la conducta profesional, y que dan lugar a la crisis moral de la abogacía, y que contribuye a nuestro bajo perfil social; por lo que las pautas deontológicas, contenidas en adecuados Código de Conducta Profesional, y de Ética Judicial; y el control eficiente de su cumplimiento, así como el desarrollo de materias de ética y disciplina profesional por las Universidades; resultan fundamentales para establecer los límites racionales a la responsabilidad del abogado, de modo que su actuación judicial, su asistencia jurídica y su actividad de defensa no se vean como cómplices de las acciones lesivas o ilícitas en donde le corresponda actuar imparcialmente o como defensor. En este sentido, el reto de la abogacía y de la función judicial es el de retomar la ruta de la ejemplaridad, reconstruyendo la ética profesional, para lo cual, como decía Mauro Cappelletti, “tenemos que volver a ennoblecernos con la honestidad y la moral”. En otras palabras, lavar nuestra imagen. A ello contribuiría si dentro de nuestra actividad profesional, por ejemplo, los abogados en ejercicio, dedicáramos algún tiempo a la abogacía social para quien necesitando asistencia jurídica no la puede pagar. Pero, asimismo, si reclamáramos mejores procedimientos transparentes y mayores retribuciones para captar o seleccionar objetivamente los mejores abogados para Magistrados, el Ministerio Público, jueces, procuradores, defensores y consultores jurídicos de entes públicos. No se entiende, como se habla tanto de reforma judicial y de ética judicial, cuando, todavía a 20 (20) años de promulgada la Constitución, y de diez (10) años de publicado el Código de Ética del Juez Venezolano y de cinco (5) años de su última reforma, los jueces todavía sigan siendo destituidos arbitrariamente; más del 80% son provisorios o temporales; los civiles son juzgados antinatura por tribunales militares; y, la administración de justicia inaccesible, parcializada, inidónea, ideologizada, opaca, sumisa, subordinada y cómplice del quebrantamiento del Estado democrático de Derecho y de Justicia.

En este orden de ideas, para repensar sobre la abogacía, tomando prestado a De Gaulle, su famosa frase: “*Francia fue grande cuando hizo cosas grandes y pensó con grandeza*”, es necesario recordar a los abogados en ejercicio, jueces, profesores de derecho, procuradores, defensores públicos, fiscales, abogados funcionarios públicos y a los alumnos de las Escuelas de Derecho, que “*La abogacía ha sido y es grande en el pasado, porque ha permitido hacer cosas grandes, y que será también grande si piensa con grandeza para el futuro*”. Y teniendo presente también a Couture, que decía que el abogado practica “*el Derecho como una ciencia, ejerce la abogacía como un arte y defiende la Justicia como una religión*”. Es decir, que el Derecho no se inventa ni se improvisa.

En esta época, pues, donde se habla tanto de cambios, lo que hace distinto al abogado y lo que lo diferencia de otros reformadores, es que el ejercicio de su profesión es una constante acción de recreación y de reforma del orden presente, dentro de la ley y con justicia. En efecto, como afirma el jurista peruano Trazegnies, el abogado al ejercer el Derecho se mueve constantemente en una dialéctica entre la libertad y la organización, entre el orden y el desorden, entre lo viejo y lo nuevo; y que el abogado, el jurista, el hombre de Derecho, no es quien se limita a ponerle una camisa de fuerza a las demandas sociales, no es un guardián de prisión que cuida que cada uno esté en su celda y que todas las rejas estén firmes, no es un mero aplicador de reglamentos y de normas. Por el contrario, es un constructor de formas nuevas de relación social; es quien respetando las leyes lucha por darles nuevos sentidos, por liberarse de los esquemas guardando al mismo tiempo una coherencia de conductas, y un sentido de orden. Quizá, de acuerdo con este jurista, el hombre de Derecho podría ser mejor definido como un permanente recreador de órdenes. Pero si bien esa definición centra al jurista en la idea del orden, también es cierto que para crear un nuevo orden hay que revisar el anterior, hay que ofrecer una nueva perspectiva de las cosas, hay que iluminar el mundo con una luz inédita. El jurista, es pues, quien, al mismo tiempo, es capaz de desordenar el orden y de encontrar un orden dentro del desorden. De forma, que tomando prestada la frase de Alfredo Colmo, podemos decir, “*Dadme buenos abogados y haremos mejor la justicia aún con las peores leyes*”. Nada mejor para ilustrar el tiempo presente.

De manera, que en Venezuela, en donde ahora se habla fácilmente de un Estado de Justicia, porque simplemente se consagra en la Constitución, se olvida que sin un Estado de Derecho y sin una abogacía competente e idónea, y sin jueces competentes e independientes no puede existir un Estado justo. Corresponde, pues, a quienes han hecho del estudio del Derecho su vida profesional, tomar la iniciativa para reclamar su participación más activa en la reconstrucción del Estado de Derecho, en la recomposición institucional del país, que habrá de venir, para que el postulado del Estado de Justicia no se quede en el papel en un simple activismo judicial o en una retórica gubernamental. Y reclamar, como lo asientan, los decanos y profesores universitarios, en el reciente Pronunciamiento ante la situación del Poder Judicial, el respeto del “derecho ciudadano de tener un Poder Judicial confiable, independiente, imparcial y transparente”. Y el derecho a que

se tenga en cuenta a los abogados, en virtud del principio de participación ciudadana y de su integración al Sistema de Justicia, en el proceso de consulta de la Reforma Judicial, que nuevamente ha anunciado el Tribunal Supremo de Justicia.

Definitivamente, el reto y el compromiso, de los abogados actualmente, en este Siglo XXI, que ha sido llamado “el siglo de la inteligencia”, es el de repensar la abogacía y de retomar la ruta de la ejemplaridad, recomponiendo esa autopista de doble vía, que va del Derecho a la Justicia y de la Justicia al Derecho, por la que siempre debe circular la abogacía. De esta forma, al igual que lo fue el Dr. Cristóbal Mendoza, los abogados seríamos acreedores para recibir de la sociedad, como emblema de distinción de nuestra profesión, el estandarte que simboliza la PROBIDAD; porque entonces la conciencia ética de la abogacía en que debemos vivir los abogados habría pasado a ser también la idea que de los abogados tendría la sociedad. Un profesional capacitado en Derecho para defender, como corresponde a los juristas, la libertad y la democracia; y como ciudadano, perito en leyes, la justicia y el respeto a los derechos humanos, frente a la arbitrariedad y el abuso de los poderes públicos y de los poderosos. Acojamos, los abogados, la exhortación de Benedicto XVI, que formuló el 15 de junio del año 2005, de enfrentar “defender los humillados por los Estados arrogantes”. Y, recordemos a nuestro paisano Alberto Adriani, *“el orgullo de un estado es su institucionalidad y no sus riquezas, pero, que sin esa institucionalidad ningún país puede progresar”*.

LA JUDICIALIZACIÓN DE LA REPRESIÓN Y LA CRIMINALIZACIÓN DE LA POLÍTICA COMO CORRUPCIÓN JUDICIAL¹

Dentro de los casos emblemáticos, por su nivel desastroso de corrupción en Venezuela, cabe incluir, la JUDICIALIZACIÓN DE LA REPRESIÓN Y LA CRIMINALIZACIÓN DE LA POLÍTICA por parte del Poder Judicial, así como la impunidad para juzgar los actos propiamente de corrupción, como de violaciones graves a los derechos humanos. Como evidencia, basta señalar el enjuiciamiento y condena del dirigente político Leopoldo López, así como el de los alcaldes opositores y la persecución de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia designados por la Asamblea Nacional el 21 de julio de 2017, y de más de dos mil ciudadanos procesados por el ejercicio de sus derechos políticos de manifestar y protestar, enjuiciados por tribunales militares. Es decir, la utilización por el gobierno del Poder Judicial como su brazo político ejecutor y agente de impunidad. Además de su papel de institucionalizar el ventajismo electoral y de destrucción de la autonomía del poder legislativo. Por tanto, a la luz del principio universal anticorrupción, por el abuso del poder; la judicialización de la represión, la criminalización de la política y el ventajismo electoral y la eliminación de la separación de los poderes propio del Estado de Derecho, en Venezuela, por el sistema de justicia, son unos de los actos de mayor grado de inmoralidad. En este orden de ideas, según la CIDH, en su Resolución 2/18, del 2 de marzo de este año, la falta de la institucionalidad democrática es causa de la grave crisis política, económica y social de Venezuela y la corrupción sistemática influye en la existencia de un sistema de justicia efectivo. En efecto, de acuerdo con el Barómetro Global de Corrupción de Transparencia Internacional del 2013, el 74% de los venezolanos encuestados creen que el Poder Judicial está entre los sectores extremadamente corruptos, entre otros, con los de la administración pública y el de los militares. Porcentaje este que se mantiene para los años posteriores hasta un 80%. Para el 2017, según el Índice de Percepción de la misma Transparencia Internacional del ranking de corrupción de 38 que ocupaba Venezuela en 1995, ha llegado en 2017 al ranking de 169. De acuerdo con la misma organización, Venezuela aparece como uno de los países más corruptos de 176, y entre los 10 países de mayor grado de corrupción, señalándose como una de sus causas el control que ejerce el gobierno sobre el Poder Judicial. Inclusive, se ha señalado como caso de corrupción

¹ Intervención en el Seminario CORRUPCIÓN JUDICIAL Y GOBERNABILIDAD DEMOCRÁTICA PERÚ-VENEZUELA, Lima, 19/22/03/2018.

judicial el uso de INTERPOL para perseguir y extorsionar, indicándose 110 casos en contra de empresarios. Al respecto, en el trabajo *Venezuela tiene el peor sistema judicial del mundo*, que elaboró la organización no gubernamental estadounidense The World Justice Project, publicado en 2014, nuestro país es peor evaluado que países como Zimbabue, en lo que se denomina el Índice de Estado de Derecho 2012-2013. Ahora bien, respecto de la judicialización de la represión, antes señalada, en mi criterio, conforme el artículo 19 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del 31-02-2003, cabría calificarlos dentro de los delitos de corrupción, como abuso de funciones o del cargo. Definición esta que también se contempla en el artículo VI, letra “e”, de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Aparte de ello, existe una manifiesta y evidente impunidad por parte de los organismos de la administración de justicia de Venezuela para prevenir y sancionar los delitos que violan derechos humanos fundamentales. Respecto de la impunidad existente en Venezuela, es paradigmático el caso del magistrado del Tribunal Supremo de Justicia que disparó contra su esposa, el 12 de febrero de 2018, sin que hasta el presente haya sido presentado en su contra acusación alguna de antejuicio de mérito, por parte del Fiscal General de la República, para su enjuiciamiento, sino que aún permanece en el ejercicio de su cargo. O la complicidad del Sistema de Justicia en los más de 100 asesinatos de jóvenes manifestantes que no han sido investigados, ni juzgados sus autores. A lo anterior se une la estrategia del temor impuesto a la mayoría de los jueces en Venezuela, que en un 90%, son provisorios, de poder ser removidos sin proceso alguno, ya que la Sala Constitucional del TSJ, en sentencia N° 6 del 4 de febrero de 2016 declaró que la garantía del debido proceso establecido en el Código de Ética Judicial no es extensible a los jueces y juezas temporales, ocasionales, accidentales o provisorios.

Por otro lado, aparte de los casos de persecución política de Leopoldo López, el de la jueza María Affiuni, de Antonio Ledesma y los alcaldes Daniel Ceballos, David Smolansky, Vicente Scarano Spisso. Omar Lares y Alfredo Ramos, los más de 1000 casos denunciados, por la organización Foro Penal, de detenciones arbitrarias por el Poder Judicial como persecución penal en contra de la oposición política y en el control de la protesta social, especialmente a partir de 2014, han llevado a la Comisión Internacional de Juristas, en su Informe 2015, a señalar: *“Venezuela: El Ocaso del Estado de Derecho”*. Y dado que en este tipo de violencia política en su ejecución participan el Poder Judicial, el Ministerio Público y los órganos de investigación penal, la Comisión Internacional de Juristas, en su Informe sobre Venezuela de 2017, afirma que el Tribunal Supremo de Justicia es un brazo político del gobierno de Maduro. De este fundamentalismo propio del pensamiento totalitario, que es característico de los partidos que suponen que la sociedad es homogénea, participa la Sala Constitucional del TSJ, que en sentencia N° 276, del 24-04-2014, declaró que el derecho de manifestación no es un derecho preeminente sino relativo sujeto a la discrecionalidad de las autoridades políticas y que por adelantado calificó de incursos en desobediencia de autoridad a quienes manifesten públicamente sin la previa autorización, aunque constitucionalmente no se requiera. Doctrina esta que ha servido para enjuiciar a 1.200 personas detenidas arbitrariamente y que ha permitido las violaciones a los derechos humanos

en las que han incurrido los cuerpos de seguridad y los grupos armados civiles protegidos por éstos, en la represión de las recientes protestas, y en los 14 casos denunciados de tortura y de tratos crueles y del uso desproporcionado de la fuerza pública. En este orden de ideas, la misma Comisión Internacional de Juristas, en su Informe de 2017, expresa que la crisis política de Venezuela obstruye la justicia. Un caso por demás de extrema arbitrariedad, y, emblemático de corrupción judicial, lo es el de la persecución en contra de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia que fueron designados por la Asamblea Nacional el 21 de julio de 2017, dentro del contexto de coerción contra la oposición democrática, por razones políticas, planificada por el gobierno y su partido. Persecución esta orquestada por el gobierno venezolano, y que fue ordenada por el Presidente, promovida por el partido oficial, avalada por la Sala Constitucional del TSJ, en sentencia N° 545, del 20 de julio del mismo año, que por adelantado calificó a estos magistrados de incursos en el delito de usurpación de funciones. Hechos estos, que bien pudieran ser denunciados ante el Relator Especial sobre la Independencia de Magistrados y Abogados del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, conforme su Resolución 8/6, de 18 junio del 2008, adoptada en su Octavo Período de Sesiones sobre el mandato del Relator Especial sobre la Independencia de los magistrados y abogados, cuya función es investigar toda denuncia sustancial que le sea transmitida y comunicar sus conclusiones y recomendaciones, en este caso, sobre los atentados a la independencia de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, designados por el Asamblea Nacional el 21 de junio de 2016. Finalmente, dentro de los casos de corrupción judicial caben las sentencias del TSJ que avalan la convocatoria inconstitucional de la ANC convocada por Maduro y no por el pueblo, que designaron los integrantes del CNE en sustitución de la AN, la convalidación de las medidas administrativas de inhabilitación política y de partidos políticos, la suspensión indefinida mediante medidas cautelares de tres diputados de la AN y la convalidación de la inconstitucional convocatoria de elecciones presidenciales para el primer cuatrimestre de 2018, cuando deben hacerse en diciembre de este año. Sentencias estas que integran el ventajismo electoral estructural del gobierno, que se inscribe dentro de los casos de falta de transparencia democrática, que en el Seminario Internacional “*Campañas Electorales, ventajismo y reelección presidencial en América Latina*”, publicado por The Carter Center Corrupción electoral, se califica de “*ventajismo electoral institucionalizado*”. Por último, aparte de la corrupción por la judicialización de la represión, Transparencia Internacional ha informado como un acto dudoso de desviación de fondos públicos, que el gobierno venezolano otorgó a la Fundación Gaceta Forense del Tribunal Supremo de Justicia en noviembre de 2017, la cantidad de 107 mil millones de bolívares, equivalente a 33 millones de dólares a tasa oficial Dicom, para ser ejecutados para antes del 31 diciembre de este año. Sin embargo, no se sabe cómo y en que gastó el Tribunal Supremo de Justicia dicha suma en tan poco tiempo puesto que en su Memoria e Informe del 2017 no se dice nada al respecto, Al respecto baste señalar, como convalidación de la corrupción por el Poder Judicial de Venezuela, que en un caso en que se negó un amparo de protección contra el gobierno por el desabastecimiento de medicamentos para los niños

por la falta de recursos para adquirirlos, porque simplemente en un decreto presidencial no se desarrollan programas, objetivos y metas que garanticen el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes bajo un enfoque de protección integral, sin embargo, la Sala Constitucional del TSJ, en sentencia número 823 del 27 de octubre de 2017, después de admitido un recurso de revisión de esta sentencia que había negado este amparo, sin embargo, confirmó la sentencia simplemente por razones formales atinentes a al poder de los recurrentes.

Lo expuesto hasta ahora, evidencian que la judicialización de la represión y la criminalización de la política y el ventajismo electoral institucionalizado por el sistema de justicia, en Venezuela, son actos de corrupción que no solo constituyen delitos, sino fundamentalmente atentan contra el Estado de Derecho, que es la base del estado democrático, y, por, ende, hacen ilegítimo el ejercicio de sus funciones por el Poder Judicial, que es un caso ostensible de ingobernabilidad. En este orden de ideas, la CIDH, en su Resolución 1/8, del 02.302018, ha señalado respecto de Venezuela, que la corrupción debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, socava el Estado de Derecho y exacerba la desigualdad. La Corrupción judicial, como abuso y desviación de la función jurisdiccional, que afecta gravemente las instituciones de control administrativas y judiciales, debería ser objeto de un tratamiento especial y de denuncia por parte de la VIII Cumbre Presidencial de las Américas, dentro del contexto del tema “*Gobernabilidad democrática frente a la corrupción*”, que constituye el objeto de dicha Cumbre, en cuyo documento temático, se asienta: “*Tal cual es entendida (...), la gobernabilidad democrática es un concepto profundamente relacionado con un Estado de Derecho sólido y fortalecido, no pudiendo existir uno sin el otro*”. Estado este que no existe sin una justicia independiente, por lo que el fortalecimiento y reinstauración de la independencia de los sistemas de justicia es elemento esencial para enfrentar la corrupción sistemática e institucionalizada, para lo cual son necesarias medidas efectivas para el control de la corrupción en el Sistema de Justicia y del monitoreo de prácticas prohibidas, por ejemplo por el Mecanismo de Seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción de la OEA, y por supuesto, del aumento de participación ciudadana de veeduría en el control y combate a la corrupción, así como de una censura por las instancias internacionales.

TRANSICIÓN POLÍTICA Y JUSTICIA TRANSICIONAL: EL CASO VENEZOLANO A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA CHILENA¹

Durante las décadas de los años 60, 70 y 80 se dieron varios procesos de cambio político en diferentes países de Europa y América Latina y Europa del Este, que los politólogos comenzaron a llamar transiciones políticas. Y dentro de ellas se abrieron capítulos para los cambios de régimen democrático a régimen autoritario, de régimen autoritario a régimen democrático y de régimen democrático a régimen revolucionario. Sin embargo, no es tan simple el concepto, porque hay cambios políticos que son reformas políticas y otros entre sistemas políticos diferentes. Hay cambios que mutan toda una institucionalidad por otra totalmente contraria. Una transición, en un caso, es una reforma y, en otra, una ruptura. La primera combina elementos de los regímenes que se transigen, por eso se habla de transiciones concertadas. La segunda elimina todo el régimen anterior, por eso se habla de transiciones golpistas o de transiciones revolucionarias. Y, un tercer caso, de procesos que, aunque se trate de transiciones de sistemas totalitarios a sistemas democráticos para ello se buscan vías pacíficas, democráticas, inclusivos y electorales.

Otro aspecto, es el proceso mismo de transición. Hay transiciones que se inician por iniciativa de sectores aperturistas y de sectores reformistas, tanto desde los mismos gobiernos como desde las oposiciones, que terminan en reformas constitucionales o de gobiernos de transición fruto de la negociación o de golpes de estado. Otras por presión social, desde la calle, que motiva una negociación política, económica o social, entre gobierno y oposición. Estas, a mi juicio, son probamente las transiciones concertadas o reformistas. Y, otras, sin aperturismo o reformismo negociado, sino por un golpe de estado, por una guerra o por una revolución, para sustituir todo un sistema de vida política y social. Pero también, se genera un movimiento de transición por el reclamo nacional e internacional de resolver una grave crisis política, social y económica y por las graves violaciones de los derechos políticos, económicos y sociales, que provoca desplazamiento masivo de su población, cuya magnitud el gobierno se niega a reconocer; y por la adopción e implementación de una serie de medidas que han restringido el espacio

¹ Conferencia en el Foro UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO FACULTAD DE DERECHO-BLOQUE CONSTITUCIONAL DE VENEZUELA, Santiago de Chile, 8 de agosto de 2019.

democrático, que ha permitido al gobierno cometer numerosas y masivas- violaciones de los derechos humanos bajo una gran impunidad, en particular, las violaciones graves, como la tortura, las desapariciones y las ejecuciones extrajudiciales. Tal como se describe a nuestro país en el “Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela, presentado ante el 41 Período de Sesiones del Consejo de Derechos Humanos, en Ginebra, de fecha 5 de julio de 2019, en cumplimiento de la resolución 39/1 del referido Consejo².

En América Latina, en las últimas décadas, ha habido transiciones políticas hacia sistemas políticos diferentes, no por golpes de estado, guerras o revoluciones, sino mediante la utilización de instituciones del mismo sistema democrático que se quiere cambiar por su deficiencia. Es “*el transicionismo del fraude constitucional*” que da lugar a un sistema totalmente diferente al que le sirvió de base para la transición. Yo lo llamaría “*transición política dolosa*”. Porque aparte de esconder su propósito de un cambio golpista o revolucionario, se vale de las instituciones vigentes para sustituirlas por otras totalmente contrarias. Es el caso, de Venezuela, donde se planteó, en 1998, como parte de una campaña de elecciones presidenciales la reforma del sistema democrático partidista por sus deficiencias y errores, por otro sistema democrático más participativo y de mayor desconcentración del poder. Para ello, se utilizó como motivo electoral el de un proceso constituyente para atraer a los electores que deseaban un cambio para mejorar la democracia. Proceso este que se inició con una constituyente no prevista constitucionalmente, que aprobó una nueva constitución, que, si bien axiológicamente es democrática, sin embargo, por los resquicios del autoritarismo presidencialista, por la minusvalía de la representación popular y por el servilismo judicial, se le ha utilizado para destruir a la misma Constitución. En un proceso que también he llamado “*canibalismo constitucional*” o “*antropofagia constitucional*”³, según una receta política totalitaria ideológica militarista; cuyo chef ha sido una asamblea nacional constituyente ilegítima, su maître un consejo nacional electoral y sus meseros el tribunal supremo de justicia ilegítimo y el resto de los jueces; a la que las fuerzas armadas le sirven de escoltas.

