

Magistra

Escuela Nacional
de la Magistratura

Contenido

- Discurso de Orden con motivo del Día Nacional por el Respeto
Magistrado Emérito Juan Rafael Perdomo / 19
- Argumentación persuasiva y praxis política
Ariadne Cristina Suárez Hopkins / 41
- Inconstitucionalidad del recurso de apelación con efecto suspensivo y sus consecuencias
Guillermo Blanco Bermúdez / 79
- Importancia de la familia y la comunidad en el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente
Violeta Rodríguez Duarte / 91
- Cuota de fomento hortifrutícola: ¿quimera o realidad?
Andrea Carolina Rodríguez Enciso / 107
- El principio de justicia como fundamento alternativo de la indexación judicial de las obligaciones pecuniarias
Adriana Krupij Márquez / 139
- Gerencia humanista en tiempos de postmodernidad: una configuración teórica en el ámbito de la jurisdicción penal venezolana
Luis Enrique Yépez Silva / 165
- Hacia una tipología textual de la sentencia
Isabel Rivera D'Armas / 183
- Democracia interna en los partidos políticos
Julio José Romero Vargas / 207

ESCUELA NACIONAL DE LA MAGISTRATURA
Tribunal Supremo de Justicia

ISSN: 1856-8865

Depósito legal: MI2019000460

Diseño de portada y diagramación Jorge Odria
Coordinación de Edición y Publicaciones

Fundación Gaceta Judicial

Dirección:

Avenida Francisco Miranda entre calles La Joya y Elice,
Edificio Tribunal Supremo de Justicia, Torre Norte, Planta Baja.
Chacao, Caracas - Venezuela, CP 1060

Teléfono (fax): 0212- 2743052

Email: magistra.enm@gmail.com

Página web: <http://enm.tsj.gob.ve/publicaciones/index.php/magistra>

La Institución no se hace responsable
por las ideas emitidas por los autores

© República Bolivariana de Venezuela
Revista de la Escuela Nacional de la Magistratura

Revista Magistra N°11

Caracas - Venezuela



M *Revista*
Magistra
Escuela Nacional
de la **Magistratura**
Indizada en Revencyt, Latindex y Dialnet

Consejo Directivo
Escuela Nacional de la Magistratura

Dirección General

Mag. Guillermo Blanco Vázquez

Dirección General Adjunta

Mag. Emérito Juan Rafael Perdomo

Secretaría General

Damaris Mujica

Dirección General de Administración y Recursos Humanos

Gerson Quemba

**Dirección General de la Oficina de Cooperación Técnica
y Proyectos Especiales**

Ana Rita Aponte

Dirección General Docente

Gisely Estraña Castillo

Comité Editorial
de
M^{Revista} Magistra

Dirección General

Mag. Guillermo Blanco Vázquez
Escuela Nacional de la Magistratura

Director General Ajunto

Mag. Emérito Juan Rafael Perdomo
Escuela Nacional de la Magistratura

***Director de Recursos Documentales Investigación
y Desarrollo***

Domingo Medina Gutiérrez
Escuela Nacional de la Magistratura

***Dirección de Recursos Documentales Investigación
y Desarrollo***

Isabel Rivero D'Armas
Héctor González
Escuela Nacional de la Magistratura



L La Revista Magistra es una publicación científica periódica y arbitrada de la Escuela Nacional de la Magistratura, cuyo objetivo es dar publicidad a artículos de carácter científico-jurídico desarrollados principalmente por investigadores e investigadoras del Poder Judicial venezolano, pero abierta a las colaboraciones de expertos y expertas nacionales e internacionales siempre que cumplan con los requisitos de rigurosidad y objetividad propios del quehacer científico-jurídico. La Revista Magistra verifica que se cumplan las Normas para los colaboradores y las colaboradoras que ha establecido y lleva a cabo las labores de edición propias de una publicación de este tipo, pero las opiniones y afirmaciones contenidas en los artículos son responsabilidad exclusiva de los autores y las autoras de los mismos

Revista
Magistra

Índice

	Págs.
Presentación.....	13
Magistrados	
1. Discurso de Orden con motivo del Día Nacional por el Respeto a los Derechos Humanos Magistrado Emérito Juan Rafael Perdomo.....	19
Estudios	
1 Argumentación persuasiva y praxis política Ariadne Cristina Suárez Hopkins	41
2 Inconstitucionalidad del recurso de apelación con efecto suspensivo y sus consecuencias Guillermo Blanco Bermúdez	76
3 Importancia de la familia y la comunidad en el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente Violeta Rodríguez Duarte	91
4 Cuota de fomento hortifrutícola: ¿quimera o realidad? Andrea Carolina Rodríguez Enciso	107
5 El principio de justicia como fundamento alternativo de la indexación judicial de las obligaciones pecuniarias Adriana Krupij Márquez.....	139
6 Gerencia humanista en tiempos de postmodernidad: una configuración teórica en el ámbito de la jurisdicción penal venezolana Luis Enrique Yépez Silva.....	165
7 Hacia una tipología textual de la sentencia Isabel Rivero D'Armas.....	183
8 Democracia interna en los partidos políticos Julio José Romero Vargas	207
Normas para los colaboradores y colaboradoras de la revista Magistra	231
Instrucciones de arbitraje	237

Presentación

Un año más, la Escuela Nacional de la Magistratura se complace en presentar a sus usuarios y usuarias la edición de la revista *Magistra*. Una selección de artículos, previamente aprobados luego de la evaluación de nuestro comité arbitral, compone este número correspondiente al año 2019. Como en ocasiones anteriores, hemos prescindido de nuestra sección Tema Central, por lo que los artículos seleccionados tratan una variedad de temas que esperamos sean del agrado y el provecho de nuestras lectoras y lectores.

Sí hemos mantenido la sección dedicada a la presentación de los aportes de magistrados, activos y eméritos, de nuestro Tribunal Supremo de Justicia. En esta ocasión, hemos escogido las palabras que pronunciara el Dr. Juan Rafael Perdomo, Magistrado Emérito de la Sala de Casación Social, con motivo del Día Nacional por el Respeto a los Derechos Humanos en los espacios del Consejo Legislativo del estado Lara en el año 2012.

La sección Estudios la inicia la profesora Ariadne Suárez. De la mano de autores como Manuel Atienza, Theodor Viehweg, Stephen Toulmin y Chaïm Perleman y Lucie Olbrechts-Tyteca, la profesora Suárez presenta una discusión sobre las diferencias teóricas y metodológicas que distinguen a la demostración de la persuasión, con la finalidad de mostrar la forma de racionalidad más adecuada para dirimir los conflictos políticos.

Seguidamente, Guillermo Blanco Bermúdez examina el llamada «efecto suspensivo», recurso de apelación previsto en el Código Orgánico Procesal Penal (COPP). El autor ofrece argumentos para conside-

rar ilegal por inconstitucional este recurso, al tiempo que muestra las consecuencias trágicas que su aplicación conlleva para el procesado.

En la línea de temas de corte jurídico, Violeta Rodríguez Duarte analiza los impactos de la aplicación de las sanciones que aprobadas con la reforma del artículo 620 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. En particular, se estudia la participación y protección de la familia y la importancia de la participación de la comunidad con miras a evitar la reincidencia delictual de jóvenes en el Sistema Penal Venezolano.

Magistra también ha incluido una colaboración internacional. De ese modo, Andrea Carolina Rodríguez, realiza un estudio sobre la normativa que regula la cuota de fomento hortifrutícola en Colombia. En opinión de la autora, se evidencia la existencia de vacíos normativos que generan un porcentaje importante de evasión y elusión parafiscal.

Adriana Krupij Márquez, con otra colaboración de índole jurídica en esta edición 2019 de Magistra, analiza el fundamento legal de la indexación en materia civil y propone una alternativa distinta a la que hasta ahora le ha servido de base. Krupij Márquez aporta un nuevo criterio con el objetivo de consolidar la explicación del alcance y necesidad de la indexación, para adecuarlo al Estado democrático y social de Derecho y de Justicia consagrado en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Con una reflexión importantísima sobre la gerencia en el ámbito del Poder Judicial, Luis Enrique Yépez Silva hace un recorrido por la gama de conocimientos y experiencias que representa la gerencia humanista, razón por la cual el autor la presenta como alternativa en el ámbito de la gerencia judicial, concebida como el conjunto de interrelaciones para la planificación, organización, dirección y control.

Un análisis de la tipología textual de la sentencia es avanzado seguidamente por Isabel Rivero D'Armas. El artículo se centra, particularmente, en las dimensiones del contexto o propiedades situacionales y utiliza como caso de estudio una sentencia penal concreta. La autora aporta elementos lingüísticos-discursivos que contribuyan a la comprensión del discurso jurídico y que representen una herramienta para los profesionales del derecho en la producción de estos tipos de textos.

Finalmente, la sección Estudios culmina con un artículo de Julio José Romero en el que se hace una revisión de los procesos electorales

acaecidos en Venezuela a partir del año 2008 hasta el año 2018 para evaluar hasta qué punto se han adecuado a lo establecido en el artículo 67 constitucional con respecto a la designación de candidaturas para cargos de elección popular.

Como siempre, esperamos que los aportes de los expertos que hemos seleccionado para esta edición contribuyan a acrecentar el acervo doctrinal venezolano. Desde Magistra seguiremos haciendo el mayor esfuerzo para lograrlo.

Guillermo Blanco Vázquez

**Magistrado Integrante de la Sala de Casación Civil del
Tribunal Supremo de Justicia y
Director General
Escuela Nacional de la Magistratura**

M *Revista*
Magistra

Magistrados

Discurso de Orden con motivo del Día Nacional por el Respeto a los Derechos Humanos

Speech on the occasion of the National Day for the Respect of Human Rights

Juan Rafael Perdomo

Magistrado Emérito de la Sala de Casación Social
Tribunal supremo de Justicia

Recibido el 21/09/19

Juan Rafael Perdomo

Magistrado Emérito de la Sala de Casación Social Tribunal Supremo de Justicia

El Magistrado Emérito Juan Rafael Perdomo egresó como abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Es Magister Scientiarum en Derecho del Trabajo de la misma casa de estudios y además cursó estudios de Postgrado en la Universidad Católica Andrés Bello en distintas especialidades. Ha sido docente y asesor de pregrado y postgrado en distintas instituciones de reconocida trayectoria, entre las que destacan la Universidad Central de Venezuela y el Instituto de Investigación y Postgrado de la Escuela Nacional de la Magistratura. Es autor de distintas publicaciones en el área del Derecho Procesal y Laboral y fue corredactor del anteproyecto de Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Actualmente se desempeña como Director General Adjunto de la Escuela Nacional de la Magistratura.

Desempeñó el cargo de Magistrado de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia desde diciembre de 1999 hasta el año 2012.

Parte I

1. Protección Integral

En primer lugar, agradezco al Consejo Legislativo del estado Lara, en la persona de su Presidente Orlando Miranda, y demás Miembros del Consejo Legislativo, por haberme concedido el honor de ser orador de orden en la sesión especial que se realiza el día 27/02/2012, en el Consejo Legislativo Estatal, conmemorativa del ***Día Nacional por el Respeto a los Derechos Humanos***. En segundo lugar, agradezco la presencia de todos y todas a esta sesión, que tiene por finalidad el respeto de los Derechos Humanos, claramente determinados en nuestra Constitución.

La familia del trabajador ha sido víctima de las relaciones laborales de explotación salvaje¹. Hay un vínculo entre el derecho del trabajo y la protección de la familia, porque aquel ha tenido por objeto el estudio de las condiciones laborales y mejoramiento de éstas, a través de la fijación de normas favorecedoras del hecho social “trabajo”, en beneficio de los progenitores. En cuanto a la familia, propiamente en el siglo XX, se logró la promulgación de los Derechos del Niño, destinado a proteger y garantizar toda la gama de derechos a favor de la infancia y la adolescencia. Hoy se conoce como Sistema Integral de Protección para los Niños, Niñas y Adolescentes establecido en la Convención de los

¹ Revolución Industrial fue un período histórico comprendido entre la segunda mitad del siglo XVIII y principios del XIX, en el que Gran Bretaña en primer lugar,¹ y el resto de Europa continental después, sufren el mayor conjunto de transformaciones socioeconómicas, tecnológicas y culturales de la historia de la humanidad, desde el neolítico. La economía basada en el trabajo manual fue reemplazada por otra dominada por la industria y la manufactura. La Revolución comenzó con la mecanización de las industrias textiles y el desarrollo de los procesos del hierro. La expansión del comercio fue favorecida por la mejora de las rutas de transportes y posteriormente por el nacimiento del ferrocarril. Las innovaciones tecnológicas más importantes fueron la máquina de vapor y la denominada Spinning Jenny, una potente máquina relacionada con la industria textil. Estas nuevas máquinas favorecieron enormes incrementos en la capacidad de producción. La producción y desarrollo de nuevos modelos de maquinaria en las dos primeras décadas del siglo XIX facilitó la manufactura en otras industrias e incrementó también su producción.

Derechos del Niño, asumido por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Se trata de un cambio radical en la protección integral de la infancia y la adolescencia, que revirtió la denominada “*situación irregular del menor*”, por un nuevo paradigma, según consta en las normas establecidas en la Carta Magna, desde el artículo 75 al artículo 78, razón por la cual, la familia, la sociedad y el Estado aparecen comprometidos frente a la normativa antes indicada.

El derecho del trabajo, establecido formalmente en el ordenamiento jurídico universal, ha predicado la protección de los trabajadores. En cuanto a nuestro país, es relevante la inserción de la libertad sindical como derecho humano, que contempla la posibilidad de sindicalizarse libremente, de negociar convenios colectivos, o de acudir a la conflictividad laboral cuando se agredan e irrespeten sus derechos colectivos.

El trato que recibieron los trabajadores durante el desarrollo de la Revolución Industrial, es un capítulo doloroso en la historia de los derechos humanos. Sometido el trabajador al trato especulativo, lógicamente la familia fue afectada de un modo extensivo. A medida que había mayor desarrollo del capitalismo, la pobreza se incrementó. Por otra parte, no hubo una política del Estado que contemplara el mejoramiento de las condiciones laborales, antes por el contrario, la situación de la familia fue de penuria y miseria². Esta situación dramática de la protección de los trabajadores, se mantiene en una línea declarativa de mejoramiento social, pero el fondo de la exacción laboral continua, la familia sufre los embates de esta desprotección que se acentúa cada vez más por el aumento de la pobreza, que en términos generales significa carencia de lo necesario para vivir o desarrollarse³.

2. Revolución Industrial

La Revolución Industrial, se desarrolló en Gran Bretaña en primer lugar, luego en la Europa continental. Durante este período, ocurrió el mayor conjunto de transformaciones socioeconómicas, tecnológicas y

² Víctor Hugo, notable novelista Francés creador de los Miserables.

³ **La pobreza extrema** es el estado más severo de pobreza. Cuando las personas no pueden satisfacer varias de las necesidades básicas para vivir como alimento, agua potable, techo, sanidad, y cuidado de la salud. Para determinar la población afectada por la pobreza extrema, el Banco Mundial define la pobreza extrema como personas viviendo con menos de \$1.25 al día. El Banco Mundial estima que 1,400 millones de personas han vivido bajo estas condiciones en el año 2008. La erradicación de la pobreza extrema y del hambre es la primera meta de los Objetivos de Desarrollo del Milenio estipuladas por 179 estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas en el año 2000. Los economistas consideran que enfermedades epidémicas como el sida, malaria y tuberculosis son factores cruciales y consecuencias de la pobreza extrema. http://es.wikipedia.org/wiki/Pobreza_extrema.

culturales de la historia de la humanidad. Fue el crecimiento del capitalismo a costa de las necesidades sociales, específicamente con participación de hombres, mujeres y niños que dieron su cuota de sacrificio para la formación de esas raíces de producción y explotación.

La Revolución Industrial, comenzó con la mecanización de las industrias textiles y el desarrollo de los procesos del hierro, la economía basada en el trabajo manual fue reemplazada por otra dominada por la industria y la manufactura. La expansión del comercio fue favorecida por la mejora de las rutas de transportes, incluido el desarrollo del ferrocarril⁴. Las innovaciones tecnológicas más importantes fueron la máquina de vapor y la denominada Spinning Jenny, una potente máquina relacionada con la industria textil. Estas nuevas máquinas favorecieron enormes incrementos en la capacidad de producción. La producción y desarrollo de nuevos modelos de maquinaria, en las dos primeras décadas del siglo XIX facilitó la manufactura en otras industrias e incrementó también su producción. Todo a costa de la clase obrera, cuyo espacio y tiempo, para atender a la familia era el margen de una jornada extendida y no compensada⁵.

Es así, como en la Revolución Industrial, se aumenta la cantidad de productos y se disminuye el tiempo en el que estos se producen, dando paso a la producción en serie, pues se simplifican tareas complejas en varias operaciones simples que pueda realizar cualquier obrero sin necesidad de que sea mano de obra cualificada, de este modo bajar costos en producción, y elevar la cantidad de unidades producidas bajo el mismo costo fijo.

La explotación exhaustiva del hombre, en primer lugar, fue señalada por los “*socialistas utópicos*”, este término es una expresión que desig-

⁴ El motor o máquina de vapor se utilizó extensamente durante la Revolución Industrial, en cuyo desarrollo tuvo un papel relevante para mover máquinas y aparatos tan diversos como bombas, locomotoras, motores marinos, etc. Las modernas máquinas de vapor utilizadas en la generación de energía eléctrica no son ya de émbolo o desplazamiento positivo como las descritas, sino que son turbomáquinas; es decir, son atravesadas por un flujo continuo de vapor y reciben la denominación genérica de turbinas de vapor. <http://es.wikipedia.org>.

⁵ Miguel Amaza. Algunas Reflexiones acerca de la nocividad de realizar horas extras en forma crónica en D.T. LIII-B-892. “Aún en la peor de las crisis, el trabajador no debe resignar su descanso que es, en definitiva, una necesidad fisiológica y psicológica, como lo están demostrando los modernos estudios sobre stress. Menos aún puede el trabajador abdicar del derecho/deber de ocuparse de su familia, porque los males económicos de la sociedad pasarán pero la malogración social, la desorganización familiar, la ruptura generacional entre padres e hijos y la desunión de las familias son la causa que provocan la crisis moral de la que difícilmente pueda escaparse. La frustración del hombre o la mujer que, por laborar en exceso, no ve a sus hijos lo suficiente, que discute por su cónyuge por el cansancio excesivo que trae el regreso a casa... que no vive su propia vida, que ha puesto el trabajo como fin en lugar de mantenerlo como medio, esa frustración, remarquémoslo, es angustiante, desintegradora y lo desequilibra como ser humano y como trabajador. Mario E. Ackerman, Director. Tratado del Derecho del Trabajo. Tomo III. La Relación Individual del Trabajo-II. Edición Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. Página 590.

na a un conjunto heterogéneo de doctrinas de reforma social, previas al auge del marxismo y el anarquismo, que surgieron a comienzos del siglo XIX como respuesta a los serios problemas que acarreaba el triunfo del industrialismo y el liberalismo en Europa. Como representantes más destacados de esta corriente social, se citan Robert Owen en Inglaterra, y Henri de Saint-Simon, Charles Fourier y Étienne Cabet en Francia; en segundo término, Carlos Marx y Federico Engels, abordaron esa explotación del hombre desde un punto de vista del socialismo científico, entendido éste como aquella corriente del pensamiento marxista que rompe con el socialismo utópico, es decir, toma medidas prácticas para combatir al capitalismo y ofrece soluciones a los problemas sociales. Sobre Carlos Marx y Federico Engels, en el Manifiesto Comunista, se ha comentado:

La otra gran idea que conforma El Manifiesto Comunista, es la explotación del hombre por el hombre. Marx y Engels se dieron cuenta, de que al igual que los esclavos eran explotados en la antigüedad, los trabajadores son explotados hoy en día. Cuando un esclavista compra un esclavo, lo que está haciendo, es comprar su fuerza de trabajo con la intención de hacerle trabajar y sacar un beneficio. El coste del esclavo, más lo que le cueste su manutención y mantenimiento hasta su muerte, deben ser inferiores, a lo que obtenga de vender lo producido por el esclavo. Cuando un capitalista contrata a un obrero, lo que verdaderamente está comprando, es su fuerza de trabajo, por la que le paga un salario. Pero al igual que en el caso del esclavista, sólo querrá comprar esta fuerza de trabajo, si obtiene de ello un beneficio o plusvalía. Lo que obtenga de vender lo producido por el obrero, tiene que proporcionarle un beneficio, de lo contrario no le contratará y este se quedará en el paro. Marx y Engels nos exponen en El Manifiesto Comunista, como se producía esta explotación en el capitalismo de 1847. El nexo de unión, del materialismo histórico y de la explotación del hombre por el hombre en todas las sociedades hasta el momento, se encuentra en la ideología de clase. Por una parte, al analizar el curso de la historia, Marx y Engels se dieron cuenta de que la ideología oficial de todas las sociedades estaba determinada por condicionamientos económicos. La segunda idea es que, se percataron de que aunque en tiempos prehistóricos no sucediese así, ya desde el principio de la historia, todas las sociedades habían sido sociedades explotadoras, en las que unos hombres se apoderan del trabajo de otros. La propiedad fue el centro de todos los principios en la sociedad, lo ideológico, lo político, lo social, el derecho le impuso características especiales.⁶

⁶ Manifiesto Comunista, 1848.

En este contexto histórico, la familia sufrió la explotación del hombre por el hombre, los padres de familia fueron víctimas de horarios exhaustivos, salarios precarios, contaminación ambiental, enfermedades, accidentes, muerte, maltratos, discriminación, abandono, abusos, prostitución, mendicidad sin que hubiese un sistema legal de protección o intervención del Estado, de la sociedad para solucionar el infortunio de estos seres desvalidos. Ese desencuentro entre la indiferencia del Estado, el auge del capitalismo y la masa trabajadora, repercutió en el seno de la familia⁷.

Se realizaron jornadas obreras contra la explotación, por el derecho a una jornada de 8 horas, mejores salarios, derecho de huelga, derecho a la conquista social, para lograr un espacio de dignidad, por el derecho a la libertad y a la vida.

La Iglesia Católica por intermedio del Papa León XIII, en la encíclica *rerum novarum*,⁸ planteó la reivindicación de la clase trabajadora, pero sin violencia, desechando según ellos las formas de lucha de la clase obrera vigente para la época en que el texto referido se interpone.

Las anteriores referencias históricas sobre el movimiento obrero y el derecho al trabajo, se estiman, por cuanto la familia de la clase obrera (niños, niñas y adolescentes) padeció el desempleo, las carencias propias del sistema social imperante.

No pueden ser omitidas estas y otras referencias sobre las revoluciones acaecidas durante el siglo XX que afectan a la familia de la clase obrera y de la clase media, víctimas del paro forzoso y de un sistema laboral que no protege al trabajador, tal cual lo define magníficamente el Preámbulo XIII de la Constitución de la OIT y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el Capítulo denominado De los Derechos Sociales y de las Familias.

En referencia al tema de la familia, la sociedad y el Estado, surge la Protección Integral de la infancia y adolescencia, en el año de 1989 con la Convención de los Derechos del Niño, que establece un conjunto

⁷ Obra cita 1.

⁸ *Rerum novarum* (latín: 'De las cosas nuevas' o 'De los cambios políticos') es la primera encíclica social de la Iglesia Católica. Fue promulgada por el papa León XIII el viernes 15 de mayo de 1891. Fue una carta abierta dirigida a todos los obispos, que versaba sobre las condiciones de las clases trabajadoras. En ella, el papa dejaba patente su apoyo al derecho laboral de formar uniones o sindicatos, pero también se reafirmaba en su apoyo al derecho de la propiedad privada. Además discutía sobre las relaciones entre el gobierno, las empresas, los trabajadores y la Iglesia, proponiendo una organización socioeconómica que más tarde se llamaría corporativismo.

de principios destinados a la protección de la niñez y la adolescencia, al recopilar todos los acuerdos internacionales sucedidos hasta el momento y producir un texto único aprobado mayoritariamente por los integrantes de las Naciones Unidas, que ha dado paso a una nueva legislación que se caracteriza por considerar a los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derecho, es decir, ciudadanos y ciudadanas, disfrutar de las garantías de sus derechos fundamentales a través de los Estados. En la misma tónica de la exposición anterior, los trabajadores, en general, han ido conquistando derechos importantes, pero sujetos a los vaivenes de un mundo cambiante, hoy día más intenso por cuanto la sociedad gira en torno al denominado mercado (espacio donde hay oferta y demanda), es decir, la globalización.

Parte II

Desde la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, Convenios y Recomendaciones de la OIT (1919), y Convención de los Derechos del Niño (1989)⁹, los países, a raíz de la Primera Guerra Mundial (1914-1918), y la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) sufrieron las consecuencias de esos hechos, donde murieron centenares de miles de personas. Después de la Primera Guerra Mundial y en la década que va desde 1930-1945, surgieron dos corrientes de pensamiento político: Nazismo (Alemania), Fascismo (Italia), las prisiones, las torturas, persecuciones, produjeron millones de muertos, la humanidad estuvo sometida a una demoniaca aptitud de los gobernantes de esos países. La consecuencia, en el plano normativo, fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que proclamó: *“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias; Considerando esencial que los derechos*

⁹ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión; Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones; Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad; Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso”.

Estos Tratados sobre Derechos Humanos, dieron lugar a que se produjeran otros textos de igual sentido, y los países reunidos en las Naciones Unidas, iniciaron una política de aceptar esos Convenios en el ámbito de su legislación, creando pautas para corregir las agresiones contra los seres humanos, ya fuesen éstas colectivas o individuales. Se ha pretendido crear Instituciones, emitir Tratados de protección a la vida, a la seguridad personal, contra la discriminación, la inequidad, la pobreza, la tortura, violencia contra la mujer, contra el niño, contra los hombres, de alguna manera esos Tratados cuyos beneficiarios son los Estados más poderosos de la tierra, que extienden su dominación sobre los países pobres. Por esta razón, es que estos países son proveedores de materias primas que se exportan a los países del Norte con la finalidad de procesarlos y regresarlos a dichos países para su venta. En ese sentido, se ha creado la doctrina de los Derechos Humanos cuya enseñanza y discusión es asumida actualmente por los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Sin embargo, consideramos que es factible el estudio de los Derechos Humanos para concientizar a los pueblos que esa disciplina en sus manos y bajo su control constituye un valladar para detener el coloniaje y la dominación capitalista, acentuar la soberanía e independencia como lo prevé la Constitución vigente.

El respeto a los Derechos Humanos significa la posibilidad de combatir las infracciones a la ley, a las buenas costumbres, detener las agresiones públicas o privadas que atenten contra el derecho a la vida, a la integridad personal, a la alimentación, e igualmente imponer una

cultura ante los funcionarios públicos como fruto de los acuerdos en las asambleas de ciudadanos o Consejos Comunales, que están en ese sitio por voluntad del pueblo, que son servidores de la comunidad, para destruir la cimiento de la burocracia presente en nuestras Instituciones y que en determinados casos constituyen irrespetos para los Derechos Humanos de la ciudadanía.

Para la formación en Derechos Humanos, tenemos que mencionar la magnífica iniciativa de la Defensoría del Pueblo que dirige nuestra admirada compañera Gabriela Del Mar Ramírez Pérez, quien desde su posición ha logrado sensibilizar diversos sectores de nuestra comunidad para el conocimiento de los Derechos Humanos, desde una perspectiva diferente y que ha contribuido a crear una conciencia pro Derechos Humanos significativa. La educación en Derechos Humanos presupone un espacio digno que se atreve a manejar el conocimiento de las Instituciones de Derechos Humanos a través de nuestra gente, para establecer, como en efecto ha sido así, una conciencia pública frente a las agresiones de los derechos ya mencionados. En las Instituciones Públicas, como es el Municipio, vale imitar la posición de la Defensoría del Pueblo para crear conciencia sobre el valor de nuestros derechos, para organizarse y difundir la importancia de los Derechos Humanos. Igualmente, los Consejos Comunales de este Estado pueden tomar en sus manos la iniciativa maravillosa de la Defensoría del Pueblo. Los Circuitos Judiciales Laborales y los Circuitos Judiciales de Protección, han desarrollado en sus jurisprudencia el tema de los Derechos Humanos dentro del ámbito de su competencia, les concierne resolver los conflictos individuales y colectivos del trabajo, proteger los derechos de los trabajadores y en fin, crear relaciones de armonía y paz que fructifique el respeto por los Derechos Humanos. Dada la importancia de los Tribunales del Trabajo en la solución de los conflictos vale reconocer que han tenido éxito, se ha estimado la validez de los Derechos Humanos relativos al hecho social trabajo. Igualmente, en el caso de los Circuito Judiciales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, se han dedicado a la solución de los conflictos intersubjetivos que tienen lugar en esos escenarios, con la fortuna de que ambos circuitos disponen de los Medios Alternativos de Solución de Conflictos: la Mediación y la Conciliación.

Es una tarea emprendida por el Tribunal Supremo de Justicia impulsar la conciliación en los Consejos Comunales, que han recibido el mensaje legal de constituir Comités de Protección Social para los Ni-

ños, Niñas y Adolescentes según lo prevé el artículo 11 de la Ley de Procedimientos Especiales en Materia de Protección Familiar, que precisamente encomienda a los Consejos Comunales: *“Los Consejos Comunales, especialmente a través de sus Comités de Protección Social de Niños, Niñas y Adolescentes, como instancias de participación del pueblo organizado, para el ejercicio directo de la soberanía popular; dentro del Sistema Rector Nacional de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, deben desarrollar una actividad protagónica en los procedimientos de conciliación, en coordinación y colaboración recíproca con los demás integrantes del sistema”*. Esta misión concierne a los Consejos Comunales.

La Comunidad Larense tiene en sus manos la misión de construir en el ámbito familiar prácticas cotidianas de defensa de los Derechos Humanos, a través del diálogo, o bien en los espacios deportivos, laborales, manuales, funcionariales, artísticos, musicales, especialmente en el ámbito escolar, impulsar la defensa de estos derechos frente a aquellas prácticas negadoras de Derechos Humanos.

La participación de la Comunidad en esta disciplina, debe organizarse en todas las agrupaciones sociales, ya sean sindicatos, gremios profesionales, asociación de pequeños productores, espacios escolares, para crear conciencia a través de la educación y formación de Derechos Humanos. Estas son las mejores respuestas que pueden ofrecerse a los agresores en Derechos Humanos.

Estas prácticas surgen como efecto del estudio de los Instrumentos Internacionales publicados sobre los Derechos Humanos, bajo la óptica nacional, a fin de que no constituyan declaraciones altisonantes sin sentido práctico, que descansen en la soberanía del pueblo, en su independencia, en su autonomía, para defender todos los valores que tiene el pueblo en su favor. Que el estudio de los Derechos Humanos no sea un esfuerzo por aprender teorías, sino instrumentos para el cambio social, que nos dé una dimensión nueva para el trabajo social, para el trabajo constructivo, para el trabajo que le pertenezca al pueblo, y se convierta en una fuente de riqueza humana que descarte todos los peligros que contiene la dominación de los más fuertes.

Ese cambio en la orientación de los Derechos Humanos va a provocar que todas las Instituciones Públicas y Privadas, utilicen esos Instrumentos para el crecimiento nacional, para un crecimiento y desarrollo económico que afronte con éxito la educación del pueblo, el desarrollo

de una cultura en donde los valores regionales y locales sean decantados hasta el punto de convertirlos en principios para la realización de lo que debe ser un país libre en el mejor sentido de este término. Tanto los trabajadores, como su familia deben ser protegidos por los Derechos Humanos contra las violaciones del derecho a la educación, el derecho a la vida, a la vivienda, al empleo, a un salario digno, a una vida decente, a la tierra, a la cultura, a la historia, a una mujer libre de violencia y el derecho a una Protección Integral para los niños, niñas y adolescentes. Que no haya niños sin protección, separados de las drogas, del robo, de las pequeñas o grandes faltas a las buenas costumbres, al orden público. Se trata de un llamado a hombres y mujeres para que se afilien a las defensas de los derechos que les da la Constitución vigente. Este texto dispone en su normativa las conductas referidas anteriormente. Vale mencionar, en beneficio de lo aquí expuesto, el contenido de las normas sobre derechos humanos, que tiene la Constitución de la República Bolivariana.

Esas normas son: artículo 2, 5, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 31, 49, 80, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 257 y 258. Que nos permiten a los venezolanos el conocimiento de los Derechos Humanos que emana de ese Texto Fundamental por ser una de las Constituciones más modernas y que ha demostrado el respeto por la vida y sus derechos. Si se quiere iniciar el conocimiento de los Derechos Humanos ahí lo tenemos en esa Declaración, y es una tarea que pedimos sea emprendida por nuestros ciudadanos.

Construir ese ideal de país alrededor de la familia, la sociedad y el Estado, es posible, y en los poderes del pueblo, a través de sus Instituciones particulares está la clave para que realicemos el país que queremos.

Subrayamos la necesidad de potenciar la agricultura y cría, fuentes de trabajo, enseñanza de profesiones y oficios de uso cotidiano como los son: la carpintería, la plomería, la albañilería, el mantenimiento de las calles, el estudio de la informática, de los medios de comunicación, de las buenas prácticas en tránsito, es decir, respeto por las normas de circulación, respeto por las personas vulnerables de acuerdo con las Reglas de Brasilia. En cuanto a la productividad requerida en el agro, para que Venezuela tenga una economía sustentable, para producir los alimentos necesarios, para ser un país autónomo e independiente, así mismo, asumir la ciencia y tecnología como Instrumentos fundamentales para tener un país como lo soñaron nuestros libertadores.

Los derechos y los deberes deben ser equivalentes para que la justicia nos ofrezca su ancho margen para el desarrollo de los Derechos Humanos. En este sentido, estimamos como válidos los logros que vienen realizando las Misiones construidas como soportes de las Instituciones sociales y abatir la pobreza, especialmente cuando se han dedicado esfuerzos para combatir las carencias. Este es un camino destinado a ese país que estamos en proceso de avance hacia el éxito, todo lo cual repercute en el tema de esta sesión de hoy “Respeto a los Derechos Humanos”.

¡Muchas gracias!

Consejo Legislativo del Estado Lara

Barquisimeto, 27 de febrero de 2012

ANEXO N° 1

- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.453 de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas, viernes 24 de marzo de 2000
- Declaración de Ginebra de 26 de septiembre de 1924.
- Creación del Instituto Interamericano del Niño. 1927.
- Carta de la Organización de las Naciones Unidas. 1945.
- Fundación del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. 1945.
- Creación de UNICEF. 1947.
- Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) 1947.
- Declaración Universal de Derechos Humanos. 10 de diciembre de 1948.
- En el año 1950 fue adoptada y entró en vigor en 1953, la Carta Europea de los Derechos Humanos o Carta de Roma.
- El 20 de noviembre 1959, se proclama la Declaración de los Derechos del Niño.
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y entrada en vigor el 3 de enero de 1976.
- CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS SUSCRITA EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José).
- Reglas Beijing (1985)
- Convención Internacional de los Derechos del Niño (1989)
- Reglas Riyadh (ONU: 14 de diciembre de 1990. Resolución 45/12)
- Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano (Cancún 2002).

- Reglas de Brasilia. Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad han sido aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008.

ANEXO N° 2

Estas son las principales misiones adelantadas por el Gobierno nacional, algunas de ellas ya extintas, transformadas o fusionadas con otras:

- **Misión Robinson:** Para la alfabetización
- **Misión Ribas:** Ofrece instrucción media
- **Misión Sucre:** Brinda educación universitaria
- **Misión Vuelvan Caracas:** Fue lanzada como complemento de otras misiones (Misión Robinson, Misión Ribas, Misión Sucre y Misión Mercal).
- **Misión Miranda:** Destinada a captar, registrar, controlar y re-entrenar a la Reserva de la FAN.
- **Misión Piar:** Dirigido a la comunidad minera en conjunto con el Plan Integral de Desarrollo Sustentable de las Comunidades Mineras.
- **Misión Zamora:** Para reorganizar la tenencia y uso de las tierras "ociosas" con potencial agrícola.
- **Misión Barrio Adentro:** Atención médica primaria, con médicos cubanos
- **Misión Milagro:** Atención médica para afecciones de la vista.
- **Misión Esperanza:** Para el tratamiento con células madres a pacientes con enfermedades crónicas. Se anunció, pero poco se sabe de su ejecución.
- **Misión Sonrisa:** Operación de labio leporino.
- **Misión Vivienda y Hábitat:** Construcción y asignación de viviendas, una de sus promesas era "cambiar el rancho por vivienda digna"
- **Misión Mercal:** Distribución y venta de alimentos de la cesta básica a precios preferenciales.

- **Misión Guaicaipuro:** Atención a etnias indígenas
- **Misión Identidad:** Cedulación, pasaportes, entre otros documentos.
- **Misión Vuelta al Campo:** promoción de la actividad agraria.
- **Misión Cultura:** promoción de los valores nacionales y la cultura venezolana.
- **Misión 13 de abril:** Tiene el objetivo de fortalecer el poder popular a través de la creación de las Comunas Socialistas.
- **Misión Esperanza:** Se trata de la inserción de células madres en pacientes con algunas enfermedades crónicas como la diabetes tipo 1 y 2, problemas en riñones, cirrosis hepática, parálisis pulmonar crónica, enfermedades cardíacas y enfermedades degenerativas entre otras. Actualmente esta misión se encuentra en discusión y se espera su aprobación.
- **Misión Ciencia:** Para el desarrollo tecnológico y científico.
- **Misión Niño Jesús:** Atención de niños de bajos recursos.
- **Misión Niños y Niñas del Barrio:** Similar a la "Niño Jesús"
- **Misión Negra Hipólita:** Asistencia y atención a personas en situación de calle e indigencia.
- **Misión José Gregorio Hernández:** Dirigida a personas con alguna discapacidad o enfermedad genética. Fue relanzada recientemente con motivo del natalicio del médico.
- **Misión Madres del Barrio:** Subsidio para mujeres de bajos recursos.
- **Misión Hijos de mi Pueblo Venezuela:** se perfila como una "Gran Misión" aunque fue presentada como una "Misión" que agrupa otras de orden social como la "Misión Niño Jesús" y la "Misión Madres del Barrio".
- La modalidad "Gran Misión", es una versión ampliada de las misiones que busca tener un mayor impacto y beneficiar masivamente a la población.
- **Gran Misión Vivienda Venezuela:** Una ampliación de la Misión Vivienda y Hábitat, cuyos objetivos son básicamente los mismos, construcción y asignación de viviendas. Empezó este año orientada a dar casas a damnificados alojados en refugios.

- **Gran Misión Agro Venezuela:** Otra ampliación, esta vez de la Misión Vuelta al Campo, para promover la producción nacional y la actividad agraria en el país.
- **Gran Misión Saber y Trabajo:** Anunciada a mediados de este año, tiene como propósito incorporara a la población, especialmente a los jóvenes, al mercado de trabajo para combatir el desempleo.
- **Gran Misión Amor Mayor:** Creada para la atención de adultos mayores con las siguientes características: Mujeres con edad igual o superior a 55 años; hombres con edad superior o igual a 60 años; que vivan en núcleos familiares con un ingreso por debajo del salario mínimo nacional vigente (Bs.1.548,22) .

Revista
M*agistra*

Estudios

Argumentación persuasiva y praxis política

Persuasive argumentation and political praxis

Ariadne Cristina Suárez Hopkins

Profesora Agregada en el área de Historia de la Filosofía de la Facultad de Teología de la UCAB desde el año 2001. Licenciada en Filosofía egresada de la UCV y Magister Scientiarum en Filosofía Contemporánea en el área de Hermenéutica de la USB en 2005.
hopkinsaria@gmail.com

Recibido: 10/08/18
Aprobado: 18/11/18

Resumen

El artículo discute las diferencias teóricas y metodológicas que distinguen la demostración y la persuasión con la finalidad de mostrar la relevancia de la argumentación persuasiva para dirimir los conflictos políticos.

Palabras clave: Argumentación, Convicción, Perelman

Abstract

This essay discusses the theoretical and methodological differences that distinguish demonstration from persuasion in order to point out the importance of disputation in settling down political conflicts.

Keywords: Argumentation, Conviction, Perelman

Argumentación persuasiva y praxis política

La teoría y práctica de la argumentación persuasiva tiene su origen en el terreno de la praxis jurídica. En el contexto de esta tradición cuyos antecedentes se remontan a la filosofía griega, en el siglo pasado se produce una fecunda reflexión llevada a cabo con extraordinario éxito gracias a autores como Manuel Atienza, Theodor Viehweg, Stephen Toulmin y Chaïm Perleman junto con Lucie Olbrechts-Tyteca, entre los más destacados. El siguiente ensayo se propone describir las líneas generales que distinguen la convicción de la persuasión, es decir, *las diferencias teóricas que existen entre la argumentación demostrativa y la argumentación persuasiva con el objeto de mostrar la forma de racionalidad más adecuada para la resolución de la conflictividad política*. En efecto, las estrategias argumentativas que empleamos en los procesos comunicativos se entrelazan necesariamente con el tipo de racionalidad que, consciente o inconscientemente, construye nuestra imagen del mundo.

La teoría de la argumentación y, especialmente, las teorías de la argumentación jurídica, constituyen unas de las tendencias más significativas del siglo pasado. En el marco de la ciencia jurídica, la teoría de la argumentación puede referirse a tres contextos muy específicos, a saber: el primero, es el que concierne a la producción y establecimiento de las normas jurídicas; el segundo atañe a la aplicación de las normas y a la solución de casos jurídicos concretos. Por último, el tercero es el que corresponde a la dogmática jurídica y consiste en determinar los criterios para la producción del derecho y para la aplicación del derecho sistematizando un contexto jurídico particular (Atienza, 2005, pp. 1-2). Ahora bien, Atienza, en su importante estudio dedicado al tema de la argumentación jurídica, señala lo siguiente:

Lo que normalmente se entiende hoy por teoría de la argumentación jurídica tiene su origen en una serie de obras de los años cincuenta que

comparten entre sí el rechazo de la lógica formal como instrumento para analizar los razonamientos jurídicos. Las tres concepciones más relevantes (a las que se dedicarán, respectivamente, este capítulo y los dos siguientes) son la tópica de Viehweg, la nueva retórica de Perelman y la lógica informal de Toulmin (Atienza, 2005, p. 29).

Expliquemos brevemente las consideraciones de estos tres autores mencionados por Atienza sirviéndonos para ello de su propia exposición. En opinión de Viehweg, por Tópica se entiende la “técnica del pensamiento problemático” (Theodor Viehweg: *Tópica y Jurisprudencia*. Madrid. Ediciones Taurus, 1964, p. 49). En esta perspectiva, el especialista contextualiza su contribución a la lógica de la argumentación jurídica fundamentándose en otros pensadores que le han precedido y que menciona por sus nombres: Aristóteles, Cicerón y Vico. Comenzando con el estagirita, la obra que Viehweg retoma es los *Tópicos*, trabajo dedicado al análisis de los argumentos dialécticos que se diferencian de los argumentos apodícticos por la cualidad de sus premisas. En efecto, mientras que los argumentos apodícticos son necesarios porque sus premisas son verdaderas, las premisas de los argumentos dialécticos, en cambio, son simplemente probables por lo cual, aunque tales razonamientos son formalmente correctos (y esta característica los acerca a los apodícticos), dada la cualidad de sus premisas sus conclusiones no son necesarias, lo cual evidentemente los diferencia de los primeros. Seguidamente, Viehweg recurre a Cicerón, ya que este autor desarrolla su Tópica no tanto para formular una teoría de los argumentos probables (como lo hizo el estagirita), sino más bien para determinar los “lugares comunes” que sirven al orador para ordenar los razonamientos en su uso concreto. En este sentido, el jurista romano introduce la distinción entre la invención y la formación del juicio. Así pues, la Tópica haría referencia a la primera ya que se ocupa del modo de proceder para obtener los argumentos. Por último, Vico brinda a Viehweg una valiosa crítica del ideal cartesiano de demostración en favor de la Retórica y de la Tópica. No viene al caso analizar detalladamente la propuesta de este filósofo debido a que sus referencias teóricas se circunscriben fundamentalmente a la Filosofía del Derecho, y dicho análisis de los argumentos excede los límites teóricos de nuestro ensayo. Así, en palabras del propio Atienza:

eso sólo puede llevar a afirmar que la concepción de Viehweg es compatible con (o, si se quiere, el punto de partida de) ciertas teorías de la argumentación (J.A. García Amado, Teoría de la tónica jurídica,

Madrid, Civitas, 1988, p. 180), pero no que constituya una auténtica o suficiente teoría de la argumentación: «Se quedaría en un primer estadio de una tal teoría, describiría únicamente los primeros pasos o el punto de despegue del proceso argumentativo que termina en la decisión. Sería... un medio de selección de 'hipótesis de solución'» (Ibidem, p. 184). (Atienza, 2005, p.41).

Por su parte, la tópica de Viehweg:

Se limita a sugerir un catálogo de tópicos o de premisas utilizables en la argumentación, pero no criterios para establecer una jerarquía entre ellos. Y, en definitiva, no proporciona una respuesta —ni siquiera el comienzo de una respuesta— a la cuestión central de la metodología jurídica, que no es otra que la de la racionalidad de la decisión jurídica (Atienza, 2005, p.41).

Es menester señalar lo poco aconsejable y desacertado que resultaría desconocer los méritos de este autor; no obstante, no encontramos en su ensayo una fundamentación suficiente ni tampoco un análisis satisfactorio de los argumentos que podríamos emplear en el ámbito de la argumentación política. Por ello, nos dedicaremos a continuación al estudio de la propuesta de Toulmin.

Stephen Toulmin, matemático y discípulo de Wittgenstein, comparte la perspectiva de Viehweg, es decir, entiende la argumentación como un procedimiento lógico que trasciende la lógica formal. De acuerdo con esta concepción, para Toulmin,

La lógica [...] es una jurisprudencia generalizada. Los argumentos pueden compararse con las demandas judiciales, y las afirmaciones que se realizan y argumentan en contextos extralegales, con afirmaciones hechas ante los tribunales, mientras que los casos presentados para apoyar cada tipo de afirmación pueden ser comparadas entre sí. Una de las tareas capitales de la jurisprudencia es caracterizar los elementos esenciales del proceso legal: los procedimientos o trámites mediante los cuales las demandas se presentan ante la ley, se debaten y determinan así como las categorías en que esto se lleva a cabo. Nuestra propia investigación es paralela: nuestra finalidad es, análogamente, caracterizar lo que podría llamarse el proceso racional, los trámites y categorías que se emplean para que las afirmaciones en general puedan ser objeto de argumentación y el acuerdo final sea posible (Toulmin, 2007, pp.25-26).

Desde el punto de vista fundacional, todo argumento se compone de cuatro elementos básicos: (1) la pretensión (*claim*); (2) las razones

(*grounds*); (3) la justificación (*warrant*), y (4) el respaldo (*backing*). La pretensión es, a la vez, el punto de partida y el punto de llegada del argumento; es la tesis que una de las partes sostiene y la conclusión a la que se llega mediante la argumentación si dicha tesis ha sido puesta en duda por el oponente. Si esta opinión es puesta en entredicho, el ponente tendrá que argumentar y su primer paso será, en opinión de Toulmin, el de brindar razones (*grounds*) las cuales, como señala Atienza,

no son [...] teorías generales, sino los hechos específicos del caso, cuya naturaleza varía de acuerdo con el tipo de argumentación de que se trate; en una argumentación jurídica típica [...] serán los hechos que integran el supuesto de hecho de la norma aplicable al caso discutido (Atienza, 2005, p. 85).

El oponente está en su derecho cuando pide al ponente que justifique su tesis, esto es, que dé el paso de las razones a la pretensión, por lo que tales justificaciones (*warrants*) son juicios generales que esgrime el proponente y en virtud de los cuales se sostiene su opinión. A manera de ejemplo, en el caso jurídico, la relación que media entre los hechos y las garantías es la misma que existe entre los enunciados concernientes a los hechos y las normas.

Aquí concluye lo que nos interesaba considerar en lo tocante a la propuesta de Toulmin, y sobre todo en lo que tiene que ver con nuestro trabajo. Atienza, por su parte, subraya con acierto los límites de la investigación de Toulmin con estas palabras:

Por lo que se refiere a la argumentación jurídica en particular, Toulmin considera [...] que, de todas las instituciones sociales, el sistema jurídico es el que proporciona el foro más intenso para la práctica y análisis del razonamiento. En principio, el derecho (a través de los tribunales de primera instancia) proporciona un foro para argumentar acerca de versiones distintas de los hechos implicados en un conflicto que no ha podido solucionarse ni recurriendo a la mediación ni a la conciliación. Veamos un ejemplo: mientras dormía el cliente de un determinado hotel resulta herido como consecuencia de haberse desprendido un trozo de yeso del cielo raso, y surge la cuestión de si la administración del hotel se ha comportado negligentemente y debe, en consecuencia, indemnizar al cliente (Atienza, 2005, p. 95).

Semejante señalamiento, lo mismo que la total ausencia de un análisis pormenorizado de los distintos argumentos, hace que la propuesta de Toulmin no pueda ser tomada en cuenta para alcanzar nuestro objetivo.

La situación cambia radicalmente cuando llegamos al tratado Perelman y Olbrechts-Tyteca.

Digamos para comenzar que Chaim Perelman –quien se graduó en filosofía con una tesis sobre Frege–, tuvo una formación filosófica enfocada en la lógica formal. Siguiendo su temprana tendencia teórica, este pensador, durante la ocupación nazi en su natal Bélgica, se dedicó a la tarea de aplicar el instrumental lógico-formal al concepto de justicia cuestión que implicaba –al menos para él y de acuerdo a lo que entonces creía– acabaría con toda posible referencia al tema de los valores. En efecto, su hipótesis consistía en fundamentar la noción de justicia considerándola desde un punto de vista rigurosamente formal. Como señala Atienza,

Perelman decidió emprender un trabajo sobre la justicia [...] tratando de aplicar a este campo el método positivista de Frege, lo que suponía eliminar de la idea de justicia todo juicio de valor, pues los juicios de valor caerían fuera del campo de lo racional (Atienza, 2005, p. 45).

Sin embargo, su enfoque cambió radicalmente cuando descubrió en los Tópicos de Aristóteles la distinción entre los argumentos apodícticos y los argumentos dialécticos, es decir, la diferencia entre la demostración y los razonamientos cuyas premisas son probables. A partir de entonces Perelman abandona su primer enfoque y, en 1958, publica el *Traité de l'Argumentation. La Nouvelle Rhétorique*, con la colaboración de la psicóloga social Lúcie Olbrechts-Tyteca, circunstancia que dice mucho acerca del profundo giro teórico que había experimentado el autor. Desde esta nueva perspectiva, Atienza comenta con agudeza que “el análisis del razonamiento jurídico aparece como una confirmación, no como una fuente, de su teoría lógica” (M. Atienza, *Las razones del Derecho. Teorías de argumentación jurídica*. Universidad Autónoma de México, 2005, p. 47). Más adelante veremos con detalle algunas de las contribuciones de Perelman y Olbrechts-Tyteca pero, por lo pronto, nos interesa subrayar que, al analizar las técnicas argumentativas en su desarrollo concreto, hemos centrado nuestra atención en la obra de estos dos autores por dos razones fundamentales. En primer lugar, el horizonte teórico del Tratado de la Argumentación es, de acuerdo con sus creadores, un intento de desarrollar una teoría argumentativa de la razón práctica que la libere de toda limitación jurídica, circunstancia que permite diferenciarla tanto de Viehweg como de Toulmin. Ahora bien, este ajuste facilita la aplicación de la argumentación al modo como la

conciben los autores de la obra en cuestión. Permítasenos citar aquí las siguientes palabras de Perelman:

La lógica formal moderna se ha constituido como el estudio de los medios de demostración empleados en las matemáticas. Pero, resulta que su campo está limitado, pues todo lo que ignoran las matemáticas es desconocido para la lógica formal. Los lógicos deben completar con una teoría de la argumentación la teoría de la demostración así obtenida. Nosotros procuraremos construirla analizando los medios de prueba de los que se sirven las ciencias humanas, el derecho y la filosofía; examinaremos las argumentaciones presentadas por los publicistas en los periódicos, por los políticos en los discursos, por los abogados en los alegatos, por los jueces en los considerandos, por los filósofos en los tratados (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1989, pp.42-43).

En segundo lugar, el trabajo en su traducción castellana dedica casi la mitad de la investigación (un poco más de 400 páginas) al estudio y análisis de las técnicas argumentativas, esfuerzo que solamente puede ser equiparado con los Tópicos de Aristóteles, y que nosotros consideramos puede ser muy provechoso para trazar las posibles líneas generales de la argumentación política. En este sentido, lo que sigue se propone mostrar la relevancia de algunas cuestiones teóricas que se entrelazan con nuestro propósito que, como ya hemos repetido con anterioridad, consiste en señalar los lineamientos de una posible teoría de la argumentación política basándonos en las diferencias que existen entre la convicción y la persuasión. Veamos enseguida de qué se trata.

1. Convencer y Persuadir

En total sintonía con el enfoque de Viehweg y Toulmin, Perelman, sostiene lo siguiente:

Contrariamente a la demostración de un teorema de geometría, que establece de una vez por todas un nexo lógico entre verdades especulativas, la argumentación del discurso epidíctico se propone acrecentar la intensidad de la adhesión a ciertos valores, de los que quizás no se duda cuando se los analiza aisladamente, pero que podrían no prevalecer sobre otros valores que entrarían en conflicto con ellos. El orador procura crear una comunión en torno a ciertos valores reconocidos por el auditorio, sirviéndose de los medios de que dispone la retórica para amplificar y valorar (Perelman y Olbrechts Tyteca, 1989, p. 99).

Cuando un matemático demuestra un teorema, su objetivo alcanza un tipo de verdad que, al menos en principio, no está limitada ni espa-

cial ni temporalmente, es decir, dicha evidencia *se establece de una vez por todas y tiene que ser admitida por cualquier sujeto que conozca la materia. La argumentación retórica, en cambio, tiene una finalidad muy específica ya que se dirige a un auditorio particular determinado en el tiempo y en el espacio.* Ahora bien, a la primera forma de argumentar (la del científico) le corresponde el tipo de razón propia de las ciencias formales –lógica, matemática y geometría–, y de las ciencias empíricas – ciencias naturales o ciencias hipotético-deductivas– o, para emplear la terminología anglosajona, las “ciencias duras”. El segundo modo de argumentación es propio del razonar hermenéutico comprensivo. Por consiguiente, a cada facultad intelectual le corresponde un discurso argumentativo apropiado a su objeto. Vamos a comenzar nuestro estudio mostrando la diferencia que separa la argumentación dirigida a convencer de aquella otra que, en cambio, pretende persuadir.

Decíamos hace poco que la racionalidad se expresa en la manera de razonar. Así las cosas, a la *razón cartesiana, racionalista o positivista se le opone la racionalidad hermenéutica o comprensiva, cuando aquélla procede a extrapolar de forma unilateral los cánones racionales de las ciencias naturales a las ciencias humanas. Análogamente, y desde el punto de vista del razonamiento, la demostración de la primera se contrapone a la argumentación de la segunda; el logro del convencimiento propio de la demostración se opone al logro de la persuasión característico de la argumentación* (Chaïme Perelman: *El imperio retórico. Retórica y argumentación*. Bogotá. Grupo Editorial Norma, 1997. pp. 29-30). Consideremos esta cuestión con un poco más de detalle.