Ahora bien, en Venezuela se habla de transición política, ¿pero cuál es el cambio que se quiere? ¿De un gobierno por otro; o de un sistema político por otro sistema político? Es verdad que se plantea el cambio de un gobierno que se considera ilegítimo, apoyado por una asamblea nacional constituyente no convocada por el pueblo, justificado por un poder electoral parcializado, avalado por un tribunal supremo de justicia espúreo, asistido por un poder ciudadano y un ministerio público sumisos y apuntalado por unas fuerzas armadas ideologizadas. Pero, la razón de la transición política y ética de Venezuela es la de salir de una crisis

² <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24788&LangID=S>

³ Duque Corredor, Román. *Constitucionalismo Autoritario*, Fundación Alberto Adriani, Bloque Constitucional, Caracas noviembre de 2017, p. 13.

humanitaria compleja y de un estado de grave violación masiva, general e institucionalizada de derechos humanos. Para entender porque se plantea la necesidad de una verdadera transición política y no simplemente de un gobierno por otro, sino de un sistema por otro; voy a describir el cuadro del sistema que se quiere cambiar política, económica, social y moralmente. Y, además, por qué se precisa que esa transición tiene que ser democrática, pacífica, constitucional y electoral. Es decir, diríamos lo que es actualmente la situación política en Venezuela.

Hoy día es un hecho reconocido internacionalmente que en Venezuela existe un incumplimiento estratégico, reiterado y sistemático de la Constitución, por parte del poder ejecutivo, secundado por un poder judicial subordinado, un poder ciudadano inexistente y un poder electoral comprometido y por una asamblea constituyente ilegítima; así como por la violación grave, sistemática y masiva de los derechos humanos; la total falta de independencia de los poderes mencionados; y el desconocimiento de principios básicos como el de la supremacía de la Constitución y de la soberanía popular. Ello configura lo que la jurisprudencia comparada denomina “*estado de cosas inconstitucionales*”⁴, soportados por los poderes citados, y que justifica la aplicación del derecho excepcional de restablecimiento de la vigencia de la Constitución derogada fácticamente por el gobierno de usurpación, como mecanismo del llamado constitucionalismo transformador o transicional para resolver la inexistencia de la institucionalidad del Estado de derecho democrático. Este estado de cosas inconstitucionales constituye una crisis de tal gravedad que atenta contra la existencia misma del Estado de derecho, al suplantársele por un paraestado mediante una constitución paralela. Es decir, que existe una emergencia o un estado excepcional causado por una crisis institucional absoluta, que significa una derogación de hecho de la Constitución, que determina la aplicación de uno de los medios extraordinarios de garantía de su protección, que contempla la misma Constitución. Este medio, es el deber y el derecho que constitucionalmente se impone a las autoridades y a los ciudadanos de restablecer su vigencia cuando ha sido derogada por actos no previstos en ella. Por eso, es que la transición política de que hablamos los sectores democráticos en Venezuela es el de una transición por la Constitución, con la misma Constitución, sin golpe de estado y a través de la consulta popular.

El sistema que se quiere cambiar de una inexistencia de absoluta institucionalidad se manifiesta:

1. Por el nombramiento de un Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) y de un Consejo Nacional Electoral (CNE) ilegítimos, acortando lapsos, designándose diputados como magistrados y candidatos que no cumplen los requisitos constitucionales y legales.

2. Por la elección ilegítima de una Asamblea Nacional Constituyente (ANC), no convocada por el pueblo como depositario del poder constituyente originario, según el artículo 347, constitucional; ni votada universalmente, sino sectorialmente, en contra del sufragio universal.

⁴ Sentencias SU-559 de 1997 y T-025 del 2004, de la Corte Constitucional de Colombia.

3. Por la celebración de elecciones presidenciales nulas por su fijación antes del plazo constitucional por un órgano incompetente, como lo es la ANC; y sin garantías electorales mínimas de un patrón electoral, sin un órgano electoral imparcial, sin accesibilidad a los centros electorales, la inhabilitación de los principales líderes y partidos opositores y sin observadores imparciales.

4. Por inexistencia de un presidente electo para el período 2019-2025, que sin embargo se juramentó ante la ANC y no ante la AN, que usurpa las funciones de gobierno.

5. Por la eliminación de la autonomía de la Asamblea Nacional y la suplantación de sus funciones por el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), la ANC y el poder ejecutivo; y por la persecución y detención de los diputados.

6. Por violación masiva, sistemática de derechos humanos, una gran corrupción y la existencia de una emergencia humanitaria compleja y la existencia de un alto riesgo de falta de salud y alimentación.

7. La usurpación de las funciones del Ministerio Público y de la Defensoría del Pueblo y de la Contraloría General de la República por un Fiscal, un Defensor y un Contralor, designados ilegítimamente por la ANC y no por la AN.

9. El terror e intimidación a que está sometido el Poder Judicial (“*Efecto Affiuni*”⁵), así como su ideologización y la utilización de tribunales militares para enjuiciar a civiles por el ejercicio de sus derechos políticos, económicos y sociales.

10. La violación de los derechos políticos de libertad de expresión, de información, de manifestación, de libertad sindical y de propiedad de tierras y medios productivos por la estrategia de estado de persecución en gran escala de la disidencia.

11. La violación masiva de los derechos sociales y económicos de la población por actos de corrupción, la total ausencia de una gestión eficiente de los servicios públicos básicos y la violación del derecho internacional humanitario por la negativa del gobierno de cumplir con la obligación de los Estados de respetar el derecho internacional humanitario de la ayuda humanitaria para salvar vidas, aliviar el sufrimiento, y mantener y proteger la dignidad humana, en prevención o en situaciones de emergencia y/o de rehabilitación.

12. La comisión de delitos de lesa humanidad de detención arbitraria, ejecuciones extrajudiciales por cuerpos colectivos, desapariciones, torturas y uso excesivo de armas de guerra contra manifestaciones públicas.

⁵ Se conoce como “Efecto Affiuni”, la intimidación judicial cuyo ejemplo paradigmático es el enjuiciamiento y encarcelamiento de la Jueza María Affiuni por haber dictado medidas cautelares a favor de un procesado considerado enemigo del gobierno.

Sistema este totalitario, que fue confirmado por la Alta Comisionada de la ONU de Derechos Humanos, en su Informe presentado ante el Consejo General de Derechos Humanos, el 4 de julio de 2019, en el cual, se dice que: El Gobierno ha cometido numerosas violaciones de los derechos humanos. Las autoridades han atacado especialmente a determinadas personas y grupos, entre ellos a miembros de la oposición política y a quienes se considera que constituyen amenazas para el Gobierno por su capacidad para articular posiciones críticas y movilizar a otras personas, que como represión selectiva se manifiesta en una multitud de violaciones de los derechos humanos, que pueden constituir persecución por motivos políticos. Y, según el Informe citado y el Consejo de Derechos Humanos (DH) de la ONU miles de personas, principalmente hombres jóvenes, han sido matadas en supuestos enfrentamientos con fuerzas estatales en los últimos años; por lo que existen motivos razonables para creer que muchas de esas muertes constituyen ejecuciones extrajudiciales perpetradas por las fuerzas de seguridad, en particular las FAES. Y, que pueblos indígenas venezolanos son objeto de graves violaciones de sus derechos individuales y colectivos. Y, que el Estado ha denegado sistemáticamente los derechos de las víctimas de violaciones de los derechos humanos a la verdad, la justicia y la reparación y la impunidad ha permitido que se repitan las violaciones de los derechos humanos, que ha envalentonado a los autores, y ha dejado de lado a las víctimas. A todo lo anterior, la Alta Comisionada citada, señala también que, el Gobierno ha impuesto una hegemonía comunicacional imponiendo su propia versión de los hechos y creando un ambiente que restringe los medios de comunicación independientes. Y, que de no mejorar la situación de crisis humanitaria existente en Venezuela aumentará el éxodo sin precedentes de personas migrantes y refugiadas venezolanas, porque las condiciones de las personas que permanecen en el país empeoran gravemente, por la falta de disponibilidad y de accesibilidad de alimentos, agua, medicamentos esenciales y servicios de atención de la salud, de programas amplios de atención de la salud preventiva, de los servicios maternos e infantiles, incluida la atención de la salud sexual y reproductiva. De este cuadro, se atribuye al Poder Ejecutivo, de origen ilegítimo o de hecho, y a su partido, el factor causante de la crisis institucional por su control absoluto del Tribunal Supremo de Justicia, del Poder Electoral, de la Defensoría del Pueblo, del Banco Central de Venezuela, de la Contraloría General de la República, de la sedicente Asamblea Nacional Constituyente y de las Fuerzas Armadas, a las que ha convertido en un agente político y un comisariato político. Y, como también un factor determinante de la crisis social la gran corrupción, según el Informe de Transparencia Internacional de 2018⁶.

Ahora bien, ¿es posible la transición, ante ese cuadro o situación política? Ciertamente que no es fácil, porque se trata de toda la institucionalidad que sostiene el anterior sistema, que por las descripciones que se desprenden del propio Informe de la Alta Comisionada de la ONU de Derechos Humanos, puede calificarse de un sistema totalitario. Sin embargo, del único espacio legítimo actualmente en Venezuela, como lo es la Asamblea Nacional, conforme el artículo 333,

⁶ <https://transparencia.org.ve/gran-corrupcion-y-derechos-humanos/#>

de la Constitución, mediante un acto normativo de aplicación directa del citado artículo; este poder legislativo, en uso de ese deber y derecho que como autoridad legítima le corresponde de restablecer la vigencia de la Constitución, que supone una facultad extraordinaria de emergencia, promulgo, el 5 de febrero de 2019, un régimen constitucional transitorio, que denominó Estatuto que rige Transición a la Democracia para Restablecer la Vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Estatuto que se define como un proceso progresivo de *“itinerario de democratización y reinstitucionalización que incluye las siguientes etapas: liberación del régimen autocrático que oprime a Venezuela, conformación de un Gobierno provisional de unidad nacional y celebración de elecciones libres”*. Para lo cual se insta, conforme los artículos 25 y 350, de la Constitución, al pueblo y a los funcionarios, a que cumplen con el deber de no obedecer las autoridades usurpadas de garantizar el restablecimiento de la institucionalidad. Por esos propósitos y fines, la transición que los sectores democráticos han planteado es una transición democrática, pacífica, constitucional y electoral. Transición esta que comenzó, primeramente, el 10 de enero de este año, con la declaración de Nicolás Maduro de usurpador de la presidencia, al juramentarse, sin haber sido elegido constitucionalmente, sino en elecciones presidenciales convocadas por la Asamblea Nacional Constituyente, antes del respectivo lapso, y no por el poder electoral legítimo. Y, en segundo lugar, al declarar la Asamblea Nacional, como órgano de representación de la soberanía popular, a su Presidente como presidente encargado, de pleno derecho, según el artículo 233, de la Constitución, ante la inexistencia de un presidente electo, legítimamente; que posteriormente, con su juramentación, ratificó su investidura en una asamblea popular, convocada a tal fin, conforme los artículos 62 y 70, de la misma Constitución. Por esta razón, además democrática y constitucionalmente.

Al respecto, el Parlamento Europeo, en Resolución del 18 de julio sobre la situación en Venezuela⁷, reiteró su pleno apoyo al presidente interino legítimo, Juan Guaidó, y a la Asamblea Nacional, el único órgano democrático legítimo de Venezuela, cuyas competencias deben restablecerse y respetarse, incluidas las prerrogativas y la seguridad de sus miembros; y condenó la suspensión de la inmunidad parlamentaria de veintidós parlamentarios y el encarcelamiento de otros dos; y, reiteró su preocupación por la falta de legitimidad de las elecciones presidenciales de mayo de 2018. Asimismo, en la citada Resolución, se hace hincapié, de conformidad con el informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, en la responsabilidad directa de Nicolás Maduro, así como de las fuerzas armadas y las unidades de inteligencia al servicio de su régimen ilegítimo, por el uso indiscriminado de la violencia para reprimir el proceso de transición democrática y la reinstauración del Estado de Derecho en Venezuela; condena el recurso, en cualquier circunstancia, a las detenciones arbitrarias, torturas y ejecuciones extrajudiciales, que están prohibidas en virtud de los convenios internacionales, incluidos aquellos de los que Vene-

⁷ http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0007_ES.html

zuela es signataria. Por otro lado, la CIDH, en su Informe: “Institucionalidad Democrática, Estado de Derecho y Derechos Humanos en Venezuela”, del 18 de mayo de 2018⁸, respecto de las elecciones presidenciales del 20 del mismo mes y año, en las que se eligió a Nicolás Maduro, había advertido sobre la falta de condiciones para la realización de elecciones libres y justas en Venezuela por haber sido fijadas al margen de la ley y la Constitución venezolana, la existencia de un órgano electoral sin garantías de independencia e imparcialidad, los obstáculos para la libre participación de partidos políticos y candidatos, la convocatoria apresurada a elecciones y el manejo del cronograma electoral; también afectó seriamente la garantía del voto universal y su acceso para los nuevos electores y personas venezolanas en el extranjero. Y la Asamblea General de la OEA, reconoció, en Resolución de fecha 10 de abril de este año, a Gustavo Tarre como representante de la Asamblea Nacional de Venezuela (AN, Parlamento), dirigida por el líder opositor Juan Guaidó, hasta que haya elecciones en el país. Asimismo, se le ha reconocido por el Banco Mundial, el Parlamento Europeo, MERCOSUR, PARLASUR y por más de 82 gobiernos.

Pues bien, el proceso de transición política en Venezuela, ya se inició, con la declaración de Nicolás Maduro como presidente de facto y con la designación de un presidente encargado, que, junto con la AN, en una suerte de sistema parlamentario, ha estado gobernando, ejerciendo las competencias que puede ejercer mientras no haya cesado la usurpación. Como, por ejemplo, designar embajadores, un procurador especial, juntas directivas de empresas del estado y recuperar activos del estado y designar un representante permanente en la OEA. Para la culminación del proceso de transición, en procura de la cooperación internacional, se ha insertado a Venezuela en los organismos internacionales de protección de derechos humanos; se ha dejado sin efecto la denuncia de la Carta de la OEA y de la Carta Democrática Interamericana; se ha ratificado de nuevo la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisdicción obligatoria de la CIDH y demás tratados sobre derechos humanos en el sistema interamericano y en el sistema de Naciones Unidas. Finalmente, lograda la cesación de la usurpación, entonces, una vez relegitimados el TSJ y el poder electoral, el Presidente encargado, organizaría un gobierno de unidad nacional; y, de ser posible técnicamente, convocaría elecciones presidenciales libres y competitivas, dentro de 30 días. De no existir las condiciones técnicas que lo permitan, las elecciones se realizarían dentro de un plazo máximo de 12 meses.

Últimamente, en virtud de la cooperación internacional, prevista en el Estatuto de la Transición, se ha abierto una tentativa de mediación entre gobierno y oposición democrática, que incluso el Parlamento Europeo, así como el Grupo de Contacto y el Grupo de Lima, consideran como una solución pacífica, democrática e integradora como la única vía sostenible para salir del actual estancamiento político y de la grave crisis social y humanitaria que se ha generado en Venezuela; y que señalan que el diálogo en curso debe tener presente la hoja de ruta adoptada en la Asamblea Nacional de Venezuela, es decir, el Estatuto de Transición, ; y que

⁸ www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf

el único objetivo del diálogo debe ser la creación de condiciones que conduzcan a unas elecciones presidenciales libres, transparentes y creíbles sobre la base de un calendario fijo, en condiciones justas para todos los actores, transparentes y que cuenten con la presencia de observadores internacionales fiables.

Pues bien, este es el estado actual de la situación política de Venezuela y el cauce jurídico que ha trazado la oposición democrática para el proceso de transición política hacia la democracia, que depende de la reinstitucionalización del sistema político del país, restableciendo la vigencia de la Constitución de 1999 para que Venezuela vuelva a ser un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia. En ese orden de ideas, quisiera al final de mi exposición citar de la Exhortación Pastoral en ocasión de la CXII Asamblea Plenaria Ordinaria de la Conferencia Episcopal Venezolana, del 11 de julio de 2019, las siguientes palabras sobre transición política hacia la democracia:

“(…) ante la realidad de un gobierno ilegítimo y fallido, Venezuela clama a gritos un cambio de rumbo, una vuelta a la Constitución. Ese cambio exige la salida de quien ejerce el poder de forma ilegítima y la elección en el menor tiempo posible de un nuevo Presidente de la República. Para que sea realmente libre y responda a la voluntad del pueblo soberano, dicha elección postula algunas condiciones indispensables tales como: un nuevo Consejo Nacional Electoral imparcial, la actualización del registro electoral, el voto de los venezolanos en el exterior y una supervisión de organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Unión Europea, entre otras; igualmente el cese de la Asamblea Nacional Constituyente”⁹.

Esta es la aspiración de la mayoría democrática nacional. Sabemos que no es fácil, como lo es todo proceso de transición que se quiere que sea pacífica, y que es difícil lograr lo mejor. Por ello, quisiera terminar citando las palabras de Don Patricio Aylwin, como vocero de la Concertación, de 1º de junio de 1989, al informar a la opinión pública sobre el proyecto de acuerdo político alcanzado sobre las reformas constitucionales para la transición hacia la democracia; que *“aun cuando el proyecto es insuficiente, el ánimo de la Concertación es facilitar, a través de este camino, el que se vaya abriendo la posibilidad de una transición ordenada y consensual hacia el régimen democrático”*.

Y, que *“deje establecido que la aprobación de las reformas no involucran un compromiso que impida modificaciones posteriores a la Constitución”*¹⁰.

⁹ <https://www.panorama.com.ve/politicaeconomia/Conferencia-Episcopal-Venezolana-Venezuela-clama-a-gritos-un-cambio-de-rumbo-20190711-0041.html>

¹⁰ Citado, por Godoy Arcaya, Oscar, “La Transición Chilena a la Democracia Pactada” (https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160303/20160303183720/rev74_go-doy.pdf, p. 102).

LOS REQUISITOS PARA PROGRESAR EN PAZ¹

El tema de este Panel “Los requisitos para progresar en Paz, ha sido tratado por el Ingeniero Werner Corrales desde dos visiones. Como: 1.- Una estrategia para reconstruir el tejido social para la reconciliación y retomar el desarrollo; y 2.- El acceso a la Justicia para asegurar una paz perdurable. Con relación a estos planteamientos, mis comentarios son los siguientes: Lo primero, la estrategia, es una acción planificada para lograr dos objetivos: la reconciliación y el desarrollo. Lo segundo, el acceso a la justicia principalmente es un medio para asegurar la paz, como parte de esa estrategia. Ambos requieren como postulado como modo de pensar y actuar: PAZ PARA LA PAZ. Me explico. “Paz para la paz”, como lo reclamaba el político francés Jean Juárez, en 1914, es la de la unión entre quienes tienen un propósito común ante diferentes instrumentos. Así decía: “Sin unión no es posible descartar la horrible pesadilla de la guerra”. Vale la pena recordar, el lema de “Unión y libertad”, de las provincias unidas de La Plata en la lucha por su independencia, que se acuña en sus monedas. Recordemos la advertencia de Mahatma Gandhi ante el enfrentamiento entre los indios en la lucha por la independencia, “Si no somos tolerantes, no merecemos ser libres”. En verdad, de no ser tolerantes terminaremos siendo víctimas de nuestra propia esclavitud. En otras palabras, que venezolanos demócratas que queremos la libertad, desarrollo y la paz, debemos buscar la paz entre nosotros.

Pienso, que, en la estrategia para reconstruir el tejido social para la reconciliación y el desarrollo, los principios de paz para la paz, tolerancia y unión para la libertad, deberían ser sus fundamentos.

Ello implica:

- Una definición de la estrategia de reconstrucción como transición para la estabilidad política, económica y social.
- Un método de discusión y concertación plural y transparente para la acción planificada de la estrategia.
- Un método de búsqueda de las aspiraciones y propósitos comunes.

¹ Participación en el Foro “Reconciliación con Justicia en Venezuela”, en representación del Bloque Constitucional de Venezuela, realizado en la Universidad Carlos III, en Madrid, 3 de octubre de 2018.

- Un proceso de investigación de los grados de desarrollo que hay que retomar
- Un diseño de organización social amplia para la discusión, concertación y promoción de la estrategia en la opinión pública.
- La vinculación del alcance de cada una de las propuestas ponderadas a las metas previstas en los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030.
- Un equipo directivo y motivador de credibilidad y autoridad.
- Una interconexión con el sector político de la sociedad.
- Un método de motivación capaz de promover una reacción colectiva sobre la realidad crítica del país y sobre la necesidad de superarla con un cambio político.
- Un modelo de un plan integral para la reconciliación y el desarrollo como una propuesta nacional consensuada y legítima. Es decir, un pacto, un acuerdo, una alianza y una agenda

Y respecto del acceso a la justicia para asegurar una paz perdurable, considero que ha de ser parte de la estrategia para la reconciliación y fundamento para el desarrollo.

Para ello, debe partirse en esta estrategia, de las siguientes definiciones:

- Sin libertad no hay justicia ni paz
- La paz es inseparable de la justicia
- La paz es el sustituto de la justicia (Couture)
- La paz es el nuevo nombre de la Justicia (Pio VI).
- Que sin Justicia no hay Estado de Derecho.
- Que sin Justicia independiente no hay control de la arbitrariedad y de la corrupción.
- Que con una Justicia sin credibilidad no se garantiza la supremacía de la Constitución, ni el respeto por los derechos humanos.
- Que la Justicia no sirve a un gobierno, a un presidente, a una revolución o a un partido.
- Que la Justicia debe ser democrática y no ideológica.
- Que la Justicia debe ser para el ciudadano

La consecuencia de estas definiciones es que el acceso a la justicia no es solo facilitar el acudir a los tribunales, sino que estos sean en verdad:

- Defensores de la integridad de la Constitución.
- Garantes de la libertad y de la primacía de los derechos humanos

IDEARIO JURÍDICO Y POLÍTICO SOCIAL

- Capaces de buscar soluciones alternativas a la intervención penal y no simplemente de aplicar penas proporcionales o retributivas a los delitos, sino también restaurativas de los daños causados a las víctimas y a la sociedad.

De las definiciones y principios anteriores se desprende que el acceso a una justicia para asegurar la paz perdurable debe formar parte de los medios para la estrategia de reconstrucción del tejido social para la reconciliación y retomar la vía del desarrollo integral. Dentro de esa estrategia, la configuración de un sistema de justicia para la paz y el desarrollo en democracia y con libertad, debe basarse en el modelo del estado democrático social de Derecho que garantice la primacía de los derechos humanos y la supremacía de la Constitución. En el modelo del estado democrático social de Derecho en donde el poder judicial sea en verdad un poder y no parte del poder. En el modelo del estado democrático social de Derecho donde se consagre: 1) *El derecho de acceso a la jurisdicción para obtener la tutela efectiva de los derechos e intereses y de obtener con prontitud la decisión correspondiente.* 2) *La garantía de la libertad, del juez natural y del debido proceso* 3) *La responsabilidad personal de jueces y magistrados* 4) *La garantía del amparo del goce y ejercicio de los derechos humanos y del amparo a la libertad y seguridad.* 5) *La garantía del acceso a instancias internacionales y del respeto de sus decisiones* 6) *La garantía del no juzgamiento de los ciudadanos por los tribunales militares* 7) *La garantía de la carrera judicial, de la estabilidad de los jueces y del debido proceso para establecer sus responsabilidades.* Y, 8) *La garantía de la seguridad jurídica como un derecho.*

En el modelo del estado de Derecho derivado de una transición de un sistema violatorio de derechos humanos hacia un sistema democrático, como mecanismo de reconciliación, que contemple las bases de la justicia restaurativa que determine la responsabilidad por las violaciones graves de los derechos humanos y la reparación de los daños a las víctimas y a la sociedad y la participación de los involucrados directos e indirectos en los procesos de resolución de estos conflictos; mediante: A) El reconocimiento de la verdad y responsabilidades. B) La garantía de la memoria histórica y la no inmunidad y la no impunidad por los delitos de lesa humanidad o por los delitos no susceptibles de amnistía o de indulto. C) La consagración de penas alternativas y medios de reparación para los casos de confesión, arrepentimiento y admisión de responsabilidad. Y, D) La consagración de procesos deliberativos de justicia restaurativa o transicional ante órganos especiales e independientes.

Finalmente, en mi concepto, la reconstrucción del tejido social para la reconciliación y retomar el desarrollo para el acceso a la Justicia para asegurar una paz perdurable, ha de tener la naturaleza de un acuerdo político como resultado del consenso entre fuerzas políticas y de un acuerdo jurídico de consagración de la reconstrucción institucional del tejido social para la reconciliación, el desarrollo y el acceso a la justicia para asegurar la paz. Por lo que estimo dentro de esa estrategia un proceso de consulta, debate político y aprobación definitiva de un acuerdo que registre de manera institucional los lineamientos Generales para el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación en transición, como lo propone el Centro de Estudios Políticos de la UCAB (Politika Ucab).

DOCTRINA DEMOCRISTIANA LATINOAMERICANA SOBRE DEMOCRACIA, TRANSICIÓN Y RECONCILIACIÓN (Legados de Aristides Calvani y Patricio Alwyn)

Caracas, 18 de septiembre de 2021

En su discurso, del 21 de mayo de 1990, en el comienzo del periodo ordinario de sesiones del Congreso Nacional, el presidente Patricio Alwyn, decía a los parlamentarios y a su pueblo, a los setenta días del inicio de la democracia chilena, que después de una transición de una dictadura el sistema democrático impone principalmente a gobernantes y políticos la responsabilidad de no continuar con “*la lógica de la guerra “que divide a los ciudadanos en amigos y enemigos, por lo que de superarse con “la lógica de paz”, cualesquiera que sean sus diferencias*”¹. Por su parte, el ex canciller Aristides Calvani, en entrevista de prensa en México el 4 de mayo de 1983, señalaba que más que “*democratización*” se debe hablar de “*proceso de democratización*”², con posterioridad a regímenes de fuerza, porque “*el camino de la paz pasa por la democratización*”, como apuntaba en su Informe ODCA, de julio-agosto 1983. Estas conceptualizaciones de ambos iurisfilosofos y políticos democristianos constituyen la esencia de su legado ideológico y político de la “*lógica de la paz*” y “*de la democratización como camino de la paz*”.

En su discurso de los Balcones del Palacio de la Moneda, del 11 de marzo de 1990, Patricio Alwyn dijo a su pueblo, que volver a la democracia, es “*volver sin violencia, sin sangre, sin odio*”, y “*por los caminos de la paz*”³. Calvani, en lo que he denominado “*doctrina Calvani de negociación para la reconciliación y la paz*”, en lo referente a la institucionalidad democrática, postulaba como uno de

¹ PRIMER MENSAJE DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE CHILE, DON PATRICIO AYLWIN AZOCAR, AL COMENZAR EL PERIODO ORDINARIO DE SESIONES DEL CONGRESO NACIONAL. 21 DE MAYO DE 1990. “Nuevamente vivimos en Democracia”, 1 Documentos para la Democracia, preparado por el Centro Ideas, p. 3, Fundación Patricio Alwyn. (http://fundacionaylwin.cl/wp-content/uploads/2017/04/VIVIMOS_NUEVAMENTE_EN_DEMOCRACIA.pdf)

² Ver, *Vida, pensamiento y obra de Aristides Calvani*, Colección Centenario, N° 9, Servicio a la libertad y a la paz, Ifedec- Fundación Alberto Adriani, p. 168 y 174.

³ Discurso Balcones Palacio de la Moneda, 11 de marzo de 1990. Fundación Patricio Alwyn, Ideas y discursos 1990 (<http://fundacionaylwin.cl/ideas-y-discursos/>).

sus fundamentos “*el derecho de los pueblos de reclamar el ejercicio de la tolerancia*” y “*la obligación de los poderes públicos de reestablecerla*”⁴. Pienso que del pensamiento de estos grandes hombres es posible construir la doctrina democristiana latinoamericana sobre democracia, transición y reconciliación. En efecto, ambos pensamientos surgieron de los procesos de democratización de la transición chilena, en el caso de Alwyn, como dirigente político frente a la dictadura de Pinochet y primer presidente democrático después del fin de esta dictadura; y de los procesos centroamericanos de paz, en los cuales Calvani fue su más destacado participante, por lo que se le calificó, “*el canciller de la paz*”.

Esta doctrina democristiana parte del principio que es necesario, como premisa, “*precisar el contenido de la democracia*”, como así lo asentaba Alwyn, en su discurso de instalación del “Grupo de Estudios Constitucionales de los 24”, en Valparaíso, el 4 de diciembre de 1979⁵. Y de conformidad con esta premisa precisaba, que democracia no es solo el derecho del pueblo de gobernarse a sí mismo, sino también la efectiva vigencia y protección de los derechos humanos. En cuanto a lo primero, decía, “*solo es autoridad legítima la que deriva del pueblo su mandato*”. Y, respecto a lo segundo, que el reconocimiento de la igualdad, a su vez, es “*el fundamento de toda convivencia civilizada*”, por lo que no puede haber un orden democrático sin la protección vigorosa de los derechos humanos, puesto que es un requisito indispensable de este orden. Por lo que, para su vigencia, afirmaba Alwyn, se requiere “*una tutela independiente, oportuna y eficaz del respeto leal a los derechos humanos*”. Vinculado a estos elementos esenciales, Alwyn, señalaba como contenido de la democracia, “*la lógica de la paz, fundada en la razón*”, por lo que lo que no es democracia la llamada “*la nueva democracia*”, que se basa en “*la lógica de la guerra, fundada en la fuerza*”, lo que hoy día vendría a ser el socialismo del Siglo XXI, o regímenes como el cubano castrista, que divide la sociedad entre amigos y enemigos. Por tanto, concluía Alwyn, en este extraordinario discurso, que, “*ningún país puede vivir indefinidamente y construir una convivencia pacífica y creadora, bajo la lógica de la guerra*”, por lo que en el proceso de democratización “*hay que implantar la lógica de la paz como base de la democracia*”. Lógica esta, que “*nos obliga a todos*”, empeñados en la democratización, “*a superar los prejuicios, a olvidar rencores, a sacrificar intereses y ambiciones, a derrotar el odio, a deponer intransigencias, a reponer el dialogo fraterno (...), con serenidad y grandeza de alma, antes de que sea demasiado tarde.*”

En ese orden de ideas, como lo recordó Eduardo Fernández, en su discurso pronunciado en la sesión especial del Congreso de la Republica con motivo de cumplirse los 10 años del fallecimiento de Aristides Calvani, que concebía la democracia como “*pluralidad democrática*”, por lo que consideraba, según Fernández, la democracia como “*una actitud de respeto y de disposición al dialogo, en*

⁴ Ver, mi trabajo “La doctrina Calvani de negociación para la reconciliación y la paz”, en Vida, pensamiento y obra de Aristides Calvani, Colección Centenario, citada, o N° 4, p. 45-46.

⁵ <http://fundacionaylwin.cl/wp-content/uploads/2021/03/APA-0337.pdf>

lo cual puso énfasis en los procesos de democratización centroamericanos. Su pensamiento fue también la “*lógica de la paz*”, que, según Fernández, además de la paz individual o conciencia íntima de cada persona, es la paz social que es contraria a la violencia, que se funda en la justicia puesto que “*es la única manera de asegurar una paz verdadera y estable en una democracia.*”⁶ Asimismo, Eduardo Martínez, al referirse al Magisterio de Calvani, recordaba que, en la oportunidad de formar a un grupo de dirigentes democristianos de la región, al explicar la teoría de la violencia como medio de lograr los cambios políticos en América Latina, como lo postulaba el marxismo guerrillero, advertía que es necesario agotar el uso de los medios pacíficos para conseguir esos cambios sobre todo ante “*la gente que es impulsiva e impaciente*”. Según Martínez, la teoría de Calvani “*de la no-violencia*”, en su conferencia del 7 de junio de 1968, a los nueve meses de haber asumido la posición de Canciller, en el primer gobierno democristiano de Venezuela, es uno de sus más importantes pronunciamientos para el estudio de su pensamiento⁷. En ese contexto, para Calvani la intolerancia y la violencia alteran elementos esenciales de la democracia y el derecho humano a vivir en paz, que es la base del diálogo democrático, que incluso es determinante de la reactivación económica y de superación de la pobreza en un clima de libertad y paz⁸. Y como lo asienta, el profesor Pedro Luis Ghinalia L., “*Calvani comprende la democracia como un proceso que continuamente se perfecciona y completa a las personas y a las instituciones*”, que no solo requiere de la acción del estado, sino también de los políticos y ciudadanos, que actúen con sujeción a la ética, de la cual la paz es una de sus virtudes⁹.

Alwyn, sostuvo su tesis del vínculo de los derechos humanos con la reconciliación, partiendo del criterio de la obligación del Estado de reconocer la responsabilidad a las víctimas por las violaciones graves de estos derechos, argumentando, sin embargo, que debían buscarse instrumentos que armonizaran los castigos con el perdón, a través de medios de reconciliación, los grados de responsabilidades y de la magnitud de los daños causados. Tesis esta que fue reconocida, incluso internacionalmente, como “*doctrina Aylwin*”, según la cual la Ley de Amnistía no debe impedir investigar los casos de detenidos desaparecidos y otras violaciones a los derechos humanos, y que sólo puede amnistiarse un delito comprobado pero que no represente una violación. Sobre esta tesis, debe recordarse su pensamiento de su Discurso del Estadio Nacional del 11 de marzo de 1990: “*Los caminos de reconciliación entre todos los chilenos, sobre las bases del respeto mutuo, el imperio irrestricto de la verdad, la vigencia del derecho y la búsqueda constante de la justicia*”. Por lo que, concluía que un “*espíritu fraterno, libertario y optimista*” debe “*derrumbar los muros que separan a los hombres*” y hacer caer

⁶ Ver, *Vida, pensamiento y obra de Aristides Calvani*, IFEDEC Colección Centenario, N° 4, Celebración de la vida de Aristides Calvani, p. 27-29.

⁷ Ver, *Op. Cit.*, pp. 42-43 y 44-48.

⁸ Ver mi trabajo, “La doctrina de Calvani de negociación para la reconciliación y la paz, en *Vida, pensamiento y obra de Aristides Calvani*, citada, p. 46.

⁹ Ver la misma obra página 60.

“los sistemas opresores”¹⁰. Alwyn, también sostenía que, en la posteridad a los procesos de transición a la democracia, es necesario “conciliar la justicia con la virtud de la prudencia”, para “evitar los riesgos de querer revivir otros tiempos, de reeditar las querellas del pasado y de engolfarnos indefinidamente en pesquisas, recriminaciones y cazas de brujas que nos desvíen de nuestros deberes con el porvenir”. Y consciente como estaba de la división entre los chilenos sobre la determinación de las responsabilidades por las violaciones de derechos humanos por la dictadura militar y del riesgo que significaba la discusión indefinida de este tema y de ahondar en este debate, que ponía en riesgo el proceso de democratización, consideraba indispensable “encontrar una fórmula capaz de dar pronta respuesta al justo anhelo de verdad y de justicia, sin poner en peligro el proceso de consolidación democrática ni sacrificar las reformas económico-sociales que habíamos propuesto al país y que considerábamos indispensables para lograr un desarrollo nacional equitativo”¹¹.

La doctrina de Calvani sobre la democratización como camino de la paz a través de sus conferencias, discursos, entrevistas y documentos, así como de su magisterio de formación democristiana, puede resumirse como los principios de diálogo político y social para la mediación y la paz, de la justicia como reparadora de violaciones de los derechos humanos; del descarte de la cultura de la violencia, la cultura de la concentración de la reconciliación y, la armonización del perdón con el arrepentimiento. Asimismo, lo que podría considerarse como la axiología de la doctrina Calvani, que él llamaba “*la dialéctica de la paz como de la democratización como camino de la paz*”, frente a “*la dialéctica de la violencia*”; se fundamenta en el valor de la paz como reino de la justicia entre los hombres, de la solidaridad, y de la igualdad. Y, reconocía que “*la dialéctica de la paz*”, que calificaba propia de la democracia cristiana, es dura de comprender y de conducir, y, que, por ello, no es una posición fácil, pero, que creía “*que es la única válida*”, porque, “*los otros medios son aparentemente eficaces, pero, a la larga, terminan siendo tremendamente ineficaces. Por qué no hacen sino seguir siendo la dialéctica de la violencia, que la historia nos muestra ineficaz*”¹².

El pensamiento de Patricio Alwyn y Aristides Calvani, de la “*lógica de la paz*” y de “*la dialéctica de la paz*”, como juristas, filósofos y políticos, de formación socialcristiana, sin duda constituyen la doctrina democristiana latinoamericana sobre democracia, transición y reconciliación, que representan su legado para

¹⁰ Wwww.fundacion Patricio Aylwin.com. Ideas y Discursos.

¹¹ Alwyn Patricio, “LA COMISIÓN CHILENA SOBRE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN”, Conferencia Interdisciplinario inaugural Curso XIV el proferida en el del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en San José de Costa Rica, el 12 de junio de 1996, p. 38 (<https://www.corteidh.or.cr/tablas/a12050.pdf>. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a12050.pdf>). Ver, mi trabajo, “La doctrina Calvani de negociación para la reconciliación y la paz”, en Vida, pensamiento y obra de Aristides Calvani, Colección Centenario, citada, No. 4, p. 50.

¹² Martínez, Eduardo, “Aristides Calvani frente al Comunismo”, *The Democracy Paper* N° 17, Interamerican Institute for Democracy 2019, citada, p. 47.

ROMÁN J. DUQUE CORREDOR

quienes en nuestra región siguen esa formación, de lo cual han de dar ejemplo, de la cultura del dialogo y de la solidaridad, desde su unión ideológica hasta en su acción política, dentro del pluralismo que debe existir entre sus variables partidistas, particularmente en Venezuela donde la unión socialcristiana es y debe ser un factor determinante del proceso de democratización de nuestro país, dentro de los caminos de la paz, de lo que Alwyn y Calvani, fueron apóstoles.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA VIOLACIÓN DE LAS GARANTÍAS JUDICIALES EN EL ARBITRARIO E ILEGÍTIMO PROCESO PENAL EN CONTRA DEL JURISTA PROFESOR ALLAN R. BREWER CARIÁS¹

INTRODUCCIÓN

Mediante Dictamen (CCPR/C/133/D/3003/2017) aprobado en fecha del 14 de octubre 2021, cuya publicación la hizo la Oficina del Alto Comisionado de la ONU el 15 de diciembre de este mismo año², con fundamento en el artículo 5º, párrafo 4, del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, respecto de la Comunicación Núm. 3003/2017, en el Caso *Allan Brewer Carías vs Venezuela*, el Comité de Derechos Humanos de la ONU³ decidió que el gobierno venezolano en el proceso en el que se le siguió penalmente por una su-puesta “conspiración para alterar la Constitución por medios violentos”, violó sus derechos humanos a ser juzgado por un tribunal independiente, a la presunción de inocencia, al debido proceso y a disponer de un recurso efectivo para la protección de sus derechos y garantías, consagrados en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del que Venezuela es parte⁴ Dispuso además que el Estado venezolano tiene la obligación a la reparación integral por tales viola-ciones mediante la declaratoria de la nulidad del proceso penal que se siguió al

¹ Trabajo presentado a la Catedra Dr. José Santiago Nuñez Aristimuño del Instituto de Estudios Jurídicos Dr. Román J. Duque Corredor, Caracas/Maturín, 18 de diciembre de 2021.

² <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=27970&LangID=S>

³ El Comité de Derechos Humanos de la ONU fue creado por los estados mediante el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 28), aprobado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, como un órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de dicho Pacto por los estados partes, al cual le reconocen competencia para recibir comunicaciones o denuncias individuales de violaciones del referido Tratado (Protocolo Facultativo Primero, aprobado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 diciembre de 1966 (art. 1º).

⁴ Venezuela: El Comité de Derechos Humanos de la ONU considera que el proceso penal contra un reconocido jurista violó las garantías del debido proceso | OHCHR.

profesor Allan Brewer Carías y de dejar sin efecto la orden de detención preventiva que se libró en su contra. Y, determinó que en el caso de que se inicie un nuevo proceso debe asegurar el cumplimiento de todas las garantías del debido proceso previstas en el mencionado artículo 14 del Pacto referido, así como el derecho de acceso a los recursos judiciales efectivos, de conformidad con el artículo 2, párrafo 3, del mismo Pacto; y además que el estado venezolano debe conceder al profesor Allan Brewer Carías una indemnización adecuada. La Academia de Ciencias Políticas y Sociales de la cual el profesor Allan Brewer Carías fue su presidente como distinguido Individuo de Numero, en Pronunciamiento de fecha 17 de diciembre de este año de 2021, además de manifestar el júbilo de esta Corporación con ocasión del Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU, por el que se hizo justicia ante las violaciones a los derechos humanos del académico Dr. Allan Brewer Carías, instó al Estado venezolano a dar cumplimiento a las reparaciones integrales requeridas por el Comité. Y repudió los más de 15 años de violaciones a los derechos civiles y políticos que ha sufrido el académico Dr. Allan Brewer Carías. Aparte de compartir esa manifestación de júbilo, me permito hacer unas breves consideraciones sobre la responsabilidad del estado venezolano por la violación de las garantías judiciales en el ilegítimo procesal penal en el cual fue acusado arbitrariamente el profesor Allan Brewer Carías, así como acerca de la obligatoriedad del Dictamen pronunciado en el caso de su reclamo contra el estado venezolano.

I

El Estado venezolano, como estado parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de su Primer Protocolo Facultativo, antes mencionados, reconoce, conforme el artículo 1º de este Protocolo, la competencia del Comité de Derechos Humanos de la ONU para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado, que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el indicado Pacto. Por tanto, el Estado venezolano, al igual que aquellos Estados que ratificaron el mencionado Primer Protocolo Facultativo, han consentido en permitir a las personas bajo su jurisdicción que soliciten del Comité una opinión o dictamen sobre estas posibles violaciones. Es decir, el Estado venezolano aceptó su competencia decisoria para conocer y decidir tales denuncias. En efecto, el objeto de la comunicación o denuncia individual de violaciones de dichos derechos es obtener un dictamen u opinión del Comité, en el que se pronuncie sobre si ha habido o no violación de los derechos humanos con el fin de obtener una reparación del Estado infractor. Dicho Comité es un órgano convencional formado por expertos independientes que vigila el cumplimiento del referido Pacto por los Estados que lo han ratificado y que fue creado por los mismos Estados en cumplimiento del artículo 28 del Pacto referido⁵. En principio, pudiera pensarse que la opinión de dicho Comité no es vinculante por cuanto no tiene naturaleza

⁵ Venezuela aprobó legislativamente este Pacto y el Protocolo Facultativo el 15-12-1977 y fue ratificado el 28-01-1978 (Gaceta Oficial N° 2.146 Extraordinaria del 28-01-1978).

jurisdiccional, pero el mismo Comité ha realizado una interpretación del Pacto por la que entiende que los Estados están obligados a seguir sus recomendaciones para la reparación de los abusos producidos⁶. Ahora bien, la competencia del Comité de Derechos Humanos para recibir y examinar denuncias individuales, también llamadas “Comunicaciones”, presentadas en base al Protocolo Facultativo por personas que consideran violados sus derechos por un Estado Parte⁷; en razón de lo dispuesto en los artículos 19, 23 y 31, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, forma parte de su derecho interno, y, por tanto es de aplicación inmediata y directa por los órganos del Poder Público y por los tribunales de esta República, como lo establece el artículo 23, constitucional, anteriormente citado, en concordancia con el artículo 31 del mismo Texto Fundamental. Además, de acuerdo con el artículo 19, constitucional, los derechos contemplados tanto en el referido Pacto y como en su Protocolo Facultativo son obligatorios para todos los órganos del Poder Público de la República Bolivariana de Venezuela. Por tanto, no hay duda alguna, que las decisiones del mencionado Comité, como el Dictamen en el Caso “Allan Brewer Carías vs. Venezuela”, obligan al Estado venezolano porque las disposiciones internacionales mencionadas son parte del ordenamiento jurídico nacional y su cumplimiento es un derecho constitucional de los ciudadanos venezolanos.

II

En efecto, por expresa disposición del artículo 31, constitucional, el Estado venezolano tiene la obligación de procurar los medios para cumplir con las decisiones del Comité de Derechos Humanos, por lo que su exigibilidad, a diferencia de otros Estados donde no se consagra tal obligatoriedad, en mi concepto es indiscutible. Aparte de lo anterior, siendo el Comité en cuestión, un órgano cuasi judicial, en razón que conoce de controversias, siguiendo un procedimiento contencioso, con bilateralidad de partes contrarias, por violaciones de los derechos humanos que resuelve mediante dictámenes, tiene eficacia en el ámbito de la jurisdicción interna, respecto de las partes y las víctimas, como fuente de los derechos y las obligaciones⁸. En efecto, dicha obligatoriedad surge de la incorporación de los tratados internacionales al derecho nacional y por disposición expresa del artículo 31, de la vigente Constitución venezolana, como expresé anteriormente, que consagra el derecho de petición ante órganos internacionales, judiciales o cuasi judiciales, para requerir del Estado las medidas necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales creados a los fines de recibir peticiones o quejas de toda persona de solicitudes de amparo de

⁶ Derecho Constitucional, obra adaptada al temario de oposición para el acceso a la Carrera Judicial y Fiscal, Antonio Zárate, Coordinador, 2^{da} edición, Editorial Universitaria Antonio Garcés, Madrid, mayo 2019, p. 350

⁷ <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/comite-de-derechos-humanos-de-la-onu-para-que-se-cumplan-los-derechos-civiles-y-politicos/>

⁸ Ayala Corao, Carlos, “El Comité de Derechos Humanos de la ONU, La admisión de los casos decididos por otros órganos internacionales”, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, p. 22-23.

sus derechos. El citado artículo 31, en opinión del iushumanista internacional Carlos Ayala Corao, “*es el reconocimiento del derecho constitucional al amparo internacional para dirigir peticiones a los órganos internacionales de protección de los derechos humanos; y como contrapartida de complemento necesario, el derecho de las víctimas y la obligación del Estado de adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a las decisiones de estos órganos*”⁹. Derecho este exigible aun cuando falte una ley que lo reglamente, puesto que esta falta, no menoscaba su ejercicio, tal como lo advierte el artículo 22, de la misma Constitución. Sobre este particular, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido que “*se puede concluir que las observaciones que profiera el Comité de Derechos Humanos deben observarse y ejecutarse por el Estado parte de buena fe y es del resorte del juez constitucional pronunciarse sobre la existencia de una amenaza o violación a los derechos fundamentales cuando las circunstancias que subyacen a las recomendaciones internacionales ameriten su intervención*”¹⁰. En el mismo orden de ideas, siendo el Comité de Derechos Humanos de la ONU un órgano similar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cabe sostener, lo que doctrinariamente se ha dicho respecto de la obligatoriedad de las decisiones de esta Comisión, que “*en las denuncias individuales regidas por la Convención, las decisiones reúnen las condiciones para ser obligatorias, ya que se trata de un “proceso” con todas las garantías, por lo que en estas situaciones la Comisión actúa como un organismo cuasi-jurisdiccional, a tal punto que sus resoluciones poseen las mismas formalidades que un fallo*”¹¹. Estos procedimientos de denuncia de violación de derechos humanos son de naturaleza contenciosa y contradictoria y se intentan para que el Comité se pronuncie o decida acerca de si hubo o no una violación de los derechos humanos, y establezca algún tipo de condena¹².