Aristóteles sostenía que el ideal riguroso de la ciencia que él concebía como conocimiento de lo necesario, implica el uso de la demostración. Pues bien, según el Estagirita, las ciencias dignas de ese nombre, es decir, las ciencias que él denominaba teoréticas (a saber: la matemática, la física y la metafísica) desarrollan un tipo de conocimiento muy riguroso edificado sobre la evidencia de los principios y la demostración de las conclusiones. En otras palabras, esta clase de saber procede de una manera estrictamente lógico-formal que de los principios auto-evidentes o axiomas, llega a las conclusiones necesarias mediante la aplicación de las reglas lógico-formales. Ahora bien, en las ciencias que se ocupan del hombre (fundamentalmente la ética y la política), no es posible aplicar semejante modelo epistémico en razón de su objeto de estudio, así que debemos diferenciar cuidadosamente los dos contextos de conocimiento. El filósofo griego considera que una de las cualidades

propias del hombre formado desde la perspectiva teórica es la de entender y respetar los límites epistemológicos, de manera que pretender que un matemático pueda convencer resultaría tan descabellado como pedir demostraciones al orador. Estas son las palabras del filósofo:

...es propio del hombre instruido —escribe el Estagirita— buscar la exactitud en cada materia en la medida en que la admite la naturaleza del asunto; evidentemente, tan absurdo sería aceptar que un matemático empleara la persuasión como exigir de un retórico demostraciones.” Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, L. I, 3, 1094 b 23-25. 3ª reimpresión. Madrid. Editorial Gredos, 1995. En otras palabras, “debemos también recordar lo que llevamos dicho y no buscar del mismo modo el rigor en todas las cuestiones, sino, en cada una según la materia que subyazga a ellas y en un grado apropiado a la particular investigación. Así, el carpintero y el geómetra buscan de distinta manera el ángulo recto; uno, en cuanto es útil para su obra, el otro busca qué es o qué propiedades tiene, pues aspira a contemplar la verdad (Aristóteles, 1995, L. I, 7, 1098 a 25 sigs.).

Esta invocación al sentido común fue, desafortunadamente, ignorada por los filósofos de la Modernidad empezando por el propio Descartes quien, en la primera parte del *Discurso del Método*, recomienda que se considere «falso todo lo que sea solamente verosímil». Como lo verosímil es el objeto propio de la retórica, es decir, de la argumentación y no de la demostración, Descartes condena irremediablemente cualquier conocimiento que no adopte el modelo de razonamiento apodíctico, catalogándolo como un falso saber. En relación con esto, Perelman observa lo siguiente:

El razonamiento more geometrico era el modelo que se les proponía a los filósofos deseosos de construir un sistema de pensamiento que pudiera alcanzar la dignidad de una ciencia. En efecto, una ciencia racional no puede contentarse con opiniones más o menos verosímiles, sino que elabora un sistema de proposiciones necesarias que se impone a todos los seres racionales y sobre las cuales es inevitable estar de acuerdo (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1989, p. 30).

Así las cosas, la referida distinción entre *demostración* y *persuasión* nos remite, a su vez, a la distinción entre la convicción y la persuasión. La primera diferencia que, según Perelman, nos autoriza a separar estas dos categorías es el del *auditorio*. Toda comunicación se refiere a alguien y, si nuestro propósito es la rigurosa objetividad, el camino más adecuado es aquél que trasciende cualquier determinación

espacio-temporal y se dirige a un auditorio universal. La persuasión, por su parte, tiene que tomar en cuenta las coordenadas propias de su localización dado que se remite a un auditorio particular (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1989, p. 65). Así las cosas, la primera regla que nos permite diferenciar la convicción de la persuasión es la del auditorio, esto es, aquel espacio al que se refiere el mensaje. En este sentido, la convicción de la demostración pretende alcanzar la adhesión del auditorio universal o, lo que es lo mismo, se propone ir más allá de lo espacial y temporalmente determinado con el fin de obtener el consenso universal. En palabras de un defensor de la lógica formal, el razonar que convence es válido en cualquier mundo posible. La convicción de la demostración se dirige, repetimos, a una concurrencia universal. Por ejemplo, quien demuestra el teorema geométrico que prueba que la suma de los ángulos internos de un triángulo equivale a 180° , supone que la validez del mismo sea reconocida por todo ser racional que sepa de geometría. En este caso no hay restricción espacial ni temporal de ninguna clase. La persuasión, en cambio, es más modesta y reconoce que su dominio tiene que ver con lo particular, lo contingente, lo efímero. El político que quiere persuadir se dirige a un público muy específico, espacial y temporalmente determinado ya que lo que él debate son temas muy concretos que no se extienden a un auditorio universal. Su objetivo es, pues, mucho más limitado que el del geómetra y consiste en lograr la adhesión de su concurrencia, es decir, de un grupo específico de individuos. De hecho, la definición de auditorio que propone Perelman es la siguiente: “Si se quiere definir al auditorio de una manera útil para el desarrollo de una teoría de la argumentación, es preciso concebirlo como el conjunto de aquellos sobre los cuales el orador quiere influir con su argumentación” (Ch. Perelman: *El imperio retórico. Retórica y Argumentación*. Bogotá, Grupo Editorial Norma, 1997, pp. 34-35). El geómetra, por su parte, se preocupa por la rigurosidad y universalidad esencial propia de sus enunciados cuya verdad es una cuestión de derecho y no de hecho. Quien, como el político en nuestro caso, persuade, comparte de hecho y no de derecho un mismo problema y, en ocasiones un mismo punto de vista, también. Decimos, por tanto, que la naturaleza propia de la convicción es temporal y no espacial; la de la persuasión es, en cambio, histórica y geográficamente determinada. En este sentido Kant en su momento señaló nítidamente la distinción que existe entre la convicción y la persuasión. Dice así:

El tener algo por verdadero es un suceso de nuestro entendimiento, y puede basarse en fundamentos objetivos, pero requiere también causas subjetivas en el psiquismo del que formula el juicio. Cuando éste es válido para todo ser que posea razón, su fundamento es objetivamente suficiente y, en este caso, el tener por verdadero se llama convicción. Si sólo se basa en la índole especial del sujeto, se llama persuasión. La persuasión es una mera apariencia, ya que el fundamento del juicio, fundamento que únicamente se halla en el sujeto, es tomado por objetivo. Semejante juicio tampoco posee, pues, más que una validez privada y el tener por verdadero es incomunicable (Kant, 2000, p. 639).

Si preguntáramos a Kant la razón en virtud de la cual desprecia epistemológica y tan bruscamente la persuasión, la respuesta la encontraríamos en el concepto de cientificismo del cual también el propio Kant es una víctima. En efecto, el cientificismo representa aquel paradigma epistemológico propio de las ciencias naturales y cuyo modelo central está fundamentado en la física. De acuerdo con este principio, todo saber que aspire a elevarse a la categoría de una ciencia tiene que hacer uso y aplicar dicho paradigma. No en balde Vaz Ferreira señala que una de las cualidades propias del ser humano en cuanto ser que conoce es el deseo de precisión. Sin duda alguna, esa tendencia es positiva y existen buenas razones para defenderla; sin embargo, podría resultar peligrosa y dañina cuando se intenta extrapolar su método sin ninguna restricción a cualquier ámbito del saber humano. El comentario de Vaz Ferreira es muy acertado por su claridad y contundencia. Estas son sus palabras:

El espíritu humano desea la precisión en el conocimiento y se satisface con ella. La precisión es buena; es el ideal, cuando es legítima, pero en cambio, cuando es ilegítima ó (sic) falsa, produce desde el punto de vista del conocimiento, efectos funestos: oculta hechos, desfigura ó (sic) falsea interpretaciones, detiene la investigación, inhibe la profundización, produce, en una palabra, una serie de efectos perjudicialísimos (sic) que pueden condensarse fundamentalmente en dos adjetivos: efectos falseantes (sic) é (sic) inhibitorios (Vaz Ferreira, 1916, p. 61).

Podríamos en este momento atrevernos a formular una definición de conocimiento científico sirviéndonos de las reflexiones de los dos últimos autores que acabamos de citar para luego fijar nuestra propia posición en relación con el tema que nos preocupa. Digamos, pues, que la ciencia es un saber que debe exhibir, por lo menos, tres características fundamentales, a saber: (1) el lenguaje de la ciencia debe encarnar el prototipo del razonamiento apodíctico o demostrativo, para lo cual

habrá de servirse del modelo de la matemática; (2) es menester elaborar un saber altamente predictivo, cuestión que hace referencia al papel de la experimentación, entre otras cosas; y (3) dicho conocimiento debe mantener la neutralidad axiológica.

Ahora bien, ¿qué sucedería si midiéramos las ciencias humanas y, en particular, aquella que ocupa nuestra atención como lo es la política a la luz de esta concepción del conocimiento? En primer lugar, no podemos decir que el lenguaje de la política –y sin que ésta se reduzca a aquél– se caracterice por la rigurosidad. Si bien es cierto que la estadística proporciona a esta ciencia una herramienta indispensable, también es verdad que el discurso político no se ha desarrollado hasta ahora empleando el instrumental matemático, como sí ocurre, en cambio, con la economía, por ejemplo. En segundo lugar, la predicción no define la política. En efecto, muchas veces la acción política depende en gran medida de un solo individuo y anticiparse a lo que puede hacer un hombre es una tarea imprevisible. ¿Quién habría podido prever –supongamos en el año 1918–, que Adolf Hitler sería nombrado Canciller de Alemania en 1933? Una vez en posesión del cargo, ¿podría haber alguien anticipado con precisión científica las decisiones que tomó y que habrían de conducir a Alemania y a toda Europa a una Segunda Guerra Mundial? Así las cosas, aquello que la ciencia política puede asegurar es el principio de la neutralidad axiológica al que deberá someterse si quiere evitar acomodarse al modelo de las ciencias naturales, tal como lo pretende el científicismo. Ya hemos visto que este camino es largo y difícil de recorrer como, una vez más, nos lo recuerda Vaz Ferreira. De acuerdo con este autor, un muy elocuente ejemplo de esta clase de error metodológico lo podemos encontrar en la psicología de Herbart, equívoco que Vaz Ferreira denomina «falacia de falsa precisión». Para Herbart, los fenómenos de la naturaleza psíquica pueden explicarse y expresarse mediante leyes matemáticas. Prosigue Vaz Ferreira con estas palabras:

...cada representación tiene un coeficiente de fuerza que se representa numéricamente: hay fórmulas matemáticas para los fenómenos mentales... Y semejante explicación produce un efecto engañoso: hace creer que la Psicología ha adquirido precisión: hace creer que la Psicología es una especie de ciencia exacta. Esta precisión es falsa, es ilegítima. [...] En general (y cabe aquí una breve digresión) las Matemáticas son responsables de muchos de estos casos de falsa precisión en las ciencias; á tal punto, que el que los pase á todos

en revista, podría preguntarse si la intromisión ó la invasión de las matemáticas no ha sido verdaderamente perjudicial á (sic) la ciencia en general (Vaz Ferreira, 1916, p. 62).

El diagnóstico de Vaz Ferreira es agudo y acertado, y suscribimos enteramente su opinión en relación con eso que denominamos *cientificismo*.

Algunas páginas atrás habíamos hecho referencia a los conceptos que permiten diferenciar la convicción de la persuasión. Pasemos ahora a explicar el segundo de ellos. La segunda pauta que, de acuerdo con Perelman, permite distinguir convicción y persuasión tiene que ver con las metas que rigen para cada uno de estos principios. Escribe Perelman:

Para aquel que se preocupa por el resultado, persuadir es más que convencer, al ser la convicción sólo la primera fase que induce a la acción. [...] En cambio, para aquel que está preocupado por el carácter racional de la adhesión, convencer es más que persuadir (Perelman y Olbrechts Tyteca, 1985, pp. 65-66).

La convicción se preocupa, pues, por el carácter necesario de la adhesión, carácter que corresponde a su naturaleza demostrativa y que se dirige a un auditorio universal. La persuasión, por su parte, está enfocada en su carácter argumentativo y, por esa misma razón se orienta a un auditorio particular. Su propósito, repetimos, es la praxis, la acción. Convencer corresponde al científico, esto es, a quien utiliza el método hipotético-deductivo para obtener sus conocimientos. Persuadir es tarea del político y de todos aquellos que, de alguna manera, aspiran a encaminar a otros en su acción social en el marco de un auditorio particular. Ahora bien, el científicismo tal como ha sido descrito en estas páginas, representa aquella manera de considerar las ciencias humanas en general desde el punto de vista del ideal hipotético-demostrativo, es decir, concibiendo tales disciplinas como si se tratara de conocimiento científico en el sentido propio de las ciencias naturales.

Antes de seguir adelante, merece la pena que hagamos algunas acotaciones para evitar cualquier malentendido. No es nuestra intención condenar el conocimiento científico como un saber de tipo dogmático o desestimar en modo alguno la relevancia que, por derecho propio, tiene la ciencia. Nada más lejos de la verdad. Resulta muy apropiado en este momento recordar que, a lo largo de la historia del pensamiento

occidental, fueron muchas las imágenes que el espíritu humano fabricó para explicar el conocimiento científico. De entre las más reputadas y famosas teorías epistemológicas del siglo XX sobresalen el verificacionismo y el fisicalismo. Ambas coinciden sustancialmente en la idea de proceder en base al ensayo y error que brinda la constatación empírica. Para el fisicalismo en particular, las ciencias naturales se identifican con la física porque, una vez más, sus teorías se pueden contrastar con ayuda de la experiencia. Semejante manera de considerar el criterio de demarcación que separa la ciencia de la pseudociencia se inserta en un contexto histórico muy específico que Álvarez describe así:

El movimiento filosófico que se conoce como empirismo lógico constituye [...] una de las corrientes de pensamiento más importantes en la filosofía de la ciencia del siglo XX. Según los empiristas lógicos, en el estudio de la ciencia es preciso distinguir dos tipos de cuestiones: las que se refieren al origen de las hipótesis y las teorías, al modo y circunstancias en que formularon, etc., y las relativas al análisis de tales productos una vez formulados y expuestos (Álvarez, 1995, p. 152).

Se trata aquí de la conocida distinción formulada por Reichenbach entre “contexto de descubrimiento y contexto de justificación” (H. Reichenbach: *Experience and Prediction*. Chicago, University of Chicago Press, 1938, pp. 6-7). Popper, por su parte, tomando distancia del empirismo del Círculo de Viena, consideró que el contexto de descubrimiento no corresponde a las observaciones empíricas en cuanto tales ya que si no se tiene una previa idea que nos guíe en la recolección de los datos, dicha teoría resultaría imposible ya que no sabríamos qué datos empíricos habría que buscar. Con respecto al contexto de justificación este filósofo -después de señalar los inconvenientes del verificacionismo-, estableció un nuevo criterio que es el de la falsación, y que postula que una teoría es científica cuando ella determina rigurosamente los pasos a seguir para refutar sus conclusiones. Como el mismo Popper sostiene, no existe una manera de proceder más racional que “el método del ensayo y error, de la conjetura y la refutación” (Karl R. Popper: *El desarrollo del conocimiento científico: Conjeturas y refutaciones*. Buenos Aires, Editorial Paidós, 1979, p. 64).

Ya sabemos que las propuestas de Popper tuvieron gran acogida entre la comunidad epistemológica y, aún hoy, siguen siendo válidas con los ajuste necesarios. No obstante, en modo alguno suscribimos posiciones extremas, que como ésta de Popper, considera las ciencias

naturales como un ejercicio de la razón dogmática. Dogmático es el cientificismo, es decir, aquel programa que consiste en concebir las ciencias humanas según el criterio de las ciencias naturales. Un ejemplo muy claro de esta postura lo encontramos en la obra de Lundberg quien define la ley científica como:

1) un grupo de símbolos verbales o matemáticos que, 2) designan un número ilimitado de eventos definidos en términos de un número limitado de reacciones, 3) de tal manera que la realización de las operaciones especificadas siempre conlleve resultados predecibles dentro de límites mensurables (Lundberg, 1928, p.189).

Dado que este autor defiende con vehemencia la postura fiscalista o cientificista, condena el que las ciencias sociales no cumplan con el segundo y tercer principio postulados arriba. Su conclusión es fácil de adivinar: si los fenómenos que estudian las ciencias humanas forman parte de la naturaleza, tarde o temprano ellas tendrán que acomodarse a los patrones de la ciencia.

Otro de los autores que, junto con Lorenzano ha denunciado los peligros del dogmatismo epistemológico aplicado a las ciencias humanas es Majone cuyas observaciones acerca del análisis de políticas públicas o decisionismo, tienen gran importancia en vista del tema que nos ocupa en este momento. Majone entiende por decisionismo lo siguiente:

Se ha llamado decisionismo [...] a la «visión de un número limitado de actores políticos que tratan de hacer acciones calculadas entre alternativas claramente concebidas». Las elecciones de un actor se consideran racionales si puede explicarse como la selección del instrumento más eficaz para alcanzar ciertos objetivos. Según esta concepción, el modelo económico de elección es el paradigma apropiado para todos los problemas de políticas (Majone, 1997, pp. 46-47).

La receta es muy sencilla: los encargados de proponer el perfil de ciertas y determinadas políticas públicas tienen que establecer claramente las metas y los medios para alcanzarlas, habiendo asignado previamente los recursos necesarios de una forma racional. En otras palabras, es preciso tomar acciones que maximicen los beneficios o, lo que es lo mismo:

[el analista] debe especificar sus objetivos, establecer los distintos medios por los que pueden alcanzarse, evaluar las consecuencias de cada alternativa y seleccionar la acción que maximice los beneficios netos. Si esta receta nos parece familiares porque la estructura nos

parece familiar es porque la estructura lógica de las decisiones de asignación de recursos es la misma independientemente de quienes tomen las decisiones sean los consumidores individuales, los empresarios privados o los administradores y creadores de políticas públicas (Majone, 1997 p. 47).

No obstante lo simplificado de la fórmula, ¿qué es en realidad lo que Majone quiere subrayar con relación a esta manera de concebir el procedimiento relativo a la toma de decisiones en las políticas públicas? En primer lugar, el decisionismo parte de la idea de acuerdo con la cual quien toma las decisiones es un único sujeto o grupo de manera que cualquier situación en la que haya más de un actor político no podrá ser cubierta por este modelo. Por tanto, semejante paradigma es inútil en el caso del conflicto político. Semejante limitación resulta capital y descansa en la falta de diferenciación entre las decisiones como tales y las políticas mismas que, a fin de cuentas, las fomentan e implementan (Majone, 1997, p.51). Este autor hace otra serie de señalamientos pero basta con lo que hemos estudiado para que quede suficientemente aclarada nuestra propia posición. Así las cosas y al término de su examen crítico, agrega lo siguiente:

En virtud de que el decisionismo es una doctrina coherente, todas las limitaciones antes señaladas —el supuesto de un único tomador de decisiones, la falta de interés por el proceso, la incapacidad para distinguir entre diversas clases de decisiones y para reconocer el papel del argumento y la persuasión en la toma de decisiones— están estrechamente relacionadas. Su efecto combinado es la generación de una versión demasiado intelectualizada del análisis de políticas, la cual destaca excesivamente los aspectos más técnicos de un tema que en efecto debería ocuparse del proceso de las políticas como un todo (Majone, 1997, p. 55).

El origen de la debilidad del decisionismo estriba en la aplicación indebida de un método que proviene de la ciencia más “dura” de las ciencias humanas y que no es otra que la economía, a la esfera política. Las observaciones arriba enumeradas nos revelan, *via negationis*, la importancia de aplicar el procedimiento correcto para la toma de decisiones políticas, metodología que no puede ceñirse a un contexto epistemológico altamente desarrollado como el de la ciencia económica, el cual desconoce la naturaleza esencialmente argumentativa y, por ende, persuasiva, de la praxis política. Permítasenos citar la atinada y muy calibrada reflexión de Majone en relación con esta cuestión:

La argumentación difiere de la demostración formal en tres sentidos importantes. Primero, la demostración es posible sólo dentro de un sistema formalizado de axiomas y reglas de inferencia. La argumentación no parte de axiomas, sino de opiniones, valores o puntos de vista refutables, utiliza inferencias lógicas pero no se agota en un sistema demostrativo de enunciados formales. En segundo lugar, una demostración trata de convencer a todos aquellos que cuentan con los conocimientos requeridos, mientras que la argumentación se dirige siempre a un auditorio particular y trata de provocar o incrementar su adhesión a la tesis que se presenta para su consentimiento. Por último, la argumentación trata de obtener un acuerdo puramente intelectual, sino de incitar a la acción o, por lo menos, de crear una disposición para actuar en el momento adecuado. Se advertirá que las características distintivas de la argumentación son precisamente las que distinguen el razonamiento dialéctico y el retórico. Por tanto, cuando reconocemos que el análisis de las políticas tiene menos que ver con la evidencia y el cálculo que con el proceso de argumentación, entramos en contacto con una tradición filosófica que no define la racionalidad en términos instrumentales, sino como la capacidad de proveer razones aceptables para nuestras elecciones y acciones (Majone, 1997, p. 58).

Las palabras que acabamos de leer tienen gran relevancia para nuestra discusión. En efecto, en perfecta concordancia con Perelman a quien Majone cita al final de sus aseveraciones, el autor subraya dos temas fundamentales. El primero de ellos tiene que ver con *las diferencias que separan el convencimiento de la persuasión, determinando el carácter específico de esta última*. La segunda idea hace referencia a la necesaria vinculación de la teoría general de la racionalidad con la temática metodológica. Es así que Majone, en la primera parte del párrafo citado, precisa las diferencias que separan la demostración de la argumentación. Tales diferencias son las siguientes: (a) la demostración se desarrolla en un contexto formal axiomatizado; la argumentación, en cambio, se lleva a efecto en el contexto de lo opinable, de los valores y de horizontes que, por su naturaleza, son perspectivistas; (b) la demostración se propone *convencer a un auditorio universal*; la argumentación, por su parte, está dirigida a *persuadir a un auditorio particular*; (c) la demostración tiene como finalidad el acuerdo intelectual de un auditorio universal: su fin es, pues, teórico; la argumentación, por último, se propone persuadir y estimular a un auditorio particular para *provocar su acción*: su objetivo es la praxis.

En cuanto a la segunda parte del párrafo de Majone, la razón por la cual el *análisis de la toma de decisiones políticas* no permite la intervención de esquemas metodológicos reconducibles a la lógica del cálculo y la evidencia, corrobora una vez más la tesis que venimos manejando con relación al discurso persuasivo. Para decirlo con otras palabras, el análisis de las políticas –como enfatiza Majone- requiere de los procedimientos propios de la retórica y la dialéctica, es decir, de *aquella razón que nosotros denominamos razón hermenéutica o comprensiva*, es decir, aquella dimensión práctica en la que la influencia de los valores y de los horizontes interpretativos es decisiva. Como comenta con acierto la investigadora mexicana Silvia Gutiérrez:

Considero importante la inclusión del análisis del discurso como propuesta metodológica ya que su uso para examinar, por ejemplo, los discursos públicos de los políticos ofrece una perspectiva que tiene que ver más con la tarea de descubrir lo que es importante para los líderes en términos de valores en lugar de políticas, de visiones y representaciones en lugar de programas (Gutiérrez, 2014, p.2).

Pero volvamos por un momento al texto de Majone que nos recuerda aquello que la tradición filosófica denomina dialéctica y retórica, y que corresponde a la persuasión argumentativa y no a la convicción deductivista. Hemos señalado ya en diversas oportunidades que la ciencia, en lo relativo al procedimiento hipotético-deductivo, hace de la deducción su principal instrumento. Cuando el cientificismo traslada este concepto al ámbito de las ciencias humanas, asume con las ciencias naturales que aquellas descubrirían leyes de las cuales se podrían deducir conclusiones particulares. *Nuestra posición es que los fenómenos que estudian las ciencias humanas se ocupan, es verdad, de objetos muy específicos cuya característica es la intencionalidad*. Cordero hace esta importante observación:

Una diferencia, a primera vista fundamental, entre los seres humanos y los objetos de las ciencias naturales es que los primeros, más no los segundos, razonan y están en libertad de revisar sus objetivos. Según algunas corrientes humanistas de opinión, esta diferencia determina que el tipo «naturalista» de entendimiento, orientado hacia el estudio del comportamiento y las relaciones causales (en oposición al significado y la racionalidad de las acciones), sirva poco en el mundo humano y resulte superficial en comparación con otras maneras de entender la realidad (Cordero, 1995, pp.128-129).

Desde este punto de vista, el concepto de racionalidad hermenéutica que proponemos se inserta en lo que algunos denominan interpreta-

cionismo. Para decirlo con otras palabras, la diferencia decisiva que separa una acción de un evento natural cualquiera es que la primera se vincula al concepto de intención mientras que el segundo al de causalidad. Esta manera de pensar, como nos recuerda Cordero, tiene tras de sí una muy dilatada tradición teórica que comienza con Hegel y llega hasta Peter Winch, y es desarrollada por otros autores de la talla de Dilthey, Weber, Collingwood, Gadamer, Habermas y Ricoeur. Desde su perspectiva, una acción no puede ser comprendida adecuadamente si no se conocen las intenciones de los protagonistas. Para emplear el ejemplo que propone el mismo Cordero (Cordero, 1995, p. 129): si vemos un individuo M que se da a la fuga luego de haberse adueñado de la cartera de otro individuo P, no podemos entender lo que está pasando, es decir, la acción en cuanto tal, si desconocemos las intenciones de M. ¿Acaso M es un ladrón o es una víctima de P quien había robado la cartera de M y éste la está recuperando? ¿O acaso M sufre de un momento de locura y realiza su acción de forma inconsciente? Franz Brentano fue el filósofo del siglo XX que introdujo en el debate teórico la noción de intencionalidad. García Carpintero subraya este momento decisivo de la filosofía contemporánea cuando nos recuerda lo siguiente:

Al menos un filósofo contemporáneo, Franz Brentano consideró a tal carácter representacional de los estados mentales su rasgo distintivo, la esencia que los separa de otros tipos de estados. Brentano se refería a ese aspecto esencial de los estados mentales como su intencionalidad: los estados mentales, necesariamente, tienden hacia otros estados, representan la realidad (correcta o incorrectamente, eso se deja al albur de la realidad misma) como conteniendo ciertos otros estados -aquellos que constituyen su contenido (García-Carpintero, 1995, p. 45).

La intencionalidad se relaciona directamente con un tema de gran trascendencia en el marco de las ciencias sociales y, en particular, de la política: nos referimos al concepto de la *acción*. Searle es uno de los autores que relaciona de un modo necesario la intencionalidad y la acción. En su obra titulada *Razones para actuar* considera imprescindible elaborar una teoría de la intencionalidad de la acción, ya que, “Es imposible entender la acción racional si no se entiende, en primer lugar, qué es una acción intencional” (J.R. Searle: *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*. Barcelona. Ediciones Nobel, 2000, p. 52). En opinión de este autor, la intencionalidad es análoga a los actos de habla, esto es, a los actos (denominados por Austin ilocutorios), que son aquellos enunciados que hacen algo además de decir algo. Así:

“Los estados intencionales tienen, típicamente, una estructura que es análoga a la estructura de los actos de habla. [...] En cada caso hay un contenido proposicional... que aparece en uno u otro de los distintos modos lingüísticos o psicológicos.” (J.R. Searle: *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*. Barcelona. Ediciones Nobel, 2000, p. 53).

A manera de ejemplo, cuando decimos “te prometo que votaré por Juan” (enunciado ilocutorio), la proposición no solamente comunica cierta información sino su interlocutor (la fuente, en este caso) se compromete con una conducta determinada. Así las cosas, la estructura de un acto intencional, análoga al ilocutorio, es S(p), fórmula en la que S simboliza un estado psicológico (creencia, intención, deseo, etc.) y p un contenido proposicional. Ahora bien, todo acto intencional tiene condiciones de satisfacción y dirección de ajuste. Searle prosigue con estas palabras:

Los estados intencionales como creencias, deseos e intenciones tienen condiciones de satisfacción y dirección de ajuste. La creencia se satisfará si es verdadera, no se satisfará si es falsa. El deseo se satisfará si se cumple, no se satisfará si se frustra. Una intención se satisfará si se lleva a cabo y no se satisfará si no se lleva a cabo. Además, esas condiciones de satisfacción se representan con diferentes direcciones de ajuste... (Searle, 2000, p. 55).

En el ensayo titulado *Intencionalidad*, Searle es muy preciso a la hora de explicar qué es lo que él entiende por dirección de ajuste. Dice así:

Las creencias, como los enunciados, pueden ser verdaderas o falsas, y podríamos decir que tienen una dirección de ajuste «mente-a-mundo». Los deseos y las intenciones, por otro lado, no pueden ser verdaderos o falsos, sino que pueden ser cumplidos, satisfechos o llevados a cabo, y podríamos decir que tienen la dirección de ajuste «mundo-a-mente» (Searle, 1992, p. 24).

Como vemos, la condición de ajuste del acto intencional que es la creencia describe la orientación *mente-a-mundo*, ya que toda creencia es válida si se ajusta a la realidad y no a la inversa, es decir, si la realidad se adecúa a ella. El deseo y las intenciones son, en cambio, actos intencionales cuya condición de ajuste es *mundo-a-mente* ya que para llevarlos a cabo se necesita modificar cierto aspecto de la realidad y no adecuarse a ella. Además de la dirección de ajuste, es preciso mencionar que los estados intencionales se caracterizan por un tipo de causa-

ción que Searle denomina causación intencional y que describe de la siguiente manera: “En el caso de la causación intencional un estado intencional o bien causa sus condiciones de satisfacción, o las condiciones de satisfacción de un estado intencional lo causa” (J.R. Searle: *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*. Barcelona. Ediciones Nobel, 2000, p. 60). En el primer caso la causación es mundo-a-mente; en el segundo es mente-a-mundo. Ahora bien, en lo referente a los estados intencionales del deseo y la intención, la dirección de ajuste es mundo-a-mente mientras que la dirección de causación es *mente-a-mundo*. La creencia, por su parte, tiene un ajuste mente-a-mundo pero no tiene dirección de causación; por otro lado, la memoria y la percepción tienen una dirección de ajuste *mente-a-mundo* y una dirección de causación mundo-a-mente¹⁰.

El tercer elemento fundamental de los estados intencionales en tanto relacionados con la acción se denomina el fenómeno de la brecha. Nos explica su autor:

La brecha [gap] es aquel rasgo de la intencionalidad consciente por el que los contenidos intencionales de los estados mentales no se experimentan por el agente como algo que establece condiciones causalmente suficientes para decisiones y acciones, incluso en los casos en los que la acción es parte de las condiciones de satisfacción del estado intencional (Searle, 2000, p. 84).

Para decirlo con otras palabras, la *brecha* indica que el estado intencional (creencia, deseo o intención) que tenga un agente al decidir un determinado curso de acción no es suficiente en sentido causal para determinar tal acción. Así las cosas, Searle indica tres tipos de brecha causal: (1) la que se produce entre la deliberación y la toma de decisión; (2) la que separa la intención ya formada a partir de la deliberación correspondiente (la *intención previa*, según la terminología de Searle), y el comienzo de la acción en cuanto tal (denominada por Searle *intención* en la acción) y (3) dado que la acción es temporal, hay una brecha que separa la intención en la acción y la realización efectiva de la acción en todos sus momentos temporalmente distintos (J.R. Searle, 2000, pp. 84-85). Para explicar mejor el fenómeno de la brecha, Searle acude a este ejemplo:

¹⁰ Véase el gráfico trazado por Searle en la página 66 de la obra citada.

...la manifestación más dramática del fenómeno de la brecha en la vida real se pone de manifiesto en el hecho de que cuando uno tiene varias razones para realizar una acción, o para elegir una acción, uno puede actuar sólo de acuerdo con una de ellas; uno puede seleccionar de acuerdo con qué razón actúa. Por ejemplo, supóngase que tengo varias razones para votar por un candidato político particular. A pesar de todo, puedo votar por el candidato por ninguna de esas razones. Puedo votar por el candidato por una razón y no por ninguna de las otras. [...] Hay distintas causas operando sobre mí, pero sólo una de ellas es realmente efectiva... (Searle, 2000, p. 87).

Dejemos de lado el hecho sumamente revelador de que el autor privilegie un ejemplo de tipo político y considerémoslo en sí. El acto fácilmente verificable por el cual decidimos llevar a cabo cierta intención incluso independientemente de las razones que derivarían de la deliberación, muestra que entre ésta y la intención en la acción que le sigue se produce una brecha que es tarea de nuestra voluntad subsanar. La brecha, por ende, representa una manera de describir la libertad del agente, y es así como lo considera Searle cuando escribe:

La comprensión del fenómeno que hemos denominado «brecha» es esencial para el asunto de la racionalidad puesto que la racionalidad sólo puede operar si hay tal brecha. Aunque el concepto de libertad y el concepto de racionalidad son completamente diferentes, la extensión de la racionalidad es exactamente la de la libertad. El argumento más simple a favor de esto es que la racionalidad sólo es posible donde es posible la irracionalidad, y este requisito entraña la posibilidad de elegir entre lo racional y lo irracional. El alcance de esta elección es justamente la brecha en cuestión (Searle, 2000, p. 30).

Pues bien, si lo que nos dicen estas reflexiones de Searle sobre intencionalidad y acción es correcto, es posible determinar los rasgos que, de acuerdo con este autor, caracterizan la acción intencional. En relación con este tema, no obstante, preciso es partir de una premisa fundamental que dice así: “Las razones para creer –sostiene Searle– admiten una demostración conclusiva, de una manera que las razones para actuar no la admiten.” (J.R. Searle: *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*. Barcelona. Ediciones Nobel, 2000, p. 160)

Si hacemos uso de la terminología filosófica clásica, la razón teórica (razones para creer) no es la razón práctica (razones para actuar) debido a que la primera emplea el procedimiento de la demostración conclusiva, es decir, aquella clase de razonamiento que la razón práctica no

puede utilizar. Ahora bien, ¿cuál es la razón de ello? Permítasenos acudir, una vez más, a Searle quien considera que la diferencia señalada consiste en:

una consecuencia... de la dirección de ajuste [...] ¿Cuál es, por ejemplo, la diferencia entre las razones para hacer algo y las razones para creer algo? En ambos casos tenemos un conjunto de contenidos intencionales. En ambos casos tenemos contenidos intencionales con las direcciones de ajuste ascendente [mundo-a-mente] y descendente [mente-a-mundo]. Los que tiene dirección de ajuste descendente se suponen que son verdaderos y, de este modo, son responsables ante los estados de cosas del mundo (Searle, 2000, pp. 161-162).

En este sentido, las razones para creer,

están típicamente en la forma de evidencia o demostración de la proposición que se cree, y la verdad es impersonal. Pero por lo que respecta a la acción, incluso si la razón es una razón para cualquiera, las razones para la acción tienen que apelar todavía a algo interno o de primera persona de una manera que no lo hacen las razones para creer. Una vez que se ha establecido que algo es verdad no hay ninguna cuestión adicional sobre si uno debería creerlo, puesto que tener la creencia de que p es verdadera es ya tener la creencia de que p. Pero debido a la diferencia en la dirección de ajuste entre creencia e intención, no hay nada análogo a la verdad en el caso de las razones para actuar. En la razón teórica, las razones correctas nos dan una creencia que es verdadera. En la razón práctica, las razones correctas dan una intención que es... ¿qué? No hay ningún x tal que la intención sea a x lo que verdad es a creencia. [...] En el caso de la creencia, la meta de la verdad está incrustada dentro de la creencia. No hay ninguna meta tal que esté incluida dentro de las razones para actuar, intenciones previas o intenciones en la acción (Ibíd.).

Esto que acabamos de citar se explica porque la acción en general y la praxis política en particular, están constituidas por actos intencionales en los cuales la brecha juega un papel decisivo. Así, desde el punto de vista de la convicción o, lo que es lo mismo, de la demostración, la brecha evidentemente no tiene sentido. En efecto, si un enunciado es el resultado de un proceso demostrativo, nadie puede desconocer sus resultados. No obstante, en algún caso resultaría posible tal actitud en razón de que somos agentes libres. Hay que decir que quien por anticipado se compromete con la verdad de la geometría, necesariamente deberá suscribir el procedimiento en cuestión porque, si lo negara, su

decisión incurriría en una contradicción. En conclusión, quien logra probar un enunciado, cierra el debate sobre la acción intencional. En cambio, desde el punto de vista de la praxis y de la deliberación que la precede, el fenómeno de la brecha no hace más que constatar un hecho muy particular: semejante actitud es posible ya que en este contexto referencial los sujetos deliberan, es decir, dialogan entre sí. No se proponen demostrar alguna cosa pero sí pretenden persuadir a sus contrincantes.

En el ejercicio de la política y, en especial, en el marco de la resolución del conflicto político, opera la razón dialógica. Pues bien, ¿qué significa aquí diálogo? El término deriva del griego *διάλογος* cuyos significados son diversos, a saber: diálogo, conversación y discusión y el verbo correspondiente, *διαλογίζομαι*, que además de discutir, traduce planificar, y en la esfera política, se planifica en grupo, discutiendo con los demás. Precisamente por ello la lógica de la política y de la resolución del conflicto político consiste en una lógica de la persuasión, del diálogo entre varios porque, ¿cómo se podría dialogar con quien cree que sus enunciados son el resultado de un proceso científico, es decir, hipotético-deductivo? Las creencias de esta persona tienen, al menos para ella, la certeza inequívoca de su resultado de manera que quienes dudan de ellas son ignorantes al respecto y hay que educarlos. No es posible, repetimos, dialogar con quien considera que sus creencias son científicamente demostradas. Por tanto, intentar solucionar conflictos políticos con semejante interlocutor resulta imposible. Si, en cambio, la razón política se comprende como una razón de tipo hermenéutico, se admite, en consecuencia, que la fusión de horizontes es necesaria porque nuestras convicciones son interpretaciones y el diálogo como tal puede modificarlas positivamente. En este sentido, lo que queremos es persuadir al otro de la corrección de nuestras propuestas pero también aceptamos que el otro pueda igualmente persuadirnos. Una vez más, nuestra opinión es que tal tipo de racionalidad es la más adecuada para la solución de los conflictos y, en particular, de los conflictos políticos.

2. Lineamientos fundamentales de la argumentación persuasiva

Las siguientes reflexiones se proponen analizar algunos lineamientos generales de una posible teoría de la argumentación que pueda servirnos para describir aquel paradigma argumentativo que mejor se adecúe al contexto propio de la resolución del conflicto político. Evidentemente, no es nuestra intención elaborar una teoría completa de la

argumentación política; lo que vamos a explicar aquí brevemente no es otra cosa que la formulación de una posible estructura argumentativa que pueda emplearse en el contexto en cuestión. Para todo lo que sigue, el Tratado de la Argumentación de Perelman representa, sin lugar a dudas y por las razones ya expuestas, la referencia emblemática y obligada que, en relación con la teoría contemporánea de la argumentación, nos podrá orientar en los análisis que vamos a desarrollar.

2.1. Argumentos cuasi lógicos

Los argumentos cuasi-lógicos son razonamientos que tienen cierta semejanza con las demostraciones lógicas o formales en razón de su estructura. En realidad no lo son porque sólo reductivamente podría considerárseles como lógicos. En este sentido, Perelman comenta lo siguiente:

Los argumentos que vamos a examinar en este capítulo pretenden cierta forma de convicción, en la medida en que se presentan como comparables a razonamientos formales, lógicos o matemáticos. Sin embargo, aquel que los somete al análisis percibe enseguida las diferencias entre estas argumentaciones y las demostraciones formales; pues, sólo un esfuerzo de reducción o de precisión de naturaleza no formal permite dar a estos argumentos una apariencia demostrativa; por esta razón, los calificamos de cuasi lógicos (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1989, p. 303).

En esta clase de silogismo intervienen las nociones de *contradicción*, *identidad* y *transitividad*. Así pues, el carácter cuasi lógico de estos razonamientos se muestra, en primer lugar, en que la contradicción que puede originarse en ellos no es de naturaleza formal sino, más bien, se manifiesta en una incompatibilidad que conduce al ridículo. En segundo lugar, la identidad que caracteriza a estos razonamientos no debe ser ni arbitraria ni tampoco evidente. En referencia a la identidad y a la transitividad, citaremos in extenso el comentario de Atienza por su claridad y agudeza cuando, comentando a Perelman, escribe:

Se pueden distinguir dos procedimientos de identificación: la identidad completa y la identidad parcial. El procedimiento más característico de identidad completa es la definición, que puede jugar un doble papel en la argumentación, sobre todo cuando existen varias definiciones de un término del lenguaje natural: por un lado, las definiciones pueden justificarse con ayuda de argumentaciones; y, por otro lado, las definiciones son ellas mismas argumentos, esto es, sirven para hacer

avanzar el razonamiento. En cuanto a la identidad parcial, aquí, a su vez, cabe distinguir entre la regla de justicia (que permite, por ejemplo, presentar como una argumentación cuasi lógica el uso del precedente) y los argumentos de reciprocidad, que llevan a la aplicación del mismo trato a situaciones que no son idénticas, sino simétricas (una relación es simétrica, cuando si vale R_{xy} , entonces también vale R_{yx}), con lo que, en definitiva, el principio de reciprocidad (en que se basa una moral de tipo humanista, bien se trate de principios judeocristianos, como no hagas a los demás lo que no quieras que te hagan a ti, o bien del imperativo categórico kantiano) viene a implicar también —o a justificar— la aplicación de la regla de justicia. Finalmente, los argumentos que se basan en la noción de transitividad (una relación es transitiva cuando, si vale R_{xy} y R_{yx} , entonces también vale R_{xz}) son especialmente aplicables cuando existen relaciones de solidaridad (los amigos de tus amigos son mis amigos) y antagonismo, y cuando se trata de ordenar seres o acontecimientos sobre los que no cabe confrontación directa (si A es mejor que B y B es mejor que C, entonces A es mejor que C) (Atienza, 2005, p. 55).

Pues bien y volviendo a Perelman, nuestro autor señala lo siguiente:

Calificaremos los argumentos cuasilógicos emparentándolos cada vez con razonamientos formales, con los cuales tienen algún parecido, pero siempre subrayando, en un segundo momento, que todo lo que los distingue da lugar a controversias y los hace, por este mismo hecho, no constrictivos (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1997. p. 81).

Ello se debe a que, mientras los enunciados de las demostraciones son unívocos, los de las argumentaciones en general -y por ende también aquellos de los argumentos cuasi lógicos-, necesitan ser interpretados precisamente porque se expresan en un lenguaje natural (Perelman y Olbrecht-Tyteca, 1989, p. 306). Por esta razón, si se quiere convertir un razonamiento persuasivo, como es el caso de los argumentos cuasi lógicos, en una demostración:

...será necesario precisar todos los términos utilizados, eliminar toda ambigüedad, quitar al razonamiento toda posibilidad de interpretaciones múltiples. Mientras que a cualquier espíritu no prevenido, le llama la atención la apariencia lógica de estos argumentos, lo que salta a la vista de los especialistas de la lógica formal es todo lo que los diferencia de la deducción rigurosa (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1997, p.81).

De acuerdo con la lógica formal, tal manera de proceder carece de toda rigurosidad. No obstante, Perelman señala:

Las razones que el orador desarrolla en favor de una tesis son de una naturaleza diferente: no se trata de demostración correcta o incorrecta, sino de argumentos más o menos fuertes que se pueden reforzar, cuando es el caso, con la ayuda de argumentos de otro tipo (Ibid.).

Aquí de lo que se trata es de admitir en esta clase de razonamiento la posibilidad de inclusión de la contradicción. Brevemente digamos algo al respecto. La lógica dice que si un razonamiento es contradictorio es preciso rechazarlo ya que *ex contradictione quodlibet*. Dado que esto mismo no es lo que ocurre en el contexto de la argumentación persuasiva, Perelman nos recuerda, con ayuda de un ejemplo tomado de la doctrina del enigmático Heráclito, uno de los apotegmas más conocidos, y que reza lo siguiente: “descendemos y no descendemos dos veces en el mismo río”. La reacción del lector, explica Perelman, no debería ser la de rechazar la afirmación por ser contradictoria sino más bien tratar de encontrar una distinción que la elimine, debido a que aquella es sólo aparente. Así las cosas, a la expresión “el mismo río” se le atribuirán dos distintos significados con lo cual se resuelve la dificultad en cuestión¹¹. En consecuencia,

...jamás nos encontraremos en la argumentación delante de una contradicción, sino más bien de una incompatibilidad, cuando una regla afirmada, una tesis sostenida, una actitud adoptada, conlleva –sin que uno lo quiera– un conflicto en un caso dado... (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1997, p. 82).

Para no extendernos innecesariamente en el desarrollo de los razonamientos cuasi-lógicos, vamos a continuación a exponer brevemente las características que distinguen el procedimiento argumentativo conocido como definición.

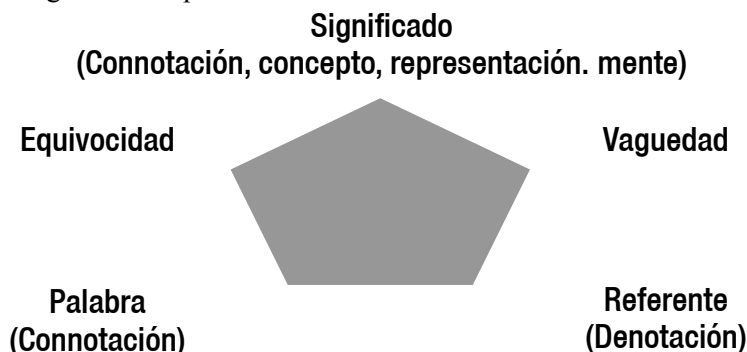
2.1.1. Argumentación y Definición

Perelman afirma lo siguiente: “Una de las técnicas esenciales de la argumentación... es la identificación de diversos elementos que son el objeto del discurso. [...] El procedimiento más característico de iden-

¹¹ Resulta oportuno recordar una advertencia presente en los Tópicos de Aristóteles vigente también en la obra de Perelman. Escribe el estagirita: “hay que estudiar no sólo todas las cosas que se dicen de manera distintas, sino que también hay que intentar dar sus enunciados [explicativos], v.g.: no sólo que bueno se dice de una manera como justicia y valentía, y de otra manera como vigoroso y sano, sino que aquellas cosas [que se llaman buenas] por ser ellas mismas tales o cuales, éstas, en cambio, por ser capaces de actuar sobre algo y no por ser ellas mismas tales o cuales.” Aristóteles, Tópicos, I, 6 a 36 sigs. 1ª reimpresión. Madrid. Editorial Gredos, 1988

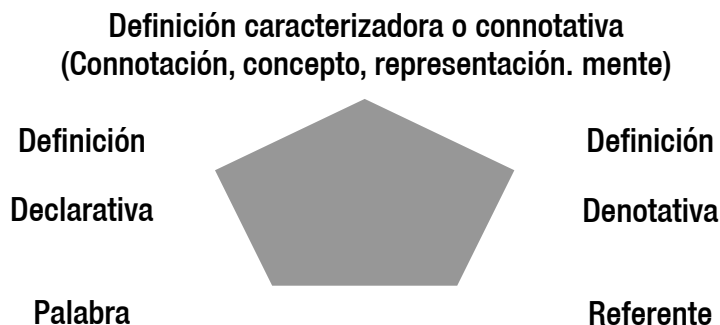
tificación completa consiste en el uso de definiciones” (Perelman y Olbrecht-Tyteca, 1989, p.328).

La teoría clásica de la definición nos dice, en primer lugar, que los elementos primarios y constitutivos de todo discurso son las palabras y las palabras se insertan en un proceso cognoscitivo que representaremos según este esquema¹² :



Toda palabra que no sea sincategoremática tiene por lo menos un sentido y dicho sentido es captado por la mente (sujeto, intelecto...) mediante un significado (connotación, denotación, concepto, representación, idea...). Ahora bien, el significado puede entenderse –siguiendo el lado izquierdo de nuestro esquema-, desde el punto de vista que relaciona palabra y significado y, en este caso, el peligro que acecha el discurso es el de la equivocidad o ambigüedad de las palabras. Si, en cambio, consideramos el esquema en su lado derecho, es decir, desde el punto de vista de la relación que se produce entre el sentido que atribuimos a una palabra y su referente (su extensión, la cosa, el objeto, el ente...) el peligro reside en la vaguedad o, lo que es lo mismo, la dificultad que se produce cuando el significado o concepto que atribuimos a un término es insuficiente para determinar a cabalidad la cosa que denota. En suma, desde la perspectiva de la relación lenguaje-significado hay que evitar la equivocidad; desde la dimensión significado-referente es necesario evitar la vaguedad. Ahora bien, lo anterior se logra mediante el uso de la definición la cual, si se refiere al binomio lenguaje-significado es connotativa y, si se refiere al binomio significado-referente, es denotativa. Así las cosas y en relación con la definición podemos trazar el esquema siguiente:

¹² Un esquema semejante se puede encontrar, entre otros autores, en Giovanni Sartori: La Política. Lógica y método en las ciencias sociales. 3ª edición, 4ª reimpresión. México. Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 57.



Los griegos de la época clásica empleaban el vocablo *ōpos* con el sentido de *límite, confín (frontera), criterio y definición*. Para los romanos *definitio* expresaba *determinación, indicación precisa y definición*. Definir un concepto no involucra admitir una teoría de tipo esencialista; simplemente implica saber de qué estamos hablando. Por tanto, nuestra inspección etimológica nos dice simplemente que la *definición* indica, desde el punto de vista semántico, la delimitación precisa de una palabra lo cual responde a una exigencia fundamental del pensar y del discurso racional. Si no sabemos de lo que estamos hablando o a qué se refiere cierto autor cuando hace uso de un término es muy difícil por no decir imposible que podamos entendernos, entender y, mucho menos, realizar cualquier actividad discursiva de manera apropiada. La tradición filosófica distingue, por lo menos, cuatro tipos de definición, a saber: *la definición denotativa, la definición operacional, la declarativa o estipulativa y la connotativa o caracterizadora*. A continuación vamos a examinar cada una de ellas.

La definición denotativa es aquella que se encarga de eliminar en lo posible toda vaguedad determinando las características que tiene que poseer el referente para satisfacer el significado de la palabra. La segunda clase de definición, la operacional, es la que afirma que el término se aplica al referente sí y sólo sí sobre éste se puede ejecutar la operación especificada por la definición. Sartori señala con acierto lo siguiente: “Operacionalmente, una mujer bella puede ser definida como una mujer que vence un concurso de belleza” (G. Sartori: *La Política. Lógica y método en las ciencias sociales*. México. FCE, 2000, p. 68). Si volviéramos a considerar el segundo esquema, diríamos que ambas definiciones tienen la misión de eliminar la vaguedad, es decir, se ajustan al lado derecho de nuestra figura e involucran la dimensión empírica del problema definicional. Ahora bien, el tipo de definición

declarativa o estipulativa -la que se refiere al lado izquierdo del esquema-, pretende eliminar la equivocidad y es la que se utiliza cuando se advierte al lector sobre el significado que atribuimos a cierta palabra. Finalmente, la cuarta definición, la connotativa o caracterizadora, es la más recomendable desde el punto de vista teórico, ya que permite aclarar el sentido de una palabra eliminando toda posible equivocidad mediante la introducción de las notas definitorias lo cual, evidentemente, constituye la condición necesaria de todo discurso que pretenda ser teórico. El objetivo de la definición connotativa no es otro que alcanzar la máxima precisión posible acerca del significado de un vocablo. En este sentido, Sartori prosigue con estas palabras:

La definición declarativa se puede limitar a decir: entiendo por una mujer hermosa a la que me complace la vista. Pero cuando llegamos a los significados de «bello», es decir, a la connotación del concepto, hay materia para escribir un tratado... Las definiciones caracterizadoras (que más técnicamente debiéramos denotar connotativas) son obviamente definiciones complejas... [...] en el ámbito de la connotación de un concepto la operación más importante es la de separar las características definidoras de las características contingentes. Las características definidoras o definitorias, son las características necesarias, sin las que una palabra no tiene aplicabilidad (Sartori, 2000, p. 68).

Los análisis de Sartori concernientes a la definición en su dimensión lógico-semántica son pertinentes, no hay duda de ello. Perelman, por su parte, preocupado también por el sentido argumentativo de la definición, comienza sus reflexiones tomando como punto de partida la definición en su sentido formal. En alusión a Naess (A. Naess: *Interpretation and Preciseness*, cap. IV. Citado en Perelman y Olbrecht-Tyteca, 1989, p. 328), el autor distingue cuatro tipos de definición. Ellas son:

1) Las definiciones normativas, que indican la forma en que se quiere que se utilice una palabra. Esta norma puede resultar de un compromiso individual, de una orden destinada a los demás, de una regla de la que se cree que todo el mundo debería seguirla. 2) Las definiciones descriptivas que señalan cuál es el sentido concedido a una palabra en cierto ambiente en un momento dado. 3) Las definiciones de condensación que muestran los elementos esenciales de la definición descriptiva. 4) Las definiciones complejas que combinan, de forma variada, elementos de las tres clases precedentes. (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1989, p. 329)

Este catálogo exhibe una acentuada cualidad de tipo lingüístico, a saber: son las palabras en cuanto tales las que se toman en consideración. A este enfoque formal añade Perelman, a continuación, la dimensión argumentativa cuando estudia otras dos clases de definición que son la oratoria y la disociativa. Dice así:

La definición oratoria es una figura de la elección, pues utiliza la estructura de la definición no para proporcionar el sentido de una palabra, sino para poner en primer plano algunos aspectos de una realidad que correrían el riesgo de quedar en un segundo plano de la mente. Fléchier, queriendo ensalzar la capacidad de un general, formula su definición del ejército (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1989, p. 276).

El texto de Fléchier citado por Baron es el siguiente:

¿Qué es un ejército? Es un cuerpo animado por una infinidad de pasiones diferentes que un hombre hábil mueve para la defensa de la patria; es una tropa de hombres armados que siguen ciegamente las órdenes de un jefe cuyas intenciones desconocen; es una multitud de almas en su mayoría abyectos y mercenarios, los cuales, sin pensar en su propia reputación, trabajan por la de los reyes y conquistadores: es un conjunto confuso de libertinos [...] (Baron, *De la Rhétoric*, p. 61. Citado en Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1989, p. 276).

En el fragmento recién citado la preocupación de su autor no es tanto semántica sino argumentativa y emplea una serie de definiciones posibles para destacar la dificultad que involucra ser un comandante militar. Aquí las definiciones no se utilizan para determinar qué significa la palabra ‘ejército’ sino para provocar en el auditorio alguna impresión de manera que la función argumentativa alcance el papel principal.

La otra clase de definición dirigida a la argumentación es la que, según Perelman, recibe el nombre de definición disociativa. Dicha definición “es un instrumento de la disociación nocional, especialmente cada vez que pretenda proporcionar el sentido verdadero, el sentido real de la noción, opuesto a su uso habitual o aparente” (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1989, p. 675). El esquema argumentativo de orden disociativo al que recurre la definición en cuestión apela, como acabamos de ver, a la naturaleza de la cosa para descartar un uso general o considerado normal pero que no se ajusta a lo real. Al rechazar como lo hace esta clase de proceso definitorio el significado de un término transmitido por cierta tradición, corre, por un lado, el peligro de convertirse en blanco de fuertes críticas. Por otra parte, la nueva

definición propuesta tiene que mostrarse como necesaria en un cierto contexto problemático y en dependencia de un auditorio determinado. Una manera de lograrlo sería emplear un enunciado de tipo condicional como, por ejemplo, lo hace Weil: “Un pensamiento religioso es auténtico cuando es universal por su orientación” (S. Weil: *L’enracinement*, p. 84. Citado en Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1989, p. 677). Ahora bien, Perelman indica que,

A menudo, afirmar que tal cosa se halla dentro del campo de tal concepto, o no, es introducir indirectamente una definición disociativa, sobre todo, cuando la inserción de un rasgo nuevo se convierte en un criterio para el buen uso de la noción. Así Isócrates, a propósito de los lacedemonios de los que reconoce que fueron aplastados en las Termópilas, manifiesta que: «no se puede decir que fueron vencidos; pues ninguno de ellos consideró honroso huir (ibíd.).

Otro modo igualmente argumentativo de obtener una definición disociativa consiste en extender la definición de un concepto mediante el rechazo o, como sostiene Perelman, la *minimización* de otra definición que corresponde al uso habitual. Un extracto de una obra de Cicerón exhibe un ejemplo de semejante estrategia:

No, jueces, no sólo es violencia la que se ejerce en nuestro cuerpo y nuestra vida; existe otra, mucho más grave, la que, mediante amenaza de muerte, causa el terror en nuestro espíritu, y a menudo lo saca fuera de sí y de su estado natural (Quintiliano, lib. VII, cap. III, párrafo 17. Citado en Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1989, 677).

Cicerón minimiza la noción corriente de violencia utilizando una nueva definición que hace referencia no a lo corporal como es el caso de la definición habitual sino a lo espiritual, mostrando que ésta se corresponde a la realidad.