III

Para determinar su obligatoriedad ante el Estado venezolano, es necesario precisar la legitimidad del Dictamen aprobado por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, del 14 de octubre de 2021, publicado el 15 de diciembre de este mismo año, mediante el cual consideró violados los derechos de las garantías judiciales del profesor Allan Brewer Carías. Al respecto debe señalarse, en base a

⁹ Ayala Corao, Carlos, “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, Año 5 N° 1, ISSN 0718-0195, Universidad de Talca, 2007, p. 186 (<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r38576.pdf>).

¹⁰ Sentencia T-385/05 (<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-385-05.htm>).

¹¹ O’Donnell, Daniel, citado por Hites, Juan Carlos, ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos? (Control de la constitucionalidad y de la convencionalidad”, p. 136 (<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25295.pdf>).

¹² Renata Bregarlo, “SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS” (Protección Multinivel de Derechos Humanos, p. 100 (https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/tres/pmdh_pdf/Cap3.pdf).

la competencia que le reconoce el Estado venezolano, que el referido Comité consideró suficientemente fundada la queja del prenombrado jurista, como víctima, porque no era anónima y tampoco constituía un abuso del derecho a presentar tal comunicación y porque no era incompatible con las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por cuanto había agotado todos los recursos de la jurisdicción interna al prolongarse injustificadamente. Todo ello conforme el artículo 93 del Reglamento del citado Comité, en concordancia con los artículos 3 y 5, párrafo 2, a) y b) del Protocolo Facultativo mencionado, por lo que procedió, con participación del Estado venezolano, al examen en cuanto al fondo de las quejas formuladas respecto de la violación de los derechos contemplados en el mencionado artículo 14, del Pacto varias veces citado, por considerarlas admisibles. Legitimidad del referido Dictamen que proviene además del cumplimiento del procedimiento para la presentación de denuncias y de comunicación de violación de derechos humanos y con base a la recepción de la información presentada por escrito por el autor de la comunicación o denuncia y el Estado parte, conforme lo previsto en los artículos 84 a 101, relativos al Procedimiento para el examen de las comunicaciones recibidas de conformidad con el Protocolo Facultativo, contemplado en la Resolución 5/1 ((A/HRC/RES/5/1), del Comité de Derechos Humanos.

IV

Igualmente, para determinar la obligatoriedad del Dictamen en cuestión, ante el Estado venezolano, debe destacarse que la comunicación que fue notificada al Estado venezolano, por ser el estado parte del que se afirmaba violó las referidas garantías judiciales contempladas en las disposiciones del Pacto, y que, además, presentó sus alegatos por escrito ante el indicado Comité sobre la admisibilidad y el fondo de la queja o Comunicación. En esta orden de ideas de los alegatos o defensa del Estado venezolano, como estado parte a quien se la atribuían las violaciones de los derechos fundamentales consagrados en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en contra de la denuncia, debe destacarse que el Comité de Derechos Humanos de la ONU respecto a la cuestión de obligatoriedad de la carga de la prueba, en estos casos, ha determinado que esa obligación no puede ser exclusiva del autor de una Comunicación o denuncia, sobre todo si se considera que el autor y el Estado Parte no siempre tienen igual acceso a las pruebas y que, con frecuencia, sólo el Estado Parte está en posesión de la información pertinente. Decisión está que representa en materia de procesos por violación de derechos humanos la aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba. Por lo que es el estado quien tiene la carga de investigar de buena fe todas las denuncias de violaciones del Pacto formuladas ante el Comité contra ese mismo Estado o sus autoridades¹³. Y en razón de que el Comité de Derechos Humanos de la ONU consideró que era manifiesta la violación de los derechos señalados, conforme a lo previsto en el artículo 21, párrafo 3 a), del

¹³ Selección de Decisiones del Comité de Derechos Humanos adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo, Volumen 6, Naciones Unidas, New York, Ginebra, 2005, Página 1.6 (<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/SDecisionsVol6sp.pdf>).

mencionado Pacto, en su Dictamen aprobado declaró que el Estado venezolano, como estado parte, tiene la obligación de proporcionar al profesor Allan Brewer Carías una reparación efectiva, en particular que en el proceso que se le siga se cumpla con las garantías judiciales contempladas en el artículo 14 de dicho Pacto y que se le conceda una reparación, en particular, en forma de una indemnización adecuada. En efecto, tal obligación de cumplimiento surge del artículo 2º, del Pacto referido, en concordancia con el artículo 31, único aparte, de la Constitución venezolana.

V

La violación de los derechos del profesor Allan Brewer Carías de toda persona a ser juzgado por un tribunal competente independiente e imparcial, al debido proceso y a la presunción de inocencia, se inscribe en los casos de denuncias graves de derechos humanos, a que han hecho referencia diferentes informes de organismos internacionales. Basta señalar que en casos como el del prenombrado jurista, el Dictamen en cuestión es otra evidencia de la falta de la garantía del derecho de acceso a jueces y tribunales imparciales e independientes que llevaron concluir a la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, que Venezuela ha adoptado e implementado una serie de leyes, políticas y prácticas que han restringido el espacio democrático, debilitado las instituciones públicas y menoscabado la independencia del Poder Judicial. Y que el gobierno de Venezuela no cumple con las condiciones de enjuiciamiento y de detención contemplados en los estándares internacionales básicos de protección de los derechos humanos¹⁴. Asimismo, en la Sesión informativa del Consejo de Derechos Humanos, *Michelle Bachelet*, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en Ginebra, el 18 de diciembre de 2019, presentó su exposición al Consejo de Derechos Humanos y señaló la existencia en Venezuela de personas privadas de libertad arbitrariamente, de retrasos judiciales, del incumplimiento por el gobierno a las opiniones del Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria y la falta de garantía del Poder Judicial para garantizar el derecho a un juicio justo, incluyendo el derecho a la defensa y el principio de publicidad¹⁵.

VI

Ahora bien, la obligación de los estados de reparar mediante una indemnización a las víctimas de violaciones de los derechos humanos que les sean imputables responde al principio de derecho internacional que toda violación de un compromiso internacional implica la obligación de reparar su incumplimiento de

¹⁴ Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela (A/HRC/41/18 del 4 de julio de 2019, Consejo de Derechos Humanos, 41º periodo de sesiones, 24 de junio–12 de julio de 2019).

¹⁵ <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25438&Lang ID=S>

una forma adecuada¹⁶. En este orden de ideas, la Corte Internacional de Justicia, ha señalado que esta responsabilidad es independiente de la voluntad del Estado y sus agentes¹⁷. Es decir, que dicha responsabilidad es objetiva, en el sentido de que no debe estarse a los aspectos subjetivos del sujeto que ha actuado en representación o por el Estado involucrado en los hechos. Ha sido el derecho internacional de los derechos humanos el que ha ido desarrollando una verdadera nueva concepción de la responsabilidad internacional del Estado, puesto que no se trata de responsabilidad entre Estados, sino entre éstos y sus ciudadanos, por el incumplimiento de sus obligaciones, derivadas de los tratados internacionales y de garantizarles a ellos los derechos humanos reconocidos en esos tratados. En efecto, al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción¹⁸. Las fuentes de la responsabilidad internacional de los Estados, por ejemplo, en el Sistema Interamericano, son la Carta de la Organización de Estados Americanos, que es el derecho común americano, que fija las obligaciones que adquieren los Estados respecto de todos los Estados, dentro de las que se encuentra el respeto de los “derechos esenciales del hombre”, que tiene su base en la obligación de protección por los Estados en relación con las personas sometidas a su jurisdicción sobre la base de los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948.

Al igual que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagra el marco de derechos civiles y políticos, que, aunque fue denunciada por Venezuela el 10 de septiembre de 2013, sin embargo, las obligaciones contenidas en dicha Convención, siguen vigentes en lo que concierne a todo hecho que constituya una violación por el estado venezolano de esas obligaciones, ocurridos anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto, como lo aclara el artículo 78, de la referida Convención.

VII

Y por lo que respecta al sistema universal de justicia las fuentes de la responsabilidad de los Estados por la violación de los derechos humanos de sus ciudadanos, lo son, entre otras la Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005 sobre “*Los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*”¹⁹; que viene a ser el instrumento normativo de esta obligación de reparación. En efecto, aparte de la obligación de respetar normas internacionales de derechos humanos y del derecho

¹⁶ Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), Caso Fábrica Choró, sentencia de 27 de Julio de 1927, párr. 21.

¹⁷ CPJI, Caso Fábrica Choró, Meritas, Judgment N. 13, 1928, Series A, N° 17.

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva (OC-2/82, párr. 29).

¹⁹ <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>

internacional humanitario, la referida Resolución contempla de manera terminante la obligación de los Estados de ofrecer una reparación adecuada, efectiva y rápida para remediar las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos (Apartado IX.15), que ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido.

Reparación esta que además del restablecimiento de la libertad y del disfrute de los derechos humanos violados, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes, comprende la indemnización de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario, es decir, los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; los perjuicios morales; y los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales (Apartado IX. 19 y 20).

VIII

La exigencia de la reparación del derecho internacional de los derechos humanos obliga al Estado venezolano, al incorporarse al derecho nacional, en virtud de lo dispuesto en los artículos 19, 22, 23 y 31, de la vigente Constitución; y expresamente según lo establecido en su artículo 30, cuyo texto es el siguiente:

“El Estado tendrá la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de los derechos humanos que le sean imputables, o a sus derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios.

El Estado adoptará las medidas legislativas y de otra naturaleza, para hacer efectivas las indemnizaciones establecidas en este artículo.

El Estado protegerá a las víctimas de delitos comunes y procurará que los culpables reparen los daños causados”.

Respecto de esta obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de derechos humanos, que le sean imputables, o a sus derechohabientes, según la Exposición de Motivos de la Constitución, se “*impone al Estado*”, incluido el pago de daños y perjuicios, como “*una consecuencia del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado reconocido por la Constitución*”. Responsabilidad esta que se consagra en el artículo 140, de este Texto Fundamental, en los siguientes términos:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los o las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la administración pública”.

De acuerdo con la señalada Exposición de Motivos (Título IV, Capítulo I Disposiciones Fundamentales, Sección Primera, Disposiciones Generales) el anterior texto constituye “*la perspectiva de derecho público moderno de la obligación directa del Estado de responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que sean imputables al funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos y por cualquiera actividades públicas, administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas*

o electorales, de los entes públicos o incluso por personas privadas en ejercicio de tales funciones". El citado artículo 140, consagra, fuera de toda duda, la responsabilidad patrimonial de la Administración, para cuya procedencia han de concurrir como elementos constitutivos: a) que se haya producido un daño a los administrados en cualquiera de sus bienes y derechos, b) que el daño infligido sea imputable a la Administración, con motivo de su funcionamiento, sea éste normal o anormal; y c) la imprescindible relación de causalidad que debe existir entre el hecho imputado a la Administración y el daño efectivamente producido por tal hecho²⁰.

IX

En razón de lo hasta ahora expuesto, la fuente de la responsabilidad del Estado por los daños causados a las víctimas de violaciones de los derechos humanos, como ocurre en el caso del profesor Allan Brewer Carías, lo son los artículos 30 y 140, de la Constitución, en concordancia con la Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005, antes citada, de donde se desprende su responsabilidad objetiva de los estados, sin que sea necesario demostrar intención o negligencia o imprudencia de funcionario alguno, como lo exige el Código Civil para la procedencia del pago de los daños perjuicios derivados de tales hechos, según lo establece su artículo 1.185 en los casos de responsabilidad extracontractual. Por el contrario, según el citado artículo 140, para tal indemnización basta que exista el daño en un bien o en un derecho y que sea imputable directamente al funcionamiento de la Administración. En el entendido que por funcionamiento de la Administración Pública se comprenden actividades judiciales y no solo las actividades administrativas. Lo cual incluso comprende las situaciones jurídicas lesivas por error judicial, retardo u omisión injustificados, como se establece en el artículo 49, numeral 8, de la Constitución²¹. Por lo que el Estado venezolano responde de los daños causados por las violaciones de los derechos humanos del profesor Allan Brewer Carías atribuidas al Poder Ejecutivo y a los órganos o entes que componen el Sistema de Justicia, como el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales, el Ministerio Público y los órganos de investigación penal o funcionarios auxiliares de justicia, que participan en la administración de justicia, a que se contrae el artículo 253, de la Constitución.

X

Ahora bien, un órgano internacional competente, como lo es el Comité de Derechos Humanos de la ONU, para recibir quejas por violación de los derechos contemplados en el Pacto de Derechos y Civiles, cumpliendo el procedimiento

²⁰ Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 297 de fecha 1° de octubre de 2002 (Centro Industrial del Vidrio C. A. (CIVCA) Vs. C. A. Electricidad del Centros (ELECENTRO) (<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/01175-011002-0297.HTM>).

²¹ Ver, Torrealba, José Gregorio, "La responsabilidad del Estado por error judicial" (http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDA/8/rda_2000_8_207-226.pdf). y; Rojas Pérez, Manuel, "La responsabilidad del Estado Juez en Venezuela", (<https://www.badellgrau.com/?pag=68&ct=908>).

debido, con la participación del Estado venezolano, como estado parte, en un precedente anterior, como lo fue el Dictamen N° 1940/2020, del 15 de octubre al 2 de noviembre de 2012, producido en el Caso “Eligio Cedeño vs. Venezuela”²², había puesto de manifiesto en Venezuela la violación de los derechos humanos, particularmente de juzgamiento por un tribunal independiente e imparcial, de no ser objeto de detención arbitraria, del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas y del derecho al debido proceso. Y, exigió al Estado venezolano el cumplimiento de su obligación, “además del restablecimiento del disfrute de los derechos humanos violados, de otorgar una reparación, en particular en forma de una indemnización adecuada”, al igual que en el caso del Dictamen en el Caso “Allan Brewer Carías vs. Venezuela, según *“Los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”*. Reparaciones estas que han de comprender la declaratoria de nulidad de los procesos violatorios de los derechos mencionados, así como los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario. Y, concretamente, los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; los perjuicios morales; y los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales (Apartado IX. 19 y 20).

XI

Desde otro orden de ideas, como señalé anteriormente, siendo el Comité en cuestión, un órgano cuasi judicial, que conoce de controversias, relativas a las denuncias de violación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, cuya competencia es reconocida por el Estado venezolano, mediante un procedimiento contencioso, con bilateralidad de partes contrarias y que resuelve mediante dictámenes; tiene eficacia en el ámbito de la jurisdicción interna, respecto de las partes y las víctimas, como fuente de los derechos y las obligaciones²³. Por tanto, sus dictámenes, como el presente Caso de “Allan Brewer Carías vs. Venezuela”, tiene fuerza obligatoria como manifestación del poder que le ha conferido, como parte de la ONU, el Estado venezolano, de organización internacional creada con el fin de recibir peticiones o quejas para solicitar el amparo de los derechos humanos, según el artículo 31, constitucional, en concordancia con el artículo 1° del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por lo que en razón del valor que el mencionado artículo 31, le atribuye, el citado Dictamen, ha de ser respetado por el Estado venezolano, por tratarse de una decisión emanada de un órgano dotado de autoridad, que el propio Estado ha aceptado, al

²² CCPR/c/106/d/1940/2010.

²³ Ayala Corao, Carlos, “El Comité de Derechos Humanos de la ONU, La admisión de los casos decididos por otros órganos internacionales”, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, p. 22-23.

atribuirle esa competencia; como resultado del previo cumplimiento del procedimiento para la presentación de denuncias y de comunicación de violación de derechos humanos y con base a la recepción de la información presentada por escrito por el autor de la comunicación o denuncia y por el Estado parte, conforme lo previsto en los artículos 84 a 101 relativos al Procedimiento para el examen de las comunicaciones recibidas de conformidad con el Protocolo Facultativo, contemplado en la Resolución 5/1 (A/HRC/ RES/5/1), del Comité de Derechos Humanos.

En su Dictamen, CCPR/C/133/D/3003/2017, aprobado en fecha del 14 de octubre 2021, cuya publicación la hizo la Oficina del Alto Comisionado de la ONU el 15 de diciembre de este mismo año, sobre el Caso del jurista Allan Brewer Carías vs. Venezuela, el Comité de Derechos Humanos, como se señaló anteriormente, dispuso que el Estado venezolano tiene la obligación a la reparación integral por tales violaciones mediante la declaratoria de la nulidad del proceso penal que se siguió al profesor Allan Brewer Carías, de dejar sin efecto la orden de detención preventiva que se libró en su contra y además que el Estado venezolano debe conceder al profesor Allan Brewer Carías una indemnización adecuada. Y, estableció que siendo parte el Estado venezolano en el Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, reconoció la competencia del referido Comité para determinar si en el caso denunciado por el prenombrado profesor hubo o no violación de dicho Pacto y que, en consecuencia, en virtud de lo establecido en el artículo 2 del mismo Pacto, el Estado se comprometió a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a garantizar una reparación efectiva y jurídicamente exigible cuando se compruebe una violación, y por tal razón, el Comité de Derechos Humanos solicitó recibir del Estado parte, en un plazo de 180 días, la información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el Dictamen, en comento, y pidió, asimismo al Estado venezolano parte que publique su Dictamen y que le dé amplia difusión. Comprobada la violación de derechos humanos, como quedó establecido; y en razón que el Comité de Derechos Humanos decidió que el Estado venezolano tiene la obligación de remediar integralmente al profesor Allan Brewer Carías por la violación por tales violaciones, el caso pasa entonces al Relator Especial para su seguimiento y solución satisfactoria²⁴.

²⁴ Ver, “Seguimiento de las Recomendaciones de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos”, p. 34 (<https://www.ohchr.org/Documents/AboutUs/CivilSociety/HowtoFollowUNHRRRecommendationsSP.pdf>). “Si el Comité de Derechos Humanos la considera admisible una denuncia, adopta un “dictamen” sobre el fondo de la cuestión y sobre la constatación o no de la violación de derechos denunciada. Tal jurisprudencia sirve de referencia para los tribunales e instancias decisorias de los Estados Partes. Si se comprueba la violación de derechos, se pide al país afectado que la remedie, sea con una indemnización, una derogación o enmienda legislativa, o la libertad de una persona arrestada. El caso pasa entonces al Relator Especial para su seguimiento y solución satisfactoria” (Amnistía Internacional, Manu Mediavilla, colaborador de Amnistía Internacional, 16 de octubre de 2017 ¿“Cuál es la función

CONCLUSIÓN

No cabe duda, la importancia de esta decisión del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en el Caso de “Allan Brewer Carías Vs. Venezuela”, como lo destaca la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en su Pronunciamiento del 17 de diciembre de este año de 2021, aparte del acto de justicia que supone esta decisión para el mencionado profesor después de tanto tiempo de la violación de sus derechos fundamentales, como una evidencia más de las reiteradas denuncias que se han hecho de la falta de independencia los jueces y fiscales en Venezuela como factor determinante de esas violaciones causadas y como una decisión relevante con relación al funcionamiento del sistema de justicia internacional como una garantía fundamental para el respeto y la protección de los derechos humanos en Venezuela y para la consiguiente reparación de las violaciones causadas. Dictamen, además, que ratifica lo que el Comité Internacional de Juristas, en su Informe sobre Independencia e Imparcialidad del Poder Judicial en Venezuela, de junio de 2021, calificó de deterioro de su autonomía que implica que el Poder Judicial tiene graves déficits de independencia e imparcialidad, por la pérdida de “sus atributos esenciales y distinguibles, tales como: autonomía, independencia y legitimidad”, porque el Poder Judicial y particularmente su Tribunal Supremo han renunciado a su papel de guardianes de la Constitución y de protectores de los derechos humanos, al tolerar que los actores políticos ignoren los procedimientos y los requisitos constitucionales. Y por cuanto “los jueces en Venezuela están en una cuerda floja”²⁵.

del Comité de Derechos Humanos de la ONU?, www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/comite-de-derechos-humanos-de-la-onu-la-lupa-independiente-para-que-se-cumplan-los-derechos-civil/)

²⁵ <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2021/06/Venezuela-Judges-on-the-tightrope-Publications-Reports-Thematic-reports-2021-SPA.pdf>

LA DESVIRTUACIÓN DEL SISTEMA TRIBUTARIO, LA VIOLACIÓN DE DERECHOS CIUDADANOS Y LA INSEGURIDAD JURÍDICA DE LA LEY DE REFORMA DE LA LEY DE REGISTRO Y NOTARIADO¹

La reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.688 del 16 de diciembre de 2021, sancionada por la Asamblea Nacional electa el 6 de diciembre de 2020 (-en adelante Ley de Reforma de la Ley de Registros y Notariados-), constituye una clara violación de los principios y fundamentos del Estado democrático de Derecho, que la vician de grave inconstitucionalidad al establecer el Petro, en lugar del Bolívar, como unidad de cuenta para el cálculo de tasas y derechos del servicio de Registros Públicos y Notarías y cuyos montos, según la mencionada Ley de reforma, será determinado por la Dirección General SAREN y aprobada por el Ejecutivo Nacional.

La Ley reforma de la Ley de Registros y Notariado desconoce las garantías constitucionales del sistema tributario de legalidad, de la progresividad, de la equitativa distribución y del carácter no confiscatorio de los tributos; y del sistema monetario al eliminar el Bolívar como unidad monetaria nacional, contemplados en los artículos 316, 317 y 318 de la Constitución, que constituyen fundamentos esenciales del Estado democrático y social de Derecho.

La citada reforma viola el principio de legalidad tributaria, o de reserva legal, al dejar en manos del SAREN el establecer los montos exactos de las tasas a pagar por los servicios de registros y notarías, mediante Providencias Administrativas, en lugar de fijar en la misma Ley la alícuota de las respectivas tasas, como lo ordena el artículo 317 de la Constitución y que exige el artículo 3° del Código Orgánico Tributario, que también prohíbe al legislador delegar los elementos del tributo para evitar la arbitrariedad, la ilegal exacción fiscal y la confiscación tributaria.

En efecto, la reforma de la Ley de Registros y Notariado contradice el principio de legalidad al convertir las tasas por los servicios de registros y notarías en impuestos al patrimonio al utilizar para el cálculo de las tasas el valor de los inmuebles o el monto de la constitución de hipotecas, de la parcela miento, de las

¹ Artículo para la Fundación Alberto Adriani (Opiniones de la Dirección Ejecutiva) del Caracas, 12 de enero de 2022.

cesiones, de la dación o aceptación en pago, o de las permutas. Impuesto este al que hay que agregar el pago de los montos fijados por el SAREM por folios, notas marginales, testigos, por transcripción del documento a sistemas digitalizados, sellados, de libros, etc., que propiamente es el servicio registral o notarial. La utilización el valor de los inmuebles o el monto de las negociaciones desvirtúa la finalidad de las tasas registrales o notariales que es el costo de servicios que constituyen los supuestos de la obligación y no el pago de tasas por la titularidad de un patrimonio, la percepción de rentas o el tráfico de inmuebles.

Esta ilegítima tributación viola el principio constitucional de la capacidad contributiva, que obliga al legislador a estructurar un sistema tributario en el que la participación del ciudadano en el sostenimiento del gasto público se realice de acuerdo con sus posibilidades económicas, lo que se contradice con la imposición de dobles y hasta triples tasas y tributos y de su cálculo discrecional por factores ajenos al costo del servicio prestado de registro y notariado.

Esta múltiple tributación convierte a las tasas por los referidos servicios en un impuesto confiscatorio, prohibido por el artículo 317, de la Constitución, por cuanto configura un tributo desproporcionado, excesivo y fuera del contexto de la capacidad de contribuir del contribuyente. La consecuencia de esta desproporción de las tasas registrales y notariales es la absorción por parte del Estado de una parte sustancial de la renta o del capital gravado, puesto, que, en lugar del servicio, “el patrimonio es la fuente de donde se sustraen los recursos y no del servicio prestado, por lo que resulta confiscatorio, por cuanto por medio de él es que el Estado toma por vía coactiva una parte del patrimonio del administrado sin compensación alguna”, según lo estableció la Sala Constitucional en su sentencia N° 1886 del 2 de septiembre del 2004. Y para evitar la tal confiscación, la referida Sala establece, que se le prohíbe en la Constitución “a fin de limitar e impedir esta imposición exagerada, así como para garantizar el derecho a la propiedad de los particulares”. Derecho que, por tanto, en los casos de las tasas referidas afectan el patrimonio de los usuarios de registros y notarias, violando el artículo 115, de la Constitución, porque “el Estado toma por vía coactiva una parte del patrimonio del administrado sin compensación alguna” (Sentencia citada).

Por otra parte, según la reforma de la Ley de Registros y Notariado se elimina la Unidad Tributaria (UT) para el cálculo de la referidas tasas y derechos de procesamiento registral y notarial, sustituyéndose el Bolívar por el Petro para dicho calculo. Tal eliminación viola, el Código Orgánico Tributario, que desde 1994, estableció la Unidad Tributaria (UT), como una medida de valor expresada en moneda de curso legal y modificable anualmente por la administración tributaria, según los índices de precios al consumidor (IPC) divulgados por el Banco Central de Venezuela, debido a la inflación en el país producida por la devaluación de la moneda venezolana. Y, que el vigente Código mencionado en su artículo 3°, establece que es la unidad de medida que la administración tributaria debe utilizar para la determinación de los tributos nacionales. Por otra parte, la reforma de la Ley de Registros y Notariado viola el artículo 203 constitucional que dispone que las leyes orgánicas sirven de marco normativo a otras leyes, por lo que la Ley de reforma, en comentario, se apartó de ese marco, violando de esta forma el citado

artículo 203. Por otra parte, esta Ley, al sustituir el Bolívar por el Petro, para el cálculo de las respectivas tasas, viola también el artículo 318, constitucional, que determina que la unidad monetaria nacional es el Bolívar.

Aparte de lo anterior, según la Ley de reforma citada los montos de las tasas se calcularán sobre el valor del Petro vigente a la fecha de la solicitud para la tasa correspondiente a cada servicio. Lo cual evidentemente atenta contra el principio de la legalidad del tributo antes mencionado, contemplado en el artículo 317, constitucional, que además constituye una violación del principio de la garantía de seguridad jurídica para el régimen socio económico, a que se contrae el artículo 299, de la misma Constitución. Inseguridad jurídica, por otra parte, que es evidente, puesto que aun después de promulgada la referida Ley de reforma el 16 de diciembre de 2021 los cambios de las tasas, sin embargo, no se conocerán sino hasta cuando el SAREN dicte la Providencia que las fije, lo cual afecta la actividad económica comercial, inmobiliaria y la situación particular de los ciudadanos, puesto que se limita la disponibilidad de sus bienes y recursos. Razón por la cual, la Ley de reforma, objeto de estos comentarios, contradice el principio de la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población, y, además, por el cambio de unidad monetaria y de la sustitución de la UT, contradice igualmente el principio de la eficiencia y suficiencia que debe tener el sistema tributario nacional. Todo ello según el artículo 316, de la Constitución. Además de estas manifestaciones de inseguridad jurídica se agrega la falta de técnica legislativa de la Ley de reforma en cuestión, puesto que en su Disposición Derogatoria Primera declara derogada la Ley de Registro Público y Notariado, publicada en la Gaceta Oficial N° 5833 de fecha 22 de diciembre del 2006, cuando esta Ley había sido derogada con anterioridad por el Decreto Ley de Registros y Notariado, publicada en la Gaceta Oficial N° 6156 Extraordinario del 19 de noviembre de 2014.

Por último, los cambios tributarios relativos a las tasas registrales y notariales afectan el derecho de acceso a la justicia, contemplado en el artículo 26, constitucional, puesto que los mandatos y poderes judiciales, así como sus respectivas sustituciones, y revocatorias, son necesarios para el ejercicio de este derecho ante el sistema de justicia que se obstaculiza por lo gravoso que resulta para los justiciables el otorgamiento de tales instrumentos. Igualmente, la Ley de reforma, en comento, causa daño al ejercicio de la abogacía por los cambios del cálculo de tasas registrales y notariales, que se suma a otros factores de la proletarización de esta profesión, lo que implica una violación al derecho al trabajo de los abogados y un desconocimiento del deber del poder público del estado de incentivar la asistencia jurídica como parte del derecho de acceso a la justicia y de obtención de la tutela judicial efectiva. Lo mismo ocurre con los derechos referentes al estado civil, por lo costoso de las tasas que pueden resultar la rectificación de actas de nacimientos, de las declaraciones de voluntad, la legalización de actas de nacimientos y testamentos, las capitulaciones matrimoniales y las particiones hereditarias y conyugales; y, por supuesto, también se afectan los derechos de disposición y de uso de la propiedad y los derechos de asociación, que son determinantes para el estímulo de la iniciativa privada y la libertad económica, que según el artículo 299, el estado debe estimular y no restringir o eliminar injustificadamente.

ROMÁN J. DUQUE CORREDOR

Por lo expuesto, tiene plena justificación el rechazo, por parte de los colegios de abogados de la Ley de reforma de Registros y Notariado, por estimar que tal Ley es violatoria de los principios y garantías constitucionales del sistema tributario, del derecho de acceso a la justicia, de los derechos de propiedad y de asociación y del derecho de trabajo de los abogados y su participación en el sistema de justicia. Tal reforma, por tanto, desdice del modelo de Estado de Derecho y de Justicia que para la sociedad venezolana postula la Constitución en su artículo 2°.

LEY DE MORALIZACIÓN DE COLOMBIA O LEY ANTICORRUPCIÓN¹

El Congreso colombiano, en razón de las denuncias por los medios de comunicación social de graves casos corrupción, promulgó la Ley 1474 de 2011, o Ley por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Ley cuyo objeto es fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Mediante la referida Ley se modificó a la legislación Penal y Disciplinaria y del Estatuto General de la Contratación Estatal. Por su importancia e interés para el estudio de estos temas anticorrupción hare unos breves comentarios.

En primer término, debe destacarse la sistemática seguida para la regulación de la materia de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y de la efectividad del control de la gestión pública. En efecto, a los fines de fortalecer los mecanismos en estas materias la Ley en comento, por un lado, separa las medidas administrativas para la lucha contra la corrupción de las medidas penales en la lucha contra la corrupción pública y privada, de las medidas disciplinarias para la lucha contra la corrupción y de las disposiciones para prevenir y combatir la corrupción en la contratación pública. Y, también separadamente establece las medidas para la eficiencia y eficacia del control fiscal en la lucha contra la corrupción. Por otro lado, regula lo relativo al procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal que distingue del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal y contempla las disposiciones comunes para ambos procedimientos y dispone además las medidas para el fortalecimiento del ejercicio de la función de control fiscal y dentro de esta categoría distingue la función de control fiscal territorial y las oficinas de representación. Otro aspecto particular para destacar se refiere a la ampliación del ámbito de dicha Ley al extender su aplicación a las oficinas de representación o a cualquier persona que gestione intereses de personas jurídicas que tengan su domicilio fuera del territorio nacional. Asimismo, es importante señalar

¹ Trabajo presentado a la Catedra José Santiago Núñez Aristimuño del Instituto de Estudios Jurídicos Dr. Román J. Duque Corredor, Caracas/Maturín, 16 de enero de 2022.

que respecto de los plazos de cinco (5) años de la caducidad de la acción disciplinaria por la no apertura de la investigación después de cometido el acto de corrupción y de la prescripción por la paralización por igual lapso de tiempo del procedimiento después de abierta la investigación, la Ley en comento establece que se aplicaran con preferencia los tratados internacionales que Colombia ratifique. Importante también es la prohibición de prebendas o dádivas a trabajadores en el sector de la salud. Y con relación al delito de tráfico de influencias del servidor público por la utilización en provecho propio o de un tercero, la Ley 1474 de 2011 dispuso que los miembros de corporaciones públicas no incurrirán en este delito cuando intervengan ante servidor público o entidad estatal en favor de la comunidad o región. Por otra parte, esta misma Ley contra la corrupción creó nuevos delitos que pueden ser cometidos por trabajadores, socios y accionistas y directivos de sociedades de naturaleza privada, incluyendo los revisores fiscales

En segundo término, aparte de lo interesante de la sistemática de su contenido anteriormente señalado, algunas de sus normas particulares presentan interés para el estudio del tema de la lucha contra la corrupción. Por ejemplo, una de esas normas se refiere a los actos de corrupción por la falta de control del manejo inadecuado de los anticipos a los contratistas, puesto que más que un ingreso para el contratista su finalidad es garantizar el inicio de la ejecución de los contratos administrativos de obras o de servicios públicos de concesión, salud y adjudicados mediante licitación pública, en razón que dicha falta de vigilancia es uno de los factores de corrupción en esta contratación puesto que tales anticipos, que son públicos, se invierten en negocios por los contratistas que no tienen ninguna relación con dichos contratos. Para eliminar esta práctica la Ley 1474 de 2011, llamada “Ley de Moralización”, dispuso que el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente para la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía. Además, estableció que el costo de la comisión fiduciaria debe ser cubierto directamente por el contratista. Asimismo, el texto legal objeto de estos comentarios estableció lo que se le ha denominado quinta modalidad de selección de contratistas o de “mínima cuantía”, porque creó un proceso de selección “atrevidísimo” bajo los principios que rigen la actividad contractual del Estado, en especial el de la publicidad, pues ahora se exige que para celebración de este tipo de contratos se publique la invitación de contratar en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP), que antes no se requería. Ello para evitar que se publiquen solo en las páginas web de las entidades administrativas que limitaba el acceso a la información, puesto que muy pocos oferentes conocían de tal invitación por lo que no acudían al proceso transgrediendo en muchos casos el principio de la selección objetiva, pues no se escogía la mejor oferta presentada a la administración sino la “única que se presentaba”.

En tercer lugar, la importancia de la Ley 1474 del 2011 se puso de relieve respecto de la responsabilidad disciplinaria atribuible a los supervisores de contratos estatales de prestación de servicios y de apoyo a la gestión, a propósito de las medidas adoptadas por el gobierno colombiano con ocasión de la pandemia

COVID-19. Aspecto este que se vinculaba con el fundamento jurídico de la responsabilidad disciplinaria de los supervisores y sobre la necesidad de incluirlos como destinatarios del régimen disciplinario de los particulares con relación a los actos de corrupción contractual pública. En efecto, la ejecución idónea y oportuna del objeto contrato se contemplaba en el artículo 4° de la Ley 80 de 1993 como un deber de supervisión por parte de las entidades estatales, que incluía exigir que la calidad de los bienes y servicios adquiridos por estas entidades se ajustaran a los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias colombianas o, en su defecto en normas internacionales elaboradas por organismos reconocidos a nivel mundial, o con normas extranjeras aceptadas en los acuerdos internacionales suscritos por Colombia. Por su parte, la Ley 14774, en comento, en su artículo 83, señaló que las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, con el fin de proteger la moralidad administrativa de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual. Por lo que definió la supervisión como el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que, sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados y previo que para la supervisión y que para ello las entidades estatales pueden contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos. Pero respecto de esta contratación, que se considera “interventoría”, a cargo de un tercero, o agente externo, advirtió que no puede ser concurrente en relación con un mismo contrato, puesto que no deben confundirse las funciones de supervisión e interventoría ya que el contrato de interventoría debe ser supervisado directamente por la entidad estatal dentro de su función de supervisión de los contratos estatales. En efecto, la misma Ley 1474 permite que, para la supervisión, la entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos por una persona, es decir, como un “*supervisor externo*” de la entidad estatal, que implica la extensión de la responsabilidad disciplinaria para tal supervisor contratado al incluir en el régimen disciplinario de los particulares el de los supervisores.

En cuarto lugar, respecto de la función de supervisión reviste particular interés la supervisión en época del COVID-19 y la responsabilidad disciplinaria en contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión pública. En efecto, por causa de la pandemia COVID-19 el Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia, mediante Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, declaró la emergencia sanitaria hasta el 30 de mayo de este año y adoptó medidas con el fin de prevenir y controlar la propagación del coronavirus en todo el territorio nacional y mitigar sus efectos. Posteriormente, el presidente de la República, Iván Duque, mediante Decreto Legislativo 417 del 17 de marzo de 2020, declaró el estado de emergencia, económica, social y ecológica en todo el territorio colombiano por treinta (30) días; y para su ejecución dictó el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, mediante el cual impartió instrucciones respecto de la emergencia sanitaria generada por la pandemia COVID-19 y del mantenimiento del orden público, donde dispuso el aislamiento preventivo obligatorio para todos los habitantes de la República de Colombia, a partir de las cero horas (00:00 am) del día 25

de marzo de 2020, hasta las cero horas (00:00 am) del día 13 de abril de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria del coronavirus COVID-19.

Para la efectividad de las medidas anteriores se limitó totalmente la libre circulación de personas y vehículos en todo el territorio colombiano con algunas excepciones, dentro de las cuales se incluyeron las actividades de los servidores públicos y contratistas del Estado que fueran estrictamente necesarias para prevenir, mitigar y atender la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 para garantizar el funcionamiento de los servicios indispensables estatales. Por lo que en este caso de emergencia sanitaria correspondía al supervisor verificar si el objeto del contrato ejecutado por aquella persona natural o jurídica, sin distinción alguna, correspondía a aquellas actividades necesarias para prevenir, mitigar y atender la emergencia sanitaria, de modo que el deber de supervisión consistía no solo garantizar el cumplimiento efectivo del contrato sino también, el funcionamiento de los servicios esenciales del Estado. Fue, entonces, que era necesario resolver jurídicamente durante la emergencia la situación de los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión que requerían de la presencia del contratista en la entidad pública para ejecutar el objeto y las obligaciones surgidas, pero que su presencia no era posible debido a la medida de confinamiento y la prohibición del libre tránsito por causa de la pandemia y cuyo incumplimiento facultaba a la entidad estatal contratante para poner fin unilateralmente el contrato, para lo cual, con fundamento en el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, algunas entidades estatales suspendieron de los respectivos contratos de prestación de servicios, tal obligación presencial. Para ello igualmente se consideró la situación de fuerza mayor la generada por la pandemia COVID-19 y como motivo para suspender justificadamente la ejecución de contratos estatales, siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado que asentó que los contratos estatales se suspenden solo por razones de interés público y por aquellos eventos no imputables a las partes. Con esta fundamentación el mencionado Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020 permitió que los contratistas continuarán desarrollando sus obligaciones contractuales mediante trabajo en casa y haciendo uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Y, asimismo, que los contratistas cuyas obligaciones sólo se podían realizar de manera presencial, podían seguir percibiendo la remuneración y el pago de sus contratos durante el período de aislamiento preventivo obligatorio, previa verificación por parte del supervisor de la contratación para el Sistema General de Seguridad Social, que también debían supervisar que una vez superados los hechos que dieron lugar a la emergencias sanitaria los contratistas cumplieran con su objeto y obligaciones en los términos pactados en sus respectivos contratos. De modo que la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica y la declaratoria de emergencia sanitaria, así como las medidas que adoptó el poder ejecutivo colombiano en desarrollo de estas declaratorias, no constituyeron causal para terminar o suspender unilateralmente los contratos de prestación de servicios profesionales, ni tampoco para ocupar las oficinas e instalaciones de los contratistas.

Por otra parte, la anterior previsión de las excepciones a las medidas de aislamiento preventivo obligatorio para todos los habitantes de la República de Colombia y de restricción de la libre circulación de personas y de vehículos en todo el territorio colombiano, se adoptaron para garantizar los derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, a la salud y a la vida misma, evitando así que se tomaran medidas por algunas entidades como la terminación unilateral del contrato o la suspensión, sin existir respaldo legal que permita proceder de tal manera, como sucedió en otros países, como el nuestro. Puesto que se consideró como una violación constitucional, que durante la vigencia del aislamiento preventivo obligatorio se terminaran o suspendieran los contratos de prestación de servicios o de apoyo a la gestión por parte de entidades estatales, así como asimismo que el supervisor negara los pagos mensuales a los contratistas con la excusa de que el contratista no cumplía con sus actividades cuando estas requerían de su presencia en la entidad y ello no era posible debido al cumplimiento de la citadas medidas de emergencia sanitaria.

Finalmente, con relación a la lucha contra la corrupción aparte del interés de la Ley 1474, objeto de los comentarios de este escrito, también es de interés la Ley 1952 de 2019, cuya vigencia fue diferida hasta el 19 de marzo de 2022, por la que se expidió el nuevo Código General Disciplinario, que se derogó el antiguo Código, promulgado mediante la Ley 734 de 2002, y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011 relacionadas con el derecho disciplinario. Entre otros aspectos el nuevo Código mencionado con relación a la definición los conceptos de dolo y culpa en materia disciplinaria consagro de manera similar la redacción establecida en el Código Penal; pero, sin embargo, su soporte son los principios propios de la dogmática administrativa disciplinaria y no los principios del derecho penal. Por ejemplo, la culpa leve en el nuevo Código no es sancionable disciplinariamente. Por otra parte, extiende su aplicación a los particulares que ejerzan funciones públicas de manera permanente o transitoria; que administren recursos públicos; que cumplan las labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales y a los auxiliares de la justicia. Y también extendió su aplicación a los notarios y los funcionarios de la Rama Judicial. En el régimen disciplinario en los casos de personas jurídicas, la Ley, en comento, dispuso que la responsabilidad es exigible tanto al representante legal como a los miembros de la junta directiva. Y, por último, la referida Ley contiene una categorización de las faltas gravísimas por su particular especialidad contemplando como tales faltas las relacionadas con la infracción al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario; con la libertad y otros derechos fundamentales; con la contratación pública; con el servicio o la función pública; con el régimen de incompatibilidades, inhabilidades, impedimentos y conflictos de intereses; con la hacienda pública; con la acción de repetición; con la salud pública; con los recursos naturales y el medio ambiente; con la intervención en política; con el servicio, la función y el trámite de asuntos oficiales; con la moralidad pública; con el régimen penitenciario y carcelario y con las faltas que coinciden con descripciones típicas de la ley penal.

La lectura de las leyes citadas del derecho colombiano anticorrupción me trajo a la memoria la reflexión que me hacía la Dra. Tatiana Meklet, sobre la utilidad del estudio del derecho comparado para evaluar lo bueno y lo malo y lo mejorable del derecho interno y como su investigación servía incluso para la teoría general de la interpretación del Derecho. Por lo que el breve análisis de la Ley 1474 de 2011 y de la Ley 1952 de 2019 por el que se expidió el nuevo Código General Disciplinario, del derecho colombiano sobre los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y acerca de la efectividad del control de la gestión pública y del régimen de la responsabilidad administrativa, permite concluir que en Venezuela tenemos un gran déficit jurídico y de moral pública en materia anticorrupción, a los cual se junta el alto índice de impunidad en esta materia, que ha hecho que a Venezuela se le califique como “uno de los países emblemáticos de gran corrupción.

BIBLIOGRAFÍA

Legis Ámbito Jurídico, EXTRA: Colombia tiene un nuevo Código General Disciplinario | Ámbito Jurídico (ambitojuridico.com)

Navarrete Consultores Prevención en Riesgo Legal, Incidencia de la Ley 1474 – Navarrete Consultores

Reyes Londoño, Julio, “El estatuto anticorrupción ley 1474 de 2011 y su alcance en el régimen de la contratación estatal: críticas y comentarios (eafit.edu.co).

Roa Salguero, David Alonso, (RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LOS SUPERVISORES DE CONTRATOS ESTATALES EN ÉPOCA DE COVID-19: ESPECIAL REFERENCIA A LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y DE APOYO A LA GESTIÓN | drabogados (davidroasalguero.com)

Legislación

Ley 1474 de 2011 (Ley 1474 de 2011 - Gestor Normativo - Función Pública (funcionpublica.gov.co)

Ley 1952 de 2019 Ley 1952 de 2019 - Gestor Normativo - Función Pública (funcionpublica.gov.co)

REFERÉNDUM REVOCATORIO: SALIDA JURÍDICA A CRISIS INSTITUCIONAL Y EFECTIVIDAD POLÍTICA¹

El día de hoy 17 de enero de 2022, un grupo de ciudadanos integrantes del Movimiento Venezolano por el Revocatorio (Mover), promovido por el dirigente democristiano Casar Pérez Vivas, presento en la sede del Consejo Nacional Electoral (CNE) una solicitud formal de activación del referéndum revocatorio contra el mandato de Nicolás Maduro. Y expresaron que tal solicitud constituye el ejercicio de un derecho político consagrado en la Constitución. Sobre esta solicitud se discute si en verdad es o no una salida a la crisis institucional y acerca de su efectividad política. Respecto de lo primero, no cabe duda que el referéndum es una manifestación del ejercicio directo del derecho de los ciudadanos en participar libremente en los asuntos públicos, a que se contrae el artículo 62 de la Constitución y que la revocatoria del mandato se consagra expresamente como uno de los medios de participación y de ejercicio de su soberanía en lo político, en el artículo 70 de la misma Constitución. Ciertamente que es indiscutible la naturaleza jurídica de nivel constitucional de la revocatoria del mandato por solicitud de los electores. Tal derecho fundamental, según el artículo 19 del Supremo Texto, es un derecho irrenunciable que consiste, en cualquier eventualidad, en el control por los ciudadanos de la gestión pública, mediante la revocatoria del mandato por su deslegitimación por mal ejercicio; o la revocatoria del mandato por su origen ilegítimo que ejerce el funcionario de hecho que se ampara en tal mandato. Al igual que cuando se solicita la revocatoria del cargo de elección popular de un funcionario por estar inhabilitado. En estos casos de mandatos de origen ilegítimo, por su nulidad absoluta, jurídicamente no es posible convalidarlos ni expresa ni tácitamente.