Otra estrategia propia de la definición disociativa es aquella que compara dos definiciones de la misma realidad. El ejemplo de Perelman pertenece a Lecomte du Noüy quien afirma lo siguiente:

En primer lugar, una definición estática: la Civilización es el inventario descriptivo, y realizado únicamente de memoria, de toda las modificaciones aportadas a las condiciones morales, estéticas y materiales de la vida normal del hombre en sociedad. En segundo lugar, una definición dinámica: la Civilización es el resultado global del conflicto entre el recuerdo de la evolución anterior del hombre, que persiste en él, y las ideas morales y espirituales que tienden a hacer

que la olvide (Lecomte du Noüy: L'homme et sa destinée, p. 123-124.

Citado en Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1989, p. 678).

La definición dinámica, al ser contrapuesta a la definición estática, muestra su superioridad y, por ende, su adecuación a la realidad. Así pues, todo lo anterior estudiado con relación a la definición disociativa permite a Perelman concluir con esta reflexión:

La definición siempre es una elección. Quienes proceden a realizarla, sobre todo si se trata de una definición disociativa, generalmente pretenderán haber puesto de relieve el verdadero, el único sentido de la noción, por lo menos el único razonable o el único que corresponde a un uso constante (Perelman y Olbrechts-Tyteca, p. 680).

Ya para finalizar, podemos decir que la definición representa un esquema argumentativo de suma importancia ya que permite, en primer lugar, aclarar al auditorio y a nosotros mismos el sentido de un concepto y, en segundo lugar puede ayudar a persuadir al auditorio mediante los diferentes modos de exposición argumentativa. En otras palabras, la definición constituye una de las técnicas centrales de la argumentación dado que posibilita identificar los elementos que son objeto del diálogo. Una vez que se ha logrado el consenso acerca de la naturaleza de una palabra, pueden darse otros pasos argumentativos decisivos en búsqueda del discurso persuasivo.

Referencias bibliográficas

- Álvarez, S. (1995). Racionalidad y método científico. En León Olivé (Coord.), *Racionalidad Epistémica*, (pp.147-201) Madrid, España: Editorial Trotta.
- Aristóteles (1995). *Ética Nicomáquea, Ética Eudemia*. Madrid, España: Editorial Gredos.
- Aristóteles (1999). *Retórica*. Madrid, España: Editorial Gredos.
- Aristóteles (1988). *Tópicos, en Tratados de Lógica*, I. Madrid, España: Editorial Gredos.
- Atienza, M. (2005). *Las razones del Derecho. Teorías de argumentación jurídica*. Recuperado de <http://exordio.qfb.umich.mx/archivos%20pdf%20de%20trabajo%20umsnh/libros/3397759-Argumentacion-Juridica.pdf>
www.web.ua.es
- Cordero, A. (1995). La inteligibilidad racional y las ciencias. En León Olivé (Coord.). *Racionalidad Epistémica*. (pp.123-146). Madrid, España: Editorial Trotta.
- García-Carpintero, M. (1995). El funcionalismo. En Fernando Broncano (Coord.). *La mente humana*. (pp. 43-76). Madrid, España: Editorial Trotta.
- Gutiérrez, S. (2006). *Discurso político y argumentación*, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Xochimilco. Recuperado de web.uchile.cl/facultades/filosofia/Editorial/libros/discurso_cambio/72Gutie.pdf www.es.scribd.com
- Kant, Immanuel (2000). *Crítica de la Razón Pura*. Madrid, España. Ediciones Alfaguara.

- Lorenzano, C. (1993). Hipotético-deductivismo. En C. Ulises Moulines (Coord.), *La ciencia: estructura y desarrollo*. (pp. 31-55). Madrid, España: Editorial Trotta.
- Lundberg, G.A. (1938). The Concept of Law in the Social Science. *Philosophy of Science*, V, (pp.189-203).
- Lukas, E. (2001). *Paz vital, plenitud y placer de vivir*. Los valores de la logoterapia. Barcelona, España: Ediciones Paidós.
- Majone, G. (1997). *Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas* México. México: Fondo de Cultura Económica.
- Perelman, Ch. y Olbrechts-Tyteca, L. (1989). *Trattato dell' argomentazione. La nuova retorica*. Torino, Italia: Einaudi Editore.
- Perelman, Ch. (1997). *El imperio retórico. Retórica y Argumentación*. Bogotá, Colombia Grupo Editorial Norma.
- Popper, K. R. (1979). *El desarrollo del conocimiento científico: Conjeturas y refutaciones*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Paidós.
- Reichenbach, H. (1938) *Experience and Prediction*. Chigaco, Illinois, EEUU.: University of Chicago Press.
- Rodríguez Bello, L. I. (2006). *El modelo argumentativo de Toulmin en la escritura de artículos de investigación educativa*. Recuperado de url.www.Revista.unam.mx/vol.5/num1/art27art2.html. www.academia.edu
- Roesler, Claudia Rosane: *Theodor Viehweg: ¿Un constitucionalista adelantado a su tiempo?: -theodor- vieweg-un-constitucionalista-adelantado-a-su-tiempo-0(1).pdf*. Recuperado de www.cervantesvirtual.com
- Sartori, G. (2010). *La política. Lógica y método en las ciencias sociales*. México, México:Fondo de Cultura Económica.
- Searle, J.R. (2000). *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*. Barcelona, España: Ediciones Nobel.
- Searle, J.R. (1992). Intencionalidad. Un ensayo en la Filosofía de la Mente. Madrid, España: Editorial Tecnos.
- Toulmin Stephen: *The uses of Argument*. Recuperado de <https://cideargumentaciones.files.wordpress.com/2010/08/100258986-los-usos-de-la-argumentacion-toulmin-1.pdf>, 2007. www.cervantesvirtual.com
- Vaz Ferreira, C. (1916). *Lógica viva*. Montevideo, Uruguay: Barreira y Cia., Sucesores.
- Viehweg, Theodor: *Tópica y Jurisprudencia*. Madrid, Ediciones Taurus, 1964.
- Wintgens, Luc: *Retórica, razonabilidad y ética*. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/obra/retrica-razonabilidad-y-tica-un-ensayo-sobre-perelman-0/00669f52-82b2-11df-acc7-002185ce6064.pdf>
www.cervantesvirtual.com

Inconstitucionalidad del recurso de apelación con efecto suspensivo y sus consecuencias

Unconstitutionality of the appeal with suspensive effect and its consequences

Guillermo Blanco Bermúdez

Abogado de la Sala Civil del Tribunal Supremo de Justicia. Profesor de Derecho Procesal Penal y Director Académico de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica Santa Rosa.

guillermoblancobermudez@hotmail.es

Recibido: 30/05/2018
Aprobado: 26/01/2019
Aprobado: 18/11/18

Resumen

En este artículo se examina el recurso de apelación con efecto suspensivo, previsto en los artículos 374 y 430 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP). De modo particular, se analizan las razones por las cuales el mismo se considera ilegal por inconstitucional y las consecuencias trágicas que la aplicación de este recurso conlleva para el procesado.

Palabras clave: Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Recurso de apelación, efecto suspensivo

Abstract

This article examines the appeal with suspensive effect provided for in articles 374 and 430 of the Organic Code of Criminal Procedure (COPP). In particular, the reasons why the appeal is considered illegal as unconstitutional and the tragic consequences that the application of this appeal entails for the defendant are analyzed.

Keywords: Criminal Law, Criminal Procedural Law, Appeal, suspensive effect.

Inconstitucionalidad del recurso de apelación con efecto suspensivo y sus consecuencias

Introito

Como todos sabemos, el recurso de apelación es el medio concedido al litigante que ha sufrido un agravio por la sentencia del juez inferior, para reclamar de ella y obtener su revocación por el juez superior (Couture, 1981).

El recurso de apelación comúnmente funciona en dos modalidades, esto es, en un solo efecto y/o en ambos efectos.

Cuando se hace referencia a un recurso de apelación en un solo efecto se habla del carácter devolutivo que éste posee, es decir, que no suspende la ejecución del fallo; en otras palabras, el proceso principal seguirá su rumbo mientras se sustancia y decide la incidencia en el tribunal inmediatamente superior. Vale recalcar que el tribunal superior se hará únicamente de la copia certificada del expediente, para así no entorpecer el proceso llevado en la instancia a *quo*.

La referencia a un recurso de apelación en ambos efectos hace énfasis en el carácter suspensivo y devolutivo que éste posee; es decir, se suspenderá la ejecución o tramitación del fallo hasta tanto el tribunal que conozca de alzada se pronuncie sobre el mérito de la apelación ejercida y, una vez dictado el fallo del superior, se remitirán las actuaciones al juzgado a quo a los fines de tramitar lo conducente.

En las siguientes páginas se examinará el recurso de apelación en ambos efectos, previsto en los artículos 374 y 430 del texto ritual penal, y las consecuencias trágicas que conlleva para el procesado.

En este sentido, tales normativas son del tenor siguiente:

Artículo 374. La decisión que acuerde la libertad del imputado es de ejecución inmediata, excepto, cuando se tratare delitos de: homicidio intencional, violación; delitos que atenten contra la libertad, integridad

e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes; secuestro, delito de corrupción, delitos que causen grave daño al patrimonio público y la administración pública; tráfico de drogas de mayor cuantía, legitimación de capitales, contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones graves a los derechos humanos, lesa humanidad, delitos graves contra la independencia y seguridad de la nación y crímenes de guerra, o cuando el delito merezca pena privativa de libertad que exceda de doce años en su límite máximo, y el Ministerio Público ejerciere el recurso de apelación oralmente en la audiencia, en cuyo caso se oír a la defensa, debiendo el Juez o Jueza remitirlo dentro de las veinticuatro horas siguientes a la Corte de Apelaciones.

En este caso, la corte de apelaciones considerará los alegatos de las partes y resolverá dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes contadas a partir del recibo de las actuaciones”.

Artículo 430. La interposición de un recurso suspenderá la ejecución de la decisión, salvo que expresamente se disponga lo contrario.

Parágrafo único: Excepción

Cuando se trate de una decisión que otorgue la libertad al imputado, la interposición del recurso de apelación no suspenderá la ejecución de la decisión, excepto cuando se tratare de delitos de: homicidio intencional, violación; delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes; secuestro, delito de corrupción, delitos que causen grave daño al patrimonio público y la administración pública; tráfico de drogas de mayor cuantía, legitimación de capitales, contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones graves a los derechos humanos, lesa humanidad, delitos graves contra la independencia y la seguridad de la nación y crímenes de guerra y el Ministerio Público apale en la audiencia de manera oral y se oír a la defensa.

La fundamentación y contestación del recurso de apelación se hará en los plazos establecidos para la apelación de autos o sentencias, según sea el caso.

Se desprende de lo anterior que el recurso de apelación con efecto suspensivo es una facultad dada única, exclusiva y excluyentemente al Ministerio Público en los casos en los cuales se dictamine la libertad plena o condicionada del encausado, ateniendo a los tipos penales, entendiéndose delitos graves, que se le hayan imputado o acusado a la persona objeto del proceso penal.

Es de recordar que antes del año 1999 imperaba en Venezuela un sistema que, en principio, tuvo unos matices del sistema acusatorio pero que en la práctica se convirtió en un sistema netamente inquisitivo, en el cual, como afirma Arteaga Sánchez (2007), la presunción de inocencia y el derecho a ser juzgado en libertad no pasaron de ser una mera ilusión creada por los Tratados de Derechos Humanos. Asimismo, la etapa sumarial se volvió la fase trascendental del proceso y la privación preventiva de libertad se erigió en la razón última del mismo. Sin embargo, en el año 1998 se vio una luz al final del túnel con la promulgación del, para la época, novísimo Código Orgánico Procesal Penal.

Dicho Código, como lo resaltó su exposición de motivos, pretendió el enaltecimiento y resurgimiento de los derechos y garantías constitucionales, a través de un sistema mixto de carácter acusatorio inspirado en las enseñanzas de los más grandes procesalistas de siglos pasados, así como las experiencias fructíferas de otros países que habían adoptado sistemas similares.

En el tema que ocupa el análisis aquí presentado, se consagró la garantía de presunción de inocencia (art.8), igualmente constitucionalizada en el artículo 49.2 de la Norma Fundamental. Asimismo, se estableció la afirmación de libertad, constitucionalizada a su vez en el artículo 44.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), la cual, en pocas palabras, establece que la persona encausada debe, como regla, ser procesado en libertad, salvo que, excepcional y restrictivamente, sea necesario decretar una medida cautelar consistente en la privativa de libertad con el propósito de salvaguardar los fines del proceso.

Sin embargo, desde la promulgación del Código Orgánico Procesal Penal original, dicho texto adjetivo sufrió 5 reformas sustanciales, siendo la última del año 2009 y su posterior derogación por el vigente Código Orgánico Procesal Penal de 2012.

Desde 1998 hasta la presente fecha, es decir, 20 años después, en la práctica las garantías en pro del imputado/acusado que consagra el Código han sufrido diferentes golpes, hasta la situación actual, donde la privación cautelar de libertad es, básicamente, regla general en los tribunales penales, lo que ha traído como consecuencia la inaplicación de las garantías de presunción de inocencia, afirmación de libertad, excepcionalidad, proporcionalidad, mérito sustantivo, etc. (Bovino, 1998).

En este sentido, Cafferata Nores (s/f), afirma que la característica principal de la coerción procesal es la de no tener un fin en sí misma. Es siempre un medio para asegurar el logro de otros fines: los del proceso. Las medidas que la integran no tienen naturaleza sancionatoria sino instrumental y cautelar; sólo se conciben en cuanto sean necesarias para neutralizar los peligros que puedan ceñirse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva.

Ello quiere decir que esta medida, que dentro del proceso debe considerarse extrema, tiene exclusivamente fines procesales, ya que lo que se persigue cuando se acude a ella es precisamente preservar el proceso. De allí que nunca pueda utilizarse como sanción anticipada o como medio de presión para obtener la verdad (Silva, 2006).

En este sentido, la privación cautelar de libertad procede, a tenor de lo dispuesto en el artículo 236 del Código adjetivo, cuando se dé: 1) un hecho punible que merezca pena privativa de libertad y cuya acción penal no se encuentre evidentemente prescrita; 2) fundados elementos de convicción para presumir la participación del imputado en el hecho punible y; 3) una apreciación razonable del peligro de fuga o de obstaculización de la búsqueda de la verdad. En este mismo orden, la presunción de peligro de fuga se da, entre otros supuestos, cuando el hecho punible merezca una pena privativa igual o superior a los 10 años.

Sin embargo, en los casos en los cuales el juez de control considere que con la imposición de medidas cautelares menos gravosas, previstas en el artículo 242 del código ritual penal, se puede salvaguardar la continuidad del proceso (en caso de imputación de delitos graves), el representante del Ministerio Público, como ente encargado del ejercicio de la acción penal, puede, conforme el artículo 374 *eiusdem*, apelar de forma oral en la audiencia, lo que genera la suspensión de la orden de libertad condicionada emanada del juez de control y pasa la jurisdicción a la alzada, es decir, la Corte de Apelaciones, para que esta se pronuncie sobre la procedencia o no de la medida cautelar y, en caso de no compartir el criterio del juez de instancia, la alzada podrá decretar la medida cautelar de privación de libertad.

Por otro lado, en la etapa de juicio, cuando después de evacuadas todas las pruebas y expuestas las conclusiones, el juez dicta decisión mediante la cual absuelve o sobresee al acusado, por la comisión de alguno de los delitos previstos en el artículo 430 *ibidem*, el Ministerio Público puede hacer uso del recurso de apelación con efecto suspensivo

y, valga la redundancia, suspender la libertad otorgada por el juez de juicio, hasta tanto una alzada se pronuncie sobre el fondo del asunto.

El recurso de apelación con efecto suspensivo, es una evidente violación a principios del proceso y derechos constitucionales y fundamentales.

Sobre su inconstitucionalidad

Roxin explica que un Estado de Derecho como el nuestro debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal, sino del Derecho Penal. Por ello, nuestra Constitución ordena, en su artículo 44.5, que una vez dictada por el tribunal de la causa orden de libertad, sea plena o condicional, esta debe cumplirse inmediatamente; en consecuencia, la persona beneficiaria no podrá, bajo ningún recurso, hecho o supuesto, permanecer ajeno de la libertad, lo que denota, con una claridad evidente, la inconstitucionalidad del recurso de apelación con efecto suspensivo.

De modo que a continuación se ilustrarán algunas de las razones por las cuales se considera ilegal por inconstitucional el efectivo suspensivo.

La libertad personal

Es un *derecho natural* del hombre que le es inherente por su propia naturaleza, desde el momento que nace, por tanto la ley solo la *reconoce*, no la concede, filosóficamente hablando (Alarcón, 2006).

La libertad constituye la esencia de la dignidad humana. Sin libertad no le es posible al hombre llevar una existencia que pueda llamarse humana en el más amplio sentido de la palabra. Después de la vida no hay bien máspreciado que la libertad porque es en ese ámbito que podemos desarrollar nuestra potencialidad y hacer realidad nuestras metas, de allí que si algún derecho se puede percibir inmediatamente como fundamental es precisamente el de la libertad (Silva, 2006).

No es posible que la libertad de un ciudadano en un Estado Derecho y de Justicia, después de un juzgamiento cautelar o de fondo, quede suspendida por el ejercicio de un recurso ejecutado nada más y nada menos que por el órgano a quien le compete la facultad de ejercer la acción penal, de modo que violenta todos los principios y garantías relativos a la libertad personal del sujeto encausado.

La libertad personal es inviolable y sólo puede ser decretada la medida cautelar privativa de libertad cuando el juez considere que se dan

los supuestos necesarios para su procedencia. Por ende, cuando el juez declara la libertad plena o condicional del encausado y el Ministerio Público apela en efecto suspensivo, crea una violación jurídica que desemboca, evidentemente, en la violación de la libertad personal del imputado o acusado, según sea el caso, lo que genera una serie de transgresiones al derecho.

En este sentido, el recurso de apelación con efecto suspensivo, resulta ilegal por inconstitucional, pues vulnera el ejercicio eficaz de la tutela judicial efectiva y el debido proceso, al institucionalizarse como traba o valla para la efectiva tutela de la libertad personal.

Potestad cuasi jurisdiccional violatoria al debido proceso

No obstante lo anterior, la modalidad de este recurso incurre en un nuevo supuesto de inconstitucionalidad al darle facultades *cuasi* jurisdiccionales al Ministerio Público que no le corresponden, esto es, la posibilidad de suspender el mandato de cumplimiento obligatorio emanado bien sea de un juez en funciones de control o de juicio, facultad ajena a la naturaleza de dicho organismo.

Recordemos que el juez es el director del proceso y quien tiene la facultad de emitir y hacer cumplir los mandatos dados a las partes, como lo ordena el artículo 5 del Código Orgánico Procesal Penal. Por ello, mal puede el Ministerio Público, en uso de las atribuciones conferidas en el artículo 374 y 430 *eiusdem*, suspender un mandato judicial emanado de un juez competente e imparcial, bajo el uso del recurso de apelación.

El juez, como director del proceso, es quien tiene la autoridad, capacidad, potestad, facultad, para decidir sobre las solicitudes que realicen las partes en el devenir del iter procesal. Sin embargo, con lo previsto en los artículos objeto de desarrollo del presente trabajo, el juez de primera instancia queda sometido, no solo atado, sino encadenado de manos, sin posibilidad de hacer cumplir su decisión, y pasa a ser un simple observador del proceso cuya decisión se transforma en una opinión efímera y superflua sin efectos reales entre las partes. Queda el juez como una especie de fantasma que puede ver lo que ocurre pero no actuar sobre ello.

La posibilidad de que el Ministerio Público pueda suspender los efectos atenta contra la naturaleza y principios del organismo, ya que según lo previsto en el artículo 2 de la Ley Orgánica que lo rige, así como

sentencias del Tribunal Supremo Justicia (Sentencias números 962/00, de la Sala de Casación Penal; 268/12 y 695/17 de la Sala Constitucional), es un órgano de buena fe cuyo propósito consiste en la salvaguarda de los derechos y garantías constitucionales de las partes. Su misión en el proceso penal no es únicamente actuar como órgano acusador, sino que debe ser garante, junto al juez, de los derechos y garantías de las partes a los fines de consolidar una administración de justicia efectiva, eficaz, justa e imparcial, como se propugna en el Estado democrático y social de Derecho y de Justicia sobre el cual se funda nuestra república desde el año 1999.

De modo que esta «facultad» conlleva a la evidente violación de la tutela judicial efectiva y con ello al debido proceso.

Igualdad de las partes en el proceso

El recurso de apelación con efecto suspensivo incurre en inconstitucionalidad por violar lo previsto en el artículo 21.2 de la Carta Fundamental, así como el artículo 12 del Código Orgánico Procesal Penal, al otorgarle facultades cuasi decisorias al Ministerio Público que dejan en franca desventaja y sin posibilidad de reacción a la defensa del imputado o acusado. Podría alguien preguntarse si es que acaso la defensa no debería tener entonces la facultad, al igual que el órgano fiscal, de suspender los efectos del fallo que dicte la prisión cautelar o la condena hasta tanto una alzada se pronuncie en segunda instancia.

La igualdad de las partes es un principio rector que debe respetarse por todos aquellos que forman parte del sistema de administración de justicia, así como por el cuerpo legislador, a los fines de no generar posibles desventajas jurídicas que pongan en tela de juicio la efectiva administración de justicia o, peor aún, que puedan causar gravámenes irreparables e incuantificables para alguna de las partes en el proceso.

De modo que, a la luz de los principios, derechos y garantías constitucionales, y teniendo en cuenta las consideraciones antes expuestas, se evidencia con una claridad meridiana la inconstitucionalidad del recurso de apelación con efecto suspensivo.

Ahora bien, comprobada la ilegalidad por inconstitucionalidad del recurso de apelación con efecto suspensivo, previsto en los artículos 374 y 430, ambos del Código Orgánico Procesal Penal vigente, se debe estudiar las trágicas consecuencias que conlleva el uso de dicho medio

recursivo, así como los daños que generan en los ciudadanos objeto de proceso penal.

Consecuencias de su uso para el imputado

Previo al inicio del estudio de las consecuencias de la prisión preventiva como resultado del uso del efecto suspensivo, es necesario traer a colación a Ferrajoli (2005), quien sostiene que el proceso debe ser una garantía de verdad y justicia. Los abogados, quienes sustancian y componen el proceso deben ser, en esencia, ciudadanos humanistas. Se debe recordar que el origen de la profesión deviene del llamado a socorrer: *advocatus, vocatus ad*. Asimismo, a diferencia del proceso civil, el proceso penal viene a tratar, fundamentalmente, con el ser, con la persona, por ello no se puede caer en las arcaicas formas de emanar justicia donde se tenía a las personas objeto del proceso de un lado. Los operadores del sistema de justicia tienen que ser esa garantía de verdad y justicia de la cual habla Ferrajoli.

Igualmente hay que recordar al gran reivindicador de la ciencia del derecho procesal, Francesco Carnelutti (s/f), cuando, en su trabajo *Las miserias del Proceso Penal*, enseña que el preso es, en esencia, un necesitado. Asimismo, se debe traer a colación a quien, con sólo 25 años de edad, se atrevió a criticar el sistema de justicia penal que imperaba en su época y fungió como inspirador de la reforma penal de Europa en la época de la ilustración, Cesare Beccaria (2006), quien, en sus *De los Delitos y las Penas*, criticaba fuertemente el uso de la prisión preventiva, pues esta genera, como se verá más adelante, una paulatina violación a la presunción de inocencia y con ello a los principios rectores del proceso penal.

Sobre la prisión preventiva, tema central en este punto, el maestro Roxin, señala que la misma consiste en la privación de libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena. En global la misma cumple con tres objetivos procesales, a saber:

1. Pretender asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal;
2. Busca garantizar una investigación de los hechos, en debida forma, por los órganos de la persecución penal y;
3. Asegurar la ejecución penal.

A su vez, afirma que la medida se deberá aplicar exclusivamente cuando haya fuga o peligro de ella, o riesgo de entorpecimiento en las investigaciones por parte del imputado.

Tal y como se expuso *supra*, la prisión cautelar debe ser utilizada de forma excepcional y extraordinaria cuando las medidas menos gravosas no sean suficientes para asegurar los fines del proceso, de modo que no pueden, ni la fiscalía ni los tribunales, hacer uso indiscriminado y temerario de la privación de libertad cautelar como forma de solventar los problemas de criminalidad que afectan al Estado.

Desafortunadamente, en una órbita política, la privación de libertad cautelar ha sido vista como una forma, por excelencia, para combatir los problemas sociales derivados de la delincuencia, además que genera una prevención a tal punto que amedrenta a la comunidad (Alarcón, 2006).

Pongámonos por un momento en la situación del imputado: estando en la audiencia de presentación, el juez de control, al momento de dictar la dispositiva del fallo, le decreta una medida cautelar menos gravosa de las previstas en el artículo 242 del Código Orgánico Procesal Penal. Posterior a esto el Ministerio Público, quien lo está imputando, solicita la palabra al juez y apela; el imputado le pregunta a su defensor que significa tal apelación y este le da la respuesta menos deseada: seguir privado de libertad. Seguramente pasarán por su cabeza muchas preguntas, como por ejemplo ¿cómo es posible que un fiscal tenga la posibilidad de suspender la libertad que me ha otorgado un juez?, ¿el Ministerio Público es el órgano acusador o es el juez en el proceso? Pero la pregunta más importante nos la tenemos que hacer nosotros: en ese preciso momento ¿el imputado tendrá fe en la justicia?

Analizando la figura de la prisión preventiva, la legislación penal adjetiva venezolana señala, conforme al principio de proporcionalidad previsto en el artículo 230, que la misma no puede sobrepasar la pena mínima establecida para el delito, ni puede exceder los 2 años de duración. Sin embargo, cuando se trate de delitos graves el Ministerio Público o el querellante, podrán solicitar prórroga de dicha medida cautelar, la cual no podrá sobrepasar la pena mínima establecida para el delito o, en caso de tratarse de varios, no podrá ser mayor que la pena mínima para el delito más grave.

Sin embargo, dicha normativa es de uso casi imposible tanto para el Ministerio Público como para los tribunales. La sobrecarga de trabajo

hace que tales órganos no se den abasto y la prisión cautelar, que en principio no debe sobrepasar los 2 años, excede con creces este límite.

El siempre profesor, Arteaga Sánchez (2007), haciendo suyas las palabras de Carnelutti, señala que: “...*el aislamiento o prisión preventiva se asemeja a una de aquellas medicinas heroicas que, por ser tales, deben ser proporcionadas por el médico con suma prudencia ‘pueden curar al enfermo, pero también pueden ocasionarle un mal más grave’...*”.

La prisión cautelar resulta una situación agónica, no solo para todos aquellos que padecen de ella, sino también para sus seres cercanos, quienes también se ven expuestos a sus consecuencias. Sus efectos *ad intra* y *ad extra* de la persona son, a todas luces, reprochables.

Además de las consecuencias anteriores, el problema del abuso del encarcelamiento preventivo, además, resulta agravado significativamente por un problema adicional: las condiciones materiales en las que se cumple la detención cautelar de las personas inocentes.

Es sabido por todos que la situación del preso preventivo es peor que la del penado, no sólo por la incertidumbre sobre el horizonte temporal de la privación de libertad, sino también por la imposibilidad de beneficios procesales. Por ello su privativa debe ser breve; y de cualquier forma debemos evitar que un encausado cumpla todo su proceso privado de su libertad.

Los efectos que trae consigo la privación cautelar de libertad, se ven en dos aspectos fundamentales:

Ad intra: en el interior de la persona se genera un daño psicológico, por la incertidumbre sobre el resultado del proceso, con efectos que pueden resultar de suma gravedad, tanto para la salud (por la ansiedad y el estrés), como para la capacidad de autodeterminación en el libre ejercicio del derecho a la defensa. Como en muchos casos la sumisión al proceso es más perjudicial que la condena, el tiempo se convierte en un factor objetivo intimidante, susceptible de condicionar la decisión de negar la tesis acusatoria y mostrar una conformidad que ponga fin al proceso.

Por otra parte, el hecho de estar privado de libertad produce un estado de carencia sensorial y de las funciones sociales tales como la laboral y la familiar (incluida la patria potestad). Esta privación produce un bloqueo libidinal que condiciona la regresión y provoca un reforzamiento a nivel de la agresividad y la autoagresividad, habiendo, por

tanto, intentos de búsqueda de reorganización psíquica tanto a nivel estructural como libidinal, pero con modalidades regresivas (Muñiz, s/f).

En esta agonía del encarcelamiento preventivo, el imputado o acusado, según el estado de la causa, quien posee una presunción *iuris tantum* de inocencia, puede caer, o peor aún, puede ser influenciado u orientado por su abogado o fiscal, en el grave error de recurrir a la admisión de hechos como forma de zafarse del proceso penal y, con ello, de escabullirse de las trágicas consecuencias que este genera en la persona, sin tener en consideración los efectos que trae consigo.

Tales efectos generan daños irreparables para el sujeto pasivo del proceso penal, los cuales no podrán ser indemnizados de ninguna manera. Esta situación conduce a los imputados o acusados a un estado de agobio permanente, que eventualmente causará efectos dañinos en sus decisiones respecto al proceso penal que se les sigue.

Mientras que al exterior o *ad extra*, la tardanza menoscaba los derechos a la presunción de inocencia, al honor y a la afirmación de libertad, pues el paso del tiempo en prisión contribuye a la confusión del público entre el ser imputado o condenado y prolonga los efectos del daño reputacional derivado de la sujeción a la causa.

Nuestra república, consagrado constitucionalmente como un Estado de Derecho y Justicia, no puede tolerar el uso abusivo de la prisión preventiva, pues la ligereza en su aplicación resulta contraproducente para la administración de justicia penal, así como para los órganos penitenciarios. Esto trae como consecuencia que las ya altas tasas de sobrepoblación y hacinamiento aumenten a niveles alarmantes, vulnerando derechos fundamentales de las personas que ahí se encuentran. Nuestra república no puede de ninguna manera decirles a sus ciudadanos que no importa, en definitiva, que puedan ser inocentes, que de todos modos los pondrá presos para que los demás no delincan.

Finalmente, el recurso de apelación con efectivo suspensivo es una institución que resulta dañina a todo el sistema de justicia penal, por la desacreditación a principios y garantías constitucionales que conlleva su ejercicio, que además influye de manera directa en la percepción de justicia del imputado y la sociedad, con consecuencias irreparables que sobrepasan la esfera personal de quienes son víctimas de su uso.

¿Es que acaso 500 años de justicia inquisitiva no fueron suficientes para aprender que la privación cautelar indefinida, más que un benefi-

cio, es un craso error, que trae consigo consecuencias negativas a todos los aspectos de la sociedad venezolana?

Referencias bibliográficas

- Alarcón, Héctor (2006). *El Garantismo Penal en el Proceso Acusatorio Colombiano*. Ibañez.
- Arteaga, Alberto (2007). *La Privación de Libertad en el Proceso Penal Venezolano*".
- Beccaria, Cesare (2006). *De los Delitos y de las Penas*. Editorial Temis.
- Bovino, Alberto (1998). *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*". Editores del Puerto S.R.L.
- Carnelutti, Francesco. *Las Miserias del Proceso Penal*.
- Cafferata Nores, José. *Medidas de coerción en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*.
- Chiovenda, Giusseppe (1954). *Instituciones del Derecho Procesal Civil*. Vol.1. Editorial Revista de Derecho Privado.
- Couture, Eduardo (1981). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*". Ediciones Depalma. Buenos Aires.
- Muñiz, Alfonsina. *La prisión preventiva y los efectos psicológicos del encierro. Rol del profesional psicólogo en las instituciones penitenciarias para procesados*. Disponible en: <http://psicologiajuridica.org/psj173.html>
- Marchena Gómez y González-Cuéllar (2015). *La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*. Ediciones Jurídicas Castillo de Luna.
- Silva, María (2006). El Derecho a la Libertad y el efecto suspensivo del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en contra de la orden de excarcelación del imputado. En *IX Jornadas de Derecho Procesal Penal*. Pág.195-238.
- Diccionario de Derecho Constitucional. 2009. Ediciones Libra. Caracas, Venezuela.
- Ferrajoli, Luigi (2005). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*". 2005. Trotta. España.
- Frías Caballero, Jorge (1998). *Nuevos Temas Penales*. Livrosca. Caracas.
- Pérez, Eric (2014). *Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal*. 2014. Vadell Hermanos Editores.
- Ruiz, Juan (2013). *Código Orgánico Procesal Penal. Comentado, concordado y jurisprudencia*. Ediciones Libra C.A.
- Roxin, Claus (2017). *El populismo punitivo es una tendencia errada en todo el mundo*. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/justicia/cortes/entrevista-a-claus-roxin-sobre-el-proceso-de-paz-en-colombia-68588>
- Suñez Tejera, Yoruany y Dávila Cabezas, Dunia (2013). Los efectos negativos que causa para el acusado la aplicación de la medida cautelar de prisión provisional impuesta durante la fase preparatoria del proceso penal cubano. En *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*. Disponible en <http://caribena.eumed.net/proceso-penal-cubano/>.
- Tribunal Supremo de Justicia (2000). Sentencia número 962/00 de la Sala de Casación Penal.
- Tribunal Supremo de Justicia (2012). Sentencia número 268/12 de la Sala Constitucional.
- Tribunal Supremo de Justicia (2017). Sentencia número 695/17 de la Sala Constitucional.

Importancia de la familia y la comunidad en el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente

Importance of the family and the community in the Penal System of Adolescent Responsibility

Violeta Rodríguez Duarte

Abogada (UNIMAR, 2007). Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas (UNERG, 2012). Especialización en Derechos Humanos (UNA, cursando) y Maestría en Derecho Penal Internacional (en espera de entrega de Trabajo de Grado, UNIMAR-ISEIDI). Secretaria del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente Estado Nueva Esparta. 2011 Coordinadora Suplente Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente. violetarodriguezduarte@gmail.com

Recibido: 14/05/2018

Aprobado: 16/01/19

Resumen

El presente artículo destaca los impactos de la aplicación de la gama de sanciones que se introdujeron con la reforma del artículo 620 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, cuyo objetivo era afianzar la participación y protección de la familia y la importancia de la participación de la comunidad para evitar la reincidencia delictual de jóvenes en el Sistema Penal Venezolano. Detectar las carencias, capacidades y habilidades del adolescente infractor, así como sus aspectos físicos, biológicos y emocionales para posteriormente conjugarlos con el ambiente socio-familiar y de allí trazar un proyecto de vida que lo conduzca a la vida ciudadana y no devolverlo al campo delictivo, se hace necesario para tener resultados positivos y alentadores a los efectos de minimizar los índices de reincidencia delictual.

Palabras claves: familia, comunidad y reinserción.

Abstract

This article highlights the impacts of the application of the range of sanctions introduced with the reform of article 620 of the Organic Law for the Protection of Children and Adolescents, whose objective was to strengthen the participation and protection of the family and the importance of community participation to prevent the recidivism of young people in the Venezuelan Penal System. Detecting the shortcomings, capacities and abilities of the adolescent offender, as well as their physical, biological and emotional aspects, and then conjugating them with the socio-familiar environment, and from there drawing up a life project that will lead them to civic life and not return them to the criminal field, becomes necessary to have positive and encouraging results in order to minimize the rates of recidivism.

Keywords: Family, Community, Reinsertion

Importancia de la familia y la comunidad en el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente

A principios del siglo XX se anuncia la intervención de los Estados en la vida familiar, “tutelando” las diversas situaciones que circundan la vida de los niños, razón por la cual los Estados latinoamericanos empiezan a sustituir a la familia en las responsabilidades relativas a la crianza, cuidado, protección y desarrollo de la nueva generación; iniciando una intervención bien intencionada, pero con frecuencia arbitraria, en las esfera del mundo infantil, excluyendo a la sociedad y a las familias, de los esfuerzos tendentes a enfrentar los factores adversos al pleno desarrollo de los niños y jóvenes.

En tal sentido, para dicho momento las estructuras políticas de los sistemas de gobiernos apartaban a los niños de su entorno familiar y comunitario, privándolos a estos y a sus padres de las vivencias comunes a las que como seres humanos tienen derechos, escondiendo con tal acción la dificultad, con la que contaba la sociedad, para garantizar a todos la satisfacción de sus necesidades básicas, mediante la universalización de los servicios básicos, especialmente los relativos a la salud, educación y nutrición; por tal motivo la niñez desprotegida pasa a ser objeto de tutela, en razón de la supuesta defensa de la sociedad, frente a la posibilidad de que la situación lo conduzca a desviar su conducta, definiéndolos para ese entonces, como un peligro social y no como víctimas de la privación del goce y disfrute de sus derechos básicos, dando nacimiento al derecho de menores.

Es así como se promueve la creación de una gama de instrumentos jurídicos que garanticen internacionalmente un cambio en la visión de la infancia, concibiendo a los niños como sujeto de derechos y no como objeto de atención por encontrarse en situación irregular; en este orden de ideas, se le asigna un rol de participación a los órganos judiciales en los casos de conflicto del que sean parte los jóvenes, de acuerdo a su competencia, dejando atrás la desigualdad

jurídica y la ausencia de políticas públicas básicas para todos los niños, niñas y adolescentes.

La tendencia legislativa a partir de la Convención sobre Derechos del Niño propende a afirmar la responsabilidad de los adolescentes, lo cual ha traído como consecuencia la desaparición de la inimputabilidad del adolescente cuya edad esté comprendida entre los 14 y 17 años, gracias a la actual reforma de la Ley especial de 2015, ya que anteriormente el grupo etario se encontraba comprendido entre 12 y 17 años. Ello bajo la premisa de que los derechos relativos a la humanización y limitación del Derecho Penal y Procesal conducen a la aplicación de las garantías penales. Sin embargo, es importante acotar que aun cuando esas garantías son las mismas que las de los adultos, no les garantizan una mejor vida ni dentro ni fuera de una institución carcelaria; por cuanto no se cuenta con un adecuado programa socioeducativo, así como con instituciones que con su aporte conlleven a lograr el fin propuesto por la ley especial que rige la materia, mediante la imposición de una sanción.

Este Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente Venezolano cuenta con la severidad necesaria para cumplir con los objetivos relativos a la educación del adolescente infractor y llenar las carencias de los mismos en el centro familiar. Esto se logra a través de una medida de control, vigilancia y orientación, que puede ser cumplida en libertad o privado de la misma, si el caso y la magnitud del delito lo amerita, pero velando siempre por la protección de las garantías y derechos de los adolescentes, garantizándoles un juzgamiento acorde con la idea de la justicia.

El sistema penal de responsabilidad de los y las adolescentes se encuentra previsto en el artículo 526 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en donde establecen lo siguiente:

El sistema de responsabilidad penal de los y las adolescentes es un conjunto de órganos y entidades que se encargan del establecimiento de la responsabilidad del adolescente por los hechos punibles en los que incurra, así como de la aplicación y control de las sanciones correspondientes.

De lo que se infiere del sistema penal de responsabilidad penal de los y las adolescentes, se constituye en un conjunto de órganos especializados que determinarán la responsabilidad penal del adolescente, así como las medidas aplicables y su ulterior control, activándose dichas instituciones a través de un procedimiento igualmente especial,

con las garantías propias de toda causa penal, además de todas aquellas contempladas en el proceso penal pupilar de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Así pues, de acuerdo con lo previsto en el citado artículo de la ley especial se pudo evidenciar la existencia de dos elementos, uno material y otro formal; ubicando el material en el artículo 527 ejusdem, en el cual se establecen la infraestructura de dicho sistema, de la siguiente manera: la Sección Adolescentes del Tribunal Penal; la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia; el Ministerio Público especializado en la materia así como también la Defensoría Pública; los Órganos de Policía capacitados; y los Programas de Entidades de Atención; el Ministerio del Poder Popular de Asuntos Penitenciarios, el Ministerio para el Poder Popular para la Educación, los Consejos Comunales, entre otros; y el elemento formal, el cual se encuentra previsto en el artículo 530 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, cuyo contenido consagra y describe el principio de legalidad del proceso penal, es decir, que al momento de determinar la responsabilidad de un adolescente en un hecho punible, así como la aplicación de la sanción que corresponda se debe seguir el procedimiento previsto en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y en especial las pautas establecidas en su artículo 622.

El Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente impone actualmente, de forma programática, el salto a una realidad distinta, para lo cual resulta imprescindible que se tome conciencia de la ruptura absoluta con el modelo anterior. Así pues, que para realizar un trabajo acertado y con resultados positivos con la población de adolescentes en conflicto con la ley, bajo los parámetros socioeducativos previstos en los instrumentos jurídicos internacionales y en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, se pueden apuntar algunos elementos generales y otros relacionados con la naturaleza de las sanciones, los cuales atienden a los siguientes:

- Participación de los actores claves especialistas en la materia, comunidad y los propios adolescentes para construir de manera conjunta, aspectos cardinales de los programas: selección, entrenamiento y supervisión del personal, proceso de elaboración del plan individual, participación comunitaria, indicadores de evaluación, etc.

- El proceso de construcción y ejecución de estos nuevos programas exige un orden inicial que marque una línea de retroalimentación continua hasta lograr un funcionamiento sistemático del programa, en tanto que deberá existir una apertura a los cambios ya que en el proceso pudieran requerirse modificaciones.
- El nuevo ámbito ideológico impone la continua reiteración sobre el marco referencial, el jurídico y la fundamentación teórica (de carácter filosófica, psicología y psicopedagógica) contenida en los programas socioeducativos.
- El programa socioeducativo debe potenciar el establecimiento de vínculos individualizados, personalizados, de acuerdo con las características específicas del individuo (edad, sexo, cultura, etc.).
- La relación entre el personal y el adolescente contribuye con la elaboración y desarrollo de un proyecto alternativo de vida: Plan Individual.
- Los cambios con el comportamiento se favorecen en la interacción del adolescente con el medio social. Los programas socioeducativos con la participación de la comunidad incidirán adecuadamente en las dimensiones cognoscitiva y conductual de los adolescentes.
- La mejor garantía para el cumplimiento de los proyectos de acción educativa de los adolescentes lo constituyen los establecimientos y servicios bien organizados, con un reglamento de régimen interno, programaciones grupales, planes individuales y procesos automatizados de información sobre la población y la ejecución de los programas.
- El personal debe cumplir con su responsabilidad orientadora, generando con el adolescente un clima de confianza y respeto en el que se aprende a convivir con “el otro”, respetando la alteridad y mejorando la valoración de “nosotros”.
- Constituye un aspecto central que el proceso de diseño y ejecución de programas socioeducativos cuente con una asignación presupuestaria justa, puesto que de lo contrario se correría el riesgo de repetir experiencias pasadas.
- En cuanto a la educación de los adolescentes, desde el inicio de la investigación y muy especialmente dentro de los programas

en los que se ejecuta la sanción, el sistema de administración de justicia debe facilitar un proceso pedagógico para el adolescente centrado principalmente en la adquisición de la responsabilidad por su actos y de las habilidades, aptitudes, creencias y valores necesarios para la adecuada integración al medio social familiar.

- Respeto a los Derechos Humanos, todos los derechos y garantías consagrados en la ley son de obligatorio cumplimiento y una enseñanza para que los adolescentes conozcan para sí mismos y para los demás los principios y preceptos de la justicia.

Es decir, que los programas socioeducativos indicados por la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, para la ejecución de las sanciones que se imponen a los adolescentes que infringen la ley penal, fijan nuevas oportunidades sociales para la población, principalmente porque las medidas dictadas al adolescente una vez declarada su responsabilidad y por ende los programas socioeducativos en que se va fundamentar el cumplimiento de la sanción impuesta, distribuidas en metas a largo y mediano plazo, tienen una finalidad educativa, orientada hacia la formación integral del adolescente y el respeto por los derechos humanos, es decir que se destaca en los dos últimos aspectos anteriormente mencionados. En lo que respecta a esta tarea, en la misma ha de ser altamente significativa la participación de especialistas, familia y sociedad, por lo tanto los programas socioeducativos deben facilitar el proceso de incorporación del adolescente a una convivencia pacífica con su familia y su comunidad.

Por otra parte, el programa socioeducativo de la sanción Privativa de Libertad, responde a una medida que es la última alternativa, cuando no existan otras variables; en tanto que supone la disposición en medio cerrado de un conjunto de proyectos que den respuestas al Plan Individual del adolescente.

Este programa debe prepararse de manera que favorezca la preparación del Plan Individual y el desarrollo de un proyecto alternativo de vida que respete características particulares como por ejemplo la edad y sexo, así como los principios de la protección integral; puesto que el régimen de actividades guardará una fuerte relación con el cumplimiento del Plan Individual y el logro de las metas que se hayan establecido los adolescentes se pretende que a través del mismo se logre la vinculación del programa con la comunidad, la oferta de servicios externos y la evaluación regular de las acciones desarrolladas con este sentido. Para

ello es importante destacar que no se trata de un proceso de aislamiento social de los adolescentes.

Con el desarrollo de los procedimientos del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente y la implementación del rol que representan los programas socioeducativos dentro de dicho sistema, queda definitivamente devastada la doctrina del sistema irregular representada por la derogada Ley Tutelar del Menor, en la cual existía la constante violación de derechos humanos. En ella, el anteriormente denominado juez de menores tenía una fuerte discrecionalidad, existían medidas indeterminadas y se judicializaba absolutamente todo tipo de asunto tales como sociales, sanitarios, educativos, entre otros; ya que se planteaba una discriminación clasista. Es decir, se castigaba la pobreza, puesto que había una ausencia total de un procedimiento preestablecido, sin defensa, sin recursos, así pues que se castigaba al menor por la culpa y responsabilidad del mayor. Actualmente con la doctrina de Protección Integral, los derechos humanos, el debido proceso, la nivelación como personas y ciudadanos de nuestros niños y adolescentes, el interés superior y la prioridad absoluta, así como la no discriminación, la solidaridad, y la responsabilidad del Estado, la sociedad y la familia, representan un papel fundamental y relevante en esta materia tan especial. Este sistema penal de responsabilidad del adolescente constituye uno de los grandes avances que ha recibido últimamente la disciplina penal en él.

Por ello siendo la comunidad —Consejos Comunales— uno de los nuevos integrantes formales del Sistema Penal de Responsabilidad de los y las Adolescentes, se considera que la solidaridad ciudadana para resolver problemas es sumamente efectiva; considerando que es a la misma sociedad a quien interesa resolverlos para lograr el bien común y poder vivir con seguridad y en sana convivencia. En este sentido, con la reforma de junio del año 2015 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescente, en su artículo 527, se incluye la figura de los consejos comunales como uno de los órganos integrantes del Sistema Penal de Responsabilidad de los y las Adolescentes. En ella se contempla que los mismos están constituidos por un grupo de familias de un área geográfica determinada, con el fin de mejorar y resolver sus necesidades e intereses colectivos, basando su actuación en los principios de honestidad, cooperación, corresponsabilidad, rendición de cuentas, eficiencia, control social, justicia, igualdad de género y equidad; definiéndose como instancias de participación y protagonismo del

pueblo organizado, para ejercer directamente las políticas públicas y la construcción de una sociedad, con justicia social.

Por tal motivo, tomando en consideración que los derechos y deberes constitucionales que se les garantiza a nuestros Niños, Niñas y Adolescentes, como lo establece expresamente nuestra Carta Magna en su artículo 78: “El Estado, las familias y la sociedad, están en el deber de brindarles protección social” y “el Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa”; de igual manera lo establece la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en su artículo 4 relativo al principio de Corresponsabilidad, en el cual se le debe garantizar su protección integral con la debida prioridad, en su inclusión en todo lo relativo a formulación y ejecución de las políticas públicas, respetando la asignación privilegiada y preferente en la asignación de recursos públicos, para programas que garanticen la protección y desarrollo integral, así como el disfrute pleno y efectivo de los derechos y garantías de los Niños, Niñas y Adolescentes.

Todas estas consideraciones y estudios motivos de la reforma realizada, tienen su origen en dos reglas fundamentales en el proceso de prevención de la delincuencia juvenil, como lo son las Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil y la Regla para la Protección de Menores Privados de Libertad. Estas reglas cuentan con un enfoque bastante positivo y proactivo de la prevención al crear conciencia de que los niños son seres humanos de pleno derecho de la sociedad; tomando en consideración prácticamente todos los ámbitos sociales: los tres principales entornos en el proceso de socialización (familia, escuela, comunidad); los medios de comunicación, la política social; la legislación y administración de la justicia de menores.

La prevención debe centrarse en elevar la calidad de vida, el bienestar general; por lo cual, no se trata de prevenir situaciones “negativas” (enfoque defensivo), sino de fomentar el potencial social (enfoque ofensivo). Para ello, es de suma importancia la participación de la familia y comunidad en lo relativo al Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente para lograr el fin y objetivo de las sanciones y a su vez la prevención que se requiere de la delincuencia juvenil, en aras de minimizar los índices de reincidencia delictual. En este sentido, se deben crear programas en base a la comunidad, tomando en consideración que la administración de justicia en el sistema penal de responsabilidad forma parte de un sistema de control social, pero que su prevención no

se puede limitar exclusivamente a la labor de la administración de justicia, porque para poder prevenir la delincuencia juvenil se requiere que la sociedad procure un ambiente armonioso para los adolescentes, que se respete y cultive su personalidad y el desarrollo desde su infancia. Es fundamental el apoyo a la familia, porque es la unidad encargada de la integración social primaria del niño y adolescente.

En este orden de ideas, se debe indicar que la comunidad siempre ha formado parte de este sistema especial; no obstante, con su reforma se formaliza su nivel de intervención, ya que en el tránsito del periodo de crecimiento y cambios de conducta de los adolescentes, los efectos se perciben prioritariamente en la comunidad, aun cuando muchos derivan del hogar. Es entonces cuando se enfrentan a ciertos choques con la misma sociedad, que los jóvenes optan por manifestarse bajo el portal de una conducta desafiante y evasiva, o por ende se ve afectado su nivel de autoestima, creando cuadros de inferioridad ante los demás; es en este momento, cuando, debido a su vulnerabilidad, se ve atraído por grupos etarios igualitarios, o mayores, y estos jóvenes pasan a ser víctimas de la delincuencia juvenil.

En torno a esto, se considera que la figura del consejo comunal, dentro del Sistema especial, afianzado con la participación de la familia, sería de gran importancia, en el plan de desarrollo de programas adecuados, en los cuales los profesionales de los equipos multidisciplinarios especializados, tengan la oportunidad y responsabilidad, de evaluar directamente al adolescente en su entorno social, ajustando de igual manera su trabajo, a la necesidad de solventar las carencias que presentan los jóvenes en su comunidad, y estableciendo una labor o actividad social, que a este se le asigne realizar, permitiendo con tal labor, vincularse con su entorno, sin sentir esa percepción social de rechazo, si no por el contrario, un ciudadano en desarrollo útil, y valorado por su familia y comunidad; debiendo incluirlos en la formulación y ejecución de programas de prevención; por ello es relevante esta tarea, que se le asigna a la comunidad, en la esfera del fenómeno de la delincuencia juvenil, toda vez que se requiere desarrollar, respuestas efectivas que deberán construirse sobre tres líneas de acción de aplicación conjunta: prevención, medidas sancionadoras educativas e integración y reinserción social de adolescentes en conflicto con la Ley penal; que minimice los índices de reincidencia delictual, haciéndolos copartícipes en los procesos de socialización e integración.

La delincuencia juvenil indudablemente nace de múltiples y variadas causas y no existe a nivel de estudios específicos sobre el tema, un consenso general sobre ellas; no obstante, las evidencias demuestran la incidencia recurrente de algunas de las diversas variantes que influyen en el fenómeno, tales como:

1. Familias desestructuradas y las dificultades que se producen en ocasiones para conciliar vida familiar y laboral, situaciones todas en las que de modo creciente se dan casos de desatención y falta de límites y control de los hijos. Esto conduce a algunos jóvenes a la búsqueda de compensación de esas carencias ingresando a bandas o pandillas juveniles entre cuyos componentes se dan circunstancias de afinidad por diversos motivos (ideológico, de procedencia comunitaria, deportivo, etc) y que se identifican por comportamientos transgresores; tales grupos tienen lugar un alto porcentaje de conductas antisociales o directamente violentas y delictivas, cuya adopción es requerida a sus integrantes para validar su pertenencia, esa que busca habitualmente el joven carente de referencia primaria (familiar) válida y positiva.
2. La problemática socioeconómica o pobreza que dificulta el proceso adecuado de socialización del niño; esta dificultad se encuentra en toda Latinoamérica, en jóvenes que pertenecen a familias del cordón obrero de las grandes ciudades, muchas de ellas provenientes del interior del país o de inmigración de países limítrofes, que se instalan ilegalmente en grandes centros urbanos, con diseños deshumanizados que favorecen la aparición en sus habitantes de sentimientos de angustia y agresividad.
3. La deserción escolar que lleva a la estigmatización o etiquetamiento social, que en muchos casos facilita el camino hacia comportamientos antisociales o delictivos. El joven no escolarizado, sin horizonte ocupacional, sin posibilidades de mantenerse en su casa, adopta la calle como espacio en el que comienza siendo víctima y luego autor de agresión social.
4. El desempleo de mayor incidencia entre jóvenes y máxime sin formación; origina situaciones de frustración y desesperanza que son caldo de cultivo para la desviación de conducta.
5. El consumo de alcohol, que propende la realización de actos violentos o imprudentes de riesgo; el uso de drogas y sustan-

cias tóxicas que en muchos casos lleva al adicto a delinquir para proporcionarse los medios que permitan sustentar su adicción. Además, bajo los efectos del consumo de tóxicos o en estado de abstinencia, se reducen o eliminan los frenos inhibitorios habituales.

6. Los trastornos de personalidad y comportamientos, que pueden darse en forma independiente o asociados con el factor visto anteriormente y que normalmente va unido a otros factores sociales o ambientales. Esos trastornos conductuales hacen que el joven viva de modo impulsivo o irreflexivo, sin motivarse en normas de conducta socialmente aceptadas.
7. La insuficiencia o carencia en la transmisión de valores pro sociales o cívicos: respeto a las normas, solidaridad, generosidad, tolerancia, sentido de autocritica, esfuerzo, la búsqueda del “trabajo bien hecho” etc, que se sustituyen en la sociedades globalizadas por valores utilitaristas como el individualismo, la competitividad extrema, el consumo desmedido de bienes y que provoca, en determinadas circunstancias y personalidades, el surgimiento de cierta anomia social.
8. La transmisión por los medios masivos de comunicación o videojuegos destinados a niños, sin control de mayores o explicación adecuada, de imágenes y actitudes violentas que contribuye a fomentarles un sistema de valores en el que la violencia sea un recurso aceptable.

Si bien no se puede negar que se nace con unos genes, éstos no son determinantes de la personalidad y, por consiguiente, no son ciegos depositarios de las futuras acciones, a no ser que existe una lesión orgánica irreversible que limite el campo y el modo de la relación; así pues la vida delictiva se aprende de la experiencia y la causa de que el joven sea delincuente se le atribuye al ambiente en el que se haya criado, mostrando el comportamiento delictivo como un síntoma de frustración que puede acentuarse entre grupos que sufren una presión social especial, la discrepancia entre medios y metas impulsan al joven a conseguir sus metas por medios delictivos.

Los errores adictivos pueden ser diversos: desde la tolerancia indiscriminada o la sobreprotección, hasta el abandono, la severidad y la violencia educativa. Todos ellos pueden constituir el caldo de cultivo

de diversos trastornos, entre los que cabe acotar la conducta antisocial juvenil.

En este orden de ideas, se indica la importancia para el Juez, para el momento de imponer la sanción, de tomar en cuenta el contenido de las evaluaciones psico-sociales que se le realicen al adolescente, a los fines de evaluar los factores que incidieron para el momento que se cometió el delito, y así imponer la sanción, o sanciones acordes a la misma; cuya forma y modalidad de cumplimiento, se impondrá por parte del Tribunal de Ejecución del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente; ordenando conforme a la reforma del artículo 633 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, la realización del plan individual, la cual se modificó en cuanto a que su vigilancia y realización se deberá realizar para todas las sanciones que establece el artículo 620 Eiusdem, otorgando suma importancia a la participación de la familia y la comunidad, en la realización y ejecución del Plan individual, por lo que se considera el papel fundamental con el que cuenta el equipo multidisciplinario, el cual debe dar gran enfoque al estudio de campo y de manera individualizada que le debe dar a cada caso; de hecho se cuenta con sentencia emitida por la sala de Casación Penal, con ponencia de la Magistrada ELSA JANETH GÓMEZ MORENO, de fecha 15-01-2015, en la cual se hace énfasis, en la importancia del derecho de los adolescentes de permanecer cerca del núcleo familiar durante la fase de ejecución; haciendo la salvedad al contenido de los artículos 629 y 631 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

En el proceso penal venezolano la fase de ejecución está a cargo del Juez de Ejecución, quien ejerce el control durante el tiempo de cumplimiento de la sanción. Es así como este control judicial se introduce con la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal y la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y del Adolescente, en tanto que se prevé el control judicial de esa fase a través del cual se aspira asegurar el cumplimiento de las disposiciones reguladoras de la ejecución de la sentencia y la observancia del debido respeto a los intereses legítimos y al amplio catálogos de derechos de los adolescentes sancionados.

El Juez de Ejecución, es el encargado de controlar el cumplimiento de las medidas impuestas al adolescente, vigilar que se cumplan las medidas impuestas de acuerdo con lo dispuesto en la sentencia, que

en el plan individual se cumpla con los objetivos de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y del Adolescente, garantiza los derechos de los adolescentes. Es así como la intervención del Juez de Ejecución es importante a los fines de asegurarle a los adolescentes el respeto de sus derechos humanos, el otorgamiento de sus sustitución o modificación de la sanción, en la oportunidad que le corresponda y el conocimiento o impugnación de las medidas disciplinarias impuestas a los privados de Libertad, por los directivos de los centro de Diagnóstico y tratamiento, cuando el caso lo amerite; por su parte en cuanto a la revisión de medidas la cual deberá ser revisada por lo menos cada seis (06) meses, la misma podrá modificarla o sustituirla por una menos gravosa, cuando se considere que no cumple con los objetivos propuestos para las cuales fueron impuestas o simplemente por ser contrarias al desarrollo del adolescente, tal como lo establece su artículo 647 literal E de la ley especial que rige la materia.

Por lo tanto el Juez de Ejecución es un órgano judicial unipersonal especializado, con funciones de vigilancia, decisorias y consultivas que vela por el cumplimiento de los internos a la sanción impuesta, de acuerdo con el principio de legalidad, debiendo fiscalizar la actividad penitenciaria, garantizando los derechos de los internos corrigiendo los abusos y desviaciones que puedan producirse en el cumplimiento de la sanción privativa de libertad, poniendo especial celo y atención en el cuidado, inspección, registro y control del régimen penitenciario y de las personas que intervienen en él y para cuya designación habrán de tenerse en cuenta su experiencia, su formación técnica y científica en general y, sus conocimientos en materia penal y penitenciaria en particular, así como una gran vocación de entrega al trabajo a realizar y, un enorme respeto hacía la persona del recluso.

En fin, el juez de ejecución, resguardará los derechos y garantías del adolescente, pudiendo involucrarse en todos los asuntos que afecten al mismo; inspeccionar los centros y programas, solicitar separación de cargos de funcionarios adscritos a dichos programas, cuando vulneren los derechos y garantías de los adolescentes y pongan en riesgo el cumplimiento el desarrollo de los programas y cumplimiento del plan individual; levantando las actas con los pronunciamientos correspondientes y haciendo de su conocimiento a la Fiscalía Superior y Defensoría del Pueblo, a los fines de que se aperturen las investigaciones correspondientes y por ende como partes legitimadas, se sirvan ejercer la acción de protección, establecida en el artículo 276 de la Ley Orgánica para la

Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; en fin, el Juez de Ejecución del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, verificará el fiel y correcto cumplimiento de la medida impuesta al adolescente, tanto de parte de los funcionarios encargados para ello, como de parte del adolescente sancionado. Así pues que si para ser juez de ejecución de adultos se requiere un perfil que incluye cualidades superiores de humanismo, vocación, espíritu abierto y empatía, amén de una formación especializada en disciplinas tales como penología, criminología, derechos humanos y derecho penitenciario, estos requerimientos aumentan en grado cuando se trata de un juez de ejecución de adolescentes, vista la discrecionalidad de la cual disponen, las funciones que debe ejercer y los objetivos atribuidos por la ley a la sanción cuyo cumplimiento está bajo control.

Es evidente que la labor de rescatar a estos niños y adolescentes, debe coordinar un buen número de campos, pero no solo de esta manera puede resolverse el problema; toda vez que los centros de formación de padres, los servicios de higiene mental, el club de ocio en la comunidad o en el centro de internamiento y la asistencia por medio de profesionales sociales como asistentes sociales, psicológicos, monitores de grupo, centros excursionistas, enclavados dentro del ambiente donde el joven vive, o pernocta por motivo de una sanción Privativa de Libertad, son elementos válidos y determinantes, cuyos resultados están por probar, tomando en consideración que nuestras sociedades urbanas no lo han puesto totalmente en práctica; pero en los pocos intentos que se han llevado a cabo en el ámbito experimental, los resultados han sido esperanzadores, contando actualmente este Sistema, con un respaldo sumamente importante y garantista que los fines sean alcanzados, tal como la creación de la Coordinación Nacional del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, cuyos lineamientos se encuentra fielmente orientados, a que los procedimientos se realicen en total cumplimiento de los derechos y garantías de nuestros adolescentes, en aras de alcanzar la reinserción total y reincidencia cero, que contribuya a minimizar los índices delictivos en nuestras comunidades.

Referencias bibliográficas

- MORAIS G, Maria. (2000). *Introducción a la LOPNA*. Caracas: Publicaciones UCAB.
- MORAIS M; Cornéles C. (2001). *LA PENA*. Caracas: Editores Vadell Hermanos.
- MORAIS M; Cornéles C. (2001). *II Jornada sobre LOPNA*. Caracas: Publicaciones UCAB.
- MORAIS M; Cornéles C. (2002). *III Jornada sobre LOPNA*. Caracas: Publicaciones UCAB.

MORAIS M; Cornieles C. (2004). IV Jornada sobre LOPNA. Caracas: Publicaciones UCAB.

MORAIS M; Cornieles C. (2005). VI Jornada sobre LOPNA. Caracas: Publicaciones UCAB.

Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Gaceta Oficial N° 5.266.
Extraordinario de fecha 02 de Octubre de 1998.

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. Resolución 45/113. De fecha 14 de Diciembre de 1990.

Cuota de fomento hortifrutícola: ¿quimera o realidad?

Quota for horticultural promotion: Chimera or reality?

Andrea Carolina Rodríguez Enciso

Abogada especialista en Derecho Financiero, Derecho Contractual y Maestrante con énfasis en Derecho Privado de la Universidad del Rosario; la capacitación académica realizada, junto con la experiencia profesional adquirida han generado una formación integral que ha facilitado el desempeño tanto en el sector privado como en el público, forjando una especial fortaleza y destreza en el área de contratación.

andreacrodrigueze@gmail.com

Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

Recibido: 08/06/2018

Aprobado: 08/01/19

Resumen

En el presente artículo se analiza la normativa que regula la cuota de fomento hortifrutícola en Colombia. Se pondrá en evidencia que existen vacíos normativos que, al no disponer de sanción ante su incumplimiento, generan como consecuencia un porcentaje importante de evasión y elusión parafiscal. Para efectos de determinar si la cuota de fomento hortifrutícola es una realidad en la práctica o solo corresponde a una quimera en manos de los sujetos obligados al pago y al recaudo, se expondrá un análisis desde dos ejes fundamentales a saber: (1) Una introducción somera de la parafiscalidad en el sector agrario; (2) El esquema normativo de la contribución parafiscal hortifrutícola y los problemas que presentan su normas en cuanto a la estructura de la inversión y recaudo, para terminar con las conclusiones y posibles soluciones al respecto de la efectividad del recaudo.

Palabras clave: Parafiscalidad, contribución parafiscal, cuota de fomento

Abstract

This article analyses the regulations on the quota for fruit and vegetable promotion in Colombia. It will be shown that there are regulatory gaps that, not having sanction for non-compliance, generate as a consequence a significant percentage of evasion and parafiscal avoidance. In order to determine whether the quota for fruit and vegetable promotion is a reality in practice or only corresponds to a chimera in the hands of those obliged to pay and collect, an analysis will be presented from two fundamental axes, namely: (1) A brief introduction of the parafiscality in the agricultural sector; (2) The normative scheme of the fruit and vegetable parafiscal contribution and the problems that present their norms as for the structure of the investment and collection, to finish with the conclusions and possible solutions regarding the effectiveness of the collection.

Keywords: Parafiscality, parafiscal contribution, quota of promotion

Cuota de fomento hortifrutícola: ¿quimera o realidad?

1. Introducción.

La parafiscalidad es un instrumento que tiene como propósito generar recursos públicos, en su naturaleza reside la especial destinación económica ligada al carácter gremial, esta prestación particular difiere de las tasas o los impuestos en tanto existe un deber de inversión benéfica al sector que grava y su manejo, administración y ejecución se hará de manera exclusiva en la forma que disponga la ley que los crea; así a 31 de diciembre de 2004, por disposición legal se han creado 13 fondos parafiscales así:

- a. Pertenecientes al sector agrícola: algodónero, arrocerero, cacaotero, cerealista, frijol soya, hortifrutícola, leguminosas, palmero, panelero y tabacalero.
- b. Del sector pecuario: avícola, ganado y leche y porcícola.

En nuestra legislación existen dos formas de administración de los recursos parafiscales, por un lado, los fondos administrados por particulares en virtud de contratos de administración que celebra el Estado los cuales no entran a hacer parte del Presupuesto General de la Nación y, por el otro lado, aquellos que son administrados por órganos que hacen parte del Presupuesto General de la Nación los cuales se incorporan solamente para registrar su estimación en cuantía, de acuerdo a lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, Decreto 111 de 1996.

Como desarrollo de lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en Sentencia C-152 de 1997 evidenció los elementos que se exponen a continuación:

- 1a. **Son obligatorias**, porque se exigen, como todos los impuestos y contribuciones, en ejercicio del poder coercitivo del Estado;

- 2a. **Gravan únicamente un grupo, gremio o sector económico;**
- 3a. **Se invierten exclusivamente en beneficio del grupo, gremio o sector económico que las tributa;**
- 4a. **Son recursos públicos, pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa.**
- 5a. (...) la administración y la ejecución de los recursos parafiscales pueden hacerse por personas jurídicas de derecho privado (generalmente asociaciones gremiales), en virtud de contrato celebrado con la Nación, de conformidad con la ley que crea las contribuciones, o por los órganos que forman parte del presupuesto general de la Nación, como lo prevé el inciso segundo del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto (art. 2o., ley 225 de 1995).
- 6a. **El control fiscal** de los recursos originados en las contribuciones parafiscales, para que se inviertan de conformidad con las normas que las crean, **corresponde a la Contraloría General de la República**, por mandato expreso del artículo 267 de la Constitución, inciso primero.
- 7a. (...) las contribuciones parafiscales son excepcionales. Así lo consagra el numeral 12 del artículo 150 al facultar al Congreso para establecer "excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley.

La naturaleza especial de estas contribuciones en el marco de la regulación colombiana y el desconocimiento de su regulación ha presentado dificultades en el recaudo de estas, lo que en últimas ha imposibilitado la consecución del fin trazado, el cual es el beneficio para el sector que grava, ejemplo de ello son las contribuciones parafiscales del sector agrario. Dicho sector ha sido sin lugar a duda uno de los cuales ha sufrido distintos avatares en la implementación de la figura de parafiscalidad; así dentro de los múltiples retos que ha tenido que enfrentar el recaudo de la contribución agropecuaria, se encuentra a saber, la imposibilidad de ejercer de manera coactiva una sanción eficaz para quien no traslade la cuota al ente administrador, en tanto, las medidas aplicadas en la actualidad son flemáticas y poco eficientes para el recaudo tal como se evidenciará a lo largo del texto.

El propósito de la presente reflexión es entonces evidenciar la necesidad de la inclusión de la sanción en las normas, para que estas no sean simplemente obligaciones naturales, en línea de lo expuesto por Hans Kelsen en su libro *Teoría Pura del Derecho* al señalar que cuando “el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*”.

Para efectos de determinar si la cuota de fomento hortifrutícola es una realidad en la práctica o solo corresponde a una quimera en manos de los sujetos obligados al pago y al recaudo, se expondrá un análisis desde dos ejes fundamentales a saber: (1) Una introducción somera de la parafiscalidad en el sector agrario, (2) El esquema normativo de la contribución parafiscal hortifrutícola y los problemas que presentan su normas en cuanto a la estructura de la inversión y recaudo, para terminar con las conclusiones y posibles soluciones al respecto de la efectividad del recaudo.

2. Parafiscalidad en el sector agrario

El término “parafiscal” fue usado por primera vez de manera formal, en el Inventario del ministro Schuman sobre la situación financiera de Francia, y posteriormente acogido en el ordenamiento francés mediante el decreto del 9 de diciembre de 1948. “Sin embargo, para el año 1927 en Colombia se vislumbraban matices de lo que hoy por hoy se conoce como “Contribuciones Parafiscales”. Verbigracia, la Ley 76 de 1927 “sobre la protección y defensa del café”, que establecía un gravamen sobre la producción café de diez centavos por cada saco exportado de sesenta kilogramos; al igual que disposiciones sobre su recaudo e inversión a través de la Federación Nacional de Cafeteros previo contrato suscrito con el gobierno nacional” (Plazas, 2000, p. 914”).

Más adelante, la Constitución de 1991 estableció de manera clara una tripartición tributaria que daría inicio al desarrollo parafiscal en distintos sectores sociales, bajo los elementos de obligatoriedad, singularidad y especificidad.

Así en desarrollo de lo dispuesto en la Norma Fundamental colombiana, la Corte Constitucional en Sentencia C-307 de 2009, en

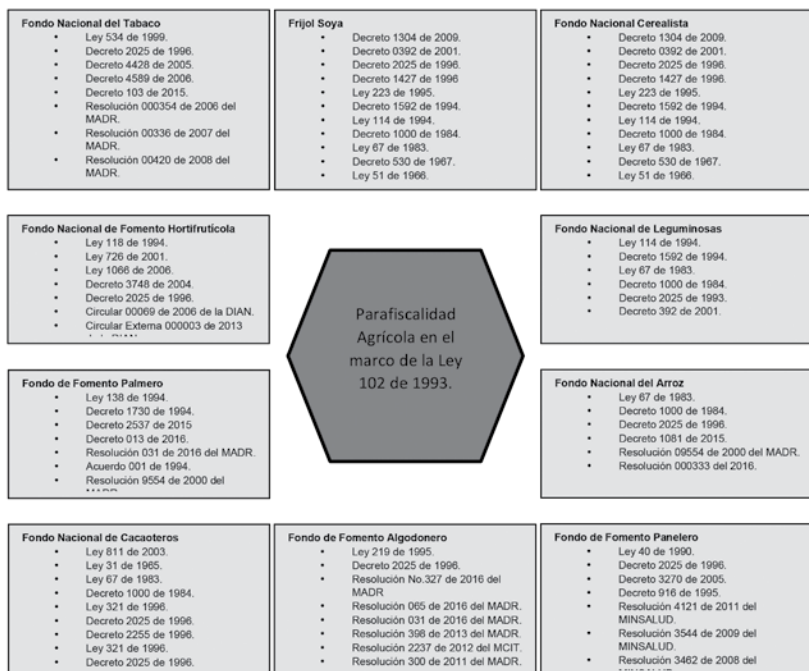
desarrollo de los elementos de los recursos parafiscales enunció los siguientes “(...) 1) Obligatoriedad: toda vez que el recurso parafiscal es de observancia obligatoria por quienes se hallen dentro de los supuestos de la norma creadora del mencionado recurso, y el Estado tiene el poder coercitivo para garantizar su cumplimiento; 2) Singularidad: pues tiene la característica de afectar un determinado y único grupo social o económico; y 3) Destinación Sectorial o especificidad: ya que los recursos extraídos del sector o sectores económicos o sociales determinados se revierten en beneficio exclusivo del propio sector o sectores”.

A esta nueva herramienta de intervención económica se adhiere el sector agrario, mediante la expedición de la Ley 101 de 1993, más conocida como la reforma agraria, la cual dispone en su artículo 1 el siguiente propósito “Esta ley desarrolla los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución Nacional. En tal virtud se fundamenta en los siguientes propósitos que deben ser considerados en la interpretación de sus disposiciones, con miras a proteger el desarrollo de las actividades agropecuarias y pesqueras, y promover el mejoramiento del ingreso y calidad de vida de los productores rurales”.

la cual dio origen a la creación de diez (10) fondos parafiscales que incluyen los sub sectores algodónero, arrocerero, cacaoero, cerealista, fríjol soya, hortifrutícola, leguminosas, palmero, panelero y tabacalero.

Los fondos mencionados, si bien tienen en común su desagregación de la Ley 101 de 1993, tienen una regulación específica en cuanto a la determinación de la cuota, sujeto obligado al pago, sujeto obligado al recaudo entre otras particularidades. Al respecto a manera como abre bocas del marco regulatorio se presenta el siguiente diagrama.

Gráfico1. Regulación parafiscal agraria



Fuente: elaboración propia.

Revisado el gráfico 1, es posible evidenciar que, si bien los subsectores que integran la parafiscalidad agraria comparten alguna normatividad, tal como la ley 101 de 1993 o el Decreto 2025 de 1996, no es menos cierto que las normas de creación son diferentes y dada la extensión y diversidad de las mismas, no será objeto de estudio del presente artículo hacer un ejercicio comparativo y de verificación respecto de la efectividad en el recaudo en relación a cada uno de los fondos parafiscales. Es así que el objeto del presente análisis se circunscribirá a la Cuota de Fomento Hortifrutícola y sus vicisitudes en el recaudo en consideración a la experiencia adquirida y al trabajo realizado en dicho fondo como Asesora Jurídica durante los periodos comprendidos entre los años 2016 a inicios de 2019.

3. Esquema normativo de la contribución parafiscal cuota de fomento hortifrutícola.

La contribución parafiscal que grava al sub sector hortifrutícola se establece a partir de la Ley 118 de 1994, la cual a su vez es modificada

por la Ley 726 de 2001, y reglamentada por los decretos 2025 de 1996 y 3748 de 2004, que en conjunto conforman el compendio normativo del tributo.

Abordado lo anterior, es necesario hacer alusión a la estructura de recaudo e inversión de los recursos parafiscales hortifrutícolas, no sin antes hacer una digresión en cuanto a la administración por parte de un particular en ejercicio de función administrativa como lo señala la Ley 726 de 2004 en su artículo 3: “El Ministerio de Agricultura contratará con la Asociación Hortifrutícola de Colombia, Asohofructol, la administración del Fondo y recaudo de la cuota retenida”.

En este punto y para determinar si el recaudo de la cuota de fomento hortifrutícola corresponde a una realidad o quimera, se realizará un estudio del marco normativo, puntualmente respecto de aquella regulación que haga referencia a las sanciones a las que pueden someterse los sujetos obligados al pago o al recaudo que se constituyan en mora o renuencia.

3.1 Glosario de la contribución hortifrutícola.

Con el propósito de dar una lectura fluida al presente texto que incluya una comprensión de los distintos términos utilizados en el desarrollo de la actividad de recaudo del administrador:

Certificación de traslado de la Cuota De Fomento: Constancia de las sumas trasladadas al fondo por parte del recaudador, junto con sus periodos correspondientes.

Cobro persuasivo o pre jurídico: Requerimiento al recaudador en mora, a efectos que pague de forma voluntaria las sumas adeudadas, a través de medidas de concertación y apoyo jurídico. So pena de dar inicio a las actuaciones judiciales correspondientes. (Asohofructol. 2018. Procedimiento de identificación, acompañamiento y visitas a recaudadores)

Fondo Nacional de Fomento Hortifrutícola: Es una cuenta especial de manejo constituida por los recursos del provenientes del recaudo de la Contribución Parafiscal Cuota de Fomento Hortifrutícola, creada mediante la Ley 118 de 1994.

Cuota de Fomento Hortifrutícola: Contribución obligatoria de carácter parafiscal establecida por ley para ser utilizada en programas en beneficio del subsector, según lo establece la ley que la crea.

Título ejecutivo: Documento que contiene una obligación expresa, clara y exigible cuyo cumplimiento puede ser perseguido judicialmente, incorpora cualquier obligación de dar, hacer o no hacer, que la ley le reconoce la suficiencia necesaria para que su cumplimiento se pueda exigir ante cualquier autoridad judicial o administrativa.

Recaudadores renuentes: Las personas naturales, jurídicas o sociedades de hecho identificadas en el censo como sujetas al cumplimiento de las normas; por su actividad de producción, comercialización, transformación, procesamiento y exportación de frutas y hortalizas. Que, sin embargo, desconocen sus obligaciones de forma reiterada.

Cesación de pagos: Es el incumplimiento en el traslado oportuno de los recursos provenientes de la cuota de fomento hortifrutícola por parte de los obligados a realizar el recaudo. Auditoría Interna: Mecanismo de control interno que verifica la correcta liquidación de las contribuciones parafiscales, su debido pago, recaudo y consignación. Al igual, que es el competente para certificar la información relativa a las cuotas que no se recauden, trasladen, se trasladen de forma extemporánea, o presenten irregularidades en la liquidación, recaudo o consignación. Certificación de Auditoría Interna: Documento por el cual la Auditoría Interna, certifica lo relacionado a las cuotas parafiscales no trasladadas en tiempo, dejadas de recaudar, o aquellas trasladadas con irregularidad en la liquidación, recaudo y consignación; siempre y cuando tales situaciones no se hubieren subsanado”. (Asohofrucol. 2018. Procedimiento de análisis, verificación, seguimiento y control al recaudo de la cuota de fomento hortifrutícola)

3.2 Estructura del recaudo

Con el propósito de dar inicio al aparte relativo a la estructura del recaudo, se determinarán los sujetos intervinientes en la parafiscalidad hortifrutícola así:

- a. **Ente administrador:** Es la entidad gremial definida en la norma de creación en el caso de la parafiscalidad hortifrutícola, la cual, mediante la suscripción de un contrato de administración con el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, se obliga a realizar la correcta administración y el recaudo efectivo de la cuota parafiscal retenida, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 118 de 1994, artículo 9 y en el contrato 206 de 1996, con sus respectivas prórrogas y vigente a 2019.

Se realiza la distinción respecto de la alusión que hace la norma de creación de la cuota de fomento hortifrutícola, respecto de su administrador, puesto que, en el texto, de manera específica se determina que Asohofrucol, asumirá dichas funciones, sin embargo, debe destacarse que para los otros subsectores, esta asignación no está determinada por ley, por lo que se requerirá entonces obligatoriamente de la firma del contrato entre las partes.

- b. Sujeto obligado al pago:** De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 726 de 2001, serán obligados al pago los productores de frutas y hortalizas, ya sean personas naturales, jurídicas o sociedades de hecho.

Así pues, el sujeto obligado al pago es el que se encuentra en el primer nivel de comercialización y esta base es el sector productor. Sin embargo, esta norma deja un espacio para la participación de otro interviniente la cadena de recaudo de la cuota de fomento, puesto que hace referencia a que dicha parafiscalidad se generará en cualquier parte de la cadena de comercialización, por lo que nace la figura del sujeto obligado al recaudo.

- c. Sujeto obligado al recaudo:** Por lo que de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 726 de 2001, “serán recaudadores de la Cuota de Fomento Hortifrutícola, las personas naturales o jurídicas y las sociedades de hecho, que procesen o comercialicen frutas u hortalizas, conforme a la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional”.

Así las cosas, el obligado al recaudo debe descontar o asumir la cuota de fomento hortifrutícola que se genere en la primera transacción (compraventa) respecto de las frutas u hortalizas gravadas con la plurimencionada contribución.

Determinados a este punto los sujetos, es necesario reflexionar como se determina la cuota de fomento hortifrutícola, por lo que al remitirse a la norma de creación ley 118 de 1994, que en su artículo 3 determina que la misma corresponde al uno por ciento (1%) sobre Kg calculado sobre el precio de venta por kilogramo de producto hortifrutícola, la cual solo se causará una única vez respecto del mismo producto en el transcurso de toda la cadena de comercialización.

El producto hortifrutícola grabado será el que por disposición del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural sea entregado en administración, al respecto se dispone la siguiente información:

Al respecto de lo anterior, y a efectos de verificar el pago en la mencionada cadena, el ente administrador deberá expedir un certificado de pago en los términos del artículo 5 de la Ley 118 de 1994 “El recaudador que acredite, mediante paz y salvo expedido por el administrador del fondo, la retención del pago de la cuota proveniente de la operación de venta que realicen los productores quedará exento de efectuar nuevamente el recaudo”. De tal manera que, si se presenta el caso en que un productor, vende 1 kg de naranja a un comercializador, el primero deberá pagar el 1% del valor de la venta, y el obligado al recaudo deberá realizar el ejercicio de la retención de la contribución y efectuar el debido traslado ente administrador, quien expedirá un paz y salvo que evitará la duplicidad de la contribución en la cadena. Así que, si este mismo producto volviera a venderse a un procesador, no se generaría nuevamente la retención.

Frutas		Verduras	
Agraz	Mandarina	Acelga	Hinojo
Aguacate	Mamey	Achiote	Ibia
Anón	Mamoncillo	Ahuyama, zapallo	Macadamia
Babaco	Manzana	Ají	Laurel
Badea	Mango	Ajo	Lechuga
Borojo	Mangostan	Alcachofa	Ñame
Brevo	Mangostino	Apio	Malanga
Caimo – caimito	Melocotón	Arracacha	Nabo
Carambolo	Maracuyá	Balú	Ocra o candia
Carambulo	Marañón	Batata	Palmitos
Cereza,	Naranja	Berenjena	Pepino
Cereza sabanera	Melón	Berro	cohombro
Cimarrón	Mora	Brócoli	Pepinillo

Ciruela	Pamplemusa	Calabacín o zucchini	Pepino
Chirimoya	Níspero	Calabaza	Perejil
Chontaduro	Nuez	Cebolla cabezona	Pepino de agua
Dátil	Pera	Cebolla junca	Pepino de rellenar archucha
Coco	Papaya	Cebollín	pepino de agua
Corozo	Papayuela	Cilantro	Plátano
Curuba	Pitahaya	Col	Pimentón
Durazno	Piña	Col de Bruselas (repolletas)	Pipilanga
Feijoa	Piñuela	Coliflor	Raíces chinas
Frambuesa	Tamarindo	Albahaca	Puerro
Fresa	Poma, pomarrosa	Endibia	Rábano
Granadilla	Sandía – patilla	Cubio	Repollo chino
Guama	Tomate Tamarillo	Chugua	Remolacha
Guanábana	Tangelo	Espinaca	Repollo
Guayaba	Tomate de árbol	Escarola	Sagú
Gulupa	Uva – Vid	Espárragos	Rúgula
Higo	Toronja	Guasca	Ruibarbo
Limón	Uchuva	Espinaca de Nueva Zelanda	Tomate
Kumquat	Zapote	Estragón	Sidrayota
Lima	Zarzamora	Habichuela	Tallos
Madroño		Guatila	Victoria
Lulo		Guisantes	Ulluco
Macadamia		Jengibre	Zanahoria

¿Qué acciones implementa Asohofrucol para que se genere el recaudo efectivo de la contribución parafiscal?, en respuesta a este cuestionamiento se evidencian las estrategias que desarrolla el ente administrador del fondo en procura de hacer una tarea efectiva, así su página web, dispone del informe de gestión año 2017 Fondo Nacional de Fomento Hortifrutícola donde se hace referencia a las siguientes:

“(...) integradora adicional dentro del esquema de Fomento de nuestro Fondo y es el buen desarrollo de labores de Recaudo incluidas en el Plan Nacional de Fomento Hortifrutícola 2017, objetivo No. 5. a) Capacitación de inducción y refuerzo en la Contribución Parafiscal Hortifrutícola, para los equipos técnicos de las Coordinaciones Hortofrutícolas Departamentales. b) Talleres de sensibilización en la Contribución Parafiscal e inversión del FNFH, a través de los talleres de formación a través de las ECAS, y talleres de formación a organizaciones de productores. c) Identificación y notificación de nuevos sujetos inmersos de la contribución parafiscal Hortifrutícola. d) Verificación del cumplimiento o vinculación al recaudo de las organizaciones de productores y/o aliados comerciales de los proyectos de Alianzas Productivas a Nivel departamental, y e) Realización de asesorías a nivel departamental a sujetos obligados al recaudo. Todas estas actividades en pro del Fondo Nacional de Fomento Hortifrutícola, que contribuyen con la consecución de mayores recursos para invertir en nuestro subsector”. Asohofrucol (2018) (...). Recuperado de: http://www.asohofrucol.com.co/LeyTransparencia/Informe_Gestion_2017_FNFH.

Sin embargo de las mencionadas labores, y en vista de la falta de educación en el cumplimiento de las cargas tributarias por parte de los contribuyentes, Asohofrucol, debe hacer efectivas las sanciones dispuestas en el artículo 6 de la Ley 118 de 1994 así: “(...) a) Asumir y pagar contra su propio patrimonio, el valor de la cuota dejada de recaudar; b) A pagar intereses moratorios sobre el monto dejado de trasladar por cada mes o fracción de mes calendario, de retardo en el pago”.

En este mismo artículo, se concede la facultad a la entidad administradora de adelantar los procesos administrativos y jurisdiccionales que permitan hacer la recuperación efectiva de las cuotas como capital, además de los respectivos intereses moratorios, cuando en efecto haya lugar.

Respecto de los intereses, se encuentra que tanto en la legislación venezolana como en la colombiana se entiende que cuando existe una mora en el pago en este caso de la contribución u obligación tributaria,

debe resarcirse el perjuicio. Al respecto en el primer caso, se encuentra en el Código Orgánico Tributario de la República Bolivariana de Venezuela, estimación del interés moratorio en el artículo 66 que reza: “La falta de pago de la obligación tributaria dentro del plazo establecido para ello, hace surgir, de pleno derecho y sin necesidad de requerimiento previo de la Administración Tributaria, la obligación de pagar intereses moratorios desde el vencimiento del plazo establecido para la autoliquidación y pago del tributo hasta la extinción total de la deuda, equivalentes a la tasa máxima activa bancaria incrementada en veinte por ciento (20 %), aplicable, respectivamente, por cada uno de los períodos en que dichas tasas estuvieron vigentes”.

En la misma línea se pronunció Borjas (1981), en la revista de derecho público No. 6, donde expone una definición de intereses que entiende que son las cosas fungibles que el acreedor puede reclamar del deudor por el uso del dinero.

Así concibe tres tipos de interés a. retributivos, que son el producto del uso de una cosa fungible, como el caso del préstamo de dinero; b. Los que tiene función compensatoria, como es el caso de los que se producen como frutos o rentas que produce la cosa vendida y entregada al comprador; c. Resarcitorios, que surgen producto de los daños y perjuicios por el retardo en el cumplimiento de una obligación.

La regulación de los intereses en el caso colombiano reconoce los convencionales, legales, remuneratorios y moratorios, al respecto la Corte Constitucional en Sentencia C- 364 de 2000, se ha pronunciado al respecto en los siguientes términos:

(...) desde el punto de vista específico del régimen de intereses que fija uno y otro estatuto, es claro que en lo concerniente a los intereses convencionales, la expresión de voluntad debe respetar los topes máximos que el legislador señala como protección de los abusos, en ambas legislaciones. Así, en relación con i) los intereses remuneratorios convencionales, el código civil permite acordar libremente entre las partes la cuantía del interés, circunscribiéndose a señalar como límite de tal autodeterminación, que no se pueda superar en una mitad el interés corriente (el que se cobra en una plaza determinada), vigente al momento del convenio, so pena de perder el exceso, mediante solicitud al juez de reducirlo. (art. 2230). En el Código de Comercio se permite a las partes establecer intereses remuneratorios convencionales a su arbitrio, siempre y cuando no excedan del interés bancario corriente certificado por la Superbancaria, so pena de perder la totalidad de los intereses

cuando se presente el exceso (art. 884). ii) Respecto de los intereses moratorios convencionales, el Código Civil fija el mismo criterio que se señaló en el caso de los intereses remuneratorios y su regulación, por cuanto el Código Civil hace alusión a los intereses convencionales, sin discriminar si son remuneratorios o compensatorios. Por su parte, el tope máximo al cual circunscribe la legislación comercial la voluntad de las partes para fijarlos, es de una y media veces el interés bancario corriente, con idéntica sanción de pérdida de la totalidad de los intereses en caso de exceso.

De otro modo, los intereses legales, son aquellos cuya tasa determina el legislador. No operan cuando los particulares han fijado convencionalmente los intereses sino únicamente, en ausencia de tal expresión de voluntad a fin de suplirla. En la legislación civil se concibe que el mutuo puede ser gratuito u oneroso, a instancia de las partes, pero en ausencia de manifestación alguna en cuanto a los iii) intereses remuneratorios, se presume que el mutuo es gratuito. En el evento en que las partes hayan estipulado la causación de intereses de plazo, pero hayan omitido su cuantía, el interés legal fijado, es el 6% anual. En el Código de comercio, por el carácter oneroso de la actividad mercantil se presume el interés lucrativo, por ende se excluye el carácter gratuito del mutuo, salvo pacto expreso en contrario, de tal forma que el interés legal equivale al bancario corriente, salvo estipulación en contrario. Cuando se trata de, iv) intereses moratorios, en el Código Civil, se dispone que en ausencia de estipulación contractual sobre intereses moratorios, se siguen debiendo los intereses convencionales si fueron pactados a un interés superior al legal, o en ausencia de tal supuesto empieza a deberse el interés legal del 6%; sin perjuicio de los eventos legales en que se autoriza la causación de intereses corrientes (art. 1617). En el caso comercial, la inexistencia de previsión convencional sobre moratorios autoriza que se cobre una y media veces el interés bancario corriente.

Entendidos los anteriores conceptos, es necesario acercarse a los intereses que son producto del retardo o la evasión de la cuota de fomento hortifrutícola, y estos son los moratorios, respecto de los cuales la Corte Constitucional en Sentencia C- 604 de 2012 se pronunció en el siguiente sentido: “Los intereses moratorios son aquellos que se pagan para el resarcimiento tarifado o indemnización de los perjuicios que padece el acreedor por no tener consigo el dinero en la oportunidad debida. La mora genera que se hagan correr en contra del deudor los daños y perjuicios llamados moratorios que representan el perjuicio causado al acreedor por el retraso en la ejecución de la obligación”.

En suma, para ambas legislaciones son una carga que tiene el obligado en consecuencia de la mora en el pago, que busca resarcir o indemnizar los perjuicios que pudieren ser causados.

Previo este análisis y a efecto de hacer efectivas las sanciones por vía jurisdiccional, Asohofrucol como administrador del fondo de fomento debe constituir el título ejecutivo, por lo que de acuerdo a lo dispuesto el Código General del Proceso colombiano, que en su artículo 422 concibe como requisito que para que las acreencias puedan demandarse por vía ejecutiva debe tratarse de obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan directamente del deudor o de su causante.

Es así que el primer paso consiste en la determinación del monto adeudado por el interviniente en la cadena de comercialización obligado al pago o traslado de la cuota de fomento hortifrutícola por lo que dentro del marco normativo se deberá recurrir al procedimiento establecido en el Decreto 2025 de 1996, por lo que en primer lugar se deberá recurrir a la Auditoría Interna del Fondo para que de acuerdo a lo establecido en el artículo 1, parágrafo 1, inciso 2 certifique la información relativa a las cuotas parafiscales que no se paguen a tiempo, las que se dejen de recaudar o sean pagadas de manera irregular, en este último caso se trata de los casos en que los obligados al pago y al recaudo no reportan la realidad de las transacciones que realizan, sino que reportan valores menores o algunos de sus productos.

Con posterioridad a la certificación de las mencionadas cuotas se dará aplicación al artículo 4 del decreto 2025 de 1996, que en su parágrafo 2 delega en la dependencia asignada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público la obligación de rectificación de la información aportada y la comunicación de su conformidad o inconformidad para que con posterioridad a ello el administrador del fondo haga efectivo el cobro de la deuda por vía judicial.

Podría parecer que los procedimientos consagrados con en la Ley, sumados a los esfuerzos que realiza el administrador y a las sanciones consagradas en el marco normativo serían suficientes para el correcto recaudo e inversión por parte del administrador del fondo, sin embargo, en la práctica surgen vicisitudes que restan su efectividad.

En primer lugar, se presenta el reto de la informalidad en las negociaciones con los productos sujetos al recaudo, en consideración a que todos los comerciantes no cumplen con el diligenciamiento de la

información contable llevada en libros de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 53 del Código de Comercio Colombiano, lo anterior soportado a que la mayoría de las transacciones respecto de los productos enunciados en el gráfico 2 se realizan en las plazas de mercado o centrales de abastos donde todo se comercia a la mano y sin facturas que sin los respectivos comprobantes que respalden las operaciones en mención.

De esta manera, cuando los intervinientes en el proceso de auditoría de los comerciantes quedan a manos de la buena fe del reporte que los comerciantes informales quieran entregar.

Enfrentar este primer reto corresponde a dos sujetos importantes en la labor de verificación a la información consignada en los libros de contabilidad a saber: a. La auditoría interna del fondo creada mediante el Decreto 2025 de 1996 y b. Los gestores de recaudo son el personal contratado por el ente administrador para visitar a los recaudadores, exigir el cobro, efectuar acuerdos de pago, verificar la contabilidad llevada por distintos intervinientes en la cadena de comercialización entre otras.

Apropósito de la reserva legal, se ha pronunciado la Superintendencia de Sociedades en el concepto 220-21631 de 2002, donde hace la siguiente referencia:

En efecto, la excepción que consagra el artículo 61 del Código de Comercio cobija taxativamente los libros y papeles del comerciante, mas no los estados financieros, que son el medio principal para suministrar información contable a quienes no tienen acceso a los registros de un ente económico, en los términos del Decreto 2649 de 1993; otra cosa son los documentos que correspondan y sean tomados de los referidos libros y papeles que obren en poder de esta entidad en virtud de la inspección y vigilancia que la misma ejerce, los cuales ahí sí, por la reserva legal que los ampara, no son susceptibles de ser examinados o de entregarse copia de ellos, como es el caso de los anexos, que contienen información directamente tomada de los libros, en los cuales está vertida la discriminación efectiva de las cuentas y registros sobre los movimientos económicos del comerciante, amén de que se trata de información que la sociedad no está obligada a revelar sino en la medida en que le sea requerida por la entidad en desarrollo de sus atribuciones.

De acuerdo a lo anterior, para que una persona se encuentre en la obligación de exhibir su información contable deberá allegarse la auto-

rización judicial o deberá mediar la voluntad del comerciante de realizar por su voluntad la exhibición. Al respecto es importante anotar que el Decreto 2025 de 1996 es enfático al dar la autorización de los libros de contabilidad al ente administrador del fondo, mediante la Auditoría Interna, quien es la facultada para realizar la certificación de la deuda, sin embargo, en la práctica el gestor de recaudo realiza la visita y se remiten los resultados de la inspección a la el organismo de control interno para que realice la certificación.

Ahora bien, es importante resaltar que el personal que realiza las visitas a los obligados al pago y al recaudo de la cuota de fomento, en todas las oportunidades no pueden hacer un efectivo estudio de la documentación contable, lo anterior en razón de que en muchas oportunidades se encuentran con establecimientos donde se lleva un cuaderno informal donde se hacen registros a mano alzada y otras veces porque las personas se niegan a mostrar la información requerida. Lo anterior en virtud de la reserva legal que tiene dicha información en virtud del artículo 61 de Código de Comercio colombiano “Los libros y papeles del comerciante no podrán examinarse por personas distintas de sus propietarios o personas autorizadas para ello, sino para los fines indicados en la Constitución Nacional y mediante orden de autoridad competente (...)”.

3.3 Pasos para la constitución del título.

No siendo efectiva la realización de la visita por sí misma, en caso de renuencia en el pago o traslado de la contribución, el ente administrador buscó como solución solicitando a la Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales – DIAN, sin embargo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3 del decreto 2025 de 1996, esta iniciativa no fue viable, puesto que las autorizaciones para realizar visitas de auditoría a los libros contables se darán siempre y cuando estas se requieran en la Ley de creación de la contribución parafiscal y en la Ley 118 de 1994 no se existe ningún requerimiento de autorización expresa “Cuando así lo requiera la ley que establezca la respectiva contribución, el representante legal de la entidad administradora del correspondiente Fondo Parafiscal, solicitará al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, autorización para efectuar visitas de inspección a los libros de contabilidad, soportes contables y registros de los sujetos de la contribución y de las entidades recaudadoras.”

En esta línea ha dado respuesta la DIAN a los múltiples requerimientos realizados por Asohofrucol. Vale la pena citar a manera de

ejemplo el derecho de petición del 16 de agosto de 2016, con número de radicado: 000E2016028191, dirigido a la Subdirección de Gestión de Fiscalización Tributaria, donde se solicita “(...) En particular hemos tenido dificultades para que nuestro recaudador (...) suministre información detallada de sus compras de frutas y hortalizas durante el año 2015. Por tal motivo requerimos que formalmente se le solicite a (...), solicitud de visita de inspección de libros, para la semana del 29 de agosto al 02 de septiembre de/16 (...)”. (SIC) La respuesta remitida al administrador del fondo mediante oficio No. 100-211-229-1327 fue negativa por las siguientes motivaciones:

“(...) Ahora bien, la Ley 118 de 1994, por la cual se establece la Cuota de Fomento Hortifrutícola, no estableció en ninguno de sus artículos, que el Representante Legal de la entidad administradora del Fondo Parafiscal solicitara al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, autorización para efectuar las visitas de inspección a los libros de contabilidad, soportes contables y registros de los sujetos de la contribución de las entidades recaudadoras.

(...) En consecuencia el Fondo Nacional de Fomento Hortifrutícola no necesita autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público o su delegado para efectuar visitas de inspección a los libros de contabilidad, soportes contables y registros de los sujetos de la contribución, toda vez que el Gobierno Nacional lo facultó para realizar visitas sin que medie aprobación de ninguna otra entidad”.

En el mismo sentido, la DIAN se pronunció en los oficios No.100-211-229-1171, 100-211-229-0045, 100-211-2291327, 100-211-229-1171, en los cuales se reitera la autonomía de la realización de visitas de inspección a los libros de contabilidad de los sujetos obligados al pago y al recaudo de la cuota de fomento.

En este punto desde la Asesoría Jurídica se implementaron varias acciones con el propósito de generar eficacia en el requerimiento y la obtención de la información contable que permitiera la constitución del título ejecutivo y poder recuperar las cuotas adeudadas. El primer paso que se siguió fue remitir derechos de petición donde se buscó persuadir al recaudador con las disposiciones contenidas en la Ley Estatutaria 1581 de 2012 artículo 10 “Casos en que no es necesaria la autorización. La autorización del Titular no será necesaria cuando se trate de: a) Información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial (...)”.

Lo que permitía en ocasiones una respuesta favorable respecto de la información solicitada, sin embargo, como se dijo anteriormente este ejercicio se realiza de manera persuasiva, en consideración a que Asohofrucol, es una entidad privada sin ánimo de lucro que representa a los productores de frutas y hortalizas del país y si bien ejerce funciones administrativas no es una entidad pública o administrativa que ejerza dichas funciones.

En efecto esta respuesta positiva de algunos obligados al pago y al traslado de la cuota parafiscal es un gran alivio, en consideración a que evita el desgaste judicial y del personal que, desde la dirección de recaudo, junto con la asesoría jurídica, realizan las funciones de cobro y de recopilación de la información contable.

El derecho de petición en Colombia es regulado por la Ley 1755 de 2015, “Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. En la mencionada norma se enmarcan los términos en los cuales deben resolverse las peticiones respetuosas dirigidas tanto a las entidades públicas como a las privadas, artículo 14, adicionalmente, se reserva el capítulo III capítulo para desarrollar lo relacionado al derecho de petición interpuesto ante organizaciones e instituciones privadas, donde en efecto se faculta a negar el acceso de información en los casos sometidos a reserva legal. A propósito, en Sentencia T-487 de 2017, la Corte Constitucional, reiteró que el ejercicio del derecho de petición se rige por las siguientes reglas y elementos de aplicación

- 1) El de petición es un derecho fundamental y resulta determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa.
- 2) Mediante el derecho de petición se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos de acceso a la información, la libertad de expresión y la participación política.
- 3) La respuesta debe satisfacer cuando menos tres requisitos básicos: (i) debe ser oportuna, es decir, debe ser dada dentro de los términos que establezca la ley; (ii) la respuesta debe resolver de fondo el asunto solicitado. Además de ello, debe ser clara, precisa y congruente con lo solicitado; y (iii) debe ser puesta en conocimiento del peticionario.

- 4) La respuesta no implica necesariamente la aceptación de lo solicitado, ni se concreta necesariamente en una respuesta escrita.
- 5) El derecho de petición fue inicialmente dispuesto para las actuaciones ante las autoridades públicas, pero la Constitución de 1991 lo extendió a las organizaciones privadas y en general, a los particulares.
- 6) Durante la vigencia del Decreto 01 de 1984 el término para resolver las peticiones formuladas fue el señalado por el artículo 6 del Código Contencioso Administrativo, que señalaba un término de quince (15) días para resolver, y en los casos en que no pudiese darse la respuesta en ese lapso, entonces la autoridad pública debía explicar los motivos de la imposibilidad, señalando además el término en el que sería dada la contestación.
- 7) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. En sentido concurrente, el silencio administrativo es prueba de la violación del derecho de petición.
- 8) La falta de competencia de la entidad ante quien se plantea el derecho de petición no la exonera del deber de responder.
- 9) La presentación de una petición hace surgir en la entidad, la obligación de notificar la respuesta al interesado.

Al respecto en vista del silencio de algunos productores e intervinientes en la cadena de comercialización, la Asociación no cuenta con más vías frente al derecho de petición, ya que, sin embargo, de considerarse un derecho fundamental, solo tiene protección vía tutela mientras se cumplan los requisitos expuestos en la Ley 1755 de 2015.

Como se comentó, y no obstante los derechos de petición enviados son protegidos mediante el mecanismo de Tutela, esta procede cuando se trata de garantizar derechos fundamentales, y en este caso como es evidente no se le está vulnerando ningún derecho fundamental al administrador del fondo. Máxime cuando lo solicitado se encuentra sujeto a reserva a saber:

a. Los documentos relacionados con las actividades de compra de frutas y hortalizas:

- Acceso al sistema de información contable para verificación de los productos parametrizados en el mismo, con el fin de iden-

tificar si corresponden o no con los productos gravados con la cuota parafiscal de fomento Hortifrutícola.

- Listado de proveedores con NIT o cedula, con el fin de verificar la realización de la respectiva retención
- Libros auxiliares del registro de compras de frutas y hortalizas que incluyan terceros, fecha de la compra, documentos, valor y retención practicada; esto en la medida que el sistema lo permita, de no tener software contable presentar el reporte que haga sus veces y donde se evidencie la información solicitada.
- Acceso al archivo documental de las compras a proveedores, facturas sobre las cuales se harán las verificaciones de integridad que sean pertinentes.
- Pagos de las contribuciones efectuadas al Fondo Nacional de Fomento Hortifrutícola.
- Registro de los recaudos para el cumplimiento de las obligaciones formales que señala el artículo 5 del Decreto reglamentario 3748 del 12 de noviembre de 2004.

b. Los documentos relacionados con la exportación de frutas y hortalizas:

- Listado de proveedores
- Declaraciones de exportación
- Facturas de exportación
- Listado de productos exportados, con el fin de identificar si corresponden o no con los productos gravados con la cuota.
- Libros auxiliares contables de clientes o ingresos, esto con el fin de verificar el valor de las facturas de exportación.
- Acceso a los archivos documentales de las exportaciones, facturas de compra y venta; sobre las cuales se harán las verificaciones de integridad que sean pertinentes.
- Pagos de las contribuciones efectuadas al Fondo Nacional de Fomento Hortifrutícola.
- Registro de los recaudos para el cumplimiento de las obligaciones formales que señala el artículo 5 del Decreto reglamentario 3748 del 12 de noviembre de 2004.

c. Los documentos relacionados con el procesamiento de frutas y hortalizas:

- Listado de proveedores con Nit o cedula
- Listado de clientes con Nit o cedula
- Declaraciones de exportación, en caso de que el producto sea exportado
- Facturas de exportación
- Listado de productos procesados
- Determinación del costo sobre el cual se liquida la cuota de fomento hortifrutícola, así como el listado de auxiliares y documentos contables, en los que se pueda corroborar la información relacionada con el movimiento de inventarios, compras y demás relacionados.
- Acceso al archivo documental de las facturas de compra y venta, sobre las cuales se harán las verificaciones de integridad que sean pertinentes.
- Pagos de las contribuciones efectuadas al Fondo Nacional de Fomento Hortifrutícola.
- Registro de los recaudos para el cumplimiento de las obligaciones formales que señala el artículo 5 del Decreto reglamentario 3748 del 12 de noviembre de 2004.

Por las razones anotadas y no habiendo un soporte efectivo para el cobro de las sanciones que dispone la Ley 118 de 1994, se implementaron otras estrategias, respecto de las cuales hace mención el Informe de Gestión del año 2017 del Fondo Nacional de Fomento Hortifrutícola, publicado en la página de Asohfrucol, que hace la siguiente mención al respecto:

Dentro del componente Legal continúa impactando al fortalecimiento del debido recaudo de la Contribución Hortifrutícola, la falta de herramientas coercitivas que permitan el acceso directo a la información del recaudador y a la obligatoriedad de reportar la información correspondiente a los recaudos efectuados. Lo anterior con pleno conocimiento y reporte a la Junta Directiva del Fondo Nacional de Fomento Hortifrutícola, en donde continua en estudio y validación el proyecto de decreto reglamentario presentado por el ente administrado al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural desde el

año 2016. A efectos de contrarrestar este problema se han adelantado acciones y nuevas estrategias que mitiguen el problema, así dentro del componente Jurídico, y con ocasión de la mejora de los procesos y procedimientos de la organización, los profesionales del derecho, gestores de recaudo, adelantan acciones judiciales y extrajudiciales como pruebas anticipadas, a saber; Interrogatorio de parte, exhibición de documentos, libros de comercio, y testimonios, así como acciones de cobro, cobros persuasivos, y cobros pre jurídicos; al igual que, la presentación de créditos, y seguimiento en casos de procesos especiales de Liquidaciones Voluntarias, Liquidaciones Judiciales, Acuerdo de Reestructuración y demás procesos ante la superintendencia de Sociedades. Todo lo anterior en procura de garantizar un debido recaudo de la Contribución Parafiscal Hortifrutícola. (Asohofrucol. Informe de gestión año 2016 Fondo Nacional de Fomento Hortifrutícola).

La anterior intención del administrador del fondo no se materializa de una forma sencilla, puesto que la efectividad de las pruebas extraprocesales depende del arbitrio de la asistencia o no del citado, de acuerdo a las consideraciones que se expondrán a continuación:

Las pruebas anticipadas en el ordenamiento colombiano se encuentran reguladas en el Código General del Proceso – CGP en el capítulo IX y pretenden recaudar material probatorio que será utilizado en un próximo proceso judicial, así las cosas entre otras encontramos, las mencionadas en el Informe de Gestión del año 2017 del Fondo Nacional de Fomento Hortifrutícola a saber: Interrogatorio de parte, exhibición de documentos, libros de comercio, y testimonios.

En el ejercicio práctico de la asesoría jurídica prestada al fondo durante los años 2016 a 2019, se pudieron evidenciar multiplicidad de talanqueras para la práctica de las mencionadas pruebas, en consideración en consideración a que las razones que se imponen por la inasistencia del convocado no tienen un funcionamiento práctico a favor del administrador como se explicará a continuación:

En primer lugar, respecto de los interrogatorios de parte, son regulados por el CGP, por los artículos 200 – 210 y 294, de la lectura de las mencionadas disposiciones se puede inferir que se puede citar a una persona a absolver bajo juramento un interrogatorio que tenga relación con los hechos que materia del proceso. Dicha diligencia será oral y el peticionario deberá formular un máximo de 20 preguntas por escrito en sobre abierto o cerrado, ahora bien, la sanción por la falta de comparecencia de manera injustificada por parte del citado hará presumir que las

preguntas dispuestas en sobre cerrado son ciertas. Ahora bien, para los efectos de determinar las cuotas dejadas de pagar no es posible generar una obligación clara expresa y exigible mediante meras suposiciones ya que el cuestionario quedaría para efectos prácticos con una formulación de preguntas que a manera de ejemplo podrían ser las siguientes:

1. ¿Diga cómo es cierto sí o no, que usted no ha efectuado el debido traslado de los aportes de la contribución parafiscal?

(Para este caso no se tiene claro desde cuando tiene la obligación de hacerlo, puesto que para efectos de realizar un ejercicio práctico Asohofrucol notifica a sus recaudadores y desde allí comienza el cobro, sin embargo, la Ley 118 de 1994 dice que se genera a partir de la primera operación en la que intervengan los productos grabados).

2. ¿Diga cómo es cierto sí o no, que usted se encuentra en mora del traslado de la contribución parafiscal hortifrutícola?

(En este supuesto tampoco se podría indicar un monto y hacerlo valer como cierto).

Así las cosas, no es conducente el interrogatorio de parte para la constitución de un título ejecutivo.

En segundo lugar, se menciona la exhibición de documentos y libros de comercio, regulada en los artículos 297 y 283- 288, al respecto se puede indicar que esta es una prueba pertinente pues permite la verificación de los libros contables y permite en el ejercicio de la auditoría determinar los montos adeudados. Ahora bien, suceden dos cosas al respecto: a. que la parte no asista a la diligencia en el despacho judicial o que habiéndose trasladado el despacho al establecimiento de comercio se rehúse a exhibir la información solicitada. Al respecto de la renuencia a la exhibición, es regulada en el artículo 285, el cual solo relaciona dos tipos de sanciones, la primera, frente al opositor que no tiene justificación, frente al cual se tendrán por ciertos los hechos que quien pidió la exhibición pretenda probar, siempre que estos sean susceptibles de prueba por confesión y la segunda respecto de los terceros que se oponen o rehúsan a la práctica de la prueba, los cuales serán multado de cinco a diez salarios mínimos legales mensuales.

De la exposición anterior, nuevamente la Asohofrucol como administrador del fondo, se atenderá a la buena voluntad del convocado, en consideración a que no tiene como obtener una confesión en caso de inasistencia de la contraparte, pues en su contabilidad solo se reflejan

sus movimientos, no tiene acceso a libros que le permitan hacer cruces de información de las transacciones realizadas por los intervinientes en la cadena de comercialización.

Como tercera opción, se encuentra mencionado el testimonio en el Informe de Gestión citado líneas atrás, pero como ya se indicó no es posible establecer el monto de la deuda, ni su causación de tiempo, modo y lugar mediante confesión.

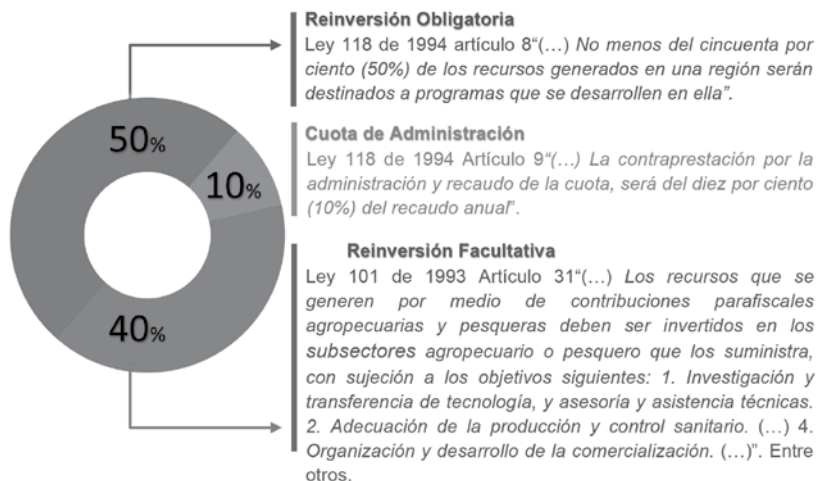
Finalmente con respecto a las pruebas, el fondo intentó la práctica de inspecciones judiciales, las cuales se encuentran reguladas en el CGP en los artículos 244 – 250, en efecto esta prueba fue encontrada conducente para recopilar la prueba, pues en este caso el juez, traslada el despacho judicial al establecimiento de comercio para recopilar la información solicitada, sin embargo, en consideración a la complejidad de la materia y en razón de que la verificación de la contabilidad solo puede ser realizada por un profesional en la materia, se designaba un auxiliar de la justicia “perito”, que en este caso sería un profesional contador al cual se le indicaría auditar los libros contables.