Así como tampoco cuando se impugna algún acto emitido por quien fue elegido mediante un proceso electoral viciado de nulidad absoluta por falta de la legitimidad de su autoridad.

Por otro lado, el ejercicio del poder mediante un mandato ilegítimo determina una crisis institucional, sobre todo si se trata del titular de un poder público, como el de la presidencia de la República, puesto que ello repercute en la estabilidad política y en la vigencia de la Constitución, porque el ejercicio de un poder

¹ Trabajo preparado para la Fundación Alberto Adriani (Opiniones de la Dirección Ejecutiva) del Caracas, 17 de enero de 2022.

de origen ilegítimo fuera del marco constitucional constituye una alteración del Estado de Derecho, que la Carta Democrática Interamericana define como ruptura del orden constitucional que afecta gravemente el sistema democrático, que en el caso de Venezuela es el escogido como forma jurídica y política de ese modelo de Estado. En Venezuela tal ruptura y alteración se originó por la elección de Nicolas Maduro como presidente mediante un proceso electoral viciado de nulidad absoluta por haberse fijado para 2018 por una Asamblea Nacional Constituyente no convocada por el pueblo y antes del plazo constitucional establecido en el artículo 231 de la Constitución. Y sobre la base de una “continuidad administrativa “declarada por el Tribunal Supremo de Justicia”, con sede en Dos Pilitas, para evitar la posesión de Hugo Chávez y así reconocer a Nicolas Maduro como vicepresidente ejecutivo para el nuevo periodo, quien constitucionalmente por este motivo estaba inhabilitado para postularse como candidato presidencial.

Por ello, todo el proceso de la elección de Nicolas Maduro como presidente está “viciado de nulidad absoluta” desde sus inicios. Por tanto, Nicolas Maduro ha ejercido de hecho la presidencia de la Republica amparado bajo la formalidad de una mandato ilegítimo, que representa una derogación de la Constitución, que justifico la aplicación de una de las garantías de su protección, como lo es el derecho y del deber de todo ciudadano investido o no de autoridad de restaurar su vigencia a que se contrae el artículo 333, constitucional, como lo fue el régimen de transición decretado por la Asamblea Nacional democrática en el 2019. Régimen que tiene como fin último el pleno restablecimiento del orden constitucional, el rescate de la soberanía popular a través de elecciones libres y la reversión de la emergencia humanitaria compleja, con el propósito de rescatar el sistema de libertades, garantías constitucionales y los derechos humanos, como se establece en el artículo 3º, del Estatuto que regula el régimen de transición. En este orden de ideas, la revocatoria del mandato ilegítimo de Nicolas Maduro es un medio de ejercicio del derecho y del deber de restauración de la vigencia de la Constitución, alterada por el ejercicio inconstitucional y antidemocrático de la presidencia por su origen ilegítimo. En efecto, la revocatoria del mandato es una de las formas por el cual el titular de quien emana la soberanía popular la ejerce directamente para controlar su ejercicio, conforme el principio contemplado en el artículo 5º, de la Constitución, de los mandatos revocables, con la finalidad de que el gobierno de la Republica sea en verdad democrático, participativo y electivo, bajo los elementos esenciales del Estado de Derecho. Por otra parte, como consta del Diario de Debates del 12 de noviembre de 1999, la Asamblea Constituyente, considero al referéndum revocatorio como una vía para resolver crisis políticas, puesto que “*es un referendo que debe utilizarse para resolver crisis políticas que sucedan en el Estado y en la sociedad*”.

Es verdad que en un proceso de transición hacia la democracia pueden existir diferentes tesis para salir de una dictadura dado que su poder está basado fundamentalmente en la fuerza. Según el mencionado Estatuto, en el marco de la aplicación de los artículos 233 y 333 de la Constitución, se consagraron en su artículo 30, como tesis para la transición las medidas que rescaten las condiciones de in-

tegridad electoral y que permitan la realización de una elección presidencial correspondiente al término del período presidencial 2019-2025. Es decir, un proceso constitucional, pacífico y no violento. En este contexto evidentemente que cabe la revocatoria de un mandato por su origen ilegítimo y fraudulento como lo es la elección como presidente de Nicolas Maduro, por los motivos de nulidad absoluta antes explicados, contra la cual cabe su extinción mediante tal revocatoria. No cabe duda, pues, que el revocatoria del mandato presidencial que ejerce Nicolas Maduro de hecho, es una tesis para salir de su dictadura. Puesto que es una vía jurídico-política y electoral para conseguir esta salida. En este orden de ideas es útil recordar la posición de Patricio Aylwin cuando a la tesis del plebiscito para salir de Pinochet se le argumentaba que ello era reconocer su ilegitimidad y la de su Constitución que contemplaba el plebiscito. Decía, Aylwin, ante esta argumentación que, si la vía era electoral y pacífica la forma de determinar la legitimidad o la ilegitimidad era la del plebiscito. Y, en una reflexión profunda afirmo: “Un camino como el que sugiero no significa, en modo alguno, que la disidencia entre en el sistema. Significa, simplemente, que quienes creen en la legitimidad de la actual Constitución y quienes la consideramos ilegítima, sin renunciar a nuestros respectivos planteamientos, hagamos el esfuerzo de buscar coincidencias para llevar al país a la normalidad democrática”². Para la aplicación de esta tesis evidentemente que se requiere un gran esfuerzo de racionalidad y de civilidad. Ello sin desconocer su dificultad, debido a que el plebiscito o un referéndum sobre la permanencia o a salida de un dictador depende de su efectividad, en nuestro caso de su factibilidad en el contexto de la realidad política que vivimos no solo de opresión sino sobre todo por el control de las diferentes ramas del estado, entre ellas la del poder electoral, así como la subordinación del poder judicial y por la fuerza militar en que se apoya el presente régimen, que limitan gravemente el ejercicio de los derechos políticos y electorales. Todo ese contexto es un factor determinante de la factibilidad de la revocatoria del ilegítimo mandato de Nicolas Maduro.

En efecto, en primer lugar, es necesario que se haya cumplido la mitad del periodo de seis (6) años para el cual fue elegido Nicolas Maduro, lo cual ocurre en enero del 2022, si se toma en cuenta que Maduro fue elegido en unos comicios presidenciales adelantados a mayo de 2018 y que juró su segundo mandato (2019-2025) ante la extinta Asamblea Nacional Constituyente el 24 de ese mismo mes, pero también volvió a hacerlo el 10 de enero de 2019 ante el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) de Dos Pilitas. Y según la sentencia 1139 de 2002 pronunciada por la Sala Constitucional, “La “mitad del período”, como límite de naturaleza temporal a partir del cual puede ejercerse la revocación del mandato, sin duda representa un plazo prudencial que permite a los electores tener una visión del desempeño del representante.” Y de acuerdo con su sentencia de fecha del 9 de enero del 2013, el inicio del periodo presidencial se cuenta a partir de la juramentación. En efecto, Nicolás Maduro se encuentra en ejercicio de hecho del cargo de presidente de la República desde el año 2013, y además, desde el 24 de mayo de

² Comunidad en Movimiento, La Tesis Aylwin: Fundamento del Triunfo del “No” Comunidad en Movimiento, p. 3.

2018 hasta la presente fecha han transcurrido más de tres años de su juramentación ante la referida Asamblea Nacional Constituyente, por lo que se cumple con el primer requisito para el inicio de la solicitud del referéndum revocatorio del mandato presidencial. Pero corresponde al CNE determinar tal condición para admitir la solicitud del trámite para el referéndum revocatorio y discrecionalmente puede considerar que la mitad ocurrió con anterioridad en mayo de 2021 sin que se hubiera solicitado para esa fecha.

En segundo lugar, otra condición para la convocatoria del referéndum revocatorio del mandato es que haya sido solicitado por un número no menor del veinte por ciento de los electores inscritos en la correspondiente circunscripción y ocurre que aun siendo una elección nacional el CNE estableció que el veinte por ciento es el de cada circunscripción correspondiente a los estados. Es decir, que las firmas para ese 20% se han de recoger por cada estado y no a nivel nacional. Lo cual evidentemente representa mayor dificultad que la recolección a nivel nacional. Además, aun después de recogidas las firmas requeridas el CNE se reserva pronunciarse discrecionalmente sobre la procedencia o no procedencia del referéndum y de fijar la oportunidad de su celebración. Otro aspecto, ligado al tema electoral se refiere a la participación de los electores, que ha de ser igual o superior al 25% de los electores inscritos y también además que de esa participación el voto a favor de la revocatoria sea igual o mayor al número de electores que eligieron al funcionario. Lo cual depende de la facilidad de acceso a los centros electorales cuya ubicación y colocación del elector es decisión discrecional del CNE, así como del cumplimiento de las garantías del voto libre y de no utilización de maniobras como la del voto asistido o de la prórroga indefinida de los centros electorales después de la hora de cierre establecida.

En tercer lugar, un factor de incidencia en el proceso del referéndum de revocatoria es el de la participación electoral de la que depende no solo que se considere efectivo el proceso sino también la mayoría requerida. Por ello la abstención es otro factor para superar o vencer, que puede ser hasta motivada por el mismo gobierno, e, incluso por quienes no participan de la tesis del revocatorio o por quienes consideran la abstención en lugar de la votación como tesis para salir de las dictaduras por la falta de garantías electorales. Por ello también la abstención es un factor para vencer por parte de quienes promueven la tesis del revocatorio. En este orden de ideas, el pensamiento de Patricio Aylwin sirve de orientación para superar este factor que obstaculiza la factibilidad del referéndum revocatorio, cuando dijo con relación al plebiscito para sacar a Pinochet: “La salida jurídico-política será, la que logre superar las divisiones sobre la base de descubrir y reforzar lo que nos une y sacrificar lo

que nos separa. Se trata de ser capaces, con realismo, audacia, imaginación y coraje, mediante entendimientos políticos y fórmulas jurídicas, de provocar lo que Ortega y Gasset llama ‘la unidad de los contrarios’³.

Aparte de la organización de un frente para el referéndum mediante una estructura consolidada nacional y regionalmente para un activismo político en favor de la tesis de la revocatoria; la motivación sobre la factibilidad y efectividad de esta tesis como salida de la dictadura implica un mensaje de estímulo que comprenda la movilización político-electoral para lograr las 4.200.000 firmas requeridas y la mayor participación y la mayoría de 6.200.000 de los votos en favor de la revocatoria; así como la organización de la concurrencia y de participación en el acto refrendario para asegurar el voto libre y secreto, la transparencia del acto de votación y del escrutinio y la presencia de los testigos y observadores electorales. Pero como se trata de sustituir un presidente por otro dentro de la motivación para la participación electoral es determinante para el estímulo de la concurrencia de los electores la elaboración de un programa de gobierno que contenga una política de crecimiento con equidad para el progreso y la disminución significativa de la pobreza para superar la crisis económica y humanitaria. E, igualmente, definir un candidato que sea capaz de constituir una coalición política democrática y mayoritaria y capaz de sustentar un gobierno de progreso, de reconciliación y popular. Ello por cuanto de concurrir el porcentaje requerido de electores y de alcanzarse la mayoría de los votos en favor de la revocatoria, se considera revocado el mandato y se debe proceder a una nueva elección universal y directa dentro de los treinta días consecutivos siguientes para la elección del nuevo presidente, según los artículos 72 y 231, de la Constitución. Un aspecto para considerar es la vinculación de las conversaciones de Méjico y la realización del referéndum revocatorio puesto que de tal proceso puede derivarse situaciones que afecten su realización. Otro aspecto para ponderar es el relativo al tratamiento de la suplencia por la vacancia absoluta durante los treinta días posteriores, lo que ha de ser parte de las garantías a obtener para asegurar la efectividad de la revocatoria.

Dentro de las consideraciones anteriores cabe la reflexión de la Conferencia Episcopal Venezolana en su Exhortación del 13 de enero de 2022 que, a pesar de las adversidades y la profunda desconfianza sobre el sistema electoral, “el pueblo venezolano ratifico noblemente su vocación democrática, asumiendo la vía electoral y la institución del voto como instrumento y expresión pacífica para exigir soluciones a los ingentes problemas que cada día ponen en peligro su vida y dignidad”⁴. Así como la consideración que la Conferencia Episcopal Venezolana hizo de las elecciones de Barinas del 9 de enero de este año, como ejemplo, del deseo del pueblo, “de cambio de la libertad y del desarrollo humano”. E, igualmente, que el resultado de esas elecciones “son una demostración de cuan necesario es

³ Comunidad en Movimiento, La Tesis Aylwin: Fundamento del Triunfo del No. Comunidad en Movimiento, p. 2

⁴ <https://conferenciaepiscopalvenezolana.com/downloads/exhortacion-pastoral-que-tu-gran-amor-senor-nos-acompane-tal-como-lo-esperamos-de-ti-sal-33-22>

reconocer y aceptar que estamos frente a un cambio en Venezuela, que pasa por la necesidad del encuentro y del entendimiento para construir un país libre de la opresión y del deterioro a que ha sido sometido”. Y concluía la referida Exhortación Episcopal, que “la refundación de la nación”, es posible si se hace mediante “el uso de los mecanismos en la Constitución Nacional y las leyes”. Pienso, pues, que, si bien el referéndum revocatorio es una salida jurídica dentro de esos mecanismos constitucionales, su solo planteamiento no es garantía de su efectividad si no se le motiva como un medio para los cambios que implica la refundación de la nación, lo cual requiere de un mensaje positivo y de un candidato que agrupe y estimule la población y que represente la garantía de un progreso equitativo, justo y estable, sin exclusión y discriminación, que sea capaz de formar un gobierno unitario y de reconciliación, pero que también garantice la reparación por las violaciones de los derechos humanos. Y además que esa motivación genere una organización y una estructura de un frente consolidado y unitario que haga posible el cumplimiento de los requisitos exigidos de la recolección de las firmas requeridas, la masiva participación electoral y que garantice un resultado mayoritario en favor del revocatorio del mandato de Nicolas Maduro para salir de la dictadura. Es decir, que no basta con resaltar el referéndum revocatorio como una vía jurídica de solución de la crisis inmediata política si no se cuenta con los medios organizativos y estructurales que permitan su efectividad y factibilidad.

REPUBLICA CIVIL NO MILITAR: LA DESMONARQUIZACIÓN DEL PODER MILITAR¹

Las monarquías absolutas descansan en el llamado poder militar. Y este es una casta dentro de la nobleza o aristocracia de la corona. Sus jefes son parte de la cúpula monárquica. Por ello el poder militar es totalmente vertical, concentrado y privilegiado. A sus jefes se les crea un status político, económico, social, legal y judicial. En el estado monárquico absoluto son un fuero exclusivo y excluyente. En los protocolos oficiales el monarca y los militares, llenos de condecoraciones de méritos de guerra, ocupan el cetro y las poltronas signos del poder. Contra ese esquema, propio de los estados imperiales, reacciona el ideal republicano. Recuérdese el pensamiento militar anti-aristocrático de Tomas Jefferson por la relación con la noción de la República y con una ciudadanía titular del poder y no con el monarca y de su recelo acerca de los ejércitos vinculados al poder. Puesto que consideraba que un ejército que forma parte del poder político es contrario a la naturaleza civil de la Republica.

Donde el ejército es el poder político no sirve al ciudadano sino al jerarca y a sus aristócratas. Por eso son excesivamente politizados. Por tanto, en la transformación del estado absoluto en un estado liberal y en la organización del Estado de Derecho democrático uno de sus cometidos es la organización de instituciones militares republicanas y de la coexistencia de la responsabilidad civil y militar, así como la influencia de la democracia en organizaciones militares.

Asimismo, en los procesos de transición de regímenes dictatoriales hacia la democracia, es decir, desde el autoritarismo hasta la democracia o transiciones democráticas, la regulación de lo militar en un estado democrático ocupa una tarea de prioridad, como ha ocurrido, por ejemplo, con el paso de los sistemas nazistas o soviéticos a la democracia, en los cuales el ejército es parte del partido en el poder e instrumento del control y de persecución de la disidencia.

La filosofía del modelo de estado democrático de Derecho es la de configurar el ejército y la función miliar dentro del cuadro de los poderes civiles y de las funciones administrativas. Por ejemplo, no otorgarle a la fuerza armada y sus fun-

¹ Colaboración para la Sección Opiniones de la Dirección Ejecutiva de la Fundación Alberto Adriani (07-02-2022).

ciones militares de defensa la categoría de institución y de función constitucionales separados de las instituciones y funciones del poder civil. Ello sucede cuando a la fuerza armada se le jerarquiza constitucionalmente una autonomía respecto de su control, privilegios, ascensos, régimen disciplinario y judicial, hasta el punto de que constituyen una casta dentro del estado. Lo cual constituye un riesgo porque termina siendo el dominio político del estado. Tal tratamiento del fuero militar produce una desigual relación entre los poderes públicos y una vulnerabilidad del sistema democrático. Porque la ciudadanía no considera a los militares como iguales sino privilegiados. Y porque la educación militar se orienta al mantenimiento de su estatus. La ciudadanía, entonces, observa con recelo a los militares. Esto es tan cierto, que los estudios de opinión pública, por ejemplo, como ocurre en Venezuela, hacen constar un gran rechazo al militar.

Por todo ello, la desmonarquización del poder militar es un cometido de los procesos de transición hacia la democracia, cuando la fuerza armada, al igual que en los estados monárquicos absolutos, es el soporte del poder político y de la política de persecución ideológica. En concreto, la terminación la desigualdad entre lo militar y lo ciudadano es de la esencia de los procesos de transición democrática. Ello ha sido una constante en los procesos democráticos de Europa del Sur (Grecia, Portugal y España), Europa Central y Oriental y el antiguo espacio soviético, o en los casos de Corea, Taiwán, Filipinas o Sudáfrica, por lo que la subordinación de lo militar a lo civil se convierte en uno de los símbolos de la promesa de un mundo más democrático. En concreto, el éxito de las transiciones a la democracia es la transformación del papel de los militares y de las fuerzas armadas alejadas del poder político cuando sobre todo cuando han estado en la cúspide del poder del sistema político no democrático previo a las reformas prodemocráticas². El principio fundamental es la subordinación de las fuerzas armadas al poder civil.

La razón de ser de este principio es la de que la fuente del poder público en el Estado democrático es la soberanía popular, cuya representación la ejercen el poder legislativo y el poder ejecutivo, a los cuales, como toda institución administrativa ha de estar sujeta a los principios y valores superiores del orden jurídico democrático del Estado de Derecho. Ello porque particularmente en las sociedades modernas y democráticas, la sociedad civil tiene un alto desarrollo y desempeña un papel protagónico en la vida de un país. Una expresión política fundamental de ello es la preeminencia del poder civil por encima del poder militar y el

² Rafael Martínez, Universidad Barcelona, en “LAS RELACIONES CIVILES-MILITARES EN SOCIEDADES EN TRANSFORMACIÓN: América Latina. (documentos CIDOB36) (https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:wIrcJtd8azkJ:https://www.cidob.org/en/content/download/34045/558352/file/DOCUMENTOS_WEB_AMERICA%2BLATINA_36_MARTINEZ.pdf+&cd=5&hl=es&ct=clnk&gl=us)

funcionamiento pleno y autónomo de las instituciones democráticas³. Otro principio fundamental es la reordenación de la función del ejército únicamente para la defensa o la seguridad externa, delimitándola de la seguridad ciudadana, por cuanto su naturaleza es civil y no militar. En efecto, confundir seguridad ciudadana con seguridad de la defensa, es la causa de la militarización que determina el predominio de la fuerza armada sobre el resto del Estado e inclusive sobre la sociedad civil; que se ejerce por medio de la fuerza; y si a este predominio se atribuye el factor determinante de un proceso ideológico, o revolucionario, entonces, la función militar es la de garantizar tal proceso y no propiamente la de la defensa externa. Por ello, los gobiernos de corte ideológico totalitario se soportan en procesos de militarización, cuya función es mantener un dominio sobre la ciudadanía, y convierten el ejército en la guardia pretoriana del presidente y en el comisariato político del partido oficial.

Hacia al anterior esquema se orientó La Constitución de 1999, al configurar la fuerza armada como instrumento de un proyecto político, sustituyendo, incluso su denominación de nacional por ‘bolivariana’, que es el cognomento de una ideología que se identifica como socialismo del siglo XXI, cuyo partido es de signo totalitario militarista. Al respecto, Ramón Escobar León afirma respecto del principio de la sujeción del poder militar al poder civil que se consagro en nuestra primera Constitución republicana de 1811, que “Es sabido que la norma de la Constitución de 1811 ha sido letra muerta en nuestra historia, salvo en el período que va del año 1958 hasta la llegada de Hugo Chávez al poder en 1999. A partir de esa fecha la ecuación se ha invertido nuevamente, por los conflictos entre la dirigencia civil y por la politización e ideologización del poder militar”. Y agrega el jurista citado, que, por un lado, la Constitución de 1999 ratifica el carácter de institución apolítica, obediente y no deliberante (artículo 132) de la Fuerza Armada y de una institución esencialmente profesional, sin militancia político, que no está al servicio exclusivo de la nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna” (artículo 328); mientras que por otro lado, su actuación delata la toma de posición política cuando se dice que la Fuerza Armada es “patriótica, bolivariana, revolucionaria, socialista, antiimperialista y chavista”⁴.

Por otra parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el análisis de la Constitución de 1999, con relación a la seguridad del estado, las fuerzas armadas y los cuerpos policiales de seguridad, considera que se incluyen ciertas normas e instituciones que resultan cuestionables a la luz de una concepción democrática de la defensa y la seguridad del Estado⁵. Por ejemplo, la Constitución coloca a la sociedad civil en el mismo nivel de responsabilidad que el propio Estado respecto de la seguridad de la Nación; extiende el alcance del concepto de

³ Fortalecimiento del poder civil y la función del ejército en una sociedad democrática (FLACSO, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, sede Guatemala. 1995 - Colección Debate N° 27).