La designación del perito mencionado corresponde con la fijación de unos honorarios que remuneren su labor a costa de la parte que solicita la prueba y muchas veces estos honorarios superaban el monto de la deuda. Esta situación acontece en la medida que el administrador del fondo no puede determinar de manera anticipada el monto de la deuda, tampoco puede proyectarla porque no tiene conocimiento de los volúmenes de las transacciones realizadas por determinado comercializador o exportador por ejemplo y tampoco puede adivinar si va o no en ultimas a encontrar una posible deuda porque puede ocurrir que en la inspección se encuentre con que en efecto se comercializaban naranjas, pero estas corresponden a un producto importado el cual no está gravado. Debe recordarse que estos dineros recaudados son públicos y debe procurarse la mejor inversión, so pena de las sanciones a que haya lugar por la mala destinación de los mismos, entonces se concluyó que no se podía dejar estas situaciones a la suerte y hacer pagos de honorarios de un auxiliar de la justicia que posiblemente podrían salir más onerosos que la deuda a recuperar, por lo que en suma esta prueba de dejó de practicar a mediados del 2018.

3.3 Estructura de inversión

Asohofrucol como administrador del fondo hortifrutícola además de ejercer las funciones de recaudo de la cuota de fomento hortifrutíco-

la, debe realizar la inversión en el mismo sector del que proviene la parafiscalidad. Al respecto se enuncian los porcentajes de inversión y las normas que regulan la materia en la gráfica que se presenta a continuación:



Fuente: elaboración propia.

Nótese entonces que se dispone de una reinversión obligatoria en en la misma zona y con relación a los mismos productos de los que procede la parafiscalidad hortifrutícola. De tal manera que si se trata de piña oro-miel (calidad del producto) procedente de Santander, la cuota que se recaude deberá invertirse en esta región y este producto. Es entonces cuando surge la siguiente duda ¿cómo sabe el administrador del fondo la procedencia de las contribuciones para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 118 de 1994?

Pues en efecto, el Decreto 3748 en su artículo 5 dispone que los recaudadores de la cuota de fomento hortifrutícola están obligados a llevar un registro contable de las sumas recaudadas con las siguientes características “ 1. Nombre e identificación del sujeto pasivo de la Cuota de Fomento Hortifrutícola. 2. Fecha y número del comprobante de pago de la Cuota de Fomento Hortifrutícola. 3. Especie de fruta u hortaliza sobre la cual se paga la cuota. 4. Municipio en donde se origina la Cuota de Fomento Hortifrutícola. 5. Cantidad del producto que causa la Cuota, señalada en kilogramos. 6. Valor recaudado. PARÁGRAFO. Este mismo registro deberá ser llevado por la entidad

administradora del Fondo Nacional de Fomento Hortifrutícola, incluyendo además el nombre e identificación del recaudador” (Subrayado fuera de texto)”.

Sobre el particular el administrador del fondo ha dispuesto dos tipos de formatos para el registro de la información, los cuales deben ser diligenciados por el recaudador y remitidos ya sea de modo físico o digital a la entidad, una vez se realice el traslado de los dineros, los cuales están dispuestos en su página web. Y al respecto de lo anterior, se debe indicar que en la práctica esto tampoco sucede, si ya de por sí se está dispuesto a la buena voluntad del recaudador en trasladar los dineros correspondientes a la cuota de fomento es más pretencioso aún obligarlo a llevar un registro en los mencionados términos.

V. Conclusiones

A lo largo del ensayo se han planteado algunas dificultades que el administrador del Fondo Nacional de Fomento Hortifrutícola debe afrontar para hacer efectivo el recaudo de la contribución parafiscal. La falta de sanciones efectivas frente a la renuencia o el retardo en el pago o traslado de la cuota de fomento hacen que el administrador recaude menos de lo que en realidad sería posible reinvertir en el sector con el propósito de fomentar la formalización, tecnificación, protección, promoción del agro; así como el aumento de la eficiencia y competitividad, el fortalecimiento de la política social para el mismo y el amparo para los campesinos productores de frutas y hortalizas están condicionados por el alcance de los recursos producto del recaudo de las contribuciones parafiscales del sector, el cual es limitado, por la falta de eficacia y eficiencia del desarrollo normativo nacional, lo cual trae como consecuencia el cerrar muchas oportunidades de impulso agrario en nuestro país, ahondando así la inequidad del sector rural frente a otros sectores.

No es objeto de discusión la efectividad o no del administrador del fondo en el ejercicio de las funciones de recaudo, que pudiese llegar a generar que el estado asuma de manera directa esta administración, lo que ocurre es que frente a la falta de educación y compromiso tributario de los contribuyentes no es posible controlar la evasión con normas que son en últimas descriptivas y no traen consecuencias que puedan en la práctica hacerse efectivas.

Desde la visión práctica que se desarrolló en los temas de asesoría jurídica al fondo, se pudo evidenciar que la colaboración entre las

entidades y el engranaje de esfuerzos, puede mitigar el impacto de la falta de sanciones efectivas por lo que podrían probarse soluciones como:

- a. Si bien es cierto que la norma de constitución no dispone la autorización ni el acompañamiento de la DIAN en las visitas de inspección realizadas por el administrador del fondo a los sujetos obligados al pago o al recaudo. Bien podría generarse de oficio, es decir por mera liberalidad de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, un acompañamiento y asesoramiento en la auditoría contable.
- b. Se propone que en los procesos de contratación celebrados entre el estado en cualquiera de sus ramas y algún interviniente de la cadena de comercialización de los productos gravados con el recaudo de la contribución hortifrutícola, para participar en los procesos de selección dispuestos en la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes, se exija la paz y salvo del recaudo de la parafiscalidad expedido por el administrador del fondo.
- c. También es posible proponer una modificación en la exigencia de requisitos para la exportación de los productos sujetos al recaudo e incluirse el paz y salvo del traslado del recaudo.
- d. En últimas y con el objeto de que el recaudo sea en realidad efectivo, puede considerar el estado ser el directo administrador y generar una jurisdicción coactiva que le permita el cobro directo del recaudo en los casos de renuencia o mora en el traslado de la contribución.

La figura de la parafiscalidad podría denominarse como novedosa, no en el sentido de su surgimiento, sino respecto a la falta de implementación por parte de los países hermanos latinoamericanos y en general para que cualquier país pueda implementarla de manera eficiente se deben buscar alternativas que obliguen de una manera efectiva tanto al obligado al pago como al obligado al recaudo. Esto en consideración a la imperante necesidad de protección que requiere el sector campesino y recordando que en esta parte del hemisferio tenemos vocación productora. Al respecto debe anotarse que al menos en Colombia la población rural se ve sometida a las luchas de los grupos al margen de la Ley, al desplazamiento forzado, a la falta de acceso al

crédito, a la falta de garantías de estabilización laboral, inclemencias del clima entre otras. Así que se propone acoger las bondades de la intención del legislador colombiano en el sentido del robustecimiento del sector campesino, pero de la mano de creaciones normativas que sean efectivas y permitan hacer llegar la inversión de manera correcta y completa.

Referencias bibliográficas

- Asohofrucol (2018). Procedimiento de identificación, acompañamiento y visitas a recaudadores. Recuperado de: [http://www.asohofrucol.com.co/leytransparencia/RE-PR-001_Identificacion_vinculacion_acompa%C3%B1amiento_visitas\(V5\).pdf](http://www.asohofrucol.com.co/leytransparencia/RE-PR-001_Identificacion_vinculacion_acompa%C3%B1amiento_visitas(V5).pdf)
- Asohofrucol (2018). Procedimiento de análisis, verificación, seguimiento y control al recaudo de la cuota de fomento hortifrutícola. Recuperado de: [http://www.asohofrucol.com.co/leytransparencia/RE-PR-003_Analisis_verificacion_seguimiento_control_recaudo_\(V5\).pdf](http://www.asohofrucol.com.co/leytransparencia/RE-PR-003_Analisis_verificacion_seguimiento_control_recaudo_(V5).pdf)
- Asohofrucol (2018). Informe de gestión año 2016 Fondo Nacional de Fomento Hortifrutícola. Recuperado de: http://www.asohofrucol.com.co/LeyTransparencia/Informe_Gestion_2017_FNFH.pdf
- Borjas. Recuperado de: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDPUB/6/rd-pub_1981_6_5-33.pdf
- Código de Comercio. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html
- Código General del Proceso. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html
- Decreto 2025 de 1996. Recuperado de: faolex.fao.org/docs/pdf/col88278.pdf
- Decreto 3748 de 2004. Recuperado de: faolex.fao.org/docs/texts/col48699.doc
- Decreto 111 de 1996. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0111_1996.html
- Decreto 2649 de 1993. Recuperado de: <https://niif.com.co/decreto-2649-1993/>
- Ley 76 de 1927. Recuperado de: www.nuevaleyegislacion.com/files/susc/cdj/conc/l_76_27.doc
- Ley 101 de 1993. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0101_1993.html
- Ley 118 de 1994. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0118_1994.html
- Ley 726 de 2001. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0726_2001.html
- Ley 1755 de 2015. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1755_2015.html
- Plazas. (2000). Derecho de la hacienda pública y derecho tributario. Bogotá D.C., Colombia: EDITORIAL TEMIS S.A.

- Sentencia C- 152 de 1997. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-152-97.htm>
- Sentencia C-307 de 2009. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-307-09.htm>
- Sentencia C-364 de 2000. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-364-00.htm>
- Sentencia C 604 de 2012. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-604-12.htm>
- Sentencia T- 487 de 2017. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-487-17.htm>
- Superintendencia de Sociedades (2002). Recuperado de: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/Forms/AllItems.aspx?Paged=TRUE&p_SortBehavior=0&p_Created=20131015%2020%3A30%3A19&p_ID=6708&PageFirstRow=3101&&View=%7BEAE8426B-CDA1-4DF9-B481-9C8230A0C09D%7D

**El principio de justicia como
fundamento alternativo
de la indexación judicial
de las obligaciones pecuniarias**

**The principle of justice as an
alternative basis
of judicial indexation
of pecuniary obligations**

Adriana Krupij Márquez

Profesora de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de los Andes
(Venezuela). Jefa de la Cátedra de Derecho Civil III Obligaciones.
adrianakrupij@hotmail.com

Recibido: 19/06/18
Aprobado: 18/11/18

Resumen

El objeto del presente artículo es analizar el fundamento legal de la indexación que la sustenta en materia civil, proponiendo una alternativa distinta a la que hasta ahora le ha servido de base, aportando un nuevo criterio que consolide la explicación del alcance y necesidad de la indexación, adecuándolo al Estado democrático y social de Derecho y de Justicia consagrado en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Se propuso acudir como soporte de las decisiones judiciales a los principios generales del derecho, específicamente a la justicia, pues se cuenta con la base constitucional y legal para ello.

Palabras clave: Derecho Civil, obligaciones pecuniarias, indexación judicial

Abstract

The purpose of this article is to analyze the legal basis of the indexation that sustains it in civil matters, proposing a different alternative to the one that has served as its basis until now, providing a new criterion that consolidates the explanation of the scope and necessity of the indexation, adapting it to the democratic and social State of Law and Justice enshrined in article 2 of the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela. It was proposed that the general principles of law, specifically justice, should be used as support for judicial decisions, since there is a constitutional and legal basis for this.

Keywords: Civil Law, pecuniary obligations, judicial indexation

1. El principio de justicia como fundamento alternativo de la indexación judicial en las obligaciones pecuniarias

En nuestro derecho positivo las obligaciones pecuniarias se rigen por el principio nominalístico, según el cual un bolívar es independiente de las fluctuaciones que experimente el valor real del dinero.

Dicho principio está consagrado en el artículo 1737 del Código Civil (CCV), en los siguientes términos:

La obligación que resulta del préstamo de una cantidad de dinero, es siempre la de restituir la cantidad numéricamente expresada en el contrato.

En caso de aumento o disminución en el valor de la moneda, antes de que esté vencido el término del pago, el deudor debe devolver la cantidad dada en préstamo y no está obligado a devolverla sino en la moneda que tenga curso legal al tiempo del pago.

El citado precepto sustantivo es de gran utilidad y conveniencia para las partes de un contrato cuando las condiciones económicas que le sirven de contexto son estables; empero, cuando se tiene una economía inestable a merced de los vaivenes de procesos inflacionarios, la situación cambia de matiz.

Lamentablemente, este último es el caso de Venezuela, que desde hace un poco más de tres décadas viene sufriendo el terrible fenómeno de la inflación, que trae como consecuencia otro no menos grave, el de la depreciación de la moneda nacional, lo cual repercute en las obligaciones pecuniarias. Según esa incidencia, no es lo mismo que se pague al acreedor una cantidad de dinero hoy a que se le pague dentro de dos años, puesto que la inflación produce como efecto, la pérdida del poder adquisitivo del dinero. Indudablemente, en el momento posterior, esta persona no podrá adquirir con esa suma de dinero la misma cantidad de bienes y servicios que

podía obtener dos años antes, debido a la mengua experimentada por la moneda en ese período¹³.

En un contexto de depresión de la economía con tendencia al alza generalizada de los precios, es fácil advertir los efectos injustos que conllevan para el acreedor de una obligación pecuniaria, la aplicación del principio nominalístico, pues el mismo no contempla los cambios que se producen en la economía desde el momento en que se perfeccionó el contrato hasta el momento de su ejecución.

Por esta razón, en la práctica judicial se implementó la aplicación del método indexatorio, que persigue corregir los efectos que la inflación causa en las obligaciones que tienen por objeto sumas de dinero. En esta materia, la sentencia pionera es de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia de 1992 y solo para caso de que el deudor hubiese incurrido en mora¹⁴.

Como consecuencia de lo anterior, si el deudor de una obligación dineraria paga al término establecido en el contrato, tendrá que pagar la cantidad numéricamente expresada en el mismo, tal como lo establece el artículo 1737 CCV; en cambio, cuando el deudor paga después de que esté vencido el término, se abre la posibilidad para el acreedor de solicitar la actualización de la prestación debida por su deudor.

Es entonces la interpretación a *contrario sensu* del mencionado artículo, el fundamento legal en que se apoyaron los magistrados de la Sala Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia para aplicar la indexación. En efecto, el artículo establece el pago bajo el principio nominalístico cuando el deudor paga antes de que esté vencido el término del pago, no así cuando el deudor ha incurrido en mora.

El objeto del presente trabajo es precisamente analizar el fundamento legal de la indexación en materia civil, proponiendo una alternativa distinta a la que hasta ahora le ha servido de base para intentar aportar un nuevo criterio que consolide la explicación del alcance y necesidad de la indexación judicial, adecuándolo al Estado social de derecho y de

¹³ Losada, en la obra *Inflación y Derecho* señala: "En el lenguaje corriente las personas tienden a hablar de inflación cuando observan aumentos de precios de los bienes y servicios. Esta observación simple, es incompleta. El alza de precios está en la definición de inflación, pero sólo podemos identificar ésta con propiedad cuando tal aumento se mantiene durante un cierto tiempo: descartamos así las subidas de precios accidentales o de corta duración y que no reflejen una tendencia generalizada". (p. 15)

¹⁴ Sentencia del 30 de septiembre de 1992 de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia. *Inversiones Franklin y Paúl SRL contra R. Montilla*.

justicia consagrado en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV).

2. La indexación de las obligaciones pecuniarias

La indexación tal y como se viene practicando en nuestros tribunales, se inscribe dentro de un principio más amplio como lo es el valorismo, según el cual las obligaciones pecuniarias se cumplen entregando al acreedor en el momento del pago, una cantidad de dinero representativa del valor de la moneda como consecuencia de la inflación¹⁵.

Cabe advertir que no se debe confundir la indexación con la indemnización del mayor daño. La primera es un mecanismo judicial de ajuste por inflación de la obligación pecuniaria una vez que el deudor incurre en mora; mientras que la segunda, a pesar de que también procede en caso de mora del deudor, se diferencia de aquella porque no está referida al ajuste de la obligación por la depreciación de la moneda como consecuencia de la inflación, sino que hace referencia a los daños mayores que puede sufrir el acreedor como consecuencia de la mora y que no alcanzan a ser cubiertos con el interés moratorio establecido por el legislador.

En sentencia del 30 de septiembre de 1992 se define la indexación de la siguiente manera:

Indexar viene a constituir la acción encaminada a actualizar el valor del daño sufrido, al momento de ordenar su liquidación, corrigiendo así la pérdida del poder adquisitivo de la moneda por su envilecimiento como efecto de los fenómenos inflacionarios (CSJ/SCC Sentencia del 30/09/1992. JRG, tomo CXXII).

En referencia a los mayores daños, la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia se pronunció como sigue:

La Sala considera importante destacar, que los mayores daños, no consisten automáticamente en una indemnización de ajuste por inflación. Los mayores daños son aquéllos efectivamente sufridos y demostrados por el acreedor, los cuales pueden mayores o menores que el

¹⁵ Rodner define el valorismo en su obra *El dinero* (2005) de la siguiente manera: "Es lo opuesto al nominalismo. Según el valorismo, las obligaciones de dinero se deben cumplir mediante la entrega al acreedor de una cantidad de dinero representativa, a la fecha del pago, del valor de la contraprestación recibida. En el nominalismo, el quantum es la cantidad nominal fijada al momento del nacimiento de la obligación; según el valorismo el *quantum*, de la obligación, en dinero, debe ser igual a la contraprestación a la fecha del pago" (p.443).

ajuste por inflación. Por otra parte, es importante determinar que para la procedencia de la indemnización del mayor daño, éste hay que probarlo. (CSJ/SPA Sentencia del 30/04/1998. JPT, Año XXV)

De lo anterior se deduce que aunque las dos figuras proceden en caso de mora del deudor, se trata de conceptos diferentes, con enunciados, fundamentos, medios probatorios, alcance y resultados disímiles, por tanto, no deben ser confundidos. En el presente trabajo, se está haciendo alusión solo a la indexación judicial.

3. Fundamento normativo de la indexación

La indexación no está prevista en nuestra legislación civil, por tal razón no tiene fundamento legal expreso que la regule.

En esta materia se está en presencia de una laguna legal. Esto es muy fácil de comprender si se hace una retrospectiva hasta 1942, la época de la promulgación del Código Civil vigente en materia de obligaciones. Los legisladores de entonces no previeron la indexación porque la economía venezolana era estable. Durante muchos años nuestro país gozó de una gran estabilidad de precios y crecía con bajas tasas de inflación. En este sentido, baste con recordar el interés legal establecido para el caso de mora del deudor: 3% anual¹⁶.

Si el interés moratorio estaba establecido en un índice tan bajo, es señal de que el índice inflacionario también lo era, siendo así las cosas, difícilmente el legislador pudo haber sido lo suficientemente previsor para crear una figura como la indexación, que es la respuesta a un fenómeno desconocido hasta entonces.

Con el paso del tiempo las condiciones económicas en nuestro país cambiaron, produciéndose en la economía un giro tan brusco que hoy Venezuela se sitúa como uno de los países con la inflación más alta del mundo. Este proceso inflacionario puede trazarse a partir de 1974, cuando se cuadruplicaron los precios del petróleo y en lo sucesivo, debido a distintas causas que no serán abordadas en este estudio por

¹⁶ El artículo 1277 del Código Civil Venezolano, consagra: "A falta de convenio en las obligaciones que tienen por objeto una cantidad de dinero, los daños y perjuicios resultantes del retardo en el cumplimiento consisten siempre en el pago del interés legal, salvo disposiciones especiales. Se deben estos daños desde el día de la mora sin que el acreedor esté obligado a comprobar ninguna pérdida". Por su parte, el artículo 1746 ejusdem consagra el interés legal en los siguientes términos:

"El interés es legal o convencional.

El interés legal es el tres por ciento anual".

escapar del objetivo del mismo; pero lo cierto es que derivaron en el posicionamiento de Venezuela entre los primeros lugares del ranking mundial de inflación.

Un escenario como el descrito, en el que la indexación no fue contemplada por el legislador y una inflación galopante azotaba la economía del país, hizo que los juristas venezolanos se ocuparan del tema hace un poco más de tres décadas para dar solución a los casos de depreciación monetaria en las obligaciones pecuniarias.

De allí que un sector doctrinario consciente de la injusticia que representaba el pago de una obligación pecuniaria luego de que el deudor hubiese incurrido en mora, en la misma cantidad de signos monetarios a la inicialmente pactada, impulsó la aplicación de la indexación judicial. En esta dirección se encuentra Luis A. Gramcko, quien fue uno de sus propulsores:

El artículo 1737 del Código civil dispone en su único párrafo que el aumento o disminución en el valor de la moneda no incide o influye en la obligación contraída si ocurre antes de que esté vencido el término del pago, lo que por razonamiento en contrario indica que si la variación en el valor de la moneda en que se va a pagar la obligación ocurre después de la fecha o tiempo establecido, es factible el ajuste que establezca el equilibrio roto por el aumento o disminución en el poder adquisitivo de la misma. (Gramcko, 1992: 41)

Este ha sido el criterio acogido por la jurisprudencia en materia civil, tal como se acotó anteriormente; sin embargo, el mismo no goza de aceptación pacífica en el foro nacional.

A este respecto, Rodner ha señalado:

El valorismo se incorpora en la jurisprudencia venezolana en dos formas. En primer lugar, existe una interpretación según la cual el artículo 1737 del Código Civil venezolano debe leerse como estableciendo el nominalismo como un principio aplicable, siempre y cuando la obligación de dinero no esté en mora; después de la mora, la obligación de dinero se convierte (según el criterio sostenido por la CSJ venezolana) en una obligación de valor. Esta es una forma de valorismo *ex post mora*. (Rodner, 2005: 460)

Esta posición de la jurisprudencia ha sido criticada por el citado autor, quien al respecto ha señalado:

En nuestra opinión, la interpretación de la jurisprudencia venezolana es equivocada. En efecto, la disposición del único aparte del artículo 1737

del Código civil no debe leerse como estableciendo, por argumento a contrario, que en caso de disminución en el valor de la moneda, el deudor está obligado a devolver una cantidad distinta a la cantidad tomada en préstamo. Tampoco tiene sentido afirmar, como lo hizo la entonces Corte Suprema de Justicia, que después de la mora las obligaciones de dinero sufren un cambio en su naturaleza jurídica transformándose en obligaciones de valor. (Rodner, 2005: 136)

Considera que la indización judicial o valorismo judicial deben eliminarse y en cambio adoptarse el concepto de los mayores daños, los cuales tienen su fundamento en el derecho común. En este sentido, si el acreedor logra demostrar que el retardo culposo del deudor en el cumplimiento de la obligación le ha causado daños mayores al 3% de interés anual previsto por el legislador como interés legal, tiene derecho a la indemnización de los mismos. De esta posición participan Enrique Lagrange y José Melich Orsini.

En relación con la sentencia pionera en materia de indexación antes referida, Melich hace una observación crítica en cuanto al fundamento en que se apoyaron sus autores y refiere:

La tesis de la sentencia de casación del 30 de septiembre de 1992 y de las que se han apoyado en la misma, descansa sobre el mecanismo de interpretación que se llama a contrario (qui decit de uno negat de altero o también inclusio unis, exclusio alterus), mediante el cual de una norma excepcional, esto es, dictada sólo para ciertos casos se extrae como implícito o latente, por aplicación del adagio *exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*, una regla general contraria. Pero a propósito del uso de tal forma de argumentar observa Coviello: “antes de recurrir a ese argumento, es necesario indagar, la índole de la norma que se quiere interpretar; el argumento sólo puede dar resultados satisfactorios cuando la norma resulta excepcional frente a un principio de derecho expreso o implícito en el sistema legislativo, pero diverso siempre del que quiere inferirse. Sin embargo, el argumentar a contrario no conduce siempre a resultados exactos, aún si se trata de disposiciones excepcionales; el argumento a contrario usado sin tener en cuenta si una norma determinada es susceptible de interpretación extensiva conduciría a falsear la intención del legislador. Por lo tanto, el argumento a contrario es válido en general cuando se emplea para deducir una norma general de una norma excepcional que se refiera a casos no contemplados por la letra de la ley ni por el espíritu de la ley, aunque presente grandes semejanzas con los previstos por la norma. El mismo argumento puede también ser válido cuando se pruebe previamente

que la letra de una disposición excepcional no puede extenderse, no ya por la índole de la norma, sino por el hecho de que la intención del legislador se ha manifestado adecuadamente” (Melich, 1997: 646) (Cursivas en el original).

En opinión de Melich, la norma del artículo 1737 del Código Civil no es una norma excepcional frente a algún principio de derecho del sistema legislativo y mucho menos lleva implícito el principio del valorismo en las obligaciones pecuniarias. En palabras del autor: “el absurdo de la inferencia en que se basa la aludida sentencia de casación del 30 de septiembre de 1992 parece protuberante” (Ibíd).

En un sentido quizá más radical se pronuncia Michelena citado por Baumeister al referir:

El citado fallo carece de sustentación. El aludido argumento de la Corte de que la ratio de la norma es el de sancionar al deudor moroso y no al que no lo es, no es correcto. El propósito de la norma es el de aplicar un único principio a todo supuesto de variación del valor de la moneda. El verdadero sentido de la disposición en que se basa el fallo de la Corte, difiere totalmente del que le atribuye el fallo comentado. La desaparición del valor oro de la unidad monetaria o plata en las piezas cuya acuñación prevé la Ley vigente, hace la disposición del aparte único del artículo 1737 y el propio 1738, casi inoperante, pero ello no puede autorizar el atribuirle un sentido que no corresponde con la intención del legislador. Para la fecha de entrada en vigencia del Código Civil, no eran desconocidos procesos inflacionarios tan graves o más graves que los actuales, como los de Alemania, Francia e Italia, con motivo de la Primera Guerra Mundial y, no obstante ser ello así, el legislador no expresó en ninguna forma un propósito de atribuir consecuencias a la eventualidad de un proceso de ese tipo (Baumeister, 1994: 141).

El autor entiende que el valor a que hace referencia la norma en comentario, no es el valor adquisitivo de la moneda determinado por el nivel del precio de los bienes y servicios imperante en el mercado. A juicio del autor, la norma se refiere al valor legal de las piezas monetarias en metal precioso —bien sea oro o plata— por tal razón considera que al desaparecer el valor oro o plata de la unidad monetaria, prácticamente se vació de contenido el único aparte del artículo 1737 del CCV.

En las líneas anteriores se deja ver el rechazo que existe en un sector doctrinario acerca del fundamento normativo de la indexación en la jurisprudencia nacional. La polémica que ha suscitado esta figura en el

foro, no alcanza solo a su fundamento, ha llegado más lejos, al punto de su negación¹⁷; sin embargo, la posición dominante en la doctrina y en la jurisprudencia reconoce la necesidad de su aplicación.

En consecuencia, en la búsqueda de un fundamento plausible se han esbozado distintos criterios en la jurisprudencia. Además del argumento a contrario del artículo 1737 del CCV, también se ha mencionado en algunas sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, el artículo 1184 ejusdem que consagra el enriquecimiento sin causa. Sin embargo, no se han desarrollado los principios contenidos en esta fuente de obligación, por tanto no ha pasado de ser una mención. Asimismo, en sentencia del mismo Tribunal de fecha 20 de marzo de 2006 se estableció que se dejaba atrás el principio nominalístico expresado en el artículo 1737 del CCV, procediéndose a ordenar no la entrega de la cantidad de dinero numéricamente expresada en el contrato, sino el de una cantidad equivalente al valor de la suma prestada originalmente a la fecha del pago, cuando debido a la mora del deudor, el acreedor procede a demandarlo. En consecuencia, si se trata de asuntos contractuales, en una situación inflacionaria como la nuestra, la pérdida del valor de la moneda equivale a un daño previsible, consagrado en el artículo 1274 del CCV, puesto que la inflación en nuestro país es un fenómeno previsible.

A pesar de que existen diferentes criterios, vale decir que el que ha tenido mayor acogida en la jurisprudencia es el inicialmente señalado, esto es, la interpretación a contrario del artículo 1737 del Código Civil.

En cuanto a esta clase de argumento, Cisneros afirma que:

Se basa en la presunción de que si el legislador ha regulado expresamente una hipótesis, entonces esa regulación se refiere a esa hipótesis y sólo a ella, para su aplicación se rechaza a cualquier otro caso distinto al expresamente contemplado por el legislador. (Cisneros, 2012: 76)

Según el citado autor, el argumento a contrario se basa en la voluntad de legislador racional, del cual se deduce excluir de esa regulación

¹⁷ Tal es la posición que ha expresado Baumeister en *Inflación y Derecho* (1994): "Así pues, para nosotros, cuando se trata de un caso que deba analizar el juez bajo la mira de que se trate de obligaciones dinerarias, necesariamente tendrá que aplicar la Ley, bajo los principios del Nominalismo, sin extenderse más allá en su pronunciamiento, con o sin la correspondiente petición formulada por las partes, no pudiendo corregir injusticia alguna producto de la inflación, ni aun bajo la excusa de la equidad o la buena fe, so pena de no infringir las normas de derecho que regulan la materia" (p.155).

otros supuestos del mismo género que a primera vista hubieran quedado incluidos.

Este tipo de argumento sirve de base a las interpretaciones restrictivas, tratando de disminuir los efectos de una norma.

A pesar de ser un argumento muy utilizado por los jueces, Zerpa advierte que el mismo debe ser empleado con precaución para no correr el riesgo de caer en interpretaciones erróneas, al respecto señala:

Es un recurso que se utiliza con bastante frecuencia, sólo que se debe tener cuidado porque las relaciones que pueden haber entre una regla general y una excepción respecto al argumento a contrario, van a crear dificultades si lo usamos mal. Por ejemplo, si se trabaja con una regla general es muy posible que no se deba recurrir al argumento a contrario, ello porque la aplicación de reglas generales casi siempre nos conduce a que se use el argumento por analogía, a lo que la regla general no dice; mientras que cuando se trabaja con excepciones, entonces si va a resultar más sencillo utilizar los argumentos a contrario, porque se está dentro de la excepción que es regla estricta o rigurosa. (Zerpa, 2002: 189)

Esto coincide con la posición de Melich, al sostener que la argumentación a contrario es correcta para las normas excepcionales, no así para las generales y que la norma contenida en el artículo 1737 del CCV no es excepcional, al contrario, es un principio general de las obligaciones pecuniarias, por tal razón podría hacerse mal uso de este tipo de argumentación.

Si además de lo anterior se toman en cuenta las recomendaciones que ofrece Zerpa cuando existen dudas acerca de cuál argumento emplear, señalando que pueden hacerse combinaciones de las distintas clases de argumentos mayormente utilizados por quienes ejercen labores judiciales¹⁸, podría lograrse la argumentación sólida que se desea. Al respecto comenta:

Se utiliza el argumento a contrario, pero se le refuerza con otros argumentos, se pone el elemento histórico y se hace referencia a cualquier otro, ya que con el conjunto de argumentos la tesis resulta mejor elaborada y produce mayor fuerza persuasiva en el lector de la decisión. (Zerpa, 2002: 191)

¹⁸ Zerpa, en su ponencia recogida en la obra *Curso de capacitación sobre razonamiento judicial y argumentación jurídica* de 2002, analizó los quince argumentos que, de acuerdo con una sistemática, son reconocidos como los más usuales en las tareas de quienes están haciendo labores jurisdiccionales.

En el caso de la indexación judicial, si además del argumento a contrario se quisiera hacer una combinación con el argumento histórico y con el teleológico, por ejemplo, el resultado conduciría por caminos muy distintos al de la actualización de la obligación pecuniaria en caso de mora del deudor.

Como consecuencia de las disertaciones anteriores, surge la inquietud de proponer al principio justicia como una alternativa de fundamento de la indexación. No cabe duda que en tiempos de economía inflacionaria como la de Venezuela, cuyos índices alcanzan los niveles más altos de la historia, es justo que se aplique el método indexatorio a las obligaciones pecuniarias, de manera que la pérdida del poder adquisitivo del dinero repose sobre el deudor, pues de lo contrario sería estimular la mora del mismo, pero bajo un fundamento que tenga mayor solidez argumentativa.

La justicia como fundamento de la indexación tiene anclaje en el propio CCV en su artículo 4, pues este ordena resolver las controversias que se presenten entre particulares acudiendo a los principios generales del derecho cuando se presenten lagunas legales, tal como resulta con la indexación.

El mencionado artículo establece:

A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador.

Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho.

Nuestro CCV contempla la forma en que debe interpretarse y dispone a qué fuentes debe acudir el juez, siempre que no le sea posible resolver una controversia aplicando una disposición precisa de su cuerpo normativo; así, señala en primer término la interpretación gramatical, en segundo lugar la aplicación de la analogía y en último término, a

¹⁹ En esta materia se debe señalar que los últimos índices inflacionarios publicados por el Banco Central de Venezuela son del año 2015, en los que se calculó la cifra de inflación anualizada en 141,5%, es decir, que no se cuenta con un índice actualizado, lo que en estos tiempos de crecimiento acelerado de la inflación como los actuales representa la negación del propósito de la indexación, cual es la actualización de la prestación debida por el deudor.

falta de ley, se habrá de resolver conforme a los principios generales del derecho.

En opinión de Lastra al respecto:

Los principios generales del derecho aparecen como el complejo de ideas y creencias que forman el pensamiento jurídico de un pueblo en un momento determinado de su historia. En tal sentido, no hay, pues derecho sin principios. Puede considerarse que el criterio y fundamento adecuado para la investigación de dichos principios se encuentra tan sólo en aquél cuerpo de doctrina general acerca del derecho, que no es la obra artificiosa de un pensador aislado, sino que corresponde a una verdadera y sólida tradición científica, íntimamente ligada a la génesis de las leyes vigentes. (Lastra, 1996: 44)

Lo anterior resalta la importancia de los principios generales del derecho que son utilizados por los jueces, los legisladores, los creadores de doctrina y por los juristas en general, bien sea para crear normas, integrar lagunas legales o para interpretar normas jurídicas, de ahí que cumplen diversas funciones, entre las que cabe señalar:

1. Función creativa, que implica para los legisladores conocer los mismos antes de crear la norma, de manera que queden recogidos en ella.
2. Función interpretativa, la cual conlleva a su aplicación al momento de interpretar una norma que pueda resultar ambigua o imprecisa.
3. Función integrativa, referida al procedimiento aplicado para completar un sistema incompleto, eliminando la laguna de que pueda padecer un ordenamiento jurídico.

Siendo entonces que una de las funciones de los principios generales del derecho es integrar las lagunas del ordenamiento jurídico y que el legislador patrio reconoce este procedimiento, los jueces pueden acudir a estos para resolver los conflictos de depreciación monetaria en las obligaciones dinerarias.

Si se comparte con Mendonca que argumentar es “ofrecer una razón o un conjunto de razones en apoyo de cierta conclusión. Los argumentos son, así, intentos de apoyar ciertas afirmaciones o decisiones con razones” (Mendonca, 2000: 165), se destaca la necesidad de razonar la decisión para que la misma sea persuasiva y logre convencer al auditorio.

En el presente se han utilizado los términos interpretación y argumentación considerando que se trata de un proceso que está compuesto de dos fases; en la primera, la interpretación es un ejercicio en solitario del juez que persigue encontrar el fundamento adecuado de su decisión; en tanto que la segunda es un ejercicio en conjunto que se practica sobre la base de una lengua, que es la plasticidad exterior del razonamiento que tienen los contendores en la querella de que se trate y que persigue lograr la persuasión del contendor; en el caso del juez, lograr el convencimiento del auditorio. Cabe advertir que a pesar de que se han empleado por separado ambos términos, se está consciente de la estrecha relación que existe entre ambos.

Sin embargo, hay autores que sostienen que no se debe seguir hablando de interpretación, puesto que se trata de un proceso propio del modelo decimonónico que ya ha sido sustituido por la argumentación. Siguiendo esta posición se encuentra Vigo:

La argumentación es el nuevo nombre para explicar la tarea judicial que viene a remplazar al decimonónico de la interpretación, y ello reiteramos porque el derecho y el Estado han cambiado sustancialmente, lo que torna difícil conservar aquél concepto cuando ya no refleja semánticamente lo que se pretendía. De todas maneras recordemos que nos movemos en un terreno convencional en donde cabe insistir con la interpretación como sinónimo de la argumentación y por ende abarcando la actual tarea judicial de escoger y argumentar a favor de alguna de las respuestas ofrecidas por el derecho. (Vigo, 2008: 6)

Vigo considera que debe ser tomada en cuenta; no obstante, se prefiere optar por el reconocimiento tanto de la interpretación como de la argumentación. En todo caso, lo importante es que se razonen las decisiones y no se produzcan sentencias meritorias de críticas como las que se presentan a continuación.

En sentencia del 9 de junio de 2011 la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia resolvió:

Es necesario entonces destacar, que la motivación de la decisión debe demostrar con suficiencia, que es producto del derecho en vigor, tal como lo comprenden las instancias superiores de los tribunales de la República y la opinión de los juristas calificados. Así, toda la estructura argumentativa de la sentencia, debe tender a hacer comprender, que la decisión adoptada por el jurisdicente, responde a estas exigencias.

De tal forma que motivar es justificar la decisión tomada proporcionando una argumentación convincente e indicando lo bien fundado de la opción adoptada por el juez al resolver la controversia. Por ello debe explicar con claridad las razones del fallo de una manera que transmita certeza y seguridad a los litigantes, de que la sentencia no es una toma de posición arbitraria, ya que no basta que la decisión parezca equitativa: es preciso además que se produzca ajustada con el derecho en vigor.

[...]

Lo anterior evidencia que en el presente caso es imposible saber con claridad cual fue el fundamento y la operación intelectual que en definitiva utilizó el sentenciador para llegar a la conclusión de que la indexación era procedente, por lo integralmente vago, impreciso, discordante e incoherente que fue su razonamiento, lo que impide a esta Sala controlar su legalidad que es el fin último de la motivación... (TSJ/SCC. Sentencia del 9 de junio de 2011. JRG, Tomo CCLXXVI).

Esta sentencia, además de hacer énfasis en la importancia de la argumentación en líneas generales, hace referencia en particular al fundamento de la indexación, que es el eje en torno al cual gira este trabajo. De la misma se evidencia las deficiencias que aún en la actualidad existen en relación al mismo²⁰.

Después de casi veinte años de la sentencia pionera en esta materia, se producen decisiones en las que se concede la indexación sin saber bajo qué fundamento y sin ofrecer las razones por las que el juzgador arribó a tal conclusión.

El empleo de la argumentación a partir de los principios generales del derecho —y más específicamente de la justicia— podría contribuir a proveer a la indexación judicial del soporte que requiere para que no resulte una mera arbitrariedad del juzgador, por supuesto teniendo presente que ello requiere de argumentos que den razón de por qué se está recurriendo a este tipo de interpretación y no a otra, tratando de persuadir al auditorio, de manera que tal como lo sostiene Zerpa: “Ante la duda de que hayan diversas soluciones, podamos hacerlo que se adhiera a una de esas posibles soluciones y encuentre buenas razones para que la elección sea razonable, plausible y posible”. (Zerpa, 2002: 166)

²⁰ Ver Sentencia del 9 de junio de 2011 (TSJ-Casación Civil) BFC Banco Fondo Común, C.A. Banco Universal contra Sistemas Micrográficos de Venezuela, C.A. “SISMIVECA” y otro.

Siguiendo al autor citado en lo referente al uso de los referidos principios como argumento de las decisiones judiciales, plantea:

No hay maneras de redactar leyes si primero no se piensa en los principios. Las leyes son siempre el desarrollo de principios a casos particulares, de manera que la labor se desarrolla a la inversa. No es que los principios adquieren importancia cuando no encuentro textos expresos ni se consigue aplicación analógica, sino que es al revés: es que la construcción de todo el sistema, las bases del sistema son los principios y hoy día la doctrina, la teoría contemporánea del derecho, hace mucha insistencia con los principios generales del derecho. (Zerpa, 2002: 267).

En este mismo sentido se pronuncia Troconis, quien considera que los mencionados principios constituyen principios elementales del orden jurídico y de la protección dinámica de los derechos fundamentales, expresando lo que sigue:

Todo ello ha dado lugar a un cambio de perspectiva en la interpretación del orden jurídico, donde el centro de gravedad no es la ley sino los principios del orden constitucional. Estos principios ya no son un medio al que se acude “si hubiere todavía dudas”, como prescribe el artículo 4 del Código Civil. A ellos debe acudir en primer lugar, no en último lugar. (Troconis, 2002: 406).

Siguiendo las palabras de Atienza, se puede afirmar que la doctrina ligada al Estado de derecho legal invocaba estos principios generales pero fundamentalmente para cumplir la función interpretativa del texto legal, más ello debe superarse por completo en tiempos del Estado de derecho constitucional, donde el derecho es centralmente una práctica argumentativa.

Retomando a Zerpa en lo que atañe a este punto, se tiene:

Ese tema tiene extraordinaria importancia, hablar hoy día de valores o hablar de principios es de especial interés en materia de interpretación de la Constitución; lo cual va a hacer objeto del siguiente módulo. Tiene una especial relevancia, por eso TARELLO, incluyó este argumento a partir de los principios generales o analogía iuris. (Zerpa, 2002: 268)

En este sentido, la argumentación basada en los principios generales del derecho en definitiva parte de la CRBV, pues esta contiene los valores y los principios que se deben desarrollar para darle coherencia a un sistema jurídico.

Haciendo referencia a la importancia en la interpretación de los valores y principios que la CRBV consagra, Vilorio afirma:

...hay que relacionar el quehacer interpretativo/argumentativo del juez penal con los valores superiores del ordenamiento jurídico, reconocidos expresamente por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; y los adjetivos calificativos de la administración de justicia enunciados en el mismo Texto Fundamental (Viloria, 2016: 62)

Aunque el autor citado hace referencia al juez penal, su afirmación alcanza a los jueces de las distintas competencias; por tal razón, vale para el tema tratado y sirve de preámbulo para enunciar los artículos de nuestra Carta Magna que deben ser desarrollados por los jueces en la materia que nos ocupa.

La CRBV en su artículo 2 consagra:

Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, 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.

Este artículo junto con otros que ya serán mencionados, podría constituir el fundamento constitucional de la indexación, pues en él se consagran los valores y los principios de nuestro sistema jurídico. El planteamiento de la noción de Estado de justicia permite al juzgador rechazar cualquier norma del ordenamiento jurídico que contravenga este postulado²¹. Esto como resultado del efecto impregnación o irradiación del texto constitucional que demanda el estudio y análisis de las distintas figuras del derecho a partir de los cánones constitucionales que emergen de dicho postulado.

En este sentido, Ramos y Lara siguiendo a Prieto, hablan del “desbordamiento constitucional” y lo explican como sigue:

...esto es, la inmersión de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico como una norma suprema. Los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución a través del legislador, sino que lo hacen directamente, y, en la medida en que ésta (la Constitución) disciplina numerosos aspectos sustantivos, ese acceso se produce de modo

²¹ Véase Delgado en su obra *La Idea de Derecho en la Constitución de 1999*. Desarrolla la noción de Estado de Derecho y Estado de Justicia, p.16.

permanente, pues es difícil hallar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional. Según Prieto, detrás de cada precepto legal hay siempre una norma constitucional que lo confirma o lo contradice (Ramos y Lara, 2012: 24)

En el caso de la indexación, como ya se ha expuesto, existe un vacío legal pero para los detractores de la misma; el artículo 1737 del CCV que consagra el principio nominalístico impide hacer cualquier tipo de reajuste en la prestación del deudor independientemente de las fluctuaciones económicas que se hayan presentado en torno al contrato y al desequilibrio prestacional que lo afecte. De hacerse una interpretación constitucional que evoque el principio de justicia consagrado en el artículo 2 de la Carta Magna, se resolvería la grave injusticia que acarrea para al acreedor tener que recibir una suma de dinero empobrecida debido a los embates del pernicioso fenómeno de la inflación, cuanto más si se toma en cuenta, que el deudor ha incurrido en mora y el pago no se hizo en el momento oportuno debido a hechos imputables a su persona.

En este orden de ideas, Ramos y Lara expresan:

Las normas constitucionales ya no despliegan su eficacia a través de la ley, sino lo hacen de forma directa e independiente; y pasan a asumir la función de normas ordenadoras de la realidad que los jueces ordinarios pueden y deben utilizar como parámetros fundamentales de sus decisiones.

Lo antes expresado resulta muy importante a los efectos de nuestro análisis, pues en la actualidad no podría ningún juez decidir caso alguno, sin atender primero a los principios y valores que integran el orden constitucional... (Ramos y Lara, 2012: 25)

Criterios como los anteriormente expuestos permiten al juzgador romper el rigor formalista y hacer una interpretación que satisfaga el fin de justicia que persigue el derecho y que consagra nuestra Constitución.

Para ahondar un poco más en relación al artículo en comento es importante traer a colación las consecuencias que Melo ha expresado se derivan del mismo:

... la primera es que: como lo propone la teoría de la neoconstitucionalidad, la validez de las normas jurídicas no se completa con haber observado el procedimiento previsto en la Constitución para su promulgación, ya que se pretende, además, que la norma desarrolle los valores superiores que se mencionan en el texto constitucional y que estos valores estén

garantizados en la práctica por los jueces. La segunda conclusión es que los jueces deben utilizar a la Constitución, como referencia obligatoria para la interpretación del ordenamiento. (Melo, 2012: 258)

Esto implica que los jueces deben tener presente a la Constitución en el proceso interpretativo y de darse una colisión entre la ley y el cuerpo constitucional, este último debe prevalecer; de esta manera, la interpretación y argumentación constitucional se constituye en la cúspide de la pirámide de todo sistema jurídico y requiere de técnicas, métodos y teorías incluso de carácter filosófico que puedan ofrecer respuestas adecuadas a las controversias que se presenten. Actualmente esta materia se encuentra en pleno proceso de desarrollo.

Otro artículo de nuestro texto fundamental que debe ser citado en esta materia es el 26, referido al acceso a la justicia, el cual reza:

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

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

Esta disposición establece la tutela judicial efectiva, presentando al Estado como garantista de la misma, otorgándole a la justicia el papel protagónico que debe tener en todo sistema jurídico. Ahora bien, para lograr esto, se requiere que el juez tenga un rol activo en el proceso de interpretación-argumentación.

En el mismo orden de ideas, se debe destacar el artículo 257 ejusdem relativo a la eficacia procesal, el cual establece:

El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

Este artículo contiene la declaración de que la finalidad del proceso es la justicia. En refuerzo de esta idea se pronuncian Ramos y Lara:

En nuestra opinión, esta disposición supone un cambio de paradigma con relación al sistema de justicia preconstitucional, caracterizado por

la preponderancia de un rigor formalista, en el cual la justicia quedaba satisfecha con una solución procesal apegada a la ley. (Ramos y Lara, 2012: 25)

En sentido similar, Jiménez citado por Melo precisa:

El juez debe saber que es un intermediario entre las necesidades sociales y las normas, de modo que cualquier método de interpretación que desfavorezca el proceso de actualización normativa, se convierte en instrumento de negación de justicia. En otras palabras, si el proceso de interpretación no incluye los valores superiores y los derechos humanos, se aplica una camisa de fuerza a la norma jurídica, que queda inmovilizada dentro de su propia estructura lingüística, sin que sea posible adaptarla a la realidad social que regula. (Melo, 2012: 260)

En el fundamento de la indexación, objetivo del presente trabajo, se hace palpable la necesidad de que el juez cumpla con el rol de intermediario del que habla Jiménez, por tanto, se requiere que incluya en sus interpretaciones sobre la materia, los valores superiores y principios contenidos en la CRBV, pues de lo contrario, su sentencia sería nugatoria de la justicia.

A este modelo de interpretación, a partir de los principios axiológicos sobre los cuales reposa la Constitución —según Melo—, se le identifica como una forma de corriente post positivista principalista.

En cuanto a labor de mediación del juez entre la realidad social y la norma, Sacristán se manifiesta de la siguiente manera:

Las normas que debe aplicar el juzgador son cambiantes y la cadena de situaciones sociológicas que influyen en las leyes y, por supuesto, en los jueces que si no están avezados en la impronta del cambio social, pueden producir con sus decisiones el pernicioso divorcio entre la realidad social y la anacrónica norma jurídica, determinando una ucronía que, por un lado produce en el justiciable una sensación de desamparo y, por otro, un desajuste sociopolítico de consecuencias imprevisibles (Sacristán, 1999: 48). (Negritas añadidas).

El referido autor hace énfasis en la necesidad de armonizar la norma con la realidad social del tiempo en que se aplica. Si bien es cierto que se debe tomar en cuenta la intención del legislador al tiempo de crear la norma, esto no debe servir como freno para interpretaciones progresistas que den cuenta de las nuevas concepciones jurídicas. Al respecto señala:

La norma no puede interpretarse de una forma aislada sino que debe serlo a través de lo contextual, lo histórico y lo social. La Mens legislatoris de los días de su promulgación debe inspirar la objetivación actual, es un salto de mentalidad. El juez que no esté preparado con tal avío no podrá adoptar en su decisión las nuevas concepciones jurídicas.

[...]

Ahora bien, la realidad social no es sólo su contenido sociológico sino que está signada de contenido jurídico. Y este no puede ser otro que la asunción por el intérprete de los valores constitucionales... Lo que se desea es que los juzgadores que se sitúan entre los poderes sean hombres vivenciales, asequibles a la modernidad, diseñadores de la realidad social, pero siempre teniendo presente la juridicidad permanente, pues la justicia no puede estar al socaire de fugaces veletas sino de una realidad consolidada como valor supremo (Sacristán, 1999: 49) (Negritas añadidas).

Lo anterior destaca que la aplicación del derecho requiere de una fundamentación a partir de los principios generales del derecho y a estos se les reconoce la verdadera importancia que tienen en un sistema jurídico, pues no se trata sólo de la función integradora que cumplen para colmar las lagunas legales que tiene el ordenamiento jurídico, sino de incorporarlos en la actividad hermenéutica del juez.

En concordancia con los aspectos anteriormente mencionados, se considera pertinente traer a colación la noción de *argumentación principialista* que ofrece Vigo:

A partir de la distinción entre norma o regla y principio postulada en autores como Alexy o Dworkin, este argumento consiste en justificar invocando a un principio que forma parte del derecho vigente per se o propio vigore sin necesidad de test de origen desde el cual se puede inferir la exigibilidad jurídica de una cierta conducta como la mejor según las posibilidades o fácticas implicadas en el caso. El operador jurídico respalda su premisa o conclusión desde ese principio jurídico que tiene una dimensión regulatoria y que goza de capacidad justificatoria. (Vigo, 2008: 37)

La justicia se erige como un principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, entonces podría constituir la base que requiere la indexación para ser acordada por el juez con suficiente capacidad justificatoria en aquellos casos en que se estén ventilando intereses privados, incluso de oficio en procesos en los que no haya sido solicitada por el accionante en su libelo de demanda, como hasta entonces se venía practicando, ya que

debido a un cambio de criterio en esta materia, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia —de fecha 6 de julio de 2017— estableció que los jueces podrán ordenar la indexación de oficio en casos en que el debate judicial consista en intereses y derechos privados en los que efectivamente sea procedente²².

Ahora bien, referirse al concepto de justicia resulta ser una tarea muy complicada porque no existe uno, sino muchos conceptos de justicia y la valoración de cada uno de ellos es una cuestión subjetiva, siendo este carácter intrínseco al concepto mismo.

A pesar de esta dificultad, hay quienes han propuesto un concepto o por lo menos han presentado su punto de vista al respecto. A continuación se presentarán algunos de ellos, pero se debe acotar que siendo este un tema tan prolífico, no se profundizará en el mismo, pues escapa a los objetivos del presente artículo.

Respecto a la justicia Sacristán ha expresado:

Difícil tarea es la de decidir sobre lo que es la justicia, pero no por ello lo vamos a dejar olvidado en los recovecos de las teorías de más enjundia. Para nosotros la justicia es eficaz cuando lo es el proceso debido. Y como el Estado y la Constitución contemplan el Poder Judicial como tutelador de la justicia en la medida de que ese Poder sea ejercido correctamente se trasladará esa eficacia a la eficacia de la justicia. Y dentro de este entramado existe el poder personal de Jueces y Magistrados, existe el aspecto funcional del órgano y el soporte material del sistema. Todo ello, a través de unas normas proteccionistas y de garantía que es el proceso debido. (Sacristán, 1999: 11)

Sacristán participa de la misma posición de Calamandrei:

...el proceso debe servir para conseguir que la sentencia sea justa, o al menos para conseguir que la sentencia sea menos injusta, o que la sentencia injusta sea cada vez más rara... no es verdad que el proceso no tenga finalidad, en realidad finalidad la tiene; y es altísima, la más alta que pueda existir en la vida; y se llama justicia. (Calamandrei, 1973: 208)

Por su parte, Dreier ofrece el siguiente concepto:

Justicia es aquella calidad de una acción, de un sujeto de acción, de una norma o un ordenamiento normativo, por medio de la cual se garantiza

²² Véase <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/julio/200775-RC.000450-3717-2017-16-594.HTML>

un buen orden de distribución y de compensación de bienes y cargas o se restablece este orden (Dreier, 1994: 7)

En la noción de justicia que proponen Calamandrei y Sacristán, la misma está ligada a la idea de eficacia. Para que tal eficacia se consolide, se requiere de un debido proceso y de un Poder Judicial que constituya verdaderamente una garantía judicial; en tanto que Dreier dirige su concepto a la distribución y compensación de bienes y cargas, en un sentido similar, se pronuncia Rawls —citado por Nino— quien luego de distinguir entre el concepto de justicia y las diversas concepciones de justicia sostiene:

El concepto de justicia se refiere a un balance apropiado entre reclamos competitivos y a principios que asignan derechos y obligaciones y definen una distribución apropiada de las ventajas sociales. A su vez, las concepciones de justicia son las que interpretan el concepto determinando qué principios determinan aquel balance y esa asignación de derechos y obligaciones. (Nino, 1996: 468)

Como se desprende de lo anterior, para Rawls la justicia está relacionada con la idea de asignación de derechos y obligaciones o beneficios y cargas entre los individuos de una sociedad, criterio que se compagina con la clasificación de justicia que se adapta al tema en desarrollo que es la justicia conmutativa, esto es, la justicia de intercambio o de indemnización que radica en las relaciones de los ciudadanos entre sí.

En relación con este punto, parece oportuno citar a Nino, quien al referirse a la justicia declara:

Pocas ideas despiertan tantas pasiones, consumen tantas energías y tienen tanto impacto en todo lo que los seres humanos valoran como la idea de justicia. Sócrates a través de Platón sostenía que la justicia es una cosa más preciosa que el oro y Aristóteles, citando a Eurípides, afirmaba que ni la estrella vespertina ni la matutina son tan maravillosas como la justicia (Nino, 1996: 467).

Expresiones como las anteriormente citadas permiten apreciar la importancia de la justicia en muchos tipos de discursos que van desde juegos infantiles hasta discusiones religiosas, morales y, por supuesto, jurídicas. A la vez permiten comprender el rango constitucional que tiene en el ordenamiento jurídico con las consecuencias que ello implica, que es en definitiva lo que guarda relación con el tema aquí desarrollado.

Retomando la idea de justificar una decisión judicial a partir de los principios generales del derecho y más específicamente, en la justicia, debe decirse que se reconoce la posibilidad de su manipulación para lograr el resultado deseado, debido a su generalidad y abstracción, lo cual ha creado cierto temor en la comunidad jurídica respecto al empleo de los mismos como base para resolver una controversia.

Minimizar, o mejor aún, eliminar este temor es tarea del juez, quien con la interpretación y argumentación que haga, ofrezca una solución plausible. Esto va inexorablemente unido a la noción del mejor juez posible. Viloria, citando a Giuliani, destaca las virtudes que debe reunir el juez para lograr tal objetivo:

La perspectiva ética emparenta algunas virtudes personales del juez de tipo funcional como la honestidad, seriedad, sentido de la justicia, empatía, capacidad argumentativa, de escucha, compromiso con el pluralismo, prudencia, conciencia autocrítica, esfuerzo de mejoramiento, capacidad de estudio, transparencia, coherencia, buena fe, fortaleza y conocimiento profundo del Derecho (Viloria, 2016: 61) (Cursivas añadidas).

Siguiendo a Viloria en este sentido;

...virtudes estas que como se viene afirmando en los Foros Internacionales de Ética Judicial forman parte de la noción del mejor juez posible, y representan cualidades o hábitos de conducta que caracterizan la excelencia profesional y trascienden el mero cumplimiento de las normas jurídicas (Viloria, 2016: 62) (Cursivas añadidas).

La ética del juez en este campo juega un rol fundamental, pues no se trata de alegar los principios generales del derecho valiéndose de su abstracción para cometer grandes atropellos en su nombre, produciendo decisiones anárquicas que no se correspondan con los fines del derecho, sino por el contrario, resolver en aras de la justicia los conflictos que se presenten. Al respecto, Troconis ha señalado:

...vistas las posibilidades manipulatorias en ámbito de la interpretación constitucional, la ética del intérprete juega un papel determinante. En efecto, como todos sabemos, la búsqueda del sentido de la norma se hace a partir del texto, a través de medios como el literal-gramatical, psicológico-voluntarista, lógico-sistemático, axiológico-teleológico y sociológico-realista, en el lenguaje de Haba; pero es el intérprete quien media entre el texto y el sentido, de modo que la interpretación depende, en último grado, de la recta ratio, de su rectitud de conciencia. (Troconis, 2002: 409)

Lo anterior refleja la necesidad de contar con jueces virtuosos, que alcancen el ideal del juez Hércules a que aspira Dworkin. No se trata de una utopía, se trata del deber que corresponde a estos operadores de justicia.

Si el potencial de pensar, reflexionar y razonar que deben tener los jueces se desarrollara conjuntamente con los valores éticos que los deben guiar, sin duda aumentaría su capacidad de interpretación y de argumentación produciendo mejores sentencias. La invitación es a desarrollar ese potencial.

Conclusión

Si bien es cierto que de la indexación judicial se ha venido hablando durante un tiempo considerable, es un tema que todavía no se ha agotado, cuanto más si se considera que en la actualidad venezolana se viven los tiempos más inflacionarios de la historia.

Siendo que el derecho se va nutriendo de los nuevos paradigmas, se puede decir, que se va formando por acumulación y no por exclusión. El presente trabajo propuso en materia de indexación, un fundamento normativo distinto al que hasta ahora se ha planteado en la práctica judicial, lo cual no significa sacrificar posturas diferentes, sino ofrecer una alternativa con la que pueden contar los operadores jurídicos para justificar sus decisiones a partir de los principios generales del derecho, específicamente en la justicia, pues se cuenta con la base constitucional y legal para poder hacerlo.

Se conoce el temor de recurrir a este tipo de interpretación, pero esto no puede constituir el freno que impida dar pasos hacia adelante en ese camino, pues la complejidad de las relaciones humanas hace que se presenten situaciones nuevas que no han sido previstas por el legislador por distintas razones y el juez no puede dejar de decidir so pretexto de no contar con una fórmula que encaje adecuadamente en la situación que se le está presentando. En este sentido, se debe recordar que el derecho no tiene la misma velocidad que la de los cambios sociales.

Todo ello obliga a los jueces a valerse de las interpretaciones-argumentaciones como la que se propuso en este espacio, que le permitan producir decisiones que se ganen el respeto de la comunidad jurídica, tan es así que se puede afirmar que la correcta o adecuada administración de justicia no es asunto solo de leyes sino de jueces buenos y probos.

Referencias bibliográficas

- Baumeister, A. (1994). Inflación y proceso. En *Inflación y Derecho*. Barquisimeto: Instituto de Estudios Jurídicos del estado Lara.
- Calamandrei, P. (1973). *Derecho Procesal Civil*. Instituciones de Derecho (Vol. III). Buenos Aires: Depalma.
- Cisneros, G. (2012). *Argumentación y Discurso Jurídico*. México DF: Editorial Trillas.
- Código Civil Venezolano. (26 de julio de 1982). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (24 de marzo de 1999). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.
- Delgado, F. (2008). *La idea del Derecho en la Constitución de 1999*. Caracas: Departamento de Publicaciones de la Universidad Central de Venezuela.
- Dreier, R. (1994). *Derecho y Justicia*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis SA.
- Garay, R. &. (1992, 2011). *Jurisprudencia Venezolana* (Vols. CXXII, CCLXXVI). (R. &. Garay, Ed.) Caracas.
- Gramcko, L. (1992). *Inflación y sentencia*. Valencia: Vadell Hermanos.
- Lastra, J. (1996). *Fundamentos del Derecho*. México DF: McGraw Hill.
- Losada, B. (1994). Inflación: causas, consecuencias, control inflacionario. En *Inflación y Derecho*. Barquisimeto: Instituto de Estudios jurídicos del estado Lara.
- Melich, J. (1997). *Doctrina general del contrato*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Mendonca, D. (2000). *Las claves del Derecho*. España: Editorial Gedisa.
- Nino, C. (1996). *Justicia*. En *El Derecho y la Justicia*. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Madrid: Editorial Trotta.
- Ramos, E., & Lara, L. (2012). *La conservación de los actos administrativos en el sistema jurídico venezolano*. Magistra (1).
- Rodner, J. (2005). *El dinero. obligaciones de dinero y valor, la inflación y la deuda en moneda extranjera*. Caracas: Editorial Anauco.
- Sacristán, I. (1999). *La justicia y su eficacia. De la Constitución al Proceso*. Madrid: Editorial Colex.
- Tapia, O. (1998). *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*. Caracas, XXV.
- Troconis, M. (2002). Argumentación jurídica y razonamiento judicial. *Curso de capacitación sobre razonamiento judicial y argumentación jurídica* (3).
- Vigo, R. (2008). Argumentación constitucional. México DF: Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Viloria, J. (2019). Implicaciones éticas del proceso de interpretación y argumentación informáticamente asistida en el Proceso Penal Venezolano. *Revista Electrónica de Conocimiento Libre* (14).
- Zerpa, L. (2002). La argumentación jurídica. En *Curso de capacitación sobre razonamiento judicial y argumentación jurídica*. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.

**Gerencia humanista en tiempos
de postmodernidad:
una configuración teórica
en el ámbito de la jurisdicción
penal venezolana**

**Humanist Management
in Postmodern Times:
A Theoretical Configuration
in Venezuelan Criminal
Jurisdiction**

Luis Enrique Yépez Silva
Juez Militar Séptimo de Control con sede en Barquisimeto, Estado Lara.
luiseyepetz07@gmail.com

Recibido: 07/08/2018
Aprobado: 05/12/18

Resumen

En este artículo se hace un recorrido por la gerencia humanista como conjunto de conocimientos y experiencias que se erigen como alternativa a ser aplicada en el ámbito del Poder Judicial. Para ello, los jueces y juezas deben considerar opciones que permitan el combinar el talento y las motivaciones de muchas personas para lograr metas que los individuos no podrían alcanzar actuando por sí solos. La gerencia judicial se concibe como el conjunto de interrelaciones que vive para garantizar la planificación, la organización, dirección y control; y su comunicación permite generar un beneficio a la sociedad como lo es el talento humano.

Palabras clave: Poder Judicial, planificación, gerencia humanista

Abstract

This article examines humanist management as a set of knowledge and experiences that stand as an alternative to being applied in the Judicial Branch. To this end, judges must consider options that allow them to combine the talents and motivations of many people to achieve goals that individuals could not achieve by acting alone. Judicial management is conceived as the set of interrelations that live to guarantee planning, organization, direction and control; and its communication allows generating a benefit to society as human talent is.

Keywords: Judicial Branch, planning, humanist management

Gerencia humanista en tiempos de postmodernidad: una configuración teórica en el ámbito de la jurisdicción penal venezolana

Plano introductorio

La importancia de las organizaciones dentro del Poder Judicial es determinante, tanto para el mismo sistema como para los actores que hacen vida activa de forma directa e indirecta; sobre ellos recae gran responsabilidad, motivado a los roles que representan, es por ello que su formación ha de ser continua y acorde con los nuevos paradigmas que emergen.

En este sentido, la gerencia humanista reúne conocimientos y experiencias a ser aplicados para la consecución de logros en el proceso de gestión, así surge como una alternativa que parte del reconocimiento a sí mismo y al poder de la tolerancia, la justicia como valor y el respeto, para convivir en armonía, donde los gerentes requieren la capacidad para comunicarse y crear un clima organizacional armónico.

Se puede decir, que ante el surgimiento de nuevos paradigmas gerenciales el humanismo toma fuerza como basamento que garantiza modificaciones en los estilos de gestión organizacional, en efecto se toma en cuenta la parte humana del individuo, como objetivo primordial al establecer el éxito de las organizaciones.

Motivado a lo anteriormente expuesto, los jueces y juezas deben considerar opciones que permitan el combinar el talento y las motivaciones de muchas personas para lograr metas que los individuos no podrían alcanzar actuando por sí solos.

Plano de desarrollo

En un sentido amplio, llamarse gerencia humanista al sentimiento individual y colectivo de una civilización en la que destaca de manera prominente la admiración, exaltación y elogio de la figura humana y el hombre, entendido éste no como figura masculina, sino como género

humano, en que florecen la cultura, el deporte, el arte y todo el quehacer humano se vuelve trascendente. Su objetivo es enaltecer la dignidad humana. En la Historia ha tenido lugar en muy pocas ocasiones: durante el siglo de oro en Grecia, retomado éste en el renacimiento europeo, el idealismo alemán y posteriormente en un sinnúmero de puntos aislados de la historia. Hoy atraviesa una profunda crisis.

La gerencia humanista en la actualidad, implica interrogantes muy particulares, ligadas a las características y objetivos de las organizaciones. El entorno en el que se desarrolla, es un entorno global que se encuentra en proceso acelerado de transformación constante y que incide en los parámetros en los que se mueve cualquier tipo de administración. Se refiere a las articulaciones administrativas y directivas de las organizaciones, que efectúan actividades de planificación, dirección y control, a objeto de utilizar sus recursos con la finalidad de alcanzar objetivos comúnmente relacionados con beneficios económicos y sociales.

Estas transformaciones afectan los planos económicos, políticos, tecnológicos. Los cambios de velocidad acelerada, así como la mayor profundidad de sus implicaciones, se presentan como el resultado de lo que se denomina complejidad. Por otra parte, un signo fundamental de ésta es la incertidumbre misma.

Sin embargo, la gerencia humanista de hoy, debe iniciar un cambio, con prácticas acorde a enfoques, tendencias y procesos con base a la construcción social, la concertación, la flexibilidad, el empuje y la utilidad de las instrucciones a fin de emprender la soberanía, de la participación y la formación para la toma de decisiones dentro de los miembros y las distintas dimensiones que integran una institución.

En tal sentido, el gerente contemporáneo o el Juez en sus funciones, debe estar guiado por una acción más humanista, que le permita cambiar sobre la marcha sus patrones de pensamiento autocrático, dependiente, poco creativo y facilitar el cambio en la organización que le permita desarrollar la toma de decisiones, la posibilidad de expandir las capacidades de acción de las personas que tiene a su cargo.

En correspondencia con las ideas antes expresadas, la gerencia humanista se enfoca tomando los postulados de la Teoría Humanista, la cual prorrumpió como un pensamiento en la crítica de las exploraciones del conductismo. Sus máximos representantes son Rogers (1980) y Maslow (1991), pioneros y principales contribuyentes. Este enfoque

considera al individuo como esencialmente activo, capaz de manejar su vida, de asumir la responsabilidad de sus actos, competente de proceder con casualidad y comenzar su oportuno proceso. Esto depende más de un marco conceptual interno que de coacción de impulsos internos inconscientes o de la presión de fuerzas externas.

Sobre la misma base, la gerencia humanista, se consolida en sus objetivos enfatizando la importancia radical que todo ser humano llegue a ser el que desea ser, sin olvidar lo que debe llegar a ser; se trata de aprender a ser y a convivir en el mundo al que pertenece y del que es responsable; agrega Ramírez (2007), además de estar al resguardo de la naturaleza, de la calidad de vida y de la dignidad humana.

De acuerdo a los criterios de Maslow (ob. cit.), la autorrealización y autosatisfacción como necesidad básica y fundamental del hombre; compromete al gerente con el proceso administrativo y en el desarrollo de competencias multidimensionales, propicia la innovación permanente. De lo expresado anteriormente se puede derivar que corresponde al gerente en el ámbito de la justicia dirigir las instituciones con miras a que todos los actores participen en la encomiable tarea de humanizar al ser humano.

Ello significa valorar al individuo como persona, practicar una sincera comunicación afectiva, practicar la racionalidad de la plenitud humana, participar conjuntamente en la solución de los problemas, valorar la creatividad, el conocimiento en función del bienestar humano y la autorrealización. Además el gerente debe ser visionario, y no perder de vista tres aspectos: la conciencia, la formación y la cultura.

La formación permanente del Juez como gerente humanista es indispensable porque debe adaptarse a los constantes cambios y al crecimiento con conducción adecuada; y finalmente la cultura, aspecto que permite vincularse con la sociedad, con el espacio de donde emana y se vive la cultura, constituida por los valores, o el conjunto de enunciados que reflejan los principios fundamentales bajo los cuales una persona, una institución, una región o un país deben operar expresado por: Burgos (2007). Es justamente allí, en la práctica de los valores donde una persona actualiza la dignidad y su calidad humana, dando significado y sentido a su existencia; y sobretodo, implica el respeto en cada momento a la capacidad de decidir y a las decisiones del hombre, demostrando así una ética gerencial.

De esta manera, compete al Juez como gerente, entonces, llenar la ética de contenido, de sentido, de significado, implica que palabras como justicia, dignidad, libertad, honestidad, dejen de ser conceptos vacíos que sólo se adaptan a conveniencias transitorias.

Para Maslow (ob. cit.), el humanismo es la Tercera Fuerza. Entre los aspectos más importantes que rige esta teoría está la creencia que las personas son capaces de enfrentar adecuadamente los problemas de su propia existencia, y lo fundamental es descubrir las potencialidades y utilizar las capacidades en la resolución, basados en el principio de la libertad humana de elegir, valores como el sentido de responsabilidad, las relaciones y sentimientos interpersonales.

Sin embargo, el nuevo pensamiento gerencial judicial desde el humanismo de hoy, debe iniciar un cambio, con prácticas acorde a enfoques, tendencias y procesos con base a la construcción social, la concertación, la flexibilidad, la eficacia y eficiencia de los procesos a fin de promover la autonomía, la participación y la formación para la toma de decisiones dentro de los miembros y las distintas dimensiones que integran una organización jurisdiccional.

La gerencia en la postmodernidad, de acuerdo a López (2002), está conformada por recursos humanos inmersos en el entorno de la sociedad, los cuales representan el conocimiento y constituyen individualmente sistemas autopoieticos, donde sus acciones no están determinadas ni por la estructura ni por la lógica del sistema social; sino que tiene su propia estructura y su propia lógica y es desde el entorno donde los seres humanos participan en la comunicación, aunque no pertenecen a tales sistemas.

Partiendo del desmoronamiento de la modernidad, se tiene en el mundo teórico innumerables corrientes de pensamiento que pretenden llenar el vacío que ha dejado dicha modernidad, e irrumpen las diferentes ideas de cómo deben ser llevadas las cosas en adelante.

Esto no omite al campo gerencial y al respecto se han pronunciado, entre otros, Drucker y Nakauchi (1997), con sus enunciados de postcapitalismo, sin dejar de mencionar a Lyotard (ob. cit.) y en este gran debate donde se abre el gran camino al pensamiento complejo, haciendo énfasis en el principio dialógico para mover los cambios (evolución), en las organizaciones y el crecimiento de los individuos por la contraposición constructiva de ideas. Esta constante confrontación de gene-

ración en generación es lo que ha permitido de acuerdo a este mismo autor la evolución de la sociedad.

De tal manera, la postmodernidad en las organizaciones jurisdiccionales se debe a que están sujetas a cambios con caracteres continuos y permanentes, en ella se suscita el cambio acelerado de cultura corporativa, de expansión rápida y de inestabilidad, estas organizaciones están sujetas a las reformas del sistema y procedimiento a la adaptación de nuevas tecnologías y a las transformaciones socioculturales tanto el contexto externo como el interno, y en ella se buscará satisfacer los requerimientos de los actores sociales: Sociedad-Estado-Empresa.

Es entonces que el proceso gerencial para este siglo XXI, de acuerdo a Drucker (2002), desafiante, porque el nuevo Juez en su rol de administrador de justicia y gerente, ha de enfrentar estos cambios, debe mantener en su formación, además de la experiencia una gran flexibilidad, equidad, especificismo y un deseo de aprender, mejorar y cambiar. Es decir, que con esa visión de futuro gerencial, debe iniciarse la construcción de una estructura innovadora, donde el aprendizaje organizacional y la capacidad creativa como elemento de la arquitectura estratégica que focalicen este constante cambio como una necesidad de adaptarse, no a su permanencia sino al requerimiento infinitamente más complejo y competitivo, que permitan dentro de esas múltiples tendencias una hiper-generación constante.

Una gran parte de la humanidad estamos buscando nuevas alternativas de pensamiento que puedan aplicarse a la sociedad y que se adapten a estos tiempos hipermodernos. Estamos buscando una nueva manera de pensar que haga de nuestro planeta un lugar más prometedor y más tranquilo. Para ello, debemos exaltar en nosotros el potencial humano que busca amor, paz, solidaridad y confraternidad; debemos trabajar duro por la tolerancia y la resolución de problemas y porque cada uno de nosotros siga teniendo la oportunidad de buscar y hallar una dirección que apunte hacia nuestras metas en medio del desorden actual imperante en la sociedad, en las organizaciones empresariales y hasta en la familia.

La Posmodernidad, como fenómeno social enfrenta a la modernidad, se ha visto matizada por una serie de transformaciones en cuanto a la cultura, las reglas de la ciencia, de la literatura y de las artes en los finales del siglo XIX, se expuso a la duda todo lo instituido y esta constante prevaleció en el extinto siglo XX. Ya para el presente siglo XXI

los cambios en las maneras de actuar, de pensar y de vivir, a propósito de la dinámica informacional y de comunicaciones aluden, a mi juicio, a considerar que una nueva perspectiva revoluciona la vida y el accionar gerencial, en el cual se mantiene la necesidad de la ruptura de los paradigmas de la modernidad.

Frente al complejo entramado sociocultural que hoy exhibe la humanidad, las manifestaciones más escrupulosas que sostenían la familia, la educación y la cultura han evolucionado transformando la ciencia y por ende la tecnología, así como las relaciones y la forma de realizar el trabajo en la organización; las transacciones del mercado y la comunicación; la figura del poder político, su autoridad y representantes, que involucran nuevas relaciones de poder en las que irrumpe una nueva clase política y social a la cual caracteriza la participación de igual manera, las relaciones de género y sexualidad definen una nueva legislación y conformación familiar.

Estos son algunos de los contenidos de la modernidad que evidenciando su desgaste y transformación abren paso al cambio, a la definición de lo nuevo, lo emergente que se ha denominado Posmodernidad y que revive la necesidad de la resignificación de las formas modernas de considerar lo atinente al y a la gerente en cuanto a su influencia permanente en las relaciones de trabajo y sus resultados en la organización.

Concluyo afirmando que en la posmodernidad se ejerce en un entorno cargado de circunstancias y situaciones en las cuales cada quien se mueve en su mundo circundante, donde el estímulo y el reconocimiento siguen siendo las orientaciones motivadoras para ejercerlo. Este aspecto resulta clave para definir un significado fundamental explorado en las vivencias de los actores sociales considerados gerentes en el ámbito jurisdiccional en tiempos de postmodernidad.

Es indudable que el hombre va más allá del sistema social como sistema abierto, la organización y el comportamiento, es un sistema de expectativas de mayor dimensión a la del sistema organizacional jurisdiccional en la actualidad. Desde esta perceptiva postmoderna observo que es necesario gerencial los contenidos sociales y que confluyen en los esquemas expuestos bajo las visiones postmoderna, es decir, se gerencia los recursos económicos y valores espirituales por la otra, que facilitan la comprensión del ser y la condición para comprender los marcos estratégicos con el que se pudiera añadir un valor intrínseco

que contribuya con la felicidad o al éxito tanto de quienes laboran en el Poder Judicial, donde se encuentran los órganos jurisdiccionales.

Si es respecto a las personas, se busca lograr como posible resultado la satisfacción humana, la reformulación de los procesos organizacionales, la comunicación, la toma de decisiones para dar solución a los problemas sociales y humanistas. Si el factor es tecnológico, debe ser dirigido a lograr las metas o tareas a partir de la modificación de métodos, diseño de cargos y diseño organizacional jurisdiccional.

Se pretende dar una visión general de la organización y marco legal del sistema de justicia en Venezuela, para ello, es ante todo importante hacer leyenda a los permutaciones constitucionales que se conformaron en Venezuela en 1999, por la entrada en vigencia de una nueva

Constitución, la cual introdujo una nueva concepción de la administración de justicia, que constituye un avance y podrían ser un factor determinante para la definitiva modernización del Poder Judicial venezolano.

Según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV, 1999), en su artículo 253, el sistema de justicia está integrado por:

...el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los auxiliares y funcionarios de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos que participan en la administración de justicia y los abogados autorizados para el ejercicio.

La apreciación constitucional del Estado Venezolano como liberal general de derecho y de justicia, constituye uno de los elementos fundamentales del régimen establecido en nuestro texto constitucional, que concierne con una contrastada preferencia del constitucionalismo moderno. El Estado Liberal de Derecho debía transformarse en un verdadero Estado Social de Derecho “que actuara en sentido material, esto es, que no se agotara en la simple igualdad formal, cubriendo la totalidad de la llamada cuestión social que surgió con la Revolución Industrial del Siglo. XVIII” (Nadal, 2009, p. 68).

Señala Rivas (2007), que en el Estado Democrático se debe procurar principalmente que los ejercicios de la soberanía, en las vías directas o representativas que se contemplan en el Artículo 5 de la Constitución

(ob.cit.), constituyan los medios a través de los cuales se alcanza la armónica organización política de la Nación.

El Estado Social, para Nadal (ob. cit.), es aquél que asume como función propia de intervenir activamente en el proceso económico-social para configurar, de manera no revolucionaria, es decir, sin lesionar las libertades individuales, una sociedad igualitaria, pero fundado en la ley y en su interpretación desde el ángulo de los conceptos que informan esta forma de Estado, lo que permite que sea también un Estado de Derecho, al consagrar los mecanismos tendentes a regular su propia autolimitación, lo que hace básicamente a través de la Constitución. “Y un Estado de Justicia es el que tiende a garantizar la justicia por encima de la legalidad formal, lo que le lleva a regular expresamente el principio de tutela judicial efectiva y de acceso a la justicia” (ob. cit., p. 69).

Siguiendo este orden de ideas, el Estado Social acreditado en nuestra Esquela Extraordinaria está encaminado a promover la adhesión y al compromiso general, la paz, la vida, la libertad, la justicia, la democracia, el bien común, la convivencia, el aseguramiento de la igualdad material, sin discriminación ni subordinación, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo estatal como importante de nuestro ordenamiento jurídico.

El Estado Social de Derecho y de Justicia tiene por objeto concretar la igualdad material de los ciudadanos (igualdad de oportunidades), cada persona y cada grupo social son únicos y tienen condiciones propias que les proporcionan ventajas o desventajas frente a los otros individuos o grupos.

Ante el nuevo paradigma del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, la conducta del Juez venezolano, de acuerdo a Nadal (ob. cit.) debe estar enmarcada en forma general en los siguientes lineamientos:

1. Estar atento a los cambios sociales que continuamente se producen para que pueda darle vigencia, a través de la interpretación progresiva, a los valores que fundamentan el estado social de derecho y de justicia.
2. Comprender que muchos derechos del individuo quedan condicionados en muchas áreas al interés social.
3. Entender, independientemente de la materia que sea de su competencia, que un Estado Social busca la justicia legal material en lugar de una justicia legal formal.

4. Ser activo, es mediante la decidida actividad de los órganos del Estado. El Estado Social de Derecho exige la materialización de sus contenidos valorativos.
5. Estar presto a la contingencia de emplear la inspección a cualquiera medida que, aun cuando no sea directamente contraria a las disposiciones expresas de la constitución que se encuentran ligadas a lo social, vaya en contra de los valores y principios constitucionales del estado social de derecho. Así mismo, en caso que una situación no regulada por ley alguna sea contraria al estado social de derecho, el juez deberá en la medida de lo posible, hacer una interpretación extensiva de las normas constitucionales para corregir tal situación.
6. Comprender que el término desigualdad no se limita a diferencias económicas, sino que debe entenderse en un sentido más amplio. Soberanamente del estrato general a la que corresponda un individuo, si dentro de una determinada relación se considera como débil jurídico, y ve afectada su calidad de vida, deberá ser tutelada efectivamente por los Tribunales en su derecho a la igualdad y no discriminación.
7. Debe tener creencia e exégesis en las aperturas que ennoblecen la decencia humana como valor.

El artículo 269 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (ob. cit.), consagra el nuevo modelo organizacional de la función jurisdiccional, el mismo se denomina Circuitos Judiciales. Antes que la norma constitucional el Código Orgánico Procesal Penal en su artículo 504 señala que en toda circunscripción judicial se creará una organización jurisdiccional y administrativa que se denominará Circuito Judicial Penal.

En el artículo 505 del señalado texto procedimental, establece que cada Circuito Judicial Penal estará formado por una Corte de Apelaciones, integrada, al menos por una sala de tres jueces profesionales, y un Tribunal de Primera Instancia integrado por jueces profesionales que ejercerán las funciones de control, de juicio y de ejecución de sentencia, en la forma rotativa que se establezca.

El artículo 510 del Código Orgánico Procesal Penal, expresa que cada sala de audiencia tendrá un secretario permanente, que se conducirá como funcionario del juzgado (de la única magistratura) en los

asientos que se ejecuten en ellas. Potencialmente organiza a los funcionarios necesarios para autorizar las providencias de los jueces de control o de ejecución de la sentencia. Por su parte el artículo 511, crea el servicio de alguacilazgo otorgándole la atribución de la recepción de las correspondencias, el transporte y distribución interna y externa de los documentos, la custodia y mantenimiento del orden dentro de las salas de audiencias, la práctica de las citaciones y notificación del tribunal.

Del análisis concatenado de las normas citadas se infiere con toda claridad que el Circuito Judicial, como modelo organizacional, prevé la existencia de un único Tribunal de Primera Instancia, el cual dispone de secretarios de sala permanentes y de los secretarios necesarios para refrendar las decisiones de los jueces en ejercicio de las funciones de control o de ejecución de la sentencia. Además de ubicar la importancia del tribunal de una prestación de alguacilazgo.

El aspecto administrativo de esta organización jurisdiccional se encuentra representado por la Presidencia del Circuito Judicial Penal y los servicios administrativos que a su vez se dividen en Servicios Judiciales y Servicios Generales, tal como lo prevé el artículo 509 del código orgánico procesal penal.

Así mismo, la Corte de consultas tiene levantada el destino dependiente en lo concerniente con el movimiento anual de los jueces y el sistema de distribución de causas.

El directorio del Circuito Judicial Penal y los servicios dependiente del (Servicios Judiciales y Servicios Generales) tienen imputada la función administrativa mitigando a los jueces de la misma, quienes no poseen actualmente otra ocupación que desempeñar rigurosamente jurisdiccional, razón por la cual podrán dedicarse al estudio de la doctrina, de la jurisprudencia, del derecho comparado y de los casos jurisdiccionales, elevando indudablemente la calidad de la justicia.

El Circuito Judicial conformado por un único Tribunal de Primera Instancia, a su vez, integrado por un conjunto de jueces distribuidos en las funciones de control, juicio y ejecución, hace descansar el trabajo administrativo-judicial (citaciones, notificaciones, oficios, libro diario, libro de causa, actas, libro de solicitudes, seguridad y orden, etc.), en órganos tales como el alguacilazgo, oficina de tramitación penal (asistentes) y el cuerpo de secretarios (de sala y administrativos).

Es necesario destacar que el trabajo administrativo judicial, derivado de cada decisión judicial, es suministrado abiertamente a todos los jueces que integran el tribunal, es decir, el trabajo administrativo judicial no se particulariza con respecto a los jueces.

De tal manera que el trabajo administrativo judicial en el modelo organizacional de Circuito Judicial, no puede responder a la agenda personal de cada juez, sino a una agenda única del único Tribunal de Primera Instancia. En un proceso jurisdiccional signado por la oralidad, los actos procesales se efectúan fundamentalmente en audiencias, esto quiere decir que el único Tribunal de Primera instancia realiza numerosas audiencias cada día, las cuales conciernen atender al personal administrativo-judicial de carácter fusionada.

El cuerpo o pool de secretaría, el alguacilazgo y la oficina de tramitación penal deben garantizar la elaboración del acta de cada audiencia, de los oficios, de las boletas de encarcelación, excarcelación, de traslado, de notificación, de citación, la seguridad y orden, etc., que se relacionan con todas y cada una de las audiencias, bien sean de juicio control o ejecución.

La justicia tiene autoridad formal y se encarga en lo particular de transformar las estrategias en acciones apegado a la norma para lograr obtener los resultados esperados, de cada departamento en los Tribunales que tiene un gerente que lo dirige de esta manera cada grupo de subordinados tiene un solo superior de quien recibe las ordenes.

En este sentido, manifiesto que las organizaciones dentro de la gobernabilidad jurisdiccional deben plantearse como un todo integrador de las partes fundamentales para su funcionamiento y desarrollo del ser. Dentro de las dependencias judiciales sus hombres dependerán de cómo los gerentes de alto rango manifiesten los nuevos conocimientos a los Tribunales y su aplicabilidad a un mundo conforme a las actuaciones de los miembros de la justicia.

Plano conclusivo

Al estudiar a la organización y a la gerencia como una disciplina académica se analiza y se describe en términos de las funciones necesarias, estas son como se ha mencionado: la dirección, planificación, organización y control. El gerente por lo general ejecuta simultáneamente las funciones de forma continua y es por eso que en su conjunto se le llama proceso administrativo.

En este sentido, la gerencia judicial se concibe como el conjunto de interrelaciones que vive para garantizar la planificación, la organización, dirección y control; y su comunicación permite generar un beneficio a la sociedad como lo es el talento humano.

La gerencia judicial a mi parecer por sí sola, no puede lograr el éxito si no se unifican los esfuerzos de los actores sociales en conjunto, para el logro de un proceso administrativo tiene que procurar ser sustentado bajo la base de un diagnóstico conjunto y relacionarlo con cada una de las funciones administrativas además de lograr una gerencia fundamentada en una buena gestión de talento humano, comunicación, desarrollo de un liderazgo basado en valores, ejercicio de autoridad en un marco de buenas relaciones interpersonales y toma de decisiones que involucren a su subalternos.

Bajo el fundamento de lo expuesto, se puede asumir que el liderazgo jurisdiccional es uno de los aspectos de mayor significación dentro de la actividad humana pues el buen ejercicio del mismo es fundamental para cualquier organización sin escapar a ello las de índole pública, esto refleja el clima que prevalece dentro del recinto, de allí la singular importancia que tiene para una organización contar con la presencia de líderes que en todo momento puedan conducirla hacia el logro de los objetivos deseados.

Para Kotter (2001), “una organización efectiva es consecuencia de una buena gestión directiva” (p. 56). La formación académica no siempre incluye la formación en gestión institucional, por lo que muchos gerentes dirigen las instituciones con la ayuda de la intuición,

En varias oportunidades se escucha a funcionarios quejarse de sus líderes por desacertadas decisiones; y, en algunas ocasiones, se quejan porque la organización (y en particular su gerente) no considera sus expectativas. El hecho que un empleado no sienta que sus objetivos personales coinciden con los de la institución, implica un menor rendimiento en su trabajo y esto, sin duda, no favorece al jurisdiccional.

Así, el liderazgo es influencia en el comportamiento de personas, o grupos, para alcanzar objetivos. Aquellos jefes ubicados en la jerarquía del mando organizacional, tienen capacidad efectiva para intervenir en la conducta de sus subordinados, en cuanto pueden ordenar acciones en función del logro de los objetivos.

En consecuencia, en un sentido estrecho y formal, se sigue que los administradores se ajustan a la idea de liderazgo. Sin embargo, la idea

es incompleta y engañosa; porque son los seguidores y subordinados, los que determinan efectivamente si alguien es líder o no; lo cual es esencial para la comprensión del liderazgo.

Como se puede distinguir el seguimiento a estos enunciados requieren de gran esfuerzo y disposición al cambio. Los estilos gerenciales anticuados simplemente no pueden aceptarlos. Cuando se alcanza este nivel de desarrollo, el órgano jurisdiccional habrá logrado, en el camino, un ambiente de cooperación y liderazgo que les permite estar más competitivos y generar mayores beneficios para todos en el Poder Judicial.

La recompensa es impresionante, se llama calidad gerencial cual según lo indica su nombre, no solamente se trata de enfocar la relación del hombre institución en tanto los productos y servicios de excelencia, sino cada quién vive en la realidad manifiesta el concepto de calidad gerencial en cada una de sus acciones, dentro y fuera del lugar de trabajo.

Ahora bien, emerge la necesidad de asumir en el Poder Judicial en pro de los procesos judiciales de excelencia, una visión hacia la calidad que conlleve al fortalecimiento de la institución, disminuya la burocracia y se oriente hacia un ideal colectivo.

Referencias bibliográficas

- Austin T. (2007). *Los tres niveles del mundo de la vida de Jurguen Habermas*. Disponible en: www.geocities.com/tomaustin/cl/soc/Habermas/haber2.htm [Consultas: 2013, agosto-6].
- Balza, A. (2010). *Complejidad, Transdisciplinariedad y transcomplejidad*. San Juan de los Morros: Editorial Gremial APUNERSR
- Burgos, I. (2007). *Gerencia y calidad humana*. UCV. Caracas: Ediciones de la Facultad de Farmacia.
- Campero, A. (2006). *Complejidad y caos. Guía para la administración del siglo XXI* [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.eumed.net/cursecon/libreria/2004/aea/aca/htm>. [Consulta: 2009, Septiembre 22].
- Cedeño, R. (2005). *Liderazgo y competencias*. Chile: Universidad de Granma Departamento de Dirección Empresarial y Pública.
- Chiavenato, I. (2001). *Gestión del Talento Humano*. México: McGraw- Hill.
- Chiavenato, I. (2001). *Administración proceso administrativo*. Colombia. Editorial McGraw-Hill.
- Chiavenato, I. (2003). *Introducción a la teoría general de la administración*. Colombia: McGraw-Hill Interamericana, S.A.
- Código de Ética del Juez Venezolano. (2009). Gaceta Oficial de la República de Bolivariana de Venezuela Nº 39.236. Agosto 6, 2009.
- Código Orgánico Procesal Penal. (2012). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. Nº 6078. Extraordinario, Julio 15.

- Coffey A. y Atkinson P. (2008). *Encontrar el sentido a los datos cualitativos*. Colombia: Universidad de Antioquia.
- Cohen, S. (2005). *Alta gerencia una nueva dimensión*. Caracas: Biocera.
- Colás y Hernández. (1998). *Investigación educativa*. Sevilla: Edic. Alfar.
- Compagnon, A. (1999). *Las cinco paradojas de la modernidad*. Monte Ávila: Venezuela.
- Constitución Bolivariana de Venezuela. (2000). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Gaceta Oficial N° 5.453. Extraordinaria. Caracas, Marzo 24, 2000.
- Díaz, E. (2008). *Posmodernidad*. Alfa: Argentina.
- Dordelly, R. (2005). *Administración y gerencia de empresas*. Calidad y liderazgo. Barcelona: Gestión
- Drucker, P. (1995). *El gerente del siglo XXI*. Baecelona: EDHASA.
- Drucker, P. (2002). *La Gerencia en la Sociedad Futura*. Bogotá: Norma.
- Drucker, P. y Nakauchi, I. (1997). *Tiempo de desafíos*. Tiempos de reinvisiones. México: Hermez, D.F.
- Fergusson, A. (2007). *Capital intelectual. Administración sistémica*. Colombia: McGraw Hill.
- Fernández, J. (1999). *Recursos humanos: Fundamentos del comportamiento humano en la empresa*. Madrid: Encuentro.
- Flick, U. (2007). *Introducción a la investigación cualitativa*. (2 Ed.). Madrid: Morata
- Fred, P. (2007). *Hacia una pedagogía del conocimiento en la gerencia humanista*. México: McGraw-Hill.
- Gadamer, H. (1996). *Verdad y Método I. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Salamanca. Edición Sígueme.
- Giordan A. (2011). *Enseñando constructivismo*. Colombia. Editorial Magisterio.
- Habermas J. (2009). *Teoría de la acción comunicativa*, II. Crítica de la razón funcionalista. México: D.R.C. Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, S.A.
- Heidegger, M. (2003). *El Ser y el Tiempo*. FCE. México.
- Hernández, G (2008). *Bienestar Humano Y Calidad De Vida* Calidad México: McGraw-Hill
- Hersey, P., Blanchard, K. y Johnson, D. (2004). *Administración del comportamiento organizacional: liderazgo situacional*. México: Prentice Hall.
- Hurtado I. y Toro J. (2007). *Paradigma y métodos de investigación en tiempos de cambio*. Venezuela: Los Libros de EL NACIONAL.
- Iglesias, I (2003). *Los valores como camino unificador*. Caracas, Venezuela: Ediciones Rayo.
- Ivancevich, J. y otros (2006). *Comportamiento organizacional*. México: McGraw-Hill Interamericana.
- Katz, R. (2006). *El arte de un administrador efectivo*. Clásicos Harvard de la Administración, Vol. V (pp. 43-54). Bogotá: Educar Cultura Recreativa
- Kliskisber, B. (2001). *La administración moderna*. México: McGraw Hill.
- Koontz, W y O' Donnell, F (1998). *Procesos gerenciales*. Caracas, Venezuela: Editorial Conquistador.
- Kotter, X (2001). *El Liderazgo*. Limusa. Perú.
- Lanz, R. (2004). *Universidad y pensamiento postmoderno*. Hay chance para la razón estética. En revista relea No. 9. Cipost – U.-C.V. Caracas. Ley Orgánica del Poder Judicial.

- (1998). Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.262. (Extraordinario). Septiembre 11, 1998.
- Maslow, A. (1991). *La Personalidad creadora*. Barcelona. Editorial Cairós.
- Mata, A. (2010). *Investigación en la gerencia humanista del talento humano en Colombia*. Una revisión documental. Trabajo de Investigación publicado. Universidad de Manizales, Colombia.
- Morín, E. (2006). *El método, Tomo 2*. La vida de la vida. París: Seuil, col. Points
- Morín, E. (2009). *Introducción al pensamiento complejo*. Barcelona, España: Gedisa.
- Nadal, J. (2009). *El acceso a la justicia y la reforma judicial en el Perú*. Universidad de Lima. Perú. Trabajo doctoral no publicado: Perú.
- Nader, J. (2008). *La responsabilidad penal del juzgador*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Nietzsche, F. y Heidegger, M. (2007). *Postmodernidad*. España. Mc Graw-Hill.
- Romero S, J. (2004). *El nuevo gerente venezolano. Una epistemología para la administración pública*. Caracas: OPSU.
- Salomón L. (2012) *tiempo de postmodernidad y la satisfacción de la ciudadanía del programa de las Naciones Unidas para el desarrollo (PNUD)*. Universidad Nacional Autónoma de Honduras. Tesis doctoral no publicada.
- Solórzano, A. (2010) *Responsabilidad social del juez militar en la gestión ética judicial: una construcción teórica en la República Bolivariana de Venezuela. Trabajo de grado no publicado*. Universidad Yacambú, Barquisimeto. Edo Lara
- Stoner J. y otros (1996). *Administración*. México ediciones Prentice Hall Hispanamerica, S.A
- Taylor y Bogdan. (2009). *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*. Barcelona, España: Paidós.
- Vattimo, G. (1994). *El fin de la modernidad, Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna*. Barcelona: Gedisa
- Vattimo, G. (2007). *En torno a la Posmodernidad*. Barcelona: Editorial Arthropos
- Warren, M. (2001) *Capitalismo, socialismo y democracia*. Madrid: Aguilar.
- Zeithml, V. y Bitner, M. (2002). *Comportamiento Organizacional*. México: Prentice Hall.

Resumen

En este artículo se hace un recorrido por la gerencia humanista como conjunto de conocimientos y experiencias que se erigen como alternativa a ser aplicada en el ámbito del Poder Judicial. Para ello, los jueces y juezas deben considerar opciones que permitan el combinar el talento y las motivaciones de muchas personas para lograr metas que los individuos no podrían alcanzar actuando por sí solos. La gerencia judicial se concibe como el conjunto de interrelaciones que vive para garantizar la planificación, la organización, dirección y control; y su comunicación permite generar un beneficio a la sociedad como lo es el talento humano.

Palabras clave: Poder Judicial, planificación, gerencia humanista

Abstract

This article examines humanist management as a set of knowledge and experiences that stand as an alternative to being applied in the Judicial Branch. To this end, judges must consider options that allow them to combine the talents and motivations of many people to achieve goals that individuals could not achieve by acting alone. Judicial management is conceived as the set of interrelations that live to guarantee planning, organization, direction and control; and its communication allows generating a benefit to society as human talent is.

Keywords: Judicial Branch, planning, humanist management

Gerencia humanista en tiempos de postmodernidad: una configuración teórica en el ámbito de la jurisdicción penal venezolana

Plano introductorio

La importancia de las organizaciones dentro del Poder Judicial es determinante, tanto para el mismo sistema como para los actores que hacen vida activa de forma directa e indirecta; sobre ellos recae gran responsabilidad, motivado a los roles que representan, es por ello que su formación ha de ser continua y acorde con los nuevos paradigmas que emergen.

En este sentido, la gerencia humanista reúne conocimientos y experiencias a ser aplicados para la consecución de logros en el proceso de gestión, así surge como una alternativa que parte del reconocimiento a sí mismo y al poder de la tolerancia, la justicia como valor y el respeto, para convivir en armonía, donde los gerentes requieren la capacidad para comunicarse y crear un clima organizacional armónico.

Se puede decir, que ante el surgimiento de nuevos paradigmas gerenciales el humanismo toma fuerza como basamento que garantiza modificaciones en los estilos de gestión organizacional, en efecto se toma en cuenta la parte humana del individuo, como objetivo primordial al establecer el éxito de las organizaciones.

Motivado a lo anteriormente expuesto, los jueces y juezas deben considerar opciones que permitan el combinar el talento y las motivaciones de muchas personas para lograr metas que los individuos no podrían alcanzar actuando por sí solos.

Plano de desarrollo

En un sentido amplio, llamarse gerencia humanista al sentimiento individual y colectivo de una civilización en la que destaca de manera prominente la admiración, exaltación y elogio de la figura humana y el hombre, entendido éste no como figura masculina, sino como género

humano, en que florecen la cultura, el deporte, el arte y todo el quehacer humano se vuelve trascendente. Su objetivo es enaltecer la dignidad humana. En la Historia ha tenido lugar en muy pocas ocasiones: durante el siglo de oro en Grecia, retomado éste en el renacimiento europeo, el idealismo alemán y posteriormente en un sinnúmero de puntos aislados de la historia. Hoy atraviesa una profunda crisis.

La gerencia humanista en la actualidad, implica interrogantes muy particulares, ligadas a las características y objetivos de las organizaciones. El entorno en el que se desarrolla, es un entorno global que se encuentra en proceso acelerado de transformación constante y que incide en los parámetros en los que se mueve cualquier tipo de administración. Se refiere a las articulaciones administrativas y directivas de las organizaciones, que efectúan actividades de planificación, dirección y control, a objeto de utilizar sus recursos con la finalidad de alcanzar objetivos comúnmente relacionados con beneficios económicos y sociales.

Estas transformaciones afectan los planos económicos, políticos, tecnológicos. Los cambios de velocidad acelerada, así como la mayor profundidad de sus implicaciones, se presentan como el resultado de lo que se denomina complejidad. Por otra parte, un signo fundamental de ésta es la incertidumbre misma.

Sin embargo, la gerencia humanista de hoy, debe iniciar un cambio, con prácticas acorde a enfoques, tendencias y procesos con base a la construcción social, la concertación, la flexibilidad, el empuje y la utilidad de las instrucciones a fin de emprender la soberanía, de la participación y la formación para la toma de decisiones dentro de los miembros y las distintas dimensiones que integran una institución.

En tal sentido, el gerente contemporáneo o el Juez en sus funciones, debe estar guiado por una acción más humanista, que le permita cambiar sobre la marcha sus patrones de pensamiento autocrático, dependiente, poco creativo y facilitar el cambio en la organización que le permita desarrollar la toma de decisiones, la posibilidad de expandir las capacidades de acción de las personas que tiene a su cargo.

En correspondencia con las ideas antes expresadas, la gerencia humanista se enfoca tomando los postulados de la Teoría Humanista, la cual prorrumpió como un pensamiento en la crítica de las exploraciones del conductismo. Sus máximos representantes son Rogers (1980) y Maslow (1991), pioneros y principales contribuyentes. Este enfoque

considera al individuo como esencialmente activo, capaz de manejar su vida, de asumir la responsabilidad de sus actos, competente de proceder con casualidad y comenzar su oportuno proceso. Esto depende más de un marco conceptual interno que de coacción de impulsos internos inconscientes o de la presión de fuerzas externas.

Sobre la misma base, la gerencia humanista, se consolida en sus objetivos enfatizando la importancia radical que todo ser humano llegue a ser el que desea ser, sin olvidar lo que debe llegar a ser; se trata de aprender a ser y a convivir en el mundo al que pertenece y del que es responsable; agrega Ramírez (2007), además de estar al resguardo de la naturaleza, de la calidad de vida y de la dignidad humana.

De acuerdo a los criterios de Maslow (ob. cit.), la autorrealización y autosatisfacción como necesidad básica y fundamental del hombre; compromete al gerente con el proceso administrativo y en el desarrollo de competencias multidimensionales, propicia la innovación permanente. De lo expresado anteriormente se puede derivar que corresponde al gerente en el ámbito de la justicia dirigir las instituciones con miras a que todos los actores participen en la encomiable tarea de humanizar al ser humano.

Ello significa valorar al individuo como persona, practicar una sincera comunicación afectiva, practicar la racionalidad de la plenitud humana, participar conjuntamente en la solución de los problemas, valorar la creatividad, el conocimiento en función del bienestar humano y la autorrealización. Además el gerente debe ser visionario, y no perder de vista tres aspectos: la conciencia, la formación y la cultura.

La formación permanente del Juez como gerente humanista es indispensable porque debe adaptarse a los constantes cambios y al crecimiento con conducción adecuada; y finalmente la cultura, aspecto que permite vincularse con la sociedad, con el espacio de donde emana y se vive la cultura, constituida por los valores, o el conjunto de enunciados que reflejan los principios fundamentales bajo los cuales una persona, una institución, una región o un país deben operar expresado por: Burgos (2007). Es justamente allí, en la práctica de los valores donde una persona actualiza la dignidad y su calidad humana, dando significado y sentido a su existencia; y sobretodo, implica el respeto en cada momento a la capacidad de decidir y a las decisiones del hombre, demostrando así una ética gerencial.

De esta manera, compete al Juez como gerente, entonces, llenar la ética de contenido, de sentido, de significado, implica que palabras como justicia, dignidad, libertad, honestidad, dejen de ser conceptos vacíos que sólo se adaptan a conveniencias transitorias.

Para Maslow (ob. cit.), el humanismo es la Tercera Fuerza. Entre los aspectos más importantes que rige esta teoría está la creencia que las personas son capaces de enfrentar adecuadamente los problemas de su propia existencia, y lo fundamental es descubrir las potencialidades y utilizar las capacidades en la resolución, basados en el principio de la libertad humana de elegir, valores como el sentido de responsabilidad, las relaciones y sentimientos interpersonales.

Sin embargo, el nuevo pensamiento gerencial judicial desde el humanismo de hoy, debe iniciar un cambio, con prácticas acorde a enfoques, tendencias y procesos con base a la construcción social, la concertación, la flexibilidad, la eficacia y eficiencia de los procesos a fin de promover la autonomía, la participación y la formación para la toma de decisiones dentro de los miembros y las distintas dimensiones que integran una organización jurisdiccional.

La gerencia en la postmodernidad, de acuerdo a López (2002), está conformada por recursos humanos inmersos en el entorno de la sociedad, los cuales representan el conocimiento y constituyen individualmente sistemas autopoieticos, donde sus acciones no están determinadas ni por la estructura ni por la lógica del sistema social; sino que tiene su propia estructura y su propia lógica y es desde el entorno donde los seres humanos participan en la comunicación, aunque no pertenecen a tales sistemas.

Partiendo del desmoronamiento de la modernidad, se tiene en el mundo teórico innumerables corrientes de pensamiento que pretenden llenar el vacío que ha dejado dicha modernidad, e irrumpen las diferentes ideas de cómo deben ser llevadas las cosas en adelante.

Esto no omite al campo gerencial y al respecto se han pronunciado, entre otros, Drucker y Nakauchi (1997), con sus enunciados de postcapitalismo, sin dejar de mencionar a Lyotard (ob. cit.) y en este gran debate donde se abre el gran camino al pensamiento complejo, haciendo énfasis en el principio dialógico para mover los cambios (evolución), en las organizaciones y el crecimiento de los individuos por la contraposición constructiva de ideas. Esta constante confrontación de gene-

ración en generación es lo que ha permitido de acuerdo a este mismo autor la evolución de la sociedad.

De tal manera, la postmodernidad en las organizaciones jurisdiccionales se debe a que están sujetas a cambios con caracteres continuos y permanentes, en ella se suscita el cambio acelerado de cultura corporativa, de expansión rápida y de inestabilidad, estas organizaciones están sujetas a las reformas del sistema y procedimiento a la adaptación de nuevas tecnologías y a las transformaciones socioculturales tanto el contexto externo como el interno, y en ella se buscará satisfacer los requerimientos de los actores sociales: Sociedad-Estado-Empresa.

Es entonces que el proceso gerencial para este siglo XXI, de acuerdo a Drucker (2002), desafiante, porque el nuevo Juez en su rol de administrador de justicia y gerente, ha de enfrentar estos cambios, debe mantener en su formación, además de la experiencia una gran flexibilidad, equidad, especificismo y un deseo de aprender, mejorar y cambiar. Es decir, que con esa visión de futuro gerencial, debe iniciarse la construcción de una estructura innovadora, donde el aprendizaje organizacional y la capacidad creativa como elemento de la arquitectura estratégica que focalicen este constante cambio como una necesidad de adaptarse, no a su permanencia sino al requerimiento infinitamente más complejo y competitivo, que permitan dentro de esas múltiples tendencias una hiper-generación constante.

Una gran parte de la humanidad estamos buscando nuevas alternativas de pensamiento que puedan aplicarse a la sociedad y que se adapten a estos tiempos hipermodernos. Estamos buscando una nueva manera de pensar que haga de nuestro planeta un lugar más prometedor y más tranquilo. Para ello, debemos exaltar en nosotros el potencial humano que busca amor, paz, solidaridad y confraternidad; debemos trabajar duro por la tolerancia y la resolución de problemas y porque cada uno de nosotros siga teniendo la oportunidad de buscar y hallar una dirección que apunte hacia nuestras metas en medio del desorden actual imperante en la sociedad, en las organizaciones empresariales y hasta en la familia.

La Posmodernidad, como fenómeno social enfrenta a la modernidad, se ha visto matizada por una serie de transformaciones en cuanto a la cultura, las reglas de la ciencia, de la literatura y de las artes en los finales del siglo XIX, se expuso a la duda todo lo instituido y esta constante prevaleció en el extinto siglo XX. Ya para el presente siglo XXI

los cambios en las maneras de actuar, de pensar y de vivir, a propósito de la dinámica informacional y de comunicaciones aluden, a mi juicio, a considerar que una nueva perspectiva revoluciona la vida y el accionar gerencial, en el cual se mantiene la necesidad de la ruptura de los paradigmas de la modernidad.

Frente al complejo entramado sociocultural que hoy exhibe la humanidad, las manifestaciones más escrupulosas que sostenían la familia, la educación y la cultura han evolucionado transformando la ciencia y por ende la tecnología, así como las relaciones y la forma de realizar el trabajo en la organización; las transacciones del mercado y la comunicación; la figura del poder político, su autoridad y representantes, que involucran nuevas relaciones de poder en las que irrumpe una nueva clase política y social a la cual caracteriza la participación de igual manera, las relaciones de género y sexualidad definen una nueva legislación y conformación familiar.

Estos son algunos de los contenidos de la modernidad que evidenciando su desgaste y transformación abren paso al cambio, a la definición de lo nuevo, lo emergente que se ha denominado Posmodernidad y que revive la necesidad de la resignificación de las formas modernas de considerar lo atinente al y a la gerente en cuanto a su influencia permanente en las relaciones de trabajo y sus resultados en la organización.

Concluyo afirmando que en la posmodernidad se ejerce en un entorno cargado de circunstancias y situaciones en las cuales cada quien se mueve en su mundo circundante, donde el estímulo y el reconocimiento siguen siendo las orientaciones motivadoras para ejercerlo. Este aspecto resulta clave para definir un significado fundamental explorado en las vivencias de los actores sociales considerados gerentes en el ámbito jurisdiccional en tiempos de postmodernidad.

Es indudable que el hombre va más allá del sistema social como sistema abierto, la organización y el comportamiento, es un sistema de expectativas de mayor dimensión a la del sistema organizacional jurisdiccional en la actualidad. Desde esta perceptiva postmoderna observo que es necesario gerencial los contenidos sociales y que confluyen en los esquemas expuestos bajo las visiones postmoderna, es decir, se gerencia los recursos económicos y valores espirituales por la otra, que facilitan la comprensión del ser y la condición para comprender los marcos estratégicos con el que se pudiera añadir un valor intrínseco

que contribuya con la felicidad o al éxito tanto de quienes laboran en el Poder Judicial, donde se encuentran los órganos jurisdiccionales.

Si es respecto a las personas, se busca lograr como posible resultado la satisfacción humana, la reformulación de los procesos organizacionales, la comunicación, la toma de decisiones para dar solución a los problemas sociales y humanistas. Si el factor es tecnológico, debe ser dirigido a lograr las metas o tareas a partir de la modificación de métodos, diseño de cargos y diseño organizacional jurisdiccional.

Se pretende dar una visión general de la organización y marco legal del sistema de justicia en Venezuela, para ello, es ante todo importante hacer leyenda a los permutaciones constitucionales que se conformaron en Venezuela en 1999, por la entrada en vigencia de una nueva

Constitución, la cual introdujo una nueva concepción de la administración de justicia, que constituye un avance y podrían ser un factor determinante para la definitiva modernización del Poder Judicial venezolano.

Según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV, 1999), en su artículo 253, el sistema de justicia está integrado por:

...el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los auxiliares y funcionarios de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos que participan en la administración de justicia y los abogados autorizados para el ejercicio.

La apreciación constitucional del Estado Venezolano como liberal general de derecho y de justicia, constituye uno de los elementos fundamentales del régimen establecido en nuestro texto constitucional, que concierne con una contrastada preferencia del constitucionalismo moderno. El Estado Liberal de Derecho debía transformarse en un verdadero Estado Social de Derecho “que actuara en sentido material, esto es, que no se agotara en la simple igualdad formal, cubriendo la totalidad de la llamada cuestión social que surgió con la Revolución Industrial del Siglo. XVIII” (Nadal, 2009, p. 68).

Señala Rivas (2007), que en el Estado Democrático se debe procurar principalmente que los ejercicios de la soberanía, en las vías directas o representativas que se contemplan en el Artículo 5 de la Constitución

(ob.cit.), constituyan los medios a través de los cuales se alcanza la armónica organización política de la Nación.