⁴ La Fuerza Armada y la Constitución El Nacional, diciembre 10, 2019 (<https://www.elnacional.com/opinion/la-fuerza-armada-y-la-constitucion/>)

⁵ <http://www.cidh.org/countryrep/Venezuela2003sp/cap.3.htm>

seguridad no sólo a lo propiamente militar, sino además a los ámbitos cultural, social, económico y político, entre otros; a la Guardia Nacional, que forma parte de la estructura de las Fuerzas Armadas de Venezuela, otorga atribuciones respecto de la seguridad ciudadana cuando estas atribuciones deben corresponder exclusivamente a los cuerpos policiales civiles. Y, además, la Constitución vigente suprimió un precepto tradicionalmente insertado en las constituciones de Venezuela, el cual establecía que las fuerzas armadas constituían un cuerpo “apolítico y no deliberante”. Al respecto, cabe citar la Constitución de 1961 que en su artículo 132 establecía que “Las fuerzas armadas Nacionales forman una institución apolítica, no deliberante”. En este orden de ideas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estima que esta supresión supone un retroceso negativo para la institucionalidad democrática, en el sentido de que tal supresión si se considera en relación con la nueva facultad de los militares de ejercitar el derecho al voto, conlleva un mensaje implícito o tácito que incentiva a las fuerzas armadas a tomar posición en el terreno político interviniendo a favor del Gobierno o de la oposición, generando situaciones de insubordinación que son inaceptables en un contexto democrático

A la configuración del estamento militar contribuye el tratamiento de la fuerza armada como un poder dentro del Estado, con regímenes propios presupuestarios, fiscales, de inmunidad judicial, de seguridad social, de jurisdicción y de ministerio público fuera de la organización y del control del gobierno del Poder Judicial, de ascensos discrecionales y de copamiento o militarización de los cargos de la administración pública. En este orden de ideas debe destacarse que constitucionalmente las fuerzas armadas como parte de la administración del Estado en cuanto al orden y seguridad son parte de la administración estatal, por lo que no se justifica un mecanismo de determinación presupuestaria distinto al que corresponde a todos los organismos de la administración estatal, ni tampoco la existencia de una norma de excepción en lo que respecta al principio de no afectación de los tributos. Sobre este planteamiento hare unas breves reflexiones y sintetizaré lo que la doctrina comparada considera debe ser la regulación de las fuerzas armadas en el Estado democrático de Derecho.

La Constitución de 1999 modificó ampliamente la concepción institucional de la fuerza armada al contemplar un escenario contrario a lo que deben ser las relaciones civiles-militares, sobre todo cuando se les permite la deliberación política activa, que es algo más que reconocer a sus integrantes el derecho pasivo del sufragio. Los teóricos del tema militar han planteado modelos que intentan interpretar y comprender las relaciones cívico militares. Por ejemplo, Samuel Phillips Huntington (18 de abril de 1927 - 24 de diciembre de 2008), que fue un politólogo y profesor de Ciencias Políticas en el Eaton College y Director del Instituto John M. Olin de Estudios Estratégicos de la Universidad de Harvard; en su análisis de la relación entre el gobierno civil y militar propuso los modelos del control civil objetivo y control civil subjetivo. El control objetivo se logra cuando las instituciones democráticas establecen un balance entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial favoreciendo el profesionalismo de los hombres de armas. Mientras se profesionaliza al militar institucionalista se produce menor tendencia

al autoritarismo. El poder civil subjetivo, por el contrario, deja en un grupo o grupos particulares el control sobre militares, de acuerdo a normas constitucionales. El control subjetivo es frecuente en sociedades o países donde el profesionalismo militar es precario. En cuanto al rol que deben desempeñar las Fuerzas Armadas en el sistema democrático, me adhiero a las concepciones de Thomas Jefferson y de Alexis de Tocqueville, que se estiman como la mejor doctrina en lo que respecta a la función militar conforme la doctrina democrática del Estado de Derecho.

En concreto, desde un punto de vista democrático se requiere la eliminación del rol de garante de la institucionalidad de los militares consagrado en algunas constituciones. En efecto, la tesis es que los militares no necesitan asumir la posición privilegiada de garantes de la institucionalidad, puesto que es una posición en la que en una democracia todos deben asumir, sobre todo el Poder Judicial. Los militares, por el contrario, deben dedicarse a sus tareas profesionales y no convertirse en una corporación que participa en política con espíritu de cuerpo y no se contribuye a mejorar la imagen de los militares en los procesos donde se ejerce el sufragio si estos concurren uniformados y en formación a votar en los centros de votación donde son aleccionados por sus superiores. Su contribución a la democracia se asienta en esta doctrina republicana civil de que los militares deben colaborar en el cuidado de los actos electorales y por ello no han de parecer armados con armas de guerra y con uniforme de campaña y mucho menos en sustituir a los funcionarios electorales y controlar la materia electoral, como ha sucedido en los procesos electorales realizados bajo el presente régimen. En este orden de ideas, Marco Tulio Mérida en su ensayo "Poder Militar y Control Civil en La Venezuela Contemporánea", considera que "el finisecular venezolano se caracterizó por evidentes alteraciones en las relaciones cívico-militares", así como que, "La conformación y modernización del ejército venezolano constituyó un objetivo fundamental de las reformas democráticas de 1936, 1945 y 1961 como desiderátum del proyecto nacional", Y que, "La construcción de una Fuerza Armada venezolana supeditada al poder civil-democrático fue un objetivo no alcanzado durante el siglo XX". En su ensayo, Marco Tulio Mérida realizó una evaluación del quehacer político-militar con el objeto de interpretar las siguientes categorías: militarismo, profesionalismo militar, autoritarismo, pretorianismo militar y control civil. Y, concluyó que "el poder militar en Venezuela durante los siglos XX y XXI transitó de la democracia excluyente y del autoritarismo incluyente hacia el autoritarismo-pretorianismo excluyente"⁶.

El Libertador, consciente del profesionalismo militar, advertía a Roscio, Castillo y Madariaga, que "En vano las armas destruirán a los tiranos, si no establecemos un orden político capaz de reparar los estragos de la revolución. El sistema militar es el de la fuerza y la fuerza no es el gobierno"⁷. Y, en Carta dirigida al

⁶ <http://servicio.bc.uc.edu.ve/postgrado/manongo20/20-2.pdf>

⁷ Salcedo Bastardeo, J. L. *Visión y Revisión de Bolívar*, Imprenta López-Buenos Aires, Octava Edición, 1966, p. 95.

Mariscal Antonio José de Sucre, decía: “Un militar no tiene virtualmente que meterse sino en el ministerio de sus armas”⁸. Lo contradictorio es que, siendo la Constitución de 1999 de la República Bolivariana de Venezuela, sin embargo, no recogió el pensamiento del Libertador, no obstante que en su Preámbulo proclama que el pueblo como poder constituyente, con la promulgación de dicha Constitución, sigue “el ejemplo histórico de nuestro Libertador”; y, que, en su artículo 1º, proclama igualmente, que la República Bolivariana de Venezuela fundamenta su patrimonio moral y de libertad, igualdad y justicia, “en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador”. En verdad, que la vigente constitución en lo relativo a las fuerzas armadas más que en “una *contradictio in terminis*” incurre en un pecado contra el antimilitarismo de la moral bolivariana.

⁸ Salcedo Bastardeo, J. L. *Visión y Revisión de Bolívar*, Imprenta López-Buenos Aires, Octava Edición, 1966, p. 99.

FUERO MILITAR EN UN SISTEMA DE JUSTICIA DEMOCRÁTICA¹

OPINIONES DE LA DIRECCIÓN EJECUTIVA

“Es suficiente agregarle la palabra “militar” para que una palabra con significado lo pierda. Así, la justicia militar no es justicia, la música militar no es música”.

(GEORGES CLEMENCEAU).

EL CUESTIONAMIENTO DEL FUERO MILITAR

El Fuero Penal Militar ha sido cuestionado por considerar que se presta para abusos y porque ha servido como fuente de impunidad de graves violaciones a los derechos humanos y de persecución política y además porque siendo la administración de justicia una sola, la justicia militar no debe regularse separadamente del sistema unitario de la justicia y tampoco incluir como órganos de la justicia militar al Presidente, al Ministro de Defensa y a los comandantes o jefes militares. Principio este que se consagra en el artículo 253 de la Constitución. Al igual se cuestiona que la justicia militar está a cargo de jueces que son militares sometidos a la disciplina y al régimen jerárquico militar².

SU REVISIÓN

Es necesario esclarecer si el fuero penal militar es una garantía funcional, como constitucional y legalmente se encuentra establecido, o si por el contrario en la práctica se ha desnaturalizado como un sistema fuera del principio de la unidad del sistema de justicia y que por tanto se pueda convertir en una condición de impunidad o de represión política. Según los informes especializados de derechos humanos de la ONU y del sistema interamericano, en Venezuela con ocasión

¹ Colaboración para la Sección Opiniones de la Dirección Ejecutiva de la Fundación Alberto Adriani, Caracas, 9 de febrero de 2021.

² En este trabajo ha sido una fuente bibliográfica la obra “Justicia Militar y Derecho Internacional, de Federico Andreu Guzmán, Comisión Colombiana de Juristas, Comisión Internacional de Juristas, Bogotá 2003.

de las propuestas en contra de la ruptura del orden constitucional por parte del gobierno, se ha utilizado la justicia militar como instrumento de persecución en contra de la población civil opositora mediante el enjuiciamiento de los opositores y de manifestantes, por ejemplo, en ejecución del llamado Plan Zamora.

En efecto, Plan Zamora lo define el gobierno como un plan estratégico cívico-militar para garantizar el orden interno y frenar un presunto golpe de estado. En ejecución de ese plan el gobierno activó la Justicia Militar, por ejemplo, para enjuiciar ciudadanos que supuestamente en las manifestaciones han instigado o cometido rebelión o atacado “centinelas”.

PRESUPUESTOS PARA SU REFORMA

El Fuero Militar debe ser parte del Poder Judicial y no del Poder Ejecutivo, porque por naturaleza las Fuerzas Militares son de carácter administrativo, dada su vinculación estructural y funcional al sector defensa del Estado, en el marco más amplio de la Rama Ejecutiva del poder público. En su organización institucional deben respetarse los principios democráticos de separación de los poderes públicos y de independencia del poder judicial, la imparcialidad y profesionalización de los jueces y la subordinación del poder militar al poder civil. Dada la característica de los deberes en relación con el servicio militar de obediencia, subordinación y disciplina (Art. 328), según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, CRBV), el llamado Fuero Militar ha de ser rama especial de la jurisdicción penal para enjuiciar el incumpliendo de esos deberes en el servicio militar calificados de delitos o faltas militares. Por tanto, los hechos relacionados con estos deberes son los que determinan la competencia de la Justicia Penal Militar.

SU CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL (ART. 261 CRBV)

Las constituciones democráticas contemplan la Justicia Militar como un fuero de carácter restringido al servicio militar y no extensivo a actos que no tengan que ver con los deberes de los militares. La Constitución lo considera parte integrante del Poder Judicial y establece que sus jueces deben ser seleccionados por concurso (Art. 261). Es decir, consagra la profesionalización de los jueces militares.

Su sistema procesal en la actualidad es fundamentalmente inquisitivo y no el acusatorio lo que contradice los principios del proceso penal moderno (Art. 285, 4 y 5, CRBV; y 11 y 13, Código Orgánico Procesal Penal, COP) y las garantías del debido proceso contempladas en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos y limita la garantía de la defensa judicial.

Su competencia constitucionalmente se limita a delitos de naturaleza militar, es decir, delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Militar en servicio activo cuando los mismos se deriven directamente de la función militar definida en el artículo 329, constitucional. Por ejemplo, operaciones requeridas para asegurar la defensa y exigidas para el mantenimiento del orden interno del país o faltas a los deberes militares de obediencia, subordinación y disciplina.

Al Fuero Militar, constitucionalmente y por los estándares de derecho internacional de derechos humanos, se le prohíbe conocer de delitos comunes, de violaciones de derechos humanos y de crímenes de lesa humanidad, cometidos tanto por militares o civiles.

PRINCIPIOS RECTORES DE SU FUNCIONAMIENTO

La Justicia Militar responde a las diferencias entre los deberes y responsabilidades que tienen los ciudadanos y los que están llamados a asumir los miembros de la Fuerza Militar, que justifica su sometimiento a unas reglas penales especiales propias de la actividad militar por violación de los deberes de obediencia, subordinación y disciplina propios de la función militar. Por ello, la finalidad de esta Justicia es que los miembros de la Fuerza Militar estén cubiertos en sus actividades de servicio por un régimen jurídico penal especial, tanto sustantivo como procedimental, que sea acorde con la especificidad de sus funciones y deberes. Por esta razón, constitucionalmente la competencia de la Justicia Penal Militar es restrictiva y excepcional, y solo puede investigar y conocer de los delitos relacionados con el servicio, entendidos estos como los cometidos por militares en servicio activo, cuando los mismos se deriven directamente del ejercicio de la función militar que la Constitución les ha asignado.

En el caso de delitos comunes, violaciones a los derechos humanos o de conductas delictivas que carezcan de relación "directa" con el servicio, las personas, tanto militares como civiles, quedan sometidas al derecho penal ordinario y a la jurisdicción ordinaria.

Si la Justicia Militar pertenece al Poder Judicial no pueden ser funcionarios de la Justicia Militar el Presidente, el Ministro de la Defensa, el Comandante del Ejército de la Armada y de las circunscripciones militares (Art. 28 Código Orgánico de Justicia Militar, COJM). Tampoco pueden serlo oficiales activos de la Fuerza Armada (FA), (Arts. 32, 33, 41 y 49 COJMM).

LA CONDICIÓN PROFESIONAL DE LOS JUECES MILITARES COMO PARTE DEL PODER JUDICIAL

Según la Ley de Carrera Judicial (11-09-1998) los jueces que integran el Poder Judicial deben ser abogados (Art. 10), pero su artículo 4, excluye de su aplicación a los jueces militares, lo cual es inconstitucional. Y, el COJM, por su parte, dice que los tribunales de la Justicia Militar están integrados por oficiales activos (Arts. 31, 41 y 49). Sin embargo, la Constitución de 1999, establece que los jueces de la Justicia Militar deben ser seleccionados por concurso (Art. 261) y la Carrera Judicial que la conforman jueces profesionales (255): y, por su parte, la Ley de Abogados considera que actividad profesional del abogado es el desempeño de una función propia de la abogacía o una labor atribuida por ley a un profesional del Derecho (Art. 4) y que los militares activos no pueden ejercer la abogacía (Art. 12), dentro de la cual cabe la función judicial respecto del derecho penal militar.

Además, por cuanto los oficiales activos constitucionalmente están sujetos a obediencia, subordinación y disciplina de la Fuerza Armada, que es una rama del Poder Ejecutivo (Art. 328 CRBV), no garantizan la imparcialidad y la autonomía que para el ejercicio de las funciones judiciales lo exige el artículo 256, constitucional. Por tanto, oficiales activos de la Fuerza Armada (FA) no pueden ser jueces de la Justicia Militar.

ENJUICIAMIENTO DE CIVILES POR TRIBUNALES MILITARES

El límite de la competencia de los tribunales militares es el de la prohibición de juzgar delitos comunes, violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad (Art. 261 CRBV). Ello como garantía del derecho al juez natural, según los artículos Art. 49.4, de la Constitución; 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; y los artículos XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969; en concordancia con los arts. 19, 22 y 23, de la Constitución venezolana. El derecho constitucional al juez natural es la garantía de que los procesos sean decididos por los jueces predeterminados en la ley como competentes según la naturaleza de los asuntos, con anterioridad a los hechos que motiven la actuación y el proceso judicial. Es decir, el derecho de no ser juzgado por un tribunal de excepción o ad hoc (Sala Constitucional sentencias 29/2000 y 14/2000). Según la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y el Grupo de Trabajo de la Detención Arbitraria de la ONU, el juzgar por tribunales militares a grupos civiles es una violación grave de los derechos humanos.

El Ministro de la Defensa sostiene que todo el que se consiga en flagrancia atacando o agrediendo al centinela o que instigue a la rebelión puede ser juzgado por los tribunales militares por el art. 123, 2, del COJM, que dice que los civiles pueden ser juzgados por estos tribunales por infracciones militares. Sin embargo, por lo expuesto anteriormente, la justicia militar solo comprende ciertos delitos cometidos por militares, pero nunca por civiles, en razón de la interpretación favorable que debe hacerse del COJM a favor de los procesados (Arts. 23 y 24, CRBV y 7 COJM).

La Sala Constitucional, en sentencia de 24 de abril de 2002, concluyó que el COJM violaba la Constitución, al permitir que civiles fuesen juzgados por militares. Y en sentencia del 12 de junio del mismo año, la misma Sala estableció que la jurisdicción militar se limita al juzgamiento de los delitos militares tipificados en las leyes especiales que regulan esta materia, de forma tal que es la naturaleza del delito lo que determina en todos los casos la jurisdicción que debe juzgarlo. La Sala Penal (SP) en sentencia N° 59, del 02-02-2001, dijo que, ante la condición civil de la persona procesada, debe concluirse que la jurisdicción penal ordinaria recobra su supremacía. Sin embargo, la misma Sala en sentencia del 02-06-2005 (Caso Usón, ponencia de Eladio Aponte), abandonó el anterior criterio, con base al art. 123, 2, del COJM, y determinó que los civiles sí pueden ser juzgados por tribunales militares. Lo que constituye una violación de la Constitución y del derecho internacional de derechos humanos.

Esta sentencia fue censurada por la Corte Interamericana de Derechos humanos en sentencia del 20-11-2009 (Caso Usón), reiterando el carácter excepcional de la justicia militar en un estado democrático y exigió al estado venezolano que estableciera límites a la competencia de los tribunales militares, de forma que la jurisdicción militar únicamente se aplique a militares en ejercicio y por delitos de función militar. Pero, posteriormente, la Sala Penal, en sentencia del 06-12-2016 (Nº 518), estableció que en el supuesto que estén siendo juzgados civiles por la Justicia Militar, por la presunta comisión de delitos contemplados en el Código Penal y por derivación en el Código Orgánico de Justicia Militar, en resguardo de las partes intervinientes considera que lo procedente y ajustado a derecho, es sustraer la causa de la jurisdicción militar y remitirlo a su jurisdicción natural, la cual es la jurisdicción penal ordinaria, para que continúe el proceso asegurando el resguardo de los derechos y las garantías constitucionales.

En los casos de enjuiciamiento de civiles por los sucesos de las protestas ocurridas durante los meses de abril y mayo de 2017, se acusó los ciudadanos de ataque al centinela y de rebelión. Sin embargo, un guardia nacional o un policía bolivariano que esté controlando el orden público, no es un centinela, luego no cabe el delito de ultraje al centinela contemplado en el COJM. Y, por otra parte, el delito de rebelión militar es derivado del delito de rebelión civil contemplado en el artículo 143 del Código Penal (CP) y además supone una organización creada a tales fines. Es decir, no existe el delito militar de ultraje al centinela por parte de los civiles y el delito de rebelión es conexo con el delito de rebelión previsto en el Código Penal, por ello, procedió correctamente el Fiscal Nº 41 del Estado Zulia, que solicitó que 14 detenidos por hechos ocurridos en Villa del Rosario fueran juzgados por tribunal civil y no militar.

El gobierno asimila la protesta pública con el delito de rebelión, por lo que utiliza la Justicia Militar para perseguir e intimidar a los manifestantes. Vale la pena recordar que José Vicente Rangel, Eleazar Díaz Rangel y Luis Brito García, cuando eran oposición, sostuvieron por décadas la premisa constitucional de que los civiles debían ser juzgados por sus jueces naturales.

La activación de la justicia militar, por ejemplo, en aplicación del Plan Zamora, que es un plan estratégico militar, con posterioridad a los hechos ocurridos con ocasión de las protestas contra el gobierno, dentro de la estrategia planificada del gobierno de represión, como parte de un ataque sistemático y generalizado contra la población civil y las violaciones graves a derechos humanos fundamentales con detenciones arbitrarias y el aislamiento de los detenidos y la intimidación a que se someten a los imputados al ser presentados ante tribunales ad hoc instalados en cuarteles ante efectivos fuertemente armados después de ocurridos los hechos; encuadra en el delito de persecución de lesa humanidad según el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En efecto, el artículo 7, de este Estatuto, establece: *“A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por crimen de lesa humanidad cualquiera de los actos siguientes, cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento de ese ataque.: h) Persecución de*

un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen competencia de la Corte”.

De este crimen de lesa humanidad, responden desde el Comandante en Jefe de las FAN, el Ministro de la Defensa, el comandante de la GNB, comandantes de los cuarteles y prisiones militares, los jueces y fiscales militares, según el referido Estatuto, y el artículo 29 constitucional.

La Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas de 1994, excluyo del ámbito de la justicia militar el enjuiciamiento de militares autores de este delito y que las desapariciones forzadas de personas no pueden considerarse como cometidos delitos de función o acto de servicio militar sino de delito común por violación de derechos humanos.

Y, que, la jurisdicción militar es exclusivamente competente para conocer de los delitos específicamente militares cometidos por personal militar.

Según los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura, “Toda persona tendrá derecho a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos.” (Principio 5).

Por lo que la regla es que todo delito corresponde la justicia penal, entre los delitos comunes en que incurran los militares en su servicio; y por excepción corresponde la jurisdicción militar los delitos o conductas delictuales cometidas en por militares en actos de servicio.

LA REFORMA DE LA JUSTICIA MILITAR

1. En el Estado Democrático de Derecho la justicia militar debe estructurarse como parte del Poder Judicial y no del Ministerio de la Defensa.

2. En el Estado Democrático de Derecho la justicia militar no es un fuero sino una justicia a cargo de jueces penales civiles especializados en derecho militar.

3. En el Estado Democrático de Derecho la Justicia Militar solo debe conocer de las faltas de los deberes de la función militar, pero no de los delitos en general cometidos por los militares.

4. Los jueces militares deben ser elegidos mediante concursos públicos antes jurados independientes.

5. El proceso de las faltas a los deberes militares debe ser el previsto en el Código Orgánico Procesal sin la interferencia del Presidente, del Ministerio de Defensa y de los comandantes militares.

6. La Fiscalía Militar debe formar parte del Ministerio Público y no del Ministerio de Defensa.

IDEARIO JURÍDICO Y POLÍTICO SOCIAL

7. La Defensa Pública Militar debe formar parte del Sistema de Defensa Pública.

8. Los tribunales militares deben funcionar en las instalaciones del poder judicial y no en las del Ministerio de la Defensa. O en las bases o cuarteles militares.

9. La Justicia Militar no puede ser un componente de los planes estratégicos operativos de seguridad y defensa.

10. La Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sostenido reiteradamente, que la investigación y juzgamiento en tribunales militares de denuncias de violaciones a los derechos humanos cometidas por militares, especialmente las violaciones supuestamente cometidas en contra de civiles, impiden la posibilidad de una investigación independiente e imparcial realizada por autoridades judiciales no ligadas a la jerarquía de mando de las propias fuerzas de seguridad.