El Estado Social, para Nadal (ob. cit.), es aquél que asume como función propia de intervenir activamente en el proceso económico-social para configurar, de manera no revolucionaria, es decir, sin lesionar las libertades individuales, una sociedad igualitaria, pero fundado en la ley y en su interpretación desde el ángulo de los conceptos que informan esta forma de Estado, lo que permite que sea también un Estado de Derecho, al consagrar los mecanismos tendentes a regular su propia autolimitación, lo que hace básicamente a través de la Constitución. “Y un Estado de Justicia es el que tiende a garantizar la justicia por encima de la legalidad formal, lo que le lleva a regular expresamente el principio de tutela judicial efectiva y de acceso a la justicia” (ob. cit., p. 69).

Siguiendo este orden de ideas, el Estado Social acreditado en nuestra Esquela Extraordinaria está encaminado a promover la adhesión y al compromiso general, la paz, la vida, la libertad, la justicia, la democracia, el bien común, la convivencia, el aseguramiento de la igualdad material, sin discriminación ni subordinación, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo estatal como importante de nuestro ordenamiento jurídico.

El Estado Social de Derecho y de Justicia tiene por objeto concretar la igualdad material de los ciudadanos (igualdad de oportunidades), cada persona y cada grupo social son únicos y tienen condiciones propias que les proporcionan ventajas o desventajas frente a los otros individuos o grupos.

Ante el nuevo paradigma del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, la conducta del Juez venezolano, de acuerdo a Nadal (ob. cit.) debe estar enmarcada en forma general en los siguientes lineamientos:

1. Estar atento a los cambios sociales que continuamente se producen para que pueda darle vigencia, a través de la interpretación progresiva, a los valores que fundamentan el estado social de derecho y de justicia.
2. Comprender que muchos derechos del individuo quedan condicionados en muchas áreas al interés social.
3. Entender, independientemente de la materia que sea de su competencia, que un Estado Social busca la justicia legal material en lugar de una justicia legal formal.

4. Ser activo, es mediante la decidida actividad de los órganos del Estado. El Estado Social de Derecho exige la materialización de sus contenidos valorativos.
5. Estar presto a la contingencia de emplear la inspección a cualquiera medida que, aun cuando no sea directamente contraria a las disposiciones expresas de la constitución que se encuentran ligadas a lo social, vaya en contra de los valores y principios constitucionales del estado social de derecho. Así mismo, en caso que una situación no regulada por ley alguna sea contraria al estado social de derecho, el juez deberá en la medida de lo posible, hacer una interpretación extensiva de las normas constitucionales para corregir tal situación.
6. Comprender que el término desigualdad no se limita a diferencias económicas, sino que debe entenderse en un sentido más amplio. Soberanamente del estrato general a la que corresponda un individuo, si dentro de una determinada relación se considera como débil jurídico, y ve afectada su calidad de vida, deberá ser tutelada efectivamente por los Tribunales en su derecho a la igualdad y no discriminación.
7. Debe tener creencia e exégesis en las aperturas que ennoblecen la decencia humana como valor.

El artículo 269 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (ob. cit.), consagra el nuevo modelo organizacional de la función jurisdiccional, el mismo se denomina Circuitos Judiciales. Antes que la norma constitucional el Código Orgánico Procesal Penal en su artículo 504 señala que en toda circunscripción judicial se creará una organización jurisdiccional y administrativa que se denominará Circuito Judicial Penal.

En el artículo 505 del señalado texto procedimental, establece que cada Circuito Judicial Penal estará formado por una Corte de Apelaciones, integrada, al menos por una sala de tres jueces profesionales, y un Tribunal de Primera Instancia integrado por jueces profesionales que ejercerán las funciones de control, de juicio y de ejecución de sentencia, en la forma rotativa que se establezca.

El artículo 510 del Código Orgánico Procesal Penal, expresa que cada sala de audiencia tendrá un secretario permanente, que se conducirá como funcionario del juzgado (de la única magistratura) en los

asientos que se ejecuten en ellas. Potencialmente organiza a los funcionarios necesarios para autorizar las providencias de los jueces de control o de ejecución de la sentencia. Por su parte el artículo 511, crea el servicio de alguacilazgo otorgándole la atribución de la recepción de las correspondencias, el transporte y distribución interna y externa de los documentos, la custodia y mantenimiento del orden dentro de las salas de audiencias, la práctica de las citaciones y notificación del tribunal.

Del análisis concatenado de las normas citadas se infiere con toda claridad que el Circuito Judicial, como modelo organizacional, prevé la existencia de un único Tribunal de Primera Instancia, el cual dispone de secretarios de sala permanentes y de los secretarios necesarios para refrendar las decisiones de los jueces en ejercicio de las funciones de control o de ejecución de la sentencia. Además de ubicar la importancia del tribunal de una prestación de alguacilazgo.

El aspecto administrativo de esta organización jurisdiccional se encuentra representado por la Presidencia del Circuito Judicial Penal y los servicios administrativos que a su vez se dividen en Servicios Judiciales y Servicios Generales, tal como lo prevé el artículo 509 del código orgánico procesal penal.

Así mismo, la Corte de consultas tiene levantada el destino dependiente en lo concerniente con el movimiento anual de los jueces y el sistema de distribución de causas.

El directorio del Circuito Judicial Penal y los servicios dependiente del (Servicios Judiciales y Servicios Generales) tienen imputada la función administrativa mitigando a los jueces de la misma, quienes no poseen actualmente otra ocupación que desempeñar rigurosamente jurisdiccional, razón por la cual podrán dedicarse al estudio de la doctrina, de la jurisprudencia, del derecho comparado y de los casos jurisdiccionales, elevando indudablemente la calidad de la justicia.

El Circuito Judicial conformado por un único Tribunal de Primera Instancia, a su vez, integrado por un conjunto de jueces distribuidos en las funciones de control, juicio y ejecución, hace descansar el trabajo administrativo-judicial (citaciones, notificaciones, oficios, libro diario, libro de causa, actas, libro de solicitudes, seguridad y orden, etc.), en órganos tales como el alguacilazgo, oficina de tramitación penal (asistentes) y el cuerpo de secretarios (de sala y administrativos).

Es necesario destacar que el trabajo administrativo judicial, derivado de cada decisión judicial, es suministrado abiertamente a todos los jueces que integran el tribunal, es decir, el trabajo administrativo judicial no se particulariza con respecto a los jueces.

De tal manera que el trabajo administrativo judicial en el modelo organizacional de Circuito Judicial, no puede responder a la agenda personal de cada juez, sino a una agenda única del único Tribunal de Primera Instancia. En un proceso jurisdiccional signado por la oralidad, los actos procesales se efectúan fundamentalmente en audiencias, esto quiere decir que el único Tribunal de Primera instancia realiza numerosas audiencias cada día, las cuales conciernen atender al personal administrativo-judicial de carácter fusionada.

El cuerpo o pool de secretaría, el alguacilazgo y la oficina de tramitación penal deben garantizar la elaboración del acta de cada audiencia, de los oficios, de las boletas de encarcelación, excarcelación, de traslado, de notificación, de citación, la seguridad y orden, etc., que se relacionan con todas y cada una de las audiencias, bien sean de juicio control o ejecución.

La justicia tiene autoridad formal y se encarga en lo particular de transformar las estrategias en acciones apegado a la norma para lograr obtener los resultados esperados, de cada departamento en los Tribunales que tiene un gerente que lo dirige de esta manera cada grupo de subordinados tiene un solo superior de quien recibe las ordenes.

En este sentido, manifiesto que las organizaciones dentro de la gobernabilidad jurisdiccional deben plantearse como un todo integrador de las partes fundamentales para su funcionamiento y desarrollo del ser. Dentro de las dependencias judiciales sus hombres dependerán de cómo los gerentes de alto rango manifiesten los nuevos conocimientos a los Tribunales y su aplicabilidad a un mundo conforme a las actuaciones de los miembros de la justicia.

Plano conclusivo

Al estudiar a la organización y a la gerencia como una disciplina académica se analiza y se describe en términos de las funciones necesarias, estas son como se ha mencionado: la dirección, planificación, organización y control. El gerente por lo general ejecuta simultáneamente las funciones de forma continua y es por eso que en su conjunto se le llama proceso administrativo.

En este sentido, la gerencia judicial se concibe como el conjunto de interrelaciones que vive para garantizar la planificación, la organización, dirección y control; y su comunicación permite generar un beneficio a la sociedad como lo es el talento humano.

La gerencia judicial a mi parecer por sí sola, no puede lograr el éxito si no se unifican los esfuerzos de los actores sociales en conjunto, para el logro de un proceso administrativo tiene que procurar ser sustentado bajo la base de un diagnóstico conjunto y relacionarlo con cada una de las funciones administrativas además de lograr una gerencia fundamentada en una buena gestión de talento humano, comunicación, desarrollo de un liderazgo basado en valores, ejercicio de autoridad en un marco de buenas relaciones interpersonales y toma de decisiones que involucren a su subalternos.

Bajo el fundamento de lo expuesto, se puede asumir que el liderazgo jurisdiccional es uno de los aspectos de mayor significación dentro de la actividad humana pues el buen ejercicio del mismo es fundamental para cualquier organización sin escapar a ello las de índole pública, esto refleja el clima que prevalece dentro del recinto, de allí la singular importancia que tiene para una organización contar con la presencia de líderes que en todo momento puedan conducirla hacia el logro de los objetivos deseados.

Para Kotter (2001), “una organización efectiva es consecuencia de una buena gestión directiva” (p. 56). La formación académica no siempre incluye la formación en gestión institucional, por lo que muchos gerentes dirigen las instituciones con la ayuda de la intuición,

En varias oportunidades se escucha a funcionarios quejarse de sus líderes por desacertadas decisiones; y, en algunas ocasiones, se quejan porque la organización (y en particular su gerente) no considera sus expectativas. El hecho que un empleado no sienta que sus objetivos personales coinciden con los de la institución, implica un menor rendimiento en su trabajo y esto, sin duda, no favorece al jurisdiccional.

Así, el liderazgo es influencia en el comportamiento de personas, o grupos, para alcanzar objetivos. Aquellos jefes ubicados en la jerarquía del mando organizacional, tienen capacidad efectiva para intervenir en la conducta de sus subordinados, en cuanto pueden ordenar acciones en función del logro de los objetivos.

En consecuencia, en un sentido estrecho y formal, se sigue que los administradores se ajustan a la idea de liderazgo. Sin embargo, la idea

es incompleta y engañosa; porque son los seguidores y subordinados, los que determinan efectivamente si alguien es líder o no; lo cual es esencial para la comprensión del liderazgo.

Como se puede distinguir el seguimiento a estos enunciados requieren de gran esfuerzo y disposición al cambio. Los estilos gerenciales anticuados simplemente no pueden aceptarlos. Cuando se alcanza este nivel de desarrollo, el órgano jurisdiccional habrá logrado, en el camino, un ambiente de cooperación y liderazgo que les permite estar más competitivos y generar mayores beneficios para todos en el Poder Judicial.

La recompensa es impresionante, se llama calidad gerencial cual según lo indica su nombre, no solamente se trata de enfocar la relación del hombre institución en tanto los productos y servicios de excelencia, sino cada quién vive en la realidad manifiesta el concepto de calidad gerencial en cada una de sus acciones, dentro y fuera del lugar de trabajo.

Ahora bien, emerge la necesidad de asumir en el Poder Judicial en pro de los procesos judiciales de excelencia, una visión hacia la calidad que conlleve al fortalecimiento de la institución, disminuya la burocracia y se oriente hacia un ideal colectivo.

Referencias bibliográficas

- Austin T. (2007). *Los tres niveles del mundo de la vida de Jurguen Habermas*. Disponible en: www.geocities.com/tomaustin/cl/soc/Habermas/haber2.htm [Consultas: 2013, agosto-6].
- Balza, A. (2010). *Complejidad, Transdisciplinariedad y transcomplejidad*. San Juan de los Morros: Editorial Gremial APUNERSR
- Burgos, I. (2007). *Gerencia y calidad humana*. UCV. Caracas: Ediciones de la Facultad de Farmacia.
- Campero, A. (2006). *Complejidad y caos. Guía para la administración del siglo XXI* [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.eumed.net/cursecon/libreria/2004/aea/aca/htm>. [Consulta: 2009, Septiembre 22].
- Cedeño, R. (2005). *Liderazgo y competencias*. Chile: Universidad de Granma Departamento de Dirección Empresarial y Pública.
- Chiavenato, I. (2001). *Gestión del Talento Humano*. México: McGraw- Hill.
- Chiavenato, I. (2001). *Administración proceso administrativo*. Colombia. Editorial McGraw-Hill.
- Chiavenato, I. (2003). *Introducción a la teoría general de la administración*. Colombia: McGraw-Hill Interamericana, S.A.
- Código de Ética del Juez Venezolano. (2009). Gaceta Oficial de la República de Bolivariana de Venezuela Nº 39.236. Agosto 6, 2009.
- Código Orgánico Procesal Penal. (2012). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. Nº 6078. Extraordinario, Julio 15.

- Coffey A. y Atkinson P. (2008). *Encontrar el sentido a los datos cualitativos*. Colombia: Universidad de Antioquia.
- Cohen, S. (2005). *Alta gerencia una nueva dimensión*. Caracas: Biocera.
- Colás y Hernández. (1998). *Investigación educativa*. Sevilla: Edic. Alfar.
- Compagnon, A. (1999). *Las cinco paradojas de la modernidad*. Monte Ávila: Venezuela.
- Constitución Bolivariana de Venezuela. (2000). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Gaceta Oficial N° 5.453. Extraordinaria. Caracas, Marzo 24, 2000.
- Díaz, E. (2008). *Posmodernidad*. Alfa: Argentina.
- Dordelly, R. (2005). *Administración y gerencia de empresas*. Calidad y liderazgo. Barcelona: Gestión
- Drucker, P. (1995). *El gerente del siglo XXI*. Baecelona: EDHASA.
- Drucker, P. (2002). *La Gerencia en la Sociedad Futura*. Bogotá: Norma.
- Drucker, P. y Nakauchi, I. (1997). *Tiempo de desafíos*. Tiempos de reinversiones. México: Hermez, D.F.
- Fergusson, A. (2007). *Capital intelectual. Administración sistémica*. Colombia: McGraw Hill.
- Fernández, J. (1999). *Recursos humanos: Fundamentos del comportamiento humano en la empresa*. Madrid: Encuentro.
- Flick, U. (2007). *Introducción a la investigación cualitativa*. (2 Ed.). Madrid: Morata
- Fred, P. (2007). *Hacia una pedagogía del conocimiento en la gerencia humanista*. México: McGraw-Hill.
- Gadamer, H. (1996). *Verdad y Método I. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Salamanca. Edición Sígueme.
- Giordan A. (2011). *Enseñando constructivismo*. Colombia. Editorial Magisterio.
- Habermas J. (2009). *Teoría de la acción comunicativa*, II. Crítica de la razón funcionalista. México: D.R.C. Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, S.A.
- Heidegger, M. (2003). *El Ser y el Tiempo*. FCE. México.
- Hernández, G. (2008). *Bienestar Humano Y Calidad De Vida*. México: McGraw-Hill
- Hersey, P., Blanchard, K. y Johnson, D. (2004). *Administración del comportamiento organizacional: liderazgo situacional*. México: Prentice Hall.
- Hurtado I. y Toro J. (2007). *Paradigma y métodos de investigación en tiempos de cambio*. Venezuela: Los Libros de EL NACIONAL.
- Iglesias, I. (2003). *Los valores como camino unificador*. Caracas, Venezuela: Ediciones Rayo.
- Ivancevich, J. y otros (2006). *Comportamiento organizacional*. México: McGraw-Hill Interamericana.
- Katz, R. (2006). *El arte de un administrador efectivo*. Clásicos Harvard de la Administración, Vol. V (pp. 43-54). Bogotá: Educar Cultura Recreativa
- Kliskber, B. (2001). *La administración moderna*. México: McGraw Hill.
- Koontz, W y O' Donnell, F (1998). *Procesos gerenciales*. Caracas, Venezuela: Editorial Conquistador.
- Kotter, X (2001). *El Liderazgo*. Limusa. Perú.
- Lanz, R. (2004). *Universidad y pensamiento postmoderno*. Hay chance para la razón estética. En revista relea No. 9. Cipost – U.-C.V. Caracas. Ley Orgánica del Poder Judicial.

- (1998). Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.262. (Extraordinario). Septiembre 11, 1998.
- Maslow, A. (1991). *La Personalidad creadora*. Barcelona. Editorial Cairós.
- Mata, A. (2010). *Investigación en la gerencia humanista del talento humano en Colombia*. Una revisión documental. Trabajo de Investigación publicado. Universidad de Manizales, Colombia.
- Morín, E. (2006). *El método*, Tomo 2. La vida de la vida. París: Seuil, col. Points
- Morín, E. (2009). *Introducción al pensamiento complejo*. Barcelona, España: Gedisa.
- Nadal, J. (2009). *El acceso a la justicia y la reforma judicial en el Perú*. Universidad de Lima. Perú. Trabajo doctoral no publicado: Perú.
- Nader, J. (2008). *La responsabilidad penal del juzgador*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Nietzsche, F. y Heidegger, M. (2007). *Postmodernidad*. España. Mc Graw-Hill.
- Romero S, J. (2004). *El nuevo gerente venezolano. Una epistemología para la administración pública*. Caracas: OPSU.
- Salomón L. (2012) *tiempo de postmodernidad y la satisfacción de la ciudadanía del programa de las Naciones Unidas para el desarrollo (PNUD)*. Universidad Nacional Autónoma de Honduras. Tesis doctoral no publicada.
- Solórzano, A. (2010) *Responsabilidad social del juez militar en la gestión ética judicial: una construcción teórica en la República Bolivariana de Venezuela. Trabajo de grado no publicado*. Universidad Yacambú, Barquisimeto. Edo Lara
- Stoner J. y otros (1996). *Administración*. México ediciones Prentice Hall Hispanamerica, S.A
- Taylor y Bogdan. (2009). *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*. Barcelona, España: Paidós.
- Vattimo, G. (1994). *El fin de la modernidad, Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna*. Barcelona: Gedisa
- Vattimo, G. (2007). *En torno a la Posmodernidad*. Barcelona: Editorial Arthropos
- Warren, M. (2001) *Capitalismo, socialismo y democracia*. Madrid: Aguilar.
- Zeithml, V. y Bitner, M. (2002). *Comportamiento Organizacional*. México: Prentice Hall.

Hacia una tipología textual de la sentencia

Towards a textual typology of the judgment

Isabel Rivero D'Armas

Lic. En Letras por la Universidad Central de Venezuela y
candidata a M.Sc. en Estudios del discurso y
en Lingüística por la misma universidad. Profesora de pre y postgrado.
isabelrivero70@gmail.com

Recibido: 10/05/2018
Aprobado: 23/01/2019

Resumen

El propósito de este trabajo es acercarme a una propuesta de una tipología textual de la sentencia. Particularmente, se analizan las dimensiones del contexto o propiedades situacionales, según van Dijk (2000), en una sentencia penal, de admisión de hechos de fecha 15 de febrero de 2016, por presunta comisión del delito de Violencia Sexual, tipificado en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Se parte de la aseveración de que la sentencia judicial por cumplir una función comunicativa, informar acerca de una decisión legal, constituye un tipo de texto. Por ello puede ser analizada por sus rasgos contextuales. A través de esta investigación, que sigue el enfoque teórico del análisis del discurso, pretendo aportar elementos lingüístico-discursivos que contribuyan a la comprensión del discurso jurídico y que representen una herramienta para los profesionales del derecho en la producción de estos tipos de textos. Los resultados demuestran que la sentencia judicial es un tipo texto jurídico, argumentativo, de registro formal, con tiempo, fecha, lugar y circunstancias variables, producido por una comunidad de especialistas, entre otros aspectos.

Palabras claves: análisis del discurso, sentencia judicial, rasgos contextuales.

Abstract

The purpose of this paper is to approach a proposal of a textual typology of the sentence. Particularly, the dimensions of the context or situational properties are analyzed, according to van Dijk (2000), in a criminal judgment, of admission of facts dated February 15, 2016, for alleged commission of the crime of Sexual Violence, typified in the Organic Law on the Right of Women to a Life Free of Violence. It is based on the assertion that the judicial sentence for fulfilling a communicative function, informing about a legal decision, constitutes a type of text. Therefore, it can be analyzed by its contextual features. Through this research, which follows the theoretical approach of discourse analysis, I intend to provide linguistic-discursive elements that contribute to the understanding of legal discourse and that represent a tool for legal professionals in the production of these types of texts. The results show that the sentence is a legal text, argumentative, of formal registration, with time, date, place and variable circumstances, produced by a community of specialists, in other aspects.

Keywords: discourse analysis, judicial sentence, contextual features.

Hacia una tipología textual de la sentencia

Introducción

El propósito de este trabajo es acercarme a una propuesta de una tipología textual de la sentencia: “declaración del juicio y resolución del Juez”, según el Diccionario de la Academia Española. Para ello, parto de la identificación de qué tipo de texto es este acto judicial, llamado así junto con otras formas nominales de designación como acto procesal y/o decisión judicial.

El género jurídico, o forense²³, que tiene su origen en la tradición aristotélica, dentro de la retórica, se caracteriza por cierto hermetismo que lo hace muchas veces incomprensible para quienes están fuera del dominio del derecho²⁴. Particularmente, las sentencias judiciales son de difícil acceso para quienes no están familiarizadas con ellas²⁵.

A pesar de lo anterior, las sentencias cumplen una función comunicativa, básicamente informativa, porque se pretende, según Ríos (2005), “dar cuenta de, una decisión de importancia vital para el acusado o el caso en cuestión²⁶”. Con base en ello, parto de la consideración de que la resolución judicial es un tipo de texto. Esto significa que es “un registro verbal de un acto comunicativo”, de acuerdo con Brown y Yule (citado en Chumaceiro, 2001).

²³ En la retórica clásica, señalan Calsamiglia y Tusón (1999: 253), el género jurídico, o forense, presenta, en una interpretación actualizada, estos elementos: acto de habla, defender o acusar; finalidad, justo o injusto; resultado, decidir; auditorio, juez, y orientación temporal, pasado.

²⁴ Esto no se debe solo al lenguaje especializado del ámbito jurisdiccional presente en ella, sino que la misma también obedece a que en las resoluciones legales priva el que las mismas sean apegadas a derecho, en el argot de los abogados, más que la óptima construcción lingüística, diría mejor lingüística- discursiva, en aras de la comprensión.

²⁵ Agüero (2014) señala que “el conocimiento jurídico es un saber técnico que solo es dominado por expertos: los jueces, los fiscales, los defensores, los abogados, que trabajan en despachos jurídicos y, en general cualquier abogado, es un profesional especializado en un conjunto de saberes sobre la ley”.

²⁶ Según Agüero (2014), “las sentencias judiciales son un macro-género discursivo cuyo propósito principal (macro-propósito comunicativo en términos de Parodi et al. 2008; Parodi 2008, 2012) es comunicar las razones jurídicas (las leyes aplicables) y fácticas (los hechos) que tuvo a la vista el juez para resolver un caso controvertido”.

Para identificar qué tipo de texto es la sentencia, estudio aspectos contextuales en un corpus conformado por las partes²⁷ de la sentencia penal, de fecha 15 de febrero de 2016, de admisión de hechos, por presunta comisión del delito de Violencia Sexual, tipificado en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, sancionada en 2007.

Específicamente, en esta sentencia, analizo las dimensiones del contexto, según van Dijk (2000: 266), definidas como “propiedades situacionales que usualmente se admiten como constitutivas del contexto”, tales como: dominio, interacción global y tipo de evento comunicativo, función, intención, propósito, fecha y tiempo, circunstancias, lugar, soportes y objetos físicos importantes, rol de los participantes, rol profesional, rol social, pertenencia y representaciones sociales.

Al centrarme en elementos contextuales propios de la interacción social, considero que voy más allá del tipo de texto: me acerco al género (o mejor al género discursivo)²⁸ que, según Ezpeleta y Gamero (2004:01), “ha traspasado las fronteras de lo literario para ser observado como un fenómeno que permite describir y analizar fenómenos lingüísticos convencionales de comunicación social”.

Añaden Ezpeleta y Gamero (2004:01) que “diferentes autores de diferentes ámbitos han comenzado a utilizar la noción de género como forma de acción social tipificada que cumple una finalidad comunicativa y que es reconocible por los participantes de esa acción comunicativa”, entre ellos, señalan Ezpeleta y Gamero (2004:01), están Swales, 1990 y Bhatia, 1993.

En este sentido, con este trabajo, que forma parte de una línea de investigación más amplia que sigo en el Poder Judicial en el Instituto de Investigación y Postgrado de la Escuela Nacional de la Magistratura (IIP-ENM), me propongo aportar datos que contribuyan al análisis del

²⁷ La narrativa (o de los hechos y circunstancia objeto del presente proceso): Una síntesis clara, precisa y lacónica de los términos en que ha quedado planteada la controversia, sin transcribir en ella los actos del proceso que constan de autos. (Art. 243 Ord. 3°). La motiva, o fundamentos de hecho y de derecho: Los motivos de hecho y de derecho de la decisión. (Art. 243 Ord. 4°). La dispositiva: Decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, sin que en ningún caso pueda absolverse de la instancia. (Art. 243 Ord. 5°).

²⁸ Calsamiglia y Tusón (1999: 260) señalan que “el género es el resultado de la combinación particular, es decir, cultural del resto de los componentes. Con ello queremos decir que un género concreto se puede describir o analizar en términos de la manera específica en que se concretan y articulan el resto de los componentes: la situación, los participantes, las finalidades y funciones, la organización estructural interna, el tono, los instrumentos, verbales y no verbales y las normas de interacción y de interpretación que caracterizan y regulan una clase de eventos”.

discurso jurídico, en concreto, al identificar la sentencia como un tipo de texto se le asignan una serie de rasgos que favorecen su comprensión y en consecuencia inciden en su óptima construcción.

Por consiguiente, debido a que existen en Venezuela pocos trabajos del discurso jurídico -o en una categoría más amplia del discurso normativo²⁹- en el área del Análisis del Discurso, me propongo además sensibilizar a los profesionales del derecho, especialmente a los jueces y las juezas, en la consideración de aspectos contextuales, a objeto de privilegiar la función comunicativa de la resolución judicial, sin excluir que la misma sea un acto justo. Al contrario, asevero que el que se priorice la comunicación, favorece decisiones jurídicamente acertadas.

El enfoque teórico que se aborda en esta investigación es del Análisis del Discurso, cuyo principal objetivo es estudiar los textos en contexto. Este análisis a su vez abarca la Lingüística textual, que me permite identificar la sentencia como un tipo de texto por definición y por sus rasgos discursivos de carácter contextual; y las Tipologías textuales, cuyo propósito es clasificar los textos según sus tipos.

La unidad de análisis aquí es el enunciado, el cual según Calsamiglia y Tusón (1999: 17), es “entendido como el producto concreto y tangible de un proceso de enunciación realizado por un Enunciador y destinado a un Enunciatario”. Precisan las autoras que este enunciado puede tener o no forma de oración.

El trabajo se estructura de la siguiente manera: 1) planteamiento del problema; 2) objetivo general; 3) marco teórico; 4) metodología; 5) análisis de los resultados; 6) conclusiones; 7) referencias bibliográficas; y 8) anexo (archivo adjunto con la sentencia que constituye el corpus de esta investigación).

1. Planteamiento del problema

Para cumplir con mi propósito de analizar qué tipo de texto es la sentencia, e ir más allá y consentir un género para esta clase de texto, parto de la noción de contexto que, según Van Dijk (2006: 266), es “el conjunto estructurado de todas las propiedades de la situación social

²⁹ Agüero (2014) alude al término derecho normativo llamado así por plasmar “las normas aprobadas por el Congreso que llamamos genéricamente ‘leyes’ o ‘legislación’, los tratados internacionales y otras normas dictadas por las autoridades estatales, forman un ‘sistema jurídico’ o un ‘ordenamiento jurídico’ que regula la conducta de los ciudadanos y del Estado. El derecho chileno, el argentino y el francés, son ejemplos de sistemas jurídicos”.

que son posiblemente pertinentes para la producción, estructuras, interpretación y funciones del texto y la conversación”.

Concretamente, identifico en una sentencia penal, de admisión de hechos, dimensiones del contexto, de acuerdo con Van Dijk (2000:266). Como este autor señala, el mismo término sugiere todo lo que viene “con el texto”. Añade que las propiedades situacionales del contexto “no son las propiedades mismas las que influyen el discurso, o están influidas por el discurso, sino su construcción mental como categorías, en esquema de modelos de tales situaciones”, representadas por los siguientes elementos:

- 1) El *dominio* parte de que “los eventos comunicativos están ligados a un dominio social o institucional específico. En algunos casos, pueden ser constitutivos de tal dominio. En consecuencia, los muchos tipos de discurso jurídicos constituyen el dominio del derecho”.
- 2) La *interacción global y tipo de evento comunicativo* que, “para la planificación, el manejo interaccional en desarrollo, la comprensión y el recuerdo de los eventos comunicativos, los participantes deben poder categorizarlos a nivel global. Frecuentemente para hacerlo utilizan un modo o descripción del género. De esta manera, pueden describir en qué participaron como una conversación, una charla, una reunión, una elección, un debate parlamentario, una consulta al médico, la lectura del periódico o la escritura de una carta de presentación, entre un número muy grande de géneros distintos³⁰”.
- 3) Las *funciones*, al respecto van Dijk (2000:272) refiere que “los géneros definidos por las diversas propiedades del contexto (...), usualmente tienen funciones específicas en una secuencia de acción o dominio, por ejemplo, como condición, consecuencia o propósito, objetivos de otros actos o acontecimientos sociales”. Por ejemplo, “los interrogatorios se llevan a cabo con el objeto de obtener conocimiento, característicamente sobre hechos criminales; los debates parlamentarios son constitutivos de la toma de decisiones políticas, las crónicas se escriben y se leen con el

³⁰ Estos géneros, dice van Dijk (2000: 272), son tipos de discurso que requieren una definición en términos de texto/ conversación y contexto conjuntamente. En consecuencia, el conocimiento de género controlará numerosas propiedades formales del discurso (tales como la organización esquemática y el estilo) al igual que la elección de los tópicos”.

objeto de proveer y obtener información y opinión sobre acontecimientos, etc”.

- 4) *La intención alude a “los actos comunicativos*, como todas las formas de acción, son intencionales. Teóricamente esto significa que los participantes construyen modelos mentales de lo que quieren hacer (decir o escribir) en el contexto presente. El discurso mismo es producido, así, con el objeto de realizar la intención y sus resultados presentados”.
- 5) *El propósito*, en cuanto a esto refiere el autor que, “a diferencia de las intenciones que son modelos mentales de actos (discursivos), los propósitos u objetivos son modelos mentales de las consecuencias más amplias de esos actos, por ejemplo, de las funciones de los actos discursivos”. Esto se ilustra de la siguiente manera: “las contribuciones a un debate parlamentario pueden tener como propósito promulgar o rechazar una ley, y una lección, enseñar algún conocimiento o habilidad a los estudiantes”. Añade que las funciones son sociales, mientras que las intenciones y propósitos son representaciones mentales de los participantes del habla.
- 6) *Fecha*, tiempo, en referencia a estos elementos, van Dijk, señala que los hechos discursivos tienen principio y fin, tienen lugar en el tiempo, en días y fecha específicos, y con una duración específica relativamente estricta o variable. Por ejemplo, dice el autor que la mayor parte de los discursos oficiales e institucionales, como reuniones, citas y sesiones, tienen tiempos preestablecidos para el comienzo y, frecuentemente, también para la finalización.
- 7) *Lugar*, en cuanto a esto que muchos eventos comunicativos ocurren en lugares específicos. Aludiendo a las conversaciones, refiere que aquellos que tienen el poder no solo fijan el tiempo y la duración. Y al respecto concluye que “el lugar de la conversación puede ser elemento de poder y así, ser ideológicamente importante en la realización de las prácticas del discurso cuando las decisiones sobre la ubicación violan las reglas de comunicación aceptable como una forma de abuso de poder”.
- 8) *Circunstancias*, al igual que las condiciones sociales, son específicas. Ilustra esto así: “un veredicto puede pronunciarse

solamente cuando la corte está en sesión; algunas reuniones se realizan solamente cuando está presente un número específico de participantes (quórum). Añade que “estas circunstancias pueden ser discursivas en sí mismas, definiendo, entonces, complejos intertextuales, como sesiones judiciales o conferencias”.

- 9) Los soportes y objetos importantes, que pueden ser indicativos de las propiedades ideológicas relevantes de la interacción o dominio social, tal como las relaciones jerárquicas y de dominación: quienes controlan los encuentros y las sesiones a menudo se sientan al frente, y posiblemente en un nivel algo superior que el resto (detrás del “estrado”, o el presidente de la cámara en una posición y sillas especiales).

Otros elementos son: *rol de participante* (como hablantes, escribientes, oyentes o escuchas, lectores y la alternancia de estos roles); *rol profesional* (profesores, jueces, oficiales de policía); *rol social*: usualmente representado por características específicas del discurso, tales como formas de tratamiento, movimientos conversacionales de cortesía, estrategias de auto representación positiva (resguardo de la propia imagen) o de representación negativa de otros: argumentos, contra los oponentes o a favor de los aliados, y retórica favorable o desfavorable; *pertenencia*, involucra si los participantes de un evento comunicativo son hombres o mujeres; blancos o negros y/o jóvenes y viejos; y las representaciones sociales, que comprenden el conocimiento, las actitudes y las ideologías, son parte de la interface cognitiva entre estructura social, pertenencia al grupo y discurso.

2. Objetivos

2.1 El objetivo general de este trabajo es analizar qué tipo de texto es la sentencia judicial, concretamente me propongo identificar los rasgos discursivos de carácter contextual, a partir de las dimensiones del contexto, según van Dijk (2000: 266-286).

A través de esta investigación, que sigue el enfoque teórico del análisis del discurso, pretendo aportar elementos lingüísticos y discursivos que contribuyan a la comprensión del discurso jurídico y que representen una herramienta para los profesionales del derecho en la producción de estos tipos de textos.

3. Marco teórico

Refieren Calsamiglia y Tusón (1999: 263) que uno de los propósitos prioritarios de los estudiosos del texto ha sido clasificar los textos según sus tipos. Entre las numerosas contribuciones destacan la de Isenberg, quien “propone las condiciones necesarias para la fundamentación teórica de una tipología, indicando la falta de cumplimiento en muchas de las clasificaciones establecidas”. Sin embargo, señalan las autores, que Horst Isenbert reconoce la dificultad de una tipología y pone las bases para un modo complejo y flexible de acceder a la diferenciación entre los textos.

Para Isenberg, una de esas condiciones es que una tipología textual debe ser homogénea: esto debe ser considerado un requisito fundamental, pero argumenta que hay tipologías no homogéneas: lo que significa que en ellas “no se consigue caracterizar de una manera unitaria la base de tipologización”.

Particularmente, este autor (1987: 96) señala que “la mayor parte de los trabajos, dentro del marco de la lingüística del texto y del análisis de la conversación, no tocan cuestiones de tipología textual. Dentro de ellos puede diferenciarse dos tipos de trabajo. El primer grupo comprende estudios que se ocupan de las propiedades generales de textos, (...)”. Entre ellas, están la coherencia, conclusividad comunicativa, caracterización del acto lingüístico, modelos de interacción y dependencia del contexto situacional.

Al segundo grupo, refiere el autor (1987: 96-97), “pertenecen estudios especiales sobre tipos concretos seleccionados de textos”, como el texto de la narración que es el más estudiado. Agrega que hay numerosos estudios concretos sobre tipos de textos, tales como comentario político, decisión jurídica, texto argumentativo y texto explicativo.

Para este grupo, puntualiza este autor (1987: 97), puede considerarse, en principio, legítimo el que no se traten cuestiones de una tipología textual, mientras que eso no es válido para el segundo grupo, “ya que en ellos existe una relación directa entre lo que se quiere describir —una determinada clase de texto— y la cuestión sobre la tipología textual, dentro de cuyo marco esta clase de texto se define y se delimita frente a otros tipos de textos, o se ordena como subtipo dentro de un tipo de texto”.

Dentro de esta línea, Grosse (citado en Isenberg, 2001), quien partiendo del concepto de función textual concluye que todos los textos escritos pueden clasificarse en ocho clases de texto (normativos³¹, de contacto, los que indican grupos, textos poéticos, textos en los que predominan la

auto manifestación, los exhortativos, los de transición y los de información).

Indica Isenbert (1987: 111) que “Grosse entiende por función textual, una instrucción enviada al receptor sobre el modo de comprensión que el emisor desea respectivamente para cada texto”. Puntualiza que para Grosse la función textual es una intención del emisor, manifestada lingüísticamente dirigida al receptor.

Señala además que “con mucha facilidad y cierta razón se tiende a considerar algunas propiedades de los textos como características de la textualidad, si bien se trata de características de clases de textos, dado que hay clases para las que no son válidas. Partiendo de consideraciones de este tipo, Dimter (1981) llega a la idea de que un concepto de texto, determinable de manera indiferente desde el punto de vista de una tipología, y que sea presupuesto para una tipología textual, solo puede ser entendido como algo intencional”.

4. Metodología

4.1 El corpus en esta investigación está constituido por las partes de la sentencia penal de admisión de hechos descritas en la introducción. Cada una de las partes, tales como: 1) NARRATIVA O DE LOS HECHOS Y CIRCUNSTANCIA OBJETO DEL PRESENTE PROCESO; 2) MOTIVA O FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO; y 3) DISPOSITORIA, es analizada para identificar los elementos, que representan las dimensiones del contexto o propiedades situaciones según van Dijk (2000). Estas propiedades son las categorías de análisis utilizadas en este trabajo, presentadas en el siguiente cuadro.

i) Dominio	x) Rol del participante
ii) interacción global y tipo de evento comunicativo	xi) Rol social
iii) Función	xii) Rol profesional
iv) Intención	xiii) Pertenencia
v) Propósito	xiv) Representaciones sociales
vi) Fecha, tiempo	
vii) Lugar (es).	
viii) Circunstancia (s).	
xi) Soportes y objetos importantes	

³¹ En esta categoría incluye los textos legales, leyes, estatuto, contratos, poderes, partidas de nacimiento y de matrimonio legalizadas.

4.2 El procedimiento: Del corpus seleccionado para esta investigación se extraen los segmentos, representados en enunciados, que identifican cada una de las categorías de análisis.

5. Análisis de resultados

- i) El dominio –que parte de que “los eventos comunicativos están ligados a un dominio social o institucional específico- viene representado por el derecho: es un saber técnico dominado por expertos. Según Agüero (2014): “Los jueces, los fiscales, los defensores, los abogados que trabajan en despachos jurídicos y, en general cualquier abogado, es un profesional especializado en un conjunto de saberes sobre la ley”.
- ii) El tipo de evento comunicativo –que viene dado porque los participantes lo categorizan a nivel global y frecuentemente para ello utilizan un modo o descripción del género- es la sentencia judicial, acto procesal o judicial y/o resolución judicial. En este caso, es un subtipo de sentencia penal, de admisión de hechos, lo que determina las estrategias retóricas utilizadas orientadas a la negociación de la pena.
- iii) La función –que alude propiamente al género definido por las diversas propiedades del contexto-, es justificar o refutar una decisión legal. En este caso, al ser una acusación interpuesta por la Fiscalía, por delito de violencia sexual, el Tribunal con competencia en los delitos de Violencia contra la Mujer del Circuito Judicial Penal (Palacio de Justicia) se propone demostrar que se cometió un acto criminal, una vez que la víctima lo denuncia. El delito es admitido por el acusado: por ello procede la condena o penalización, la cual es negociada por la defensa debido a que existe una admisión de hechos por parte del demandado quien además no tiene antecedentes penales.

En la parte motiva, denominada en esta sentencia “de los hechos y circunstancias objeto del presente proceso”, se refiere la acusación de la Fiscalía y su admisión por el Tribunal:

“Fiscalía Centésima Trigésima Cuarta (134º) del Ministerio Público del Área Metropolitana de Caracas, presentó acusación contra el ciudadano Alberto José Herrera, por la presunta comisión del delito de Violencia Sexual, previsto y sancionado en el artículo 43 de la Ley Or-

gánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, en perjuicio de la ciudadana M.Y.S (Se omite identidad), acusación que fue ADMITIDA POR EL TRIBUNAL 01 DE Primera Instancia en Funciones de Control, Audiencia y Medidas con competencia en los delitos de Violencia contra la Mujer de este Circuito Judicial Penal”.

Igualmente, se señala, en la misma parte que la Fiscalía se propone demostrar la responsabilidad del acusado por el delito de violencia sexual:

“El Ministerio Público demostrará la responsabilidad del ciudadano José Gregorio Villegas, en el delito de Violencia Sexual, previsto y sancionado en el artículo 43 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, en perjuicio de la ciudadana M.Y.S (Se omite identidad)”. Es todo. Todo lo cual fundamentó en forma oral.”

Luego, el acusado confiesa su culpa y surge otro elemento, la admisión de los hechos por parte de él:

“La defensa solicita a este Tribunal se escuche la voluntad de mi representado, el cual me ha manifestado previa conversación su deseo de admitir los hechos, asimismo solicito que al mismo sea impuesta la pena, aplicando las rebajas correspondientes, por cuanto el Ministerio Público no demostró que mi defendido posea antecedentes penales y por la admisión propiamente dicha. Es todo”. Todo lo cual lo fundamento en forma oral”.

En la parte motiva, concretamente en la penalidad, se evidencia que la función, por ir orientada a justificar o refutar una decisión legal, es esencialmente argumentativa. La defensa negocia la pena del acusado de forma siguiente:

“Establece el artículo 43 de la ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

Quien mediante el empleo de violencias o amenazas constriña a una mujer a acceder a un contacto sexual no deseado que comprenda penetración por vía vaginal, anal u oral, aun mediante la introducción de objetos de cualquier clase por alguna de estas vías, será sancionado con prisión de diez a quince años.

Ahora bien, la pena normalmente aplicable de acuerdo al artículo 37 del Código Penal aplicable de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, es la pena media siendo que en el presente caso prevé

una pena de (10) diez a (15) años, siendo la pena media de diecisiete (17) años y seis (06) meses de prisión, no obstante se reducirá hasta el límite inferior o se aumentará hasta el superior según el mérito de las respectivas circunstancias atenuantes o agravantes que concurran en el caso concreto (...).

Se utilizan atenuantes³² para disminuir la pena a causa de que el acusado admite los hechos y no tiene antecedentes penales:

1) Sin antecedentes penales:

“No obstante, se observó que el Ministerio Público no probó el hecho de que el hoy acusado registrara antecedentes penales, por lo que este Tribunal debe aplicar la presunción a favor del acusado debido a que el mismo no presenta antecedentes penales, por lo cual estima que se hace acreedor de la atenuante genérica referida a esta circunstancia y prevista como forma de rebaja de pena, en el ordinal 4º del artículo 74 del Código Penal, la pena se reduce pero sin bajar del límite inferior lo que sería una pena de DIEZ (10) AÑOS DE PRISIÓN (...).

2) Admisión de hechos:

(...) y escuchada la expresión, en forma voluntaria por el hoy acusado de admitir los hechos, conforme al artículo 375 del Decreto Con Rango, valor y Fuerza de ley del Código Orgánico Procesal Penal, procede este juzgado a aplicar el procedimiento especial de admisión de hechos, que permite rebajar la pena hasta un tercio, rebajando a la pena aplicar el tercio de la misma que sería TRES (03) Años Y Cuatro (04) meses, quedando en definitiva la pena a imponer SEIS (06) AÑOS Y CUATRO (04) MESES DE PRISIÓN, mas la pena accesoria establecida en el artículo 69 numeral 2 eiusdem, referente a la inhabilitación política mientras dure el tiempo de la condena.

iii) La intención –determinada por “los actos comunicativos que, como todas las formas de acción, son intencionales”, es esen-

³² Según Metricson.legalglobal, atenuante es “una circunstancia eximente de la responsabilidad penal, es aquella que exonera o libera de la responsabilidad penal a aquel que ha cometido un delito. Aunque en el Código Penal vienen enumeradas, el juez puede en atención al caso concreto, decidir sobre la aplicación y alcance finales de la eximente. En concreto nuestra normativa contempla como causas eximentes:

- a) Cualquier anomalía o alteración psíquica, que impida comprender la ilicitud del hecho.
- b) Hallarse bajo Intoxicación plena o un síndrome de abstinencia.
- c) Sufrir graves alteraciones en la percepción de la realidad.
- d) El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos.
- e) Evitar un mal propio o ajeno.
- f) El que actúa impulsado por miedo insuperable.
- g) Obrar en cumplimiento de un deber.

cialmente comunicar una decisión justa, después de sentenciar: acusar y sancionar por comisión de delito de violencia contra la mujer, para hacer justicia pues, de acuerdo a la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, se cometió una acción criminal, que es admitida además, y que tiene una penalización, la cual va a ser negociada por los atenuantes ya mencionados.

- iv) El propósito –que debe ser introducido como una categoría separada en las estructuras del contexto y que alude a las representaciones mentales de los participantes del habla-, es mantener el ordenamiento jurídico, el orden constitucional, el Estado democrático y social de Derecho y de Justicia.
- v) El tiempo y fecha, determinados y de extensión estable o variable, son en este tipo de evento variables, debido a que la sentencia judicial, en general, y la penal, del subtipo admisión de hechos, en particular, es resultado de un proceso: se registran diferentes tiempos y fechas. El proceso está conformado por los siguientes pasos: 1) la víctima denuncia en la Fiscalía, que interpone una acusación; 2) se abre un juicio, donde se interroga oralmente al demandado quien admite los hechos, y finalmente el Tribunal con competencia en los delitos de Violencia contra la Mujer sanciona y penaliza al acusado quien como admite los hechos tiene una rebaja de la pena. Además, en la sentencia hay un subgénero, el interrogatorio, que tiene un tiempo diferente a la decisión legal. A continuación refiero algunas marcas temporales registradas en la sentencia analizada:

Datos que identifican la sentencia:

Caracas, 15 de febrero de 2016

205° y 156°

Parte narrativa:

“Los delitos arriba referidos, están representados por las circunstancias de tiempo, modo y lugar descritas tanto en el escrito de acusación fiscal como en el auto de apertura a juicio por los hechos en los cuales se hizo referencia que resulta ser que en el día 15/08/2014, el señor ALBERTO HERRERA, me llamo como a las 09:30 horas de la noche, para cancelarme el dinero de unas colonias que yo le vendí, una vez

en el lugar el señor ALBERTO HERRERA, me dijo que lo esperara y es cuando saco una bebida me lo ofreció y yo me lo tome y es cuando pierdo el conocimiento, luego me despierto el día 16/08/2014, como a las 12:30 horas del mediodía”.

Interrogatorio³³:

Es el caso, que para el día 10 de febrero de 2016, se fijó el acto de juicio oral y privado, y verificada la presencia de las partes, Fiscal Centésima Sexagésima (160°) del Ministerio Público del Área Metropolitana de Caracas Abg. Ariramy Henríquez, la víctima ciudadana M.Y.S (Se omite identidad), el acusado Alberto José Herrera previo traslado de la Sub Delegación Simón Rodríguez del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, debidamente asistido por su defensora de confianza la ciudadana Abg. Flor Colmenares, se dio inicio al juicio oral.

Parte dispositoria:

Culminó el acto a las 2:00 de la tarde. Es todo. Término. Se Leyó y conformes firman (...).

DADA, FIRMADA, SELLADA Y PUBLICADA EL TEXTO INTEGRAL DE LA SENTENCIA CONDENATORIA, dentro del lapso legal, en la Sede del Tribunal de Violencia Contra la Mujer y Nro 1° en Función de Juicio del Circuito Judicial de Violencia contra la Mujer del Área Metropolitana de Caracas, a los quince (15) días del mes de Febrero de 2016 A los 205° años de la Independencia y 156° de la Federación.

- vi) Los lugares, al igual que el tiempo y la fecha, son variables en este caso, debido a que la sentencia judicial resulta de un proceso. Los lugares son: la Fiscalía o el Ministerio Público (acusación); la Sub Delegación Simón Rodríguez del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (interrogatorio) y el Tribunal (decisión que implica penalización).
- vii) Las circunstancias, que al igual que el lugar, el tiempo y la fecha, son variables, están representadas, por: 1) la sesión ju-

³³ El interrogatorio es un subgénero presente en la sentencia. Para Ridao (citado por Álvarez, 2016), “es un acto comunicativo de carácter diádico en el que intervienen dos partes, una de ellas tiene la misión de extraer información y la segunda es la que aporta datos, teniendo en cuenta las relaciones de poder existentes en estos contextos.”

dicial conformada por la acusación interpuesta; 2) apertura de juicio (incluye el interrogatorio) y 3) la penalización.

- viii) Soporte y objetos importantes –que pueden ser indicativos de las propiedades ideológicas relevantes de la interacción o dominio social: las relaciones jerárquicas y de dominación-, son cámara filmadora, computadoras, vestimenta propicia para un juicio; mobiliario de oficina (escritorios, sillas de archivos), folios, material de trabajo en general. Vienen además determinados por las relaciones de poder de marcada desigualdad, la jueza tiene el mayor poder, por ende, ocupa un lugar privilegiado en la sesión judicial, le sigue la Fiscal y, en tercer lugar, la abogada defensora, en el orden de mayor a menor posición.
- viii) Rol de participantes –que puede variar de hablantes a oyentes, de escribientes a lectores, y viene dado por concesión de turnos- se manifiesta en un marcado control de la palabra por tratarse de una interacción formal: se concede el turno solo cuando es determinante para el desarrollo del acto judicial. A continuación las partes donde se observa esta dinámica:

La jueza es quien otorga la palabra a la abogada defensora y esta, a su vez, le concede el turno al acusado, una vez que indica que él desea admitir los hechos. Luego, la defensa, previa autorización de la jueza, toma la palabra para solicitar la imposición de la pena, con las rebajas correspondientes debido a los atenuantes que aplican en este caso. A continuación, se ilustra esto:

(...) Jueza le concede el derecho de palabra a la defensa a objeto de que exponga su alegato de inicio: “La defensa solicita a este Tribunal se escuche la voluntad de mi representado, el cual me ha manifestado previa conversación su deseo de admitir los hechos, asimismo solicito que el mismo sea impuesto de la pena, aplicando las rebajas correspondientes, por cuanto el Ministerio Público no demostró que mi defendido posea antecedentes penales y por la admisión propiamente dicha. Es todo”. Todo lo cual lo fundamento en forma oral.

³⁴ Cuando trabajé en el Palacio de Justicia, en la oficina de Atención y Participación Ciudadana, prestábamos las cámaras filmadoras para grabar los juicios, particularmente a los funcionarios del Tribunal con competencias en delitos contra la mujer, ubicado en el piso 6 del Circuito Judicial.

Por el control de los turnos, aunque existe una inmediatez comunicativa relativa³⁵ propia de los juicios orales, junto con una relación de desigualdad entre los participantes (la jueza tiene máximo control por la posición que ostenta), se trata de un registro formal propio de este tipo de interacción global, resultado de un proceso con una parte oral (juicio oral) y una parte escrita, la sentencia en sí, que comunica la decisión.

- ix) El rol social está representado por las formas de tratamiento que están determinadas por las relaciones de poder: se apela al cargo, ya sea la Juez (la ciudadana jueza), la Fiscal y la Defensa, o a la condición, la víctima, o demandante, y al acusado como demandado, también llamado “mi defendido” o “mi representado” por la abogada defensora, o ciudadano o señor. No hay uso de pronombres de tratamiento como, por ejemplo, usted.

De igual manera, el rol social viene dado por la presentación negativa del acusado, por tratarse de una comisión de delito grave de violencia contra la mujer. No obstante, como existe admisión de hechos, la defensa tiene un rol social fundamental: la negociación de la pena, lo que evidencia una estrategia argumentativa particular. Esto tiene como consecuencia una retórica favorable al acusado: se negocia su pena y él no va a prisión, tal como se observa a continuación.

De conformidad con lo establecido en el artículo 70 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, impone al acusado Alberto José Herrera, titular de la cedula de identidad N° V-6.551.204, a asistir de carácter obligatorio por el lapso equivalente a la pena impuesta, es decir SEIS (06) AÑOS y CUATRO (04) MESES DE PRISIÓN, a los programas de orientación, atención y prevención dirigidos a modificar su conducta y evitar la reincidencia, programas de orientación que impartirá el Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia o el Organismo que éstos designen.

- XI) Rol profesional: abogados, la jueza, María Elisa Bencomo Pirela; la fiscal Abg. Arirramy Henríquez; y la abogada defensora, Abg. Flor Colmenares).

³⁵ Una parte de la sentencia viene dada por un juicio oral, donde hay un interrogatorio, esto le da carácter de inmediatez al evento comunicativo, pero la decisión del Tribunal involucra una parte escrita.

XII) Pertenencia, al respecto van Dijk (2000: 282) señala que, “en términos del contexto, las personas de diferentes grupos sociales o categorías sociales son definidas y tratadas como tales también en el evento comunicativo: se les puede dar preferencias en la asignación de turnos, libertad en la elección del tópico o de estilo, pero también pueden ser directamente discriminadas, solo porque son miembros de un grupo específico. En consecuencia, quizá en mayor grado que otra categoría del contexto, la pertenencia a un grupo social es lo que proyecta las ideologías a los eventos comunicativo”.

En la sentencia analizada, principalmente, la máxima autoridad, la Jueza; le sigue la Fiscal, en segundo lugar, y la abogada defensora, en tercero, en el orden de mayor jerarquía a menor, tienen en común que son mujeres profesionales, en este caso, abogadas, especializadas en Derecho penal, quienes están garantizando el cumplimiento de la Ley.

Particularmente, las relaciones entre las participantes se dan en el marco de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, promulgada en 2007, que nace con el propósito de “sancionar, prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones o ámbitos”, de acuerdo con el artículo 1ro, 38668 de 23/04/ 2007 del instrumento legal.

Con base en lo anterior, estas profesionales del Derecho están conscientes de que en la República Bolivariana de Venezuela, en el presente, es un delito agredir física, moral y psicológicamente a una mujer, que ello acarrea sanciones que van desde una multa hasta la privativa de libertad. También comparten la idea de que existe un ordenamiento jurídico y que, por los roles que ellas desempeñan (jueza, fiscal y la abogada defensora) tienen la responsabilidad de hacerlo cumplir. Además, en este caso particular comparten que las mujeres son sujetos de derecho y justo son mujeres abogadas las que deben garantizárselos a otras mujeres.

Por otra parte, está el acusado quien cometió un delito de violencia de género y que está consciente de ello porque decide admitirlo, lo cual incide en la negociación de la pena que culmina con la reducción de la misma, e incluso queda exento de ir a prisión.

III) Representaciones sociales –tales como conocimiento, actitudes e ideología- se deducen de la función (justificar una decisión) y de la intención (sentenciar, penalizar).

En este caso, el conocimiento –por lo demás presupuesto- que comparten las participantes (la jueza, la fiscal y la abogada defensora) involucra el ámbito judicial, las leyes, particularmente la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Involucra también el contexto en que surge esta Ley, el período gubernamental autodenominado Revolucionario donde se manifiesta explícitamente la necesidad de proteger a la mujer constitucionalmente de todo acto sexista que entrañe algún tipo de violencia que afecte su integridad física, emocional, patrimonial y jurídica. Y la jueza, la fiscal y la abogada defensora, por el rol profesional y social que desempeñan, tienen una actitud a favor de la Ley: pretenden velar por su cumplimiento.

Vale decir que todo se da en el marco de la citada Ley y se sanciona de acuerdo con ella. También se hace referencia al Código Orgánico Procesal Penal; al modelo político del socialismo, lo que evidencia un componente ideológico al hacer alusión a un sistema de gobierno; y a la Constitución nacional.

La Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia:

Es menester destacar, la exposición de motivos de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, resalta que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela promueve la construcción de un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, lo cual constituye la base fundamental para el desarrollo y elaboración de una nueva ley que conlleve la materialización de los fines esenciales del Estado como son la defensa, desarrollo y respeto a la dignidad de las personas y la construcción de una sociedad justa y amante de la paz

El Código Orgánico Procesal Penal, en la parte que cito a continuación:

En el ordinal 4º del artículo 74 del Código Penal, la pena se reduce pero sin bajar del límite inferior lo que sería una pena de DIEZ (10) AÑOS DE PRISIÓN, y escuchada la expresión, en forma voluntaria por el hoy acusado de admitir los hechos, conforme al artículo 375 del Decreto Con Rango, valor y Fuerza de ley del Código Orgánico Procesal Penal.