11. Igualmente, la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU y el Relator Especial de las Naciones Unidas contra la Tortura sostienen que las denuncias y violaciones cometidas por agentes militares contra civiles sean procesadas por tribunales civiles.

12. El Anteproyecto de Principios sobre la Administración de Justicia por Tribunales Militares³, es una fuente que sirve de orientación para la necesaria reforma de la Justicia Militar en Venezuela, para que sea en verdad parte de la justicia democrática que impone el modelo del Estado democrático y social de Derecho, conforme los valores superiores del ordenamiento jurídico que para tal modelo de Estado proclama en su artículo 2º la Constitución.

³ *Comisión Internacional de Juristas, Fuero militar y Derecho internacional: Los civiles ante los tribunales militares*, Vol. II, 2018, pp. 173-177.

LA ABOGACÍA Y LA DEFENSA DEL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO¹

Una fecha como hoy, el 23 de junio, en Venezuela, desde 1972, por decreto del presidente Rafael Caldera, se acordó seleccionarlo como Día del Abogado. Internacionalmente este día es el 3 de febrero, en reconocimiento a quienes ejercen su profesión como un camino hacia la justicia. Otros países escogieron Día del Abogado el 19 de mayo, aniversario de la fecha del fallecimiento de San Ivo, patrono de los abogados. En Venezuela, el 23 de junio se decretó Día del Abogado por iniciativa de la Federación de Colegios de Abogados de Venezuela, que solicitó se reconociera en esa fecha para conmemorar el natalicio de Don Cristóbal Hurtado de Mendoza, quien fue abogado, formó parte de la asamblea constituyente que formuló y promulgó la primera Constitución de Venezuela de la cual fue uno de sus redactores, y fue el primer presidente constitucional de la República de Venezuela en 1811. Asimismo, en Colombia, para celebrar esta noble e importante profesión el 22 de junio fue la fecha elegida para conmemorar también a Don Cristóbal Hurtado de Mendoza, quien ganó su lugar en la historia de Latinoamérica al ser reconocido como el primer presidente constitucional de una república tras su declaración de independencia de España. La abogacía colonial de la antigua Capitanía General de Venezuela paso ser venezolana junto con nuestra Independencia y con nuestro primer presidente constitucional.

Es verdad que este hecho justifica que en nuestro país se conmemore el nacimiento de Don Cristóbal Hurtado de Mendoza, para reconocer la importancia de la abogacía en nuestra historia, puesto que acrecienta su valor social esta profesión con esta conmemoración, cuando se pone de relieve la personalidad íntegra de Don Cristóbal Hurtado de Mendoza, como abogado en ejercicio, defensor de indios y alcalde en Barinas, profesor universitario, constituyente, gobernador de Mérida y presidente de la Corte Suprema de Justicia del Departamento de Venezuela. En quien, en su persona, El Libertador, en su visita a Caracas el 10 de enero de 1827, declinó de los portaestandartes que le fueron ofrendados representativos de sus virtudes, el portaestandarte que significaba la Probidad, con lo cual resaltaba la dignidad del Dr., Cristóbal Hurtado de Mendoza, no solo como político y gobernante, sino también como abogado, juez y procurador. Y en reconocimiento

¹ Discurso de orden en el día del abogado en el Instituto de Estudios Jurídicos Dr. Román J. Duque Corredor, Maturín, 23 de junio de 2021.

de su condición de jurista de defensor de la libertad, por la que se distinguió desde sus comienzos como líder de los patricios de Barinas, en 1810, bajo la consigna: «Paz y tranquilidad son nuestros deseos. Morir o ser libres nuestra divisa». Y por cuya defensa tuvo que salir al exilio en 1826 al oponerse a la rebelión de Valencia acaudillada por Páez, porque dijo, que si aún quedara un solo hombre sin libertad lucharía para hacerlo libre. A cuyo regreso a Venezuela, es designado Intendente en 1827 por el Libertador, y, en 1828, solicita a este le permita dejar este cargo; y, Páez, quien lo había perseguido y exilado, se opone a su solicitud, en carta al Libertador, el 21 de enero de este mismo año de 1828, porque, “dejando Mendoza el puesto, se abre la puerta a la corrupción y mala fe de los empleados; este hombre les impone respeto por su saber, probidad y severidad”. Frases estas hoy que se entienden mejor dada la ausencia de estas virtudes en los poderes públicos dominantes en Venezuela. Además, de su lucha por la libertad, Don Cristóbal Hurtado de Mendoza, junto con otro jurista, Francisco Javier Yanes, edita, desde 1824 a 1825, el periódico El Observador Caraqueño, en el que desarrolla su doctrina sobre los principios de civismo, republicanism, justicia y de defensa de la vigencia de la Constitución. Principios estos, hoy en proceso de rescate y de reinstitucionalización.

Esta introducción acerca del Día del Abogado en Venezuela en conmemoración del día del natalicio de Don Cristóbal Hurtado de Mendoza, no solo porque fue el primer presidente constitucional en nuestra historia, sino sobre todo para significar que como jurista fue y es un icono dedicado a la defensa de la libertad y a la promoción de los principios de civismo, republicanism, justicia y defensa de la Constitución; me sirven de inspiración para decir unas palabras sobre La Abogacía y la Defensa del Estado Democrático y Social de Derecho, en razón de que la presente situación de crisis institucional y social de Venezuela, compromete mucho más a esta profesión, calificada como una de las más nobles.

Y con relación a la democracia, vale la pena recordar que Alexis Tocqueville, en su Libro “Democracia en América” editado en 1835, decía, que los principios propios del sistema político democrático hacen de los abogados “un personaje imprescindible, puesto que cumplen un papel medular para su supervivencia”².

En este orden de ideas, comienzo citando las palabras que pronuncié en Valle de La Pascua, en el Concejo Municipal del Municipio Fernando Infante del Estado Guárico, en el Día del Abogado del 2017, en las cuales me referí al Estado de Derecho como consustancial con la democracia: “Señores Abogados, Magistrados o Jueces según su jerarquía ustedes tienen en sus manos la oportunidad de brindar al país una base para la recomposición de su estabilidad política, *recuerden sus principios, que juraron doblemente cumplir como abogados y principalmente como jueces, renovemos hoy día esos juramentos que les recuerdan como abogado que ustedes son jueces de la ley, para la ley y por la*

² ¿SIRVEN LOS ABOGADOS A LA DEMOCRACIA?, NEXOS, MAYO 18 DE 2010 (TTPS://ELJUEGODELACORTE.NEXOS.COM.MX/ ¿SIRVEN-LOS-ABOGADOS-A-LA-DEMOCRACIA/

ley y no para personas, partidos o gobierno alguno”. En esa misma oportunidad concluía, diciendo: “Colegas a pesar de estos tiempos de desgracia y de oscuridad tengamos optimismo y no renuncien a su derecho de luchar por la justicia, recordemos la frase de Nelson Mandela que fue abogado y luchó contra la discriminación racial, y que dijo: “deja que la libertad reine, el sol nunca se pone sobre tan glorioso logro humano”. Ahora bien, estas admoniciones quisiera ilustrarlas también con el ejemplo de grandes juristas contemporáneos en defensa de la democracia, la justicia y el derecho.

Cuántas veces hemos oído hablar de Piero Calamandrei por sus tratados y obras de derecho procesal o por otras tan importantes como su famoso libro “Demasiados Abogados y Elogio de los Jueces escrito por un Abogado”, con las que divulgó lo significativo de la abogacía en la búsqueda y en la aplicación de la justicia. Pero, en esta oportunidad, quisiera referirme al significado y a la dimensión política y constitucional que Calamandrei otorgaba al derecho en defensa de la democracia frente a la dictadura, especialmente en sus obras “Fe en el Derecho” y sobre todo en las obras “Sin Legalidad no hay Libertad” y “El Fascismo como Régimen de la Mentira”. Obras estas, que según el catedrático Jesús Agustín Menéndez de la Universidad Autónoma de Madrid, son siempre de relectura sobre la defensa del Estado Democrático y Social de Derecho³. Yo diría hasta de relectura obligatoria en los actuales momentos en Venezuela, en la cual, según la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, Michelet Bachelet, en su Informe del 15 de julio de 2020, la democracia y el estado de derecho en Venezuela se están desmantelando por la falta de independencia del Poder Judicial⁴. Del pensamiento de Calamandrei como abogado defensor del Estado de Derecho Democrático se destacan tres ideas fundamentales, de acuerdo con el prenombrado profesor Jesús Agustín Menéndez: Primeramente, los valores de la resistencia al autoritarismo como fuente última del constitucionalismo democrático. En este orden de ideas, Calamandrei hablaba de “la resistencia como poder constituyente” o “poder meta -constituyente” de la ciudadanía. En segundo lugar, que “es ilusorio el Estado de Derecho sin el adjetivo democrático y social”, puesto que es mucho más que la legalidad formal, sino “la materialización legal y práctica de los ideales reguladores del Estado de Derecho, Estado Democrático y Estado Social, plenamente consciente de las condiciones sociales en las que se aplica y «vive» el derecho”. Y, en tercer lugar, la importancia de las estructuras institucionales en la efectiva actuación y vigencia de la Constitución. Es decir, la custodia de la Constitución, ante cuyo desconocimiento Calamandrei decía a los estudiantes de la Universidad de Milán en su Discurso sobre la Constitución”, que para los abogados “el Estado Democrático y Social de Derecho sigue siendo la más formidable ancla normativa de que disponemos si queremos intentar vivir en justicia y libertad”. En otras palabras, es hacer viva la Constitución, puesto que, si bien es un

³ <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/download/5719/3993>

⁴ Informe de Alta Comisionada para los DDHH confirma que el Poder Judicial en Venezuela está dominado por órdenes políticas - Bloque Constitucional

empeño político, sin embargo, requiere instrumentos institucionales, cuyo funcionamiento es un compromiso de la abogacía. El profesor Piero Calamandrei, como concreción de su pensamiento, afirmó, que *“la abogacía responde, aún en el Estado autoritario, a un interés esencialmente público, tan importante como el interés al que responde la magistratura; jueces y abogados son por igual órganos de la justicia, servidores igualmente fieles al Estado, que les encomienda dos momentos inseparables de la misma función”*.

Sobre este planteamiento, encuadrado también, en el ejemplo de Calamandrei, quisiera referirme brevemente al ensayo, “Importancia de los abogados al sostenimiento de la Democracia”, del profesor Farith Simón de la Universidad San Francisco de Quito⁵, que, partiendo de la abogacía como una profesión instrumental, sin embargo, considera que le corresponde por esencia defender la diversidad y el pluralismo, pero partiendo de las ideas que defienden la libertad. Asimismo, que el compromiso de la abogacía con la democracia no es solo por sus formas o procedimientos aparentes del estado de derecho, sino en sus aspectos sustanciales, de modo que los abogados no pasen a ser gestores de corrupción, o “lobistas “ante el poder.

Asimismo, para ser consecuente con el legado histórico del Dr. Cristóbal Hurtado de Mendoza, y para la significación auténtica del Día Nacional del Abogado, es propicio referirse al rol del abogado en la reinstitucionalización del Sistema de Justicia. Puesto que de este Sistema los abogados son, individualmente y como conglomerado o colectividad, uno de sus componentes; es decir, parte de un todo. Por lo que también le corresponde responsabilidad en el mejor funcionamiento de ese sistema holístico y principalmente en los cambios estructurales del Sistema de Justicia. Para ello, en esta efeméride del Día del Abogado, quisiera recordar la magnífica conferencia del Dr. Ricardo Hernández Álvarez, tristemente fallecido, denominada “El Rol del Abogado en el Mejoramiento del Sistema de Justicia”, dictada en la Universidad Metropolitana en el Seminario denominado “Construyendo Alianzas por una Justicia Mejor”, el 31 de mayo 2005. El prenombrado jurista Hernández Álvarez afirmaba que: *“El abogado, individualmente considerado y los abogados vistos como pluralidad heterogénea, pueden prestar notable contribución al mejor funcionamiento del Sistema de Justicia”*. Y agregaba la abogacía 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”*. Para ello, en su criterio, se requiere *“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 entre la acción individual de los abogados, con la cual estos pueden contribuir*

⁵ Vista de Importancia de los abogados/as para el sostenimiento de la democracia (usfq.edu.ec) (<https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/736/805>)

a mejorar el funcionamiento del Sistema de Justicia, tal como existe, y la acción social de la abogacía a través de la cual pueda obtener logros en el orden a la transformación de dicho Sistema”.

De la conferencia citada respecto a la contribución del abogado al mejor funcionamiento del Sistema Judicial en el plano individual, Hernández Álvarez señala como conducta profesional en favor de la idoneidad de este Sistema, entre otros principios, procurar la solución extrajudicial del mayor número de asuntos que le hayan sido confiados; abstenerse de incurrir en temeridad o mala fe procesal de plantear incidencias y ejercer recursos maliciosos o innecesarios; 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; facilitar la mejor inteligencia del proceso mediante la claridad y la brevedad de los escritos judiciales, y observar en su desempeño tribunalicio una conducta cónsona con la respetabilidad de la instancia judicial. Y respecto al rol de la acción colectiva del conglomerado de abogados, o de la abogacía, en relación con los cambios estructurales del Sistema de Justicia su respuesta es *“la lucha: un combate social con perspectivas de éxito en el sentido de hacer del Sistema Judicial un espacio que la sociedad debe ganar al poder”*. Es decir, por el derecho a participar en su organización, en la designación de los jueces, en la auditoría de la idoneidad e independencia de los jueces, en el control de la corrupción judicial y, en general, en la política de la administración de justicia. Y concluía: *“¿Qué es lo que debe hacerse? Colocar 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”*. Por estas razones, es que la Coordinación Nacional del Bloque Constitucional de Venezuela ha expresado que los Colegios de Abogados y a su Federación deben recordar que esa misión es su principal responsabilidad como ente corporativo de la abogacía y, por tanto, de lucha permanente por cuanto su finalidad institucional, según la ley que los rige como *“corporaciones profesionales con personería jurídica y patrimonio propio”*, es la de *“velar por el cumplimiento de las normas y principios de ética profesional de sus miembros y defender los intereses de la abogacía”*. Y de sus agremiados el compromiso de *“colaborar con el juez, en el triunfo de la justicia”*⁶.

Por supuesto, que la superación y mejoramiento de la abogacía implica el dominio del Derecho, sobre todo su evolución, más que en el simple manejo práctico de las leyes, debido a la progresividad de los derechos humanos que hoy es característica del estado democrático y social de derecho, por lo que la capacidad de conocimiento de la ciencia jurídica por los abogados es hoy día cada vez más exigente. De modo que no se pueda decir, lo que Jeremy Bentham, decía, irónicamente, “Los abogados son las únicas personas no castigadas por la ignorancia de la ley”. Por ello, no en vano en su Decálogo del Abogado, Eduardo Couture, nos impone a los abogados, como mandamientos,

⁶ <https://bloqueconstitucional.com/en-el-dia-del-abogado-2020-el-abogado-y-la-re-institucionalizacion-del-sistema-de-justicia/>

“1º Estudia. El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado. Y, 2º Piensa. El derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando”. Mandamientos mucho más determinantes para los abogados jueces y fiscales, cuya responsabilidad queda seriamente comprometida por los errores judiciales y jurídicos o por los abusos de derecho por la falta o indebida aplicación de la ley. Por este mandato, nuestro gremio debe promover y procurar además del desarrollo del pensamiento crítico de las categorías jurídicas, el mejoramiento y modernización de nuestra profesión, capacitando su conocimiento y estudio de las nuevas tecnologías informáticas y electrónicas del Derecho cibernético en los negocios jurídicos y en la actividad judicial telemática, de lo cual el Instituto al que se le ha dado mi nombre ha hecho una prioridad al realizar foros y conferencias sobre la informática y telemática jurídica, dentro de la tendencia moderna de la sociedad del conocimiento y la data, que demanda un mundo en evolución y globalización. Porque estado democrático y social de derecho es también estado de derecho moderno y tecnológico e intergeneracional.

Decía con anterioridad, citando las palabras de Alexis Tocqueville, en su Libro “Democracia en América”, que “los principios propios del estado democrático hacen de los abogados un personaje imprescindible, puesto que cumplen un papel medular para su supervivencia. Ahora bien, ¿y, por esta razón, que les debe el estado democrático a los abogados? Porque se habla mucho de la reinstitucionalización de la Justicia, y dentro de esa reinstitucionalización, siendo la abogacía un componente de ese sistema, ¿que se plantea sobre sus derechos para que cumpla con su papel medular para la supervivencia del Estado democrático? En la reinstitucionalización del sistema de justicia se ha olvidado el fenómeno llamado “*la proletarización de la profesión de abogado*”. Poco se habla del crecimiento exponencial de los abogados a partir del 2010, que para el 2013 fue de 57.376, de los cuales solo de la Universidad Bolivariana lo fueron 27.803. De esta cantidad no es posible saber cuántos han conseguido empleo, por lo que se supone que la mayoría se dedica al ejercicio profesional, a los que hay que sumar a los más de 220.000 abogados inscritos en el Inpreabogado para enero de 2014. Se olvida en la reinstitucionalización del Sistema de Justicia que para que pueda mantenerse la justicia independiente en una democracia, los Estados tienen el deber promover y garantizar la función adecuada de los abogados y de ser tenidos en cuenta y respetados por los gobiernos y de velar por su integridad personal. como lo establecen los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, aprobados por la ONU⁷.

Por supuesto que en este fenómeno contribuye la intensa proletarización de la clase profesional media, compuesta por un colectivo de profesionales caracterizado por la inestabilidad laboral, por la falta de prestaciones del Estado, los bajos ingresos y sobre todo por la falta de la prestación de la seguridad social o de las

⁷ Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990 (file:///F:/Principios%20basicos%20para%20la%20funcion%20de%20los%20abogados%20.pdf

pensiones. En muchos casos los abogados están debajo de la clase laboral. Ahora bien, que supone esta situación, que la mayoría de los abogados de ejercicio libre depende de su capacidad de asumir de forma autónoma la satisfacción de sus necesidades mediante su trabajo y de ahorrar para afrontar diversos retos. Por esto, existe para ellos dificultad para acceder a servicios públicos y estar privados de calidad en educación y salud; y, transfieren a sus familias el costo de formar el recurso humano necesario para el crecimiento y desarrollo del país. Y al mismo tiempo, afrontan la creciente dificultad para acceder a una vivienda; y que, como parte de esa clase depauperada, las precarias condiciones del empleo que existen en el país, así como el escenario económico de alta inflación y de escasez, se convierten en obstáculos casi infranqueables para que esta clase profesional de la población *pueda lograr su aspiración de alcanzar un nivel de vida y un mejoramiento de su capacidad profesional*. Una de sus carencias es la previsión social de la abogacía como componente de la reinstitucionalización del Sistema de Justicia, a la cual el Estado no ha prestado atención alguna, incluso hasta eliminando sus menguados ingresos presupuestarios y del aporte de las tasas registrales o notariales para sus fondos de prevención social. El Estado olvido la sentencia celebre de la Sala Político-Administrativa de fecha 10 de octubre de 1968, bajo la ponencia del magistrado Dr. José Gabriel Sarmiento Núñez, que estableció que la profesión de abogado requiere *una protección social adecuada a los requerimientos de la vida moderna y que reclamaba del Estado para esta profesión protección económica, hospitalaria, quirúrgica y de maternidad al abogado y sus familiares, en vida de aquél y aún después de su muerte. Requerimiento este que la referida sentencia consideraba un desarrollo progresivo de seguridad social, consagrado entonces en el artículo 94 de la Constitución de 1961, y, en el artículo 86, de la vigente Constitución de 1999. Por esta razón, el Bloque Constitucional de Venezuela, en su documento “La Transición Democrática, La Proletarización de la Abogacía y la Previsión Social de Los Abogados”, del 11 de mayo de 2020, declaró, que, “(…), la reforma y mejoramiento de la previsión social de la abogacía y la protección del nivel académico de la carrera de derecho debe ser parte de la transición política, en lo económico y social, dada la situación derivada de la masificación de esta profesión sin calidad académica y el deterioro social; de lo cual la Federación de Colegios de Abogados de Venezuela, los Colegios de Abogados y el Inpreabogado han de ser sus protagonistas. Porque además de tratarse la previsión social profesional de un derecho humano su mejoramiento estimularía la asistencia jurídica y social de los abogados como parte del sistema de defensa pública”⁸.*

Finalmente, concluye la CIJ, en su Informe sobre la Independencia e Imparcialidad del Poder Judicial en Venezuela, el día de ayer, señaló que los abogados tienen, hay numerosos obstáculos para ejercer el derecho de defensa ante los tribunales, incluyendo la negación del acceso a los expedientes de los casos pertinentes o la concesión de tiempo suficiente para la preparación de la defensa. Por

⁸ <https://bloqueconstitucional.com/transicion-democratica-la-proletarizacion-de-la-abogacia-y-la-prevision-social-de-los-abogados/>

IDEARIO JURÍDICO Y POLÍTICO SOCIAL

lo que, por esta razón, entre otras, concluyo que es imprescindible restablecer y garantizar la independencia del Poder Judicial en Venezuela, lo que implica también restablecer el funcionamiento del Estado de derecho en el país. Tarea que corresponde no solo a jueces, sino también al gremio de la abogacía, como componente del Sistema de Justicia, Máxime cuando quien ejerce el gobierno en Venezuela, crea una Comisión para su reforma, presidida por un teniente retirado. La Federación de Colegios de Abogados de Venezuela y los Colegios de Abogados deben, ante este absurdo, levantar su voz de protesta y conformar una plataforma gremial por la reinstitucionalización del diseño constitucional civil del Sistema de Justicia, reforzado por la adhesión a los principios universales de independencia judicial y del Estado de derecho y el libre ejercicio de la abogacía y bajo la orientación de verdaderos juristas y de auténticos representantes del gremio de abogados.

Sirvan, pues estas palabras, de reconocimiento y estímulos a la colectividad de la abogacía venezolana que hoy día está comprometida y que, con empeño y dedicación, a costa de todo sacrificio, hasta de su libertad, sirve a la democracia, en la lucha por la libertad para rescatar la justicia conculcada no solo por el gobierno autocrático sino por el abuso del derecho y del desconocimiento de los principios y valores constitucionales por el mismo poder judicial. Mi deseo es que mis palabras, el Día del Abogado, lleguen a los directivos y miembros del Instituto que lleva mi nombre, y los abogados que participan en esta sesión, más que una felicitación mi solidaridad y aprecio, así como su estímulo, para que juntos sigamos en la defensa del estado democrático y social de derecho. Termino expresando mi felicitación a las ponentes por sus excelentes exposiciones y expresar más profundo agradecimiento por el reconocimiento que me ha hecho la Junta Directiva del Colegio de Abogados del Estado Monagas, y el Instituto al que se le ha dado mi nombre, que me honra y que me compromete aún más con su gremio y que hace que me sienta aún más un abogado monaguense, que me honra, puesto que, como dice el himno de su Estado, tienen el renombre, la fama, el honor y que jamás rinden su plaza.