Al modelo político, alusión directa de carácter ideológico³⁶, en la parte motiva, referida a continuación:

En el modelo político, expresado en el socialismo del siglo XXI que estamos construyendo, es fundamental erradicar los valores, creencias y prácticas que han mantenido la desigualdad entre los sexos.

Y a la Constitución nacional:

La violencia de género, no es un problema privado, es un problema social de estado.

En Venezuela el acceso a la justicia está consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 26, que establece el derecho de las personas a acceder a los órganos de la administración de justicia para obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses e incluso los derechos colectivos o difusos.

Finalmente, las representaciones sociales, demostradas en el manejo conceptual del marco constitucional, legal, político e ideológico, atribuyen elementos indicadores del género jurídico, evidenciado en la trascendencia de decisiones de tipo legal, para garantizar el cumplimiento de derechos humanos fundamentales, valores constitucionales y el respeto a la igualdad entre los sexos que propugna, según la sentencia, el modelo socialista.

En consecuencia, el análisis de cada categoría correspondiente a las dimensiones del contexto, según van Dijk, quedaría representada en el siguiente cuadro:

Categoría de análisis	Aplicación de la categoría a la sentencia judicial de tipo penal a grosso modo:
Dominio	Forma parte del discurso jurídico, dominio del derecho.
Interacción global y tipo de evento comunicativo	Sentencia judicial, acto procesal o judicial y/o resolución judicial, del tipo penal.

³⁶ Este elemento es muy importante, es un hallazgo porque las sentencias son decisiones justas, por ende, son imparciales: no pueden tener elementos de carácter político partidistas. La palabra socialismo no está en la CRBV, por ello su uso no es frecuente en las resoluciones judiciales, ni siquiera en las de tipo constitucional, que son de

Función	Por justificar o refutar una decisión legal, es un texto jurídico esencialmente argumentativo, del tipo argumentación persuasiva.
Intención	Sentenciar. Comunicar o explicitar una decisión justa que queda plasmada en un texto que está estructurado en tres partes: narrativa, motiva y dispositiva.
Propósito	Mantener el orden constitucional, el Estado de Derecho y de Justicia.
Fecha, tiempo	Varios momentos del pasado, la sentencia es resultado de un proceso. Se trata de una interacción compleja.
Lugar	El Tribunal con competencia en los delitos de Violencia contra la Mujer de este Circuito Judicial Penal (Palacio de Justicia).
Circunstancia (s).	Sesión judicial.
Soportes y objetos importantes	El juez o jueza, la fiscal ocupan una posición privilegiada, al frente y superior, en relación a los demás miembros (abogado defensor, acusado, público en general).
Rol del participante	Hablantes, oyentes o escuchas, escribientes, lectores, y su alternancia. Control de turnos.
Rol social	Formas de tratamiento de acuerdo al ámbito legal y al cargo (juez, fiscal o defensa). Estrategias de presentación negativas del acusado. Retórica desfavorable para sancionar de acuerdo a las Leyes.
Rol profesional	Jueces, juezas, las y los fiscales, abogados, abogadas.
Pertenencia	Hay tres participantes que son mujeres profesionales, abogadas, especializadas en Derecho penal,

	que tienen en común, garantizar el ordenamiento jurídico mediante el cumplimiento de las leyes, en especial el de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida libre de Violencia. Otro participante, hombre que comete el delito, lo admite y acepta la penalización.
Representaciones sociales	Formas de tratamiento determinadas por el cargo, la jueza, la fiscal y la abogado defensora, y por la condición, el acusado. Conocimiento sobre leyes y actitud de defensa de las mismas.

Conclusiones

Las dimensiones del contexto o las propiedades de la situación, de acuerdo con van Dijk (2000), en particular, las referidas a función, intención y propósito, aportaron rasgos para identificar el tipo de texto llamado sentencia judicial penal, del subtipo admisión de hechos. Es un texto jurídico, argumentativo, en el que se justifica y comunica una decisión: la penalización de un delito tipificado en varias leyes, a objeto de mantener el orden constitucional.

Igualmente, el tiempo y la fecha, el lugar y las circunstancias, son variables, y por ello difíciles de aplicar, debido a que la sentencia es resultado de un proceso, y el rol de participantes (turnos controlados, inmediatez relativa, marcada desigualdad entre ellos), dan cuenta de que es un evento comunicativo de registro formal.

Por otro lado, el dominio, el rol profesional y el rol social, nos dicen que quienes producen este tipo de texto pertenecen a una comunidad de especialistas del Derecho, que usan estrategias argumentativas particulares, y tienen un interés compartido de hacer cumplir las leyes, en concreto la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

Hay además un componente ideológico representado en la alusión a un tipo de sistema político que es el socialismo. Quiero destacar que las categorías: 1) soportes y objetos, 2) rol social, 3) representación social, y 4) pertenencia, se conectan en relación con el componente

ideológico. La primera evidencia relaciones de poder; la segunda, formas de tratamiento propias de un acto judicial, en referencia al cargo o la condición; la tercera, saberes compartidos en torno a las leyes, en un contexto político- jurídico y constitucional; y la cuarta, la pertenencia, alude a mujeres profesionales del Derecho que pretenden hacer cumplir las leyes: son mujeres que defienden a mujeres.

Lo anterior aporta que es una interacción formal, en la que participan especialistas del derecho, con una posición relevante (los jueces), que tienen conocimientos del ordenamiento jurídico venezolano, y que esas leyes se cumplen además –se deduce, o se implica- en el modelo político del socialismo.

Referencias bibliográficas

- Agüero San Juan, c. (2014). *¿Conforman las sentencias penales un género discursivo?* Investigación realizada en el marco del Proyecto Fondecyt N° 1110332. En: Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Santiago, Chile.
- Casamiglia, Helena y Tusón, Amparo (1999). *Las cosas del decir. Manual de análisis del discurso*. Edit. Ariel Lingüística. Barcelona, España.
- Cervera, A. Y Álvarez, j. (2016). *Estrategias lingüísticas en el interrogatorio judicial español: una aproximación pragmatolingüística*. En: Elua, 30, 2016, págs. 61-78
- Isenberg, h. (1987). *Cuestiones fundamentales de tipología textual*. En E. Bernárdez (Ed.) Lingüística del texto, 95-131. Madrid: Arco libros.
- Chumaceiro, Irma (2001): *Estudio lingüístico del texto literario*. Fondo Editorial de Humanidades y Educación de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela.
- Metricson: (página web en línea). Dirección: <http://metricson.com/blog/i/1360/74/diferencias-entre-eximentes-agravantes-y-atenuantes>. (consulta: 2018, febrero).
- Rios, T. (2005). *Las sentencias judiciales: estudio y análisis sociolingüístico*. Tonos digital: Revista Electrónica de Estudios Filológicos (Revista en línea), 9. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1198377> (consulta: 2018, febrero)
- Swales, j. (1990). *Genre analysis*. Cambridge: cambridge University Press.
- Van Dijk, T. A. (2000). *El discurso como estructura y proceso. Estudios del discurso: introducción multidisciplinaria*. Volumen I. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Van Dijk, T. A. (2000). *Ideología. Una aproximación multidisciplinaria*. Barcelona: Editorial Gedisa.

Democracia interna en los partidos políticos

Internal democracy in political parties

Julio José Romero Vargas

Investigador de la Unidad de Políticas Públicas (Universidad Simón Bolívar, USB).
Doctorando en Ciencia Política, Universidad Simón Bolívar. Maestría en Ciencia Política.
Universidad Simón Bolívar. Caracas. 2015. Máster en Derechos Humanos, Estado de
Derecho y Democracia en Iberoamérica. Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares-
España. 2014. Especialista en Derechos Laboral. Universidad Santa María. Caracas. 2011.
Especialista en Derecho Administrativo. Universidad José María Vargas. Caracas. 2008.
Diplomado en Docencia Universitaria. Universidad Pedagógica Experimental Libertador.
Instituto Pedagógico de Caracas. Caracas. 2007. Abogado. Universidad Santa María.
Caracas. 2005. Experto en Derecho Internacional Humanitario. Cruz Roja Venezolana.
jjrv6162@gmail.com
Caracas. 2004.

Recibido: 09/07/19
Aprobado: 23/10/19

Resumen

La Democracia es un valor requerido en todos los modelos de estado, sin embargo, no se exige a otras instancias sociales como los partidos políticos los cuales en muchos casos se caracterizan por ser poco abiertos en la toma de decisiones importantes. Ahora bien, en el marco de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se establece taxativamente la democracia interna de los partidos y el mecanismo idóneo para lograrla. Se ha querido hacer mención específicamente a la designación de candidaturas para cargos de elección popular para conocer si los partidos políticos en Venezuela se han adecuado a lo establecido en el artículo 67 constitucional, para ello se ha hecho una revisión de los procesos electorales acaecidos en Venezuela a partir del año 2008 hasta el año 2018, encontrándose deficiencia de democracia para la designación de candidaturas por parte de organizaciones políticas de diversas tendencias en determinadas coyunturas políticas.

Palabras clave: Democracia, Partidos Políticos, Constitución.

Abstract

Democracy is a required value in all models of state, but it is not demanded of other social bodies like political parties, which in many cases are characterized by being little open in making important decisions. However, within the framework of the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela, it establishes limited the internal democracy of the parties and the ideal mechanism to achieve it. It has been wanted to make mention specifically to the nomination of candidatures for positions of popular election, to know if the political parties in Venezuela have adapted to the established in the article 67 constitutional, this has been done a review of the electoral processes that occurred in Venezuela from the year 2008 until the year 2018, finding a significant deficiency of democracy for nominations by political organizations of various Trends in certain political junctures.

Keywords: Democracy, Political Parties, Constitution

Democracia interna en los partidos políticos

Introducción

En el año 1999 el pueblo venezolano por primera vez en su historia se da su propio texto fundamental en el cual se asume la figura del Estado Democrático, Social de Derecho y de Justicia. Bajo este nuevo enfoque constitucional se ajustaron los modelos de organización democrática existentes, tanto en lo político, económico, cultural, social e internacional, para enmarcarlos en la nueva concepción de estado.

Ahora bien, uno de los aspectos emblemáticos en este nuevo texto constitucional radica en el ámbito electoral, específicamente la inclusión de la figura del referendo en cualquiera de sus manifestaciones (consultivo, abrogatorio, aprobatorio y revocatorio), lo que marca un cambio de paradigma en el Estado venezolano. Asimismo, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela regula un aspecto de gran interés para el presente estudio, el cual va referido a la democracia interna de los partidos políticos como temática a desarrollar.

Ante estas consideraciones, resulta oportuno realizar un trabajo que aborde la democracia interna de los partidos, particularmente referido a la selección de sus candidatos a cargos de elección popular.

En este sentido, el presente trabajo inicia con una reseña histórica de la democracia partidista, desde la instauración de la democracia moderna que se instituyó en el año 1958 y se enmarcó en el texto constitucional del año 1961, hasta llegar a la constitución vigente la cual se promulgó en el año 1999. Asimismo, se destaca parte del debate constituyente en relación al artículo 67 de la carta magna que desarrolla los mecanismos de selección de candidatos por los partidos políticos, y una somera evolución de los textos legales en el ámbito electoral.

En las líneas siguientes se hace un estudio de las concepciones teóricas de la democracia en los partidos políticos, según autores como

Eduardo Vírgala y Maurice Duverger, entre otros, los cuales permitirán sustentar doctrinariamente y constitucionalmente las ideas desarrolladas en este trabajo.

Posteriormente, se trata la democracia interna de los partidos en la constitución vigente, y los métodos de selección de los candidatos y candidatas junto al criterio jurisprudencial del máximo Tribunal de la República, por medio de la Sala Electoral.

Por otro lado, se destacan algunas tesis que van en contra de los métodos democráticos dentro de los partidos con la finalidad de que el presente escrito cuente con visiones contrapuestas; igualmente, se mencionan las experiencias sobre la selección de candidatos y candidatas por parte de los partidos con mayor relevancia electoral que conviven en la vida política de Venezuela.

A manera de conclusión, se resaltan los aspectos más relevantes de un tema tan extenso como este, y así ofrecer como corolario una visión particular de cómo pudiera resolverse el problema constitucional que se analiza en este trabajo.

Aunado a lo anteriormente expuesto, cabe subrayar la importancia de esta investigación en virtud de lo poco que se ha desarrollado este tema en el país, siendo a la vez una manera de contribuir con el debate acerca de la democracia partidista que debe darse en Venezuela. Dicho debate debe ahondar en el modelo de partidos políticos y sus implicaciones en la democracia del propio Estado, y así avanzar en temas tan complejos como éstos.

La democracia interna de los partidos

La democracia interna de los partidos es definida por (Hernández, 1987) como toda aquella actividad jurídico-política dirigida a garantizar que la determinación de su propia línea política, la integración de sus órganos internos, y la postulación de sus candidatos a puestos de elección popular, sean resueltos por la voluntad mayoritaria y libre de sus integrantes.

La democratización interna de los partidos políticos es para (Virgala, 2008) un requisito para el correcto funcionamiento del Estado democrático, en virtud de que su falta de acatamiento puede generar que el ciudadano se desencante de los partidos, abriendo la posibilidad a otros mecanismos poco democráticos. Según el autor la falta de democracia

interna en los partidos políticos se refleja en la falta de democracia participativa en el Estado, es por esto que debe establecerse legalmente un auténtico estatuto democrático para los partidos políticos.

(Virgala, 2012, p. 4) señala como ejemplos de democracia interna las constituciones de España (artículo 6: “su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”), Argentina (artículo 38: “su organización y funcionamiento democráticos”), Chile (artículo 19.15: “sus estatutos deberán contemplar las normas que aseguren una efectiva democracia interna”), Colombia (artículo 107: “los partidos y movimientos políticos se organizarán democráticamente. Para la toma de sus decisiones o la escogencia de sus candidatos podrán celebrar consultas populares o internas”), Costa Rica (artículo 98: “su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”), Uruguay (artículo 77: “los Partidos deberán: a) Ejercer efectivamente la democracia interna en la elección de sus autoridades”)

Como otro ejemplo de política comparada (Pérez, 2006) menciona la situación acaecida en el año 1993, cuando se declara por primera vez en la historia parlamentaria Alemana por la Corte Constitucional de Hamburgo la nulidad de una elección, fundamentándose en irregularidades en el proceso de nominación de candidatos de la democracia cristiana y no tanto en irregularidades de los procesos electorales.

La necesidad de democracia interna ha estado presente desde la aparición de los partidos, y es de suma relevancia el apoyo institucional a sus afiliados con el objeto de evitar que la militancia partidista decida no involucrarse por no sentirse representada, y que los partidos se conviertan en una élite burocrática que centralice las decisiones importantes.

Así como lo reseña (Virgala, 2008) la burocratización en los partidos se ha ido consolidando durante el siglo XX, convirtiéndose el afiliado en una figura de segundo plano, lo que genera que los partidos estén más alejados de la sociedad producto de sus mecanismos internos de acceso poco democráticos.

(Agapito, 2007) establece que los partidos políticos son un reflejo de la democracia del Estado, en virtud de que este último garantiza y promueve la democracia. Los partidos políticos deben ser un reflejo de la democracia, ya que hacen vida dentro del modelo de Estado que propugna como uno de sus grandes fines el sistema democrático.

Asimismo (Duverger, 1961), considera que el máximo exponente de la democracia deben ser los partidos políticos, en virtud de que estos están en mayor medida obligados a tenerla en cuenta, puesto que actúan en el terreno político donde la referencia a las doctrinas democráticas son constantes, lo cual es coherente en las prácticas de éstos en la vida social de un país.

Para finalizar, cabe señalar que siguiendo los planteamientos de (O'Donnell, 2000) la democracia en los partidos políticos busca que se den las condiciones para elegir y ser electo como autoridad partidaria o como candidato a un cargo de elección popular y fortalecer su institucionalidad con el objeto de asegurar y expandir los derechos de sus militantes, estimulando así la vida partidaria.

Antecedentes de la democracia interna de los partidos políticos en Venezuela

Los antecedentes relacionados con la democracia interna de los partidos políticos en Venezuela puede dividirse en dos periodos históricos, el primero de ellos se enmarca a partir de la constitución del año 1961, y el segundo se desarrolla a partir de la constitución vigente del año 1999.

El texto constitucional de año 1961, contiene en los artículos 19, 113, 114, 148, 151 y 183, lo referente al sistema electoral a emplearse, es decir, el marco en el cual se adecuarían las leyes de tipo electoral que surgirían en lo sucesivo. Ahora bien, la constitución del año 1961 reguló lo concerniente a los partidos políticos en el artículo 114, el cual rezaba de la siguiente manera:

Artículo 114: Todos los venezolanos aptos para el voto tienen el derecho de asociarse en partidos políticos para participar, por métodos democráticos, en la orientación de la política nacional. El legislador reglamentará la constitución y actividad de los partidos políticos con el fin de asegurar su carácter democrático y garantizar su igualdad ante la ley. (Constitución de la República de Venezuela, 1961).

El último aparte de este artículo reseña que las leyes que se desarrollen en el ámbito electoral deben sustentarse en el principio democrático, no obstante las leyes que se desarrollaron y que más adelante haremos referencia, no ampliaron este principio constitucional, quedando como un tema abstracto y amplio.

La falta de democracia interna de los partidos políticos en Venezuela ha sido una constante en nuestra historia, (Pérez, 1996) señala que la

confección de las lista de candidatos para ocupar cargos públicos o el diseño de políticas de importancia responde generalmente a procesos de discusión interna, en la mayoría de los casos estos procedimientos son manejados directamente por las instancias ejecutivas o se definen a través de elecciones de segundo o tercer grado, donde la participación de la base se ve diluida en los distintos comités intermedios.

En consonancia con lo anterior, continúa (Pérez, 1996) señalando que la lealtad parece ser el principal valor aceptado en los partidos políticos, y que en muchos casos el disentir de la línea de mando puede convertirse en suicidio, contribuyendo de esta manera al fortalecimiento personalista en las estructuras partidistas.

Por otra parte, durante los primeros años de vigencia de la constitución de 1961, la democracia interna de los partidos se encontraba disminuida, en virtud de que la designación de los gobernadores y alcaldes no se adjudicaba mediante el voto popular, sino que se designaba directamente por el poder central, así como lo consagra el artículo 22 constitucional.

Artículo 22: La ley podrá establecer la forma de elección y remoción de los Gobernadores, de acuerdo con los principios consagrados en el artículo 3º de esta Constitución. El respectivo proyecto deberá ser previamente admitido por las Cámaras en sesión conjunta, por el voto de las dos terceras partes de sus miembros. La ley respectiva no estará sujeta al veto del Presidente de la República. Mientras no se dicte la ley prevista en este artículo, los Gobernadores serán nombrados y removidos libremente por el Presidente de la República. (Constitución de la República de Venezuela, 1961).

La ley que se menciona en dicho artículo se publicó en el año 1989 por razones políticas y sociales, es decir, en los primeros 30 años de esta constitución la designación de gobernadores y alcaldes era realizada por el Ejecutivo Nacional, razón por la cual (en la práctica) no era aplicable la democracia interna partidista en estos espacios del poder público.

En lo relacionado a los cargos de organismos colegiados como el Congreso Nacional, la dinámica de presentación de candidatos estaba supeditada al sistema electoral, tal como lo reseña (Gutiérrez, 2007) el sistema de entonces conocido como de lista cerradas y bloqueadas, daba a los electores la posibilidades de determinar cuántos cargos ocuparía cada partido, obviándose los datos de identificación de los postulados, de allí que se dijera que el venezolano votaba pero no elegía.

La situación descrita con anterioridad empezó a generar movimientos que buscaban impulsar cambios políticos trascendentales, entre ellos, la democracia dentro de los partidos políticos, el espacio principal para ello lo constituyó la Comisión para la Reforma del Estado (COPRE), instancia creada en el año 1984 en el gobierno del Presidente de la República, Jaime Lusinchi, con el fin de hacer efectiva una transformación del Estado.

La COPRE fue dirigida por Ramón J. Velásquez desde su instalación en 1985, posteriormente en el año 1987 la comisión presidencial arroja como resultado el impulso de una política para la descentralización territorial en Venezuela, pero el gobierno de Lusinchi rechazó el documento junto a los líderes de su partido Acción Democrática (AD), por lo cual en el Congreso decidieron retardar los mecanismos de elección de gobernadores y alcaldes para los Estados y Municipios. (Pérez, 2006).

En el año 1989, en cuanto asume la presidencia Carlos Andrés Pérez en medio de conflictos sociales como el Caracazo, se aprueban las recomendaciones de la COPRE, entre las que destacan la sanción y promulgación de la ley que permite la elección directa de los gobernadores y alcaldes.

Esta Comisión para la Reforma del Estado realizó propuestas sobre variadas temáticas, concretamente en el ámbito electoral, según (Pérez, 2006) proponía medidas en dos niveles, el primero de ellos implicaba la acentuación de la democracia en los procesos de organización y de decisión interna de los partidos, y en segundo lugar el realce de la democracia en los procesos de nominación de los candidatos de los partidos. Por último proponía utilizar preferentemente en todos los niveles sistema de elecciones primarias, con eventual apertura de participación a los simpatizantes o de los dispuestos a votar por los candidatos del partido.

Para (Gutiérrez, 2007), no solo la COPRE buscó ampliar el espectro democrático de los partidos en Venezuela, destaca igualmente las ideas emanadas de la academia, la sociedad civil y los partidos políticos, así como la participación de intelectuales como Juan Carlos Rey y Aristides Torres, al proponer el sistema de primarias usado en Norteamérica.

Aprobada la selección de gobernadores y alcaldes por medio de elecciones (Sambrano et al, 2004) considera que a partir de 1989 los partidos venezolanos fueron sometidos a complejos procesos de selección de candidatos a gobernadores y alcaldes, generando como resulta-

do la relevancia de partidos y líderes de ámbitos regionales y locales, divisiones internas, y un órgano legislativo de mayor diversidad, convirtiéndose el proceso de toma de decisiones y de distribución de poder en una dinámica que no deriva del poder central sino que se ve afectado por regiones específicas y resultados en las mismas.

Señalando otro ejemplo de democracia interna (Pérez, 2006) destaca la presentación del proyecto de Ley de Organizaciones Políticas, Reuniones Públicas y Manifestaciones, aprobado por la Cámara de Diputados y devuelto por la Cámara del Senado en el año 1991. Lo interesante de este proyecto es que en el Capítulo V, exigía que los candidatos a la Presidencia de la República, a Gobernaciones, y Alcaldías, debían seleccionarse por votación directa y secreta por parte de la militancia de base, igualmente debían seleccionar sus candidatos para los circuitos electorales y el equivalente a las dos terceras (2/3) partes para ser postulados en lista de la respectiva circunscripción electoral a la cual correspondieran los cargos, o por elección indirecta de hasta segundo grado, el resto de los candidatos podían ser escogidos por los respectivos órganos de dirección partidista.

En el año 1996, se decretó como “año de la reforma electoral”, por lo cual se constituyó una comisión bicameral que se dedicó a redactar un nuevo texto legal, concluyendo con la aprobación de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política en 1997 (Gutiérrez, 2007).

En el año 1998 se realizan elecciones presidenciales, de las cuales resulta electo el presidente Hugo Chávez, el cual tenía como oferta principal un llamado a referéndum para preguntarle al país si quería que se instalara una Asamblea Constituyente que elaborara una nueva constitución.

Debates constituyentes sobre la democracia interna partidista

Durante el proceso constituyente que atravesó la República, uno de los puntos que se discutió fue el relacionado con la democracia en los partidos políticos, en virtud de que se quería plasmar expresamente la obligatoriedad de los partidos del uso de métodos democráticos para elegir a su directiva y sus candidatos. Dicho proceso vislumbró dos puntos de vista diferentes:

El primer criterio fue mencionado por el constituyente Jorge Olavarria, como contraparte a la idea de plasmar en la carta magna la democracia partidista:

De manera que esto está referido más al sistema electoral que a la ley que pueda hacer obligatoria la organización interna democrática de los partidos y establecer que los candidatos tiene que ser elegidos por la base. Eso no se ha hecho y eso no se va a poder hacer nunca; eso es costoso, es complejo y eso no se va a lograr. Lo que hay que modificar es el sistema electoral, mucho más que la ley que regula el funcionamiento de los partidos políticos. (Gaceta Constituyente Diarios de Debate, 1999a, p. 14).

Igualmente el constituyente in commento reforzó su tesis con los siguientes argumentos:

El derecho a la libre asociación que debe ser consagrado por un Estado democrático, puede, perfectamente, asegurar que un partido político se estructure con regímenes no democráticos. La organización interna de un partido político no tiene que ser necesariamente democrática, puede ser autocrática. Puede haber en Venezuela un partido monárquico, porque, no? Es que ustedes van a obligar también, por ejemplo, a los masones a los jesuitas a organizarse democráticamente? No pueden. Ese no es el problema. El problema es el sistema electoral. El sistema electoral es lo que condiciona el funcionamiento interno de los partidos políticos. Cuando ustedes consagran en esta Constitución el sistema de la representación proporcional de las minorías, ustedes están haciendo obligatoria la confección de planchas y de listas y al hacerlo así, prácticamente están obligando a los partidos políticos a una conformación interna vertical, estructurada, oligárquica o como se dice en el lenguaje coloquial venezolano, "cogollocracia". (Gaceta Constituyente Diarios de Debate, 1999b, p. 51).

La tesis desarrollada con anterioridad buscaba evitar que la democracia partidista tuviese rango constitucional, sin embargo, dichos argumentos encontraron su contraparte en la voz de otros constituyentistas.

El constituyente García Ponce, defendió la tesis de plasmar en la carta magna venezolana, la democracia partidista arguyendo los siguientes aspectos:

Como se sabe, esto fue una demanda, más que una demanda una acusación que se formuló a la vieja política. Con toda razón se sostuvo durante la campaña electoral y durante las críticas que se formularon al viejo sistema, el hecho de que los candidatos eran electos por las cúpulas de los partidos, sin ningún respeto por la soberanía y por la democracia de las organizaciones políticas. Todos sabemos que se secuestró la democracia en los partidos; se secuestró los derechos

de los militantes y fue esta situación la que llevó al constituyente a consagrar el artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana, que establece con mucha precisión que: "...tanto los cargos de dirección como los candidatos a elección popular, deben ser seleccionados a través de procesos democráticos, a través de elecciones con la participación de los integrantes de las organizaciones políticas. (Gaceta Constituyente Diarios de Debate, 1999c, p. 28).

Este diputado reforzó su planteamiento, explanando las ideas que se transcriben a continuación:

La historia de la profunda crisis política que vivió Venezuela en estos 40 años, nos dice que la perversión, la distorsión del sistema democrático comenzó con la perversión de los partidos políticos. Y los partidos políticos se pervirtieron porque no ejercieron la democracia interna, porque los cogollos perpetuaron su dominio sobre los partidos, y cuando no hay democracia interna en una organización (y todos los militantes políticos hemos vivido esa experiencia) y no se respetan los derechos de los militantes, la perversión genera situaciones conflictivas y los partidos se convierten en instrumentos a espaldas de los principios; a espaldas de sus programas; a espaldas de la política y de los intereses nacionales. (Gaceta Constituyente Diarios de Debate, 1999c, p. 28).

Estas dos visiones de una misma realidad muestran lo intenso del debate en la plenaria constituyente. Todo este largo proceso que por razones de espacio no vamos a seguir desarrollando convergió en la aprobación de un nuevo texto constitucional en diciembre de 1999 que, entre otras cosas, establece pautas de organización y desempeño a las organizaciones políticas en general, y por ello, a los partidos políticos.

El artículo 67 constitucional que generó todo este debate, quedó redactado de la siguiente manera:

Artículo 67. Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de asociarse con fines políticos, mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección. Sus organismos de dirección y sus candidatos o candidatas a cargos de elección popular serán seleccionados o seleccionadas en elecciones internas con la participación de sus integrantes. No se permitirá el financiamiento de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado.

La ley regulará lo concerniente al financiamiento y a las contribuciones privadas de las organizaciones con fines políticos, y los mecanismos de control que aseguren la pulcritud en el origen y manejo de

las mismas. Así mismo regulará las campañas políticas y electorales, su duración y límites de gastos propendiendo a su democratización.

Los ciudadanos y ciudadanas, por iniciativa propia, y las asociaciones con fines políticos, tienen derecho a concurrir a los procesos electorales postulando candidatos o candidatas. El financiamiento de la propaganda política y de las campañas electorales será regulado por la ley. Las direcciones de las asociaciones con fines políticos no podrán contratar con entidades del sector público. (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 2009)

La democracia partidista en la Constitución de 1999

La carta magna establece que los organismos de dirección de los partidos políticos y sus candidatos a cargos de elección popular deben ser seleccionados por medio de elecciones internas con la participación de sus integrantes, de conformidad con el artículo 67, el cual se transcribió con anterioridad.

Revisados los antecedentes históricos, es necesario ubicarse en el contexto actual para la comprensión y análisis del problema constitucional que se trata en este ensayo. En tal virtud, el artículo 67 del texto fundamental, en relación con la democracia partidista y los partidos políticos parece ser sumamente claro al establecer que "...sus organismos de dirección y sus candidatos o candidatas a cargos de elección popular serán seleccionados o seleccionadas en elecciones internas con la participación de sus integrantes". (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 2009).

Ordóñez y Ordóñez (2004), refiriéndose a este precepto normativo destacan lo complejo del mismo, al preguntarse sobre quien administra esos métodos democráticos. Lo explanado en el artículo 67 constitucional tiene una importancia y relevancia sin precedente en la materialización de la democracia partidista, pues señala expresamente la clara metodología de elección de candidatos y candidatas dentro de los partidos políticos, lo que a su vez deja entrever la importancia que el constituyente quiso asignarle a este asunto.

Esta disposición recoge uno de los aspectos principales que permitirán avanzar en la consolidación de la democracia interna de los partidos, y tiene por finalidad según Fernández (2006) evitar la concentración de poder en las instancias de dirección, por medio de la reunión de opiniones de la mayoría de los militantes del partido político.

En este contexto, surgen interrogantes con respecto a cómo debe ejercerse democracia interna dentro de los partidos políticos, es decir, qué metodología debe emplearse. Las respuestas a estas incógnitas se encuentran en la propia constitución a los efectos de materializar este principio establecido en el artículo 67, tantas veces mencionado.

(Zambrano, 2006) presenta como solución a las preguntas planteadas que las elecciones internas de los partidos deben adecuarse a los principios electorales establecidos en la carta magna, es decir, que las votaciones sean libres, universales, directas y secretas, con garantía de la personalización del sufragio y la representación de las minorías.

En relación al planteamiento que hace el autor mencionado anteriormente, se puede observar que el artículo 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es del siguiente tenor: “Artículo 63. El sufragio es un derecho. Se ejercerá mediante votaciones libres, universales, directas y secretas. La ley garantizará el principio de la personalización del sufragio y la representación proporcional.”

De modo que la disposición arriba transcrita debe interpretarse en concordada relación con el artículo 67 constitucional ya que señala cómo deben ser los procesos electorales en todos los ámbitos, y carecería de toda lógica afirmar que la constitución ha desarrollado los principios de sufragio solo para elecciones de carácter nacional, estatal o municipal y no sean tomados en cuenta por las organizaciones partidistas que buscan ocupar esos espacios de poder.

Finalmente, es importante concluir que en estricta hermenéutica jurídica, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la legislación vigente no pueden ser interpretadas por los actores políticos atendiendo a intereses individuales o partidistas o a coyunturas políticas, usurpando así las competencias del máximo Tribunal de la República Bolivariana de Venezuela.

La democracia partidista desde la perspectiva del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela

El máximo Tribunal de la República dictó sentencia en la cual hace alusión expresa al artículo 67 de nuestra carta magna. Del estudio de las actas que conformaron el expediente, se desprende de que algunos militantes del partido político denominado “Partido Movimiento al Socialismo (MAS)” interpusieron ante esta la Sala Electoral un Recur-

so Contencioso Administrativo de Nulidad con Pretensión de Amparo Constitucional, contra el Reglamento para la elección de Pre-candidatos del MAS que se celebrarían el día 28 de mayo del año 2000, aprobado por la Dirección Nacional de ese Partido el día 05 de febrero de 2000, por considerar que infringía la normativa contenida en el artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Con fundamento en el análisis de los preceptos constitucionales, la Sala asentó el siguiente criterio:

En tal sentido, se observa que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela orientada por uno de los principios que la informan, como lo es la participación protagónica de los ciudadanos en los asuntos públicos, consagró el derecho a la asociación en organizaciones con fines políticos, cuya estructura debe garantizar métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección. A tal fin las organizaciones políticas que se crearen deberán incluir en su ordenamiento interno aquellas normas que desarrollen y garanticen el cumplimiento de este mandato, de igual modo, las ya existentes, tienen el deber ineludible de adaptar sus reglamentos y estatutos a esta exigencia constitucional, en caso de que los dictados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución, no garanticen el derecho constitucional referido, y la participación de sus integrantes en su organización y funcionamiento. Ello, con el apoyo del recién creado Poder Electoral que tiene a su cargo, por mandato constitucional, garantizar la participación de los ciudadanos, a través de procesos comiciales transparentes, imparciales, eficientes y confiables, que se celebren, entre otros, en las mismas organizaciones con fines políticos. (Tribunal Supremo de Justicia, 2000)

Sobre lo explanado por la Sala Electoral, se puede destacar la exigencia o conminación que hace el Tribunal a efectos de que los partidos políticos adecuen sus estatutos y formas de organización al carácter democrático fijado por la Constitución. Lo expuesto adquiere especial interés cuando la Sala señala que

...los partidos políticos han de tener, entonces, necesariamente un carácter democrático, la actividad del partido en todo momento debe garantizar, preservar y desarrollar los principios democráticos contenidos en la Constitución, desechando cualquier conducta o práctica que distorsione el carácter democrático exigido por ella, debiendo abstenerse de cualquier método que vulnere las formas establecidas para acceder, ejercer y participar en el sistema político venezolano. Tales principios deben estar garantizados en su seno, es

decir, dichas organizaciones deben asegurar a sus afiliados la participación directa o representativa en el gobierno del partido. (Tribunal Supremo de Justicia, 2000)

La referida Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia aplica y reafirma los preceptos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela sobre la participación de los afiliados a cualquier partido político, en la toma de decisiones del partido. Asimismo y como consecuencia de lo anterior, no puede dejarse de lado la conclusión desarrollada por esta Sala Electoral en la sentencia que estamos analizando:

Así pues, en atención al derecho consagrado en el artículo 67 de la Constitución y, con el objeto de respetar los principios democráticos y dar cumplimiento a lo dispuesto en el referido artículo, en cuanto a que los “organismos de dirección y sus candidatos o candidatas a cargos de elección popular serán seleccionados o seleccionadas en elecciones internas con la participación de sus integrantes”, los partidos políticos pueden dictar la normativa pertinente que regule esa forma de elección. El nuevo esquema impone a estos organismos, en el ejercicio de tal facultad, el recato y prudencia necesaria que garantice que la voluntad de sus respectivos colectivos se exprese en forma diáfana, evitando con ello la tentación de convertirse en instrumentos confiscatorios de la expresión o voluntad popular; en consecuencia, los candidatos deben ser seleccionados de conformidad con el proceso eleccionario interno instaurado en el que participen sus integrantes. (Tribunal Supremo de Justicia, 2000)

Bajo esta óptica, puede precisarse que el criterio jurisprudencial erigido por el máximo Tribunal Venezolano, encuentra apoyo en instancias judiciales de igual importancia en otros países. Tal es el caso de la Corte Constitucional Colombiana, la cual establece, en relación con el tema objeto de estudio, lo siguiente

...estimulan el convencimiento de que la democracia interna beneficia a la organización política y a la sociedad en general, pues, fortalece su función mediadora y mantiene su apertura hacia las pretensiones, intereses demandas genuinas de sus bases que apelan a ella como instancia de ascenso de la sociedad hacia el Estado.

La similitud de criterios tanto del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela y la Corte Constitucional en Colombia, muestran que el camino a seguir es la consolidación de la democracia interna en los partidos, en beneficio de la colectividad y del propio Estado.

Argumentos que justifican la imposibilidad de la democracia interna de los partidos

Muchos son los teóricos y estudiosos de la ciencia política que desarrollan tesis y argumentos que van orientados a la imposibilidad del efectivo y real desarrollo de la democracia partidista. A los efectos de sustanciar la anterior afirmación, se tiene que Michaels (citado en Sambrano et al, 2004: 99), establece que partido democrático moderno presenta la imposibilidad que la colectividad solucione directamente todas las controversias que puedan surgir.

En este orden de ideas, (Freidenberg, 2003) considera sobre este punto que el mecanismo de elecciones internas abiertas con la participación de todo el electorado enfrenta al partido a una serie de dilemas, como el que tiene que ver con el hecho de que el tipo de electorado que participe en las elecciones internas abiertas sea diferente al que luego participara en las elecciones generales, afectándose así en el perfil del candidato seleccionado; y el otro problema está relacionado con que esa práctica se emplee para plebiscitar al candidato por encima de la organización partidista, consolidando de esta manera a un líder sobre el partido, impulsándose por esta vía el personalismo, por último, el problema de la movilización de recursos y el riesgo a la fragmentación interna es una problemática permanente.

Revisados todos estos argumentos cabe afirmar, que siempre se encontrarán razones que impidan que los partidos políticos elijan a sus representantes a procesos electorales de carácter nacional, regional o local; sin embargo las trabas o dificultades que surjan en el orden político o social, de carácter coyuntural no pueden justificar las acciones contrarias al texto fundamental, ya que sacrificar este principio implicaría mermar los derechos que poseen los afiliados a determinados partidos políticos en la toma de decisiones trascendentales en el partido al cual se deben.

Experiencias de democracia interna partidista en la selección de candidatos para cargos de elección en Venezuela

Con la entrada en vigencia del texto constitucional del año 1999, el Consejo Nacional Electoral como poder del Estado con competencia exclusiva en el ámbito electoral, así como lo establece el artículo 292 de la Constitución, ha tratado de materializar lo previsto en el artículo 67 constitucional, prueba de ello lo constituye el caso de las elecciones del año 2000, en el cual se incluía en el “Reglamento Parcial N°1 sobre

las Postulaciones para el Proceso Electoral a celebrarse el 28 de mayo de 2000”, específicamente en su artículo 14, que las asociaciones con fines políticos debían presentar una constancia de cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dicha solicitud fue reafirmada en el reglamento de postulaciones de candidatos para las elecciones agosto 2004, en su artículo 12, párrafo único,

Posteriormente, en el año 2009 se dicta la Ley de Orgánica de Procesos Electorales, adecuada al marco constitucional vigente, no obstante lo que se refleja allí sobre la democracia partidista y la selección de candidatos es muy genérico, quedando más claro lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En el país se han dado ciertas experiencias exitosas de algunos partidos políticos que han cumplido lo contemplado en el artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, específicamente a la designación de sus directivas, pero en lo concerniente a la designación de sus candidatos a cargos de elección popular encontramos que el ajuste a lo estipulado a la Constitución encuentra muchas deficiencias.

El Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV), creado el 14 de marzo del año 2008 por el Presidente de la República Hugo Rafael Chávez Frías, inició con un proceso de elecciones internas, llevado a cabo el 1 de junio de 2008, para elegir los candidatos y candidatas a gobernaciones y alcaldías, se trató de un proceso automatizado, directo, secreto, con el apoyo del Consejo Nacional Electoral, y que desembocó en la elección de candidatos para todos los estados y municipios del país para representar al partido en las elecciones de gobernaciones y alcaldías que se dieron en agosto de ese mismo año.

Otro caso relevante de este mismo partido fue la realización de elecciones internas el día 2 de mayo del año 2010, en la cual más de 3.500 candidatos del PSUV se midieron en una elección interna, que se realizó en todo el país, donde fueron legitimados mediante el sufragio 220 candidatos, entre principales y suplentes, que pugarían por una curul en el parlamento venezolano, para las elecciones que posteriormente se celebraron el 26 de septiembre de 2010.

Este proceso electoral se realizó para la escogencia de candidatos uninominales, sin embargo, los candidatos del voto lista fueron reserva-

dos para la designación de la directiva del partido y de grupos aliados, vulnerándose en este caso lo estipulado en el artículo 67 constitucional.

Ahora bien, en los últimos procesos electorales el PSUV ha decidido usar otro método que se aleja de los mecanismos empleados al inicio de su conformación, específicamente el método de la cooptación, el cual es un método que permite a la cúpula del partido designar a los candidatos y candidatas a los procesos electorales de carácter nacional, regional y municipal, que se dieron en el país en los años 2012 y 2013.

Esta decisión se tomó por la directiva del partido, alegando por parte de su Vicepresidente lo siguiente “Tenemos muy cerca las elecciones. No nos da tiempo para hacer ninguna elección interna. Esperamos que estos candidatos sean también los candidatos de los partidos aliados”³⁷.

Igualmente, se uso el mismo método para la selección de los candidatos y candidatas para las alcaldías o gobiernos municipales, alegando que producto del fallecimiento del Presidente Hugo Chávez existía un posible riesgo de fraccionamiento dentro del partido que se hubiese desatado en caso de ir a elecciones internas.

Incluso el actual Presidente de la República y Presidente del Partido, se refirió al hecho en los siguientes términos: “Si hubiéramos ido a procesos de primarias, ¿cómo creen ustedes que estaríamos ahora? Tengo una opinión: hubiésemos quedado partidos en tres, cuatro y cinco pedazos”³⁸.

Estos razonamientos que políticamente pudieran ser idóneos o valederos, constitucionalmente se alejan de serlo, ya que como se ha querido reflejar en este trabajo la voluntad del constituyente de 1999 es clara y expresa al señalar la forma de elección de candidatos y candidatas a cargos de elección popular se debe realizar por medio de elecciones internas.

En las elecciones del año 2015, de cara a las elecciones para la Asamblea Nacional de diciembre de ese año, se reeditó el proceso de elección interna que se realizó en el año 2010, en la cual se eligieron a los candidatos uninominales por medio de elecciones internas, dejándo-

³⁷ Consultado en: <http://www.psuv.org.ve/portada/comando-campana-carabobo-anuncio-candidatosrevolucion-para-gobernaciones/#.UzSBYftnf4M>, en fecha 15 de marzo de 2014.

³⁸ Consultado en: <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/elecciones-2013/130816/maduro-unas-primarias-habrian-dejado-al-chavismo-partido-en-pedazos>, en fecha 15 de marzo de 2014.

se de lado a los candidatos para el voto lista, los cuales fueron reservados para la directiva del PSUV y sus partidos aliados. Sin embargo, se establecieron unas variantes al respecto, en primer orden de ideas podía participar cualquier elector inscrito en el registro electoral, a diferencia de procesos anteriores donde solo se reservaba la participación a sus militantes, y el proceso de postulación a estas candidaturas pasaba por un proceso de postulación por medio de asambleas llamadas UBCH.

Como segundo orden de ideas, la corriente política contrapuesta al partido de gobierno como fuerza política relevante en el acontecer nacional, denominada “Mesa de la Unidad Democrática (MUD)”, el cual es una coalición de partidos políticos de tendencias diversas, que fue creada formalmente el 23 de enero del año 2008 en Caracas a través de un documento titulado “Acuerdo de Unidad Nacional” y reestructurada el 8 de junio de 2009.

Esta coalición de alrededor de 20 partidos políticos ha establecido en su reglamentación interna la figura de elecciones primarias para la elección de los candidatos y candidatas a cargos de elección popular, como se destacará en lo sucesivo³⁹.

El 25 de abril del año 2010, se efectuaron elecciones primarias para designar a los candidatos y candidatas que participarían en las elecciones parlamentarias fijadas para el 26 de septiembre de ese mismo año. Para ello, se realizaron procesos electorales en 15 de los 87 circuitos electorales del país, en la cual se escogieron 22 candidatos que representarían a este sector político en la contienda electoral parlamentaria, el resto de los circuitos que no participaron en el proceso de primarias, designaron a sus candidatos mediante acuerdos políticos entre los partidos que hacen vida en ese circuito electoral.

Como otro proceso electoral de esta organización política, el 12 de febrero del año 2012, se celebraron igualmente elecciones primarias para elegir a los candidatos que participarían en las elecciones presidenciales, estatales y municipales próximas, y posteriormente se reeditó por consenso que el candidato que había sido electo en las primarias a nivel nacional participara nuevamente en el proceso electoral sobrevenido posterior a la muerte del Presidente Chávez.

³⁹ http://www.unidadvenezuela.org/attachments/018_Reglamento_Primarias_09-12-09%5B1%5D.pdf

En el año 2015 la MUD celebró elecciones primarias en 33 de las 87 circunscripciones electorales, en aquellas circunscripciones que no tuvieron elecciones primarias los candidatos fueron elegidos de común acuerdo entre las asociaciones agrupadas en torno la referida alianza política.

Estos procesos electorales se hicieron con el apoyo del Consejo Nacional Electoral, y contaban con la participación de todos los ciudadanos y ciudadanas que estuviesen inscritos en el registro electoral. Ahora bien, estas elecciones se hicieron entre los partidos que conforman la MUD y los candidatos que se designaron por estos partidos, pero los candidatos no se eligieron de la manera que establece el artículo 67 de la constitución, es decir, una vez electos los candidatos y candidatas por las cúpulas partidistas estos fueron a un proceso de primarias para medirse con otros candidatos de otros partidos.

En relación a este factor político, encontramos que se realizan elecciones primarias para dirimir las pugnas entre partidos en los ámbitos nacional, estatal o municipal, no obstante, la forma de escogencia del candidato de la mayoría de los partidos agrupados en la MUD no se rige por las elecciones internas, entonces encontramos que el candidato que participa en la contienda llamada primaria ya fue electo por métodos distintos a las elecciones primarias. Sin embargo, destacamos que los partidos en torno a esta alianza política si han realizado elecciones internas para la conformación de la directiva de su organización, pero en lo que se refiere a elecciones internas para la elección de candidatos resultan mínimos.

Tomando en cuenta las dos grandes alianzas políticas mayoritarias en nuestra sociedad, se tiene que el partido de Gobierno (PSUV), inició adecuadamente la aplicación del artículo 67 de la Constitución, en lo que se refiere a la designación de sus candidaturas, sin embargo, los últimos procesos electorales se alejaron de este precepto, al desarrollar otros métodos distintos a lo establecido en nuestra carta magna por razones de índole política. Y en relación a la otra fuerza política de importancia, la MUD, se observa que han realizado una errada aplicación del artículo 67, ya que por el hecho de hacer primarias entre los candidatos previamente designados por las cúpulas partidistas no se está actuando democráticamente, sino que se están dirimiendo controversias con otros partidos por la vía del voto popular ante la imposibilidad de hacer algún acuerdo para designar candidaturas que cuenten con el respaldo de la MUD.

Ambas experiencias en la selección de partidos permiten identificar la realidad que Venezuela vive actualmente de cara a futuros procesos electorales, y apreciar si las fuerzas políticas de mayor envergadura en Venezuela se ajustan a lo establecido en el artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en lo que se refiere a la designación de sus candidaturas.

Conclusiones

El presente trabajo abordó las aristas de la democracia en los partidos políticos en la República Bolivariana de Venezuela, específicamente en lo relacionado a la designación a cargos de elección popular.

La democracia partidista es el anhelo de los militantes o afiliados de cualquier partido político, ya que sentirse incluido en la toma de decisiones relevantes en la referida organización es una de las finalidades en cualquiera de los estatutos de constitución de estos.

En el caso Venezolano, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela expresa textualmente la forma de designación de las candidaturas a cargos de elección popular. Por tal razón, los partidos políticos no deberían argumentar excusas o pretextos que lo alejen del cumplimiento de lo establecido en el texto fundamental, ya que estarían contraviniendo la normativa constitucional, y sus actos pudieran considerarse nulos.

Sabemos que muchos autores consideran que es imposible que se desarrolle una verdadera democracia partidista, como lo reseña Vírgala (2008) al establecer que probablemente los partidos políticos no lleguen a una democratización completa, pero la meta debe ser lograrla.

Esto en virtud de que la democracia es el fin último del Estado, y la misma debe permear en todas las formas de organización que coexistan en ese estado democrático que se aspira, y resultaría un contrasentido que un partido político cuya meta sea alcanzar el poder político no garantice los mecanismos democráticos idóneos para lograr una verdadera democracia interna.

En Venezuela se pueden apreciar avances y retrocesos en la aplicación del artículo 67 constitucional, sin embargo, se debe considerar que la militancia de los partidos debe hacer uso de sus derechos constitucionales para garantizar el ejercicio de la democracia partidista.

También se puede plasmar en el presente trabajo que en la vida política de un país, siempre existirán argumentos coyunturales que justi-

fiquen o pretendan impedir el ejercicio democrático de designación de candidatos y candidatas a cargos de elección popular, pero el Estado y los partidos deben garantizar la participación activa de los militantes para hacer valer el ejercicio de sus derechos dentro de sus organizaciones partidistas.

La idea de que el ente encargado de regular las elecciones en nuestro país, como lo es el Consejo Nacional Electoral, exija como requisito a los partidos políticos, previo a la inscripción de candidaturas, haber cumplido con lo establecido en el artículo 67 de nuestra carta magna, consignando los resultados de esos procesos de selección interna, podría garantizar el cumplimiento de este articulado y así reforzar junto a la militancia partidista, el efectivo ejercicio de sus derechos constitucionales.

En estrecha vinculación con lo antes mencionado, cabe agregar que la democracia partidista en cualquiera de sus expresiones es un ejercicio sano que beneficia al país, y refuerza a los partidos políticos como mecanismos de acceso al poder apegados a la constitución y a las leyes.

En Venezuela se cuenta con una norma expresa que fija la metodología de acción para las candidaturas de los partidos, por lo cual se debe trabajar e insistir en la consolidación y materialización de ésta y apoyar en el sano ejercicio democrático en nuestro país.

Los partidos en Venezuela han mostrado avances en este sentido, sin embargo el camino hacia una verdadera democracia partidista todavía está lejos de concretarse, en virtud de que en algunos de esos procesos electorales internos de selección de candidaturas adolecen de vicios en el ámbito de la igualdad de condiciones y oportunidades para participar, sin embargo, este análisis sería objeto de otra investigación.

Referencias bibliográficas

- Agapito Moneo, Miguel (2007). *La Disolución de los Partidos Políticos por actividades Antidemocráticas*. Edit. Lex Nova. España.
- Consejo Nacional Electoral (2000). *Reglamento Parcial N°1 sobre las Postulaciones para el Proceso Electoral a celebrarse el 28 de mayo de 2000*.
- Consejo Nacional Electoral (2004). *Reglamento de postulaciones de candidatos para las elecciones agosto 2004*.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 5908 Extraordinario, de fecha 19 de febrero de 2009.
- Constitución de la República de Venezuela*. Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 662 Extraordinario, de fecha 23 de enero de 1961.

- Freidenberg, Flavia (2003). *Selección de candidatos y democracia interna en los partidos de América Latina*. Edit Asociación Civil Transparencia e Internacional IDEA. Lima-Perú
- Gaceta Electoral (2000). *Reglamento Parcial N°1 sobre las Postulaciones para el Proceso Electoral a celebrarse el 28 de mayo de 2000*.
- _____. 2004. *Reglamento de postulaciones de candidatos para las elecciones agosto 2004*.
- Duverger, Maurice (1961). *Partidos Políticos*. Edit. Fondo de Cultura Económica. México.
- Gaceta Constituyente Diarios de Debate (1999a). *De la Sesión Ordinaria del día 25 de octubre de 1999*. Imprenta del Congreso de la República. Caracas-Venezuela.
- Gaceta Constituyente Diarios de Debate (1999b). *De la Sesión Ordinaria del día 09 de noviembre de 1999*. Imprenta del Congreso de la República. Caracas-Venezuela.
- Gaceta Constituyente Diarios de Debate (1999c). *De la Sesión Ordinaria del día 27 de enero de 2000*. Imprenta del Congreso de la República. Caracas-Venezuela.
- Gutiérrez Infante, Edgar (2007). *Fijando las Reglas de Juego*. Edit. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas-Venezuela.
- Hernandez Valle, Rubén (1987). *La democratización interna de los partidos en la constitución venezolana*. Edit. Consejo Supremo Electoral. Caracas-Venezuela.
- Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones*. Publicada en la Gaceta Oficial de la República N° 27.620, de fecha 16 de diciembre de 1964. Reformada según Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario, de fecha 23 de diciembre de 2010.
- Ley Orgánica de Procesos Electorales*. Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 5928 Extraordinario, de fecha 12 de agosto de 2009.
- O' Donnell, Guillermo (2000). *Teoría democrática y política comparada*. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2423/10.pdf>. Consultado en fecha: 25 de mayo de 2016
- Pérez Fernández, Carlos (2006). *Régimen jurídico de la fase de postulaciones del procedimiento electoral venezolano*. Edit. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas-Venezuela.
- Pérez, Samuel (1996). *Los Partidos Políticos en Venezuela I*. Sistema de Partidos y Partidos Históricos. En Curso de Formación Sociopolítica. Edit. Fundación Centro Gumilla. Caracas-Venezuela.
- Sambrano Luis y Ordóñez Luis (2004). *Evolución y cambio en los partidos políticos venezolanos*. En Politeia, 32-33: 95-112
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Electoral. 28 de abril de 2000. *Sentencia N° 38*. Ponente Antonio García García. Recurso Contencioso Administrativo de Nulidad
- Virgala Foruria, Eduardo (2012). *Partidos Políticos*. Disponible en <http://master.pradpi.org/4/course/view.php?id=6>. Consultado en fecha: 16 de marzo de 2015.
- _____. (2008). *Democracia interna y derecho de los afiliados a los partidos políticos*. En *Revista Catalana de Dret Públic*. 37: 21-73.
- Zambrano Freddy (2006). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela Comentada*. Tomo I. Edit. Atenea. Caracas-Venezuela.

**Normas para colaboradores
y colaboradoras
de la *M* ^{Revista} *Magistra***

M ^{Revista} *Magistra*

Normas para colaboradores y colaboradoras de la revista *Magistra*

Los artículos científicos a ser considerados para su publicación por el Comité Editorial de la revista *MAGISTRA* deben cumplir con las siguientes recomendaciones:

- Los artículos propuestos tendrán que ser originales, inéditos y no haber sido presentados simultáneamente a otras revistas.
- Los autores incluirán una declaración de originalidad y cesión de derechos a favor de la revista *MAGISTRA*, cuyo formato se les suministrará oportunamente.
- Las propuestas deben incluir el título del artículo, nombre del autor, sinopsis curricular, dirección electrónica del autor y afiliación institucional.
- Debe incluirse un resumen del artículo (en español e inglés), tres palabras clave (en español e inglés) y el nombre del proyecto de investigación del cual es resultado, cuando fuera pertinente. En ningún caso los resúmenes excederán los 1.200 caracteres.
- Los artículos propuestos tendrán una extensión de entre 20 y 40 páginas, incluyendo notas, cuadros y referencias bibliográficas. Estarán escritos en tamaño carta, a espacio y medio, en letra Arial o Verdana, 12 puntos. Las páginas deberán estar numeradas.
- Cuando se requiera el apoyo de gráficos, cuadros o mapas, se debe enviar una versión en blanco y negro a la medida de la mancha de la revista como parte del original, indicando el lugar y la página donde serán colocados, o si éstos van a ser incluidos como anexo o apéndice del artículo.
- Las propuestas deben ser enviadas a la siguiente dirección de correo electrónico: magistra.enm@gmail.com. También pueden

ser enviadas en copia impresa o bajo cualquier soporte digital (CD, memoria USB), indicando el programa utilizado, a la siguiente dirección: Avenida Francisco de Miranda, Edificio Dirección Ejecutiva de la Magistratura, Torre Norte, Planta Baja, Biblioteca, Chacao, Caracas, Venezuela, CP 1060.

- Las citas y referencias bibliográficas deberán seguir las Normas APA (American Psychological Association) del año 2017 (6ta. Edición) de la siguiente forma:

Citas

Se realizarán con el sistema autor-fecha, incluyéndolas en el texto, indicando el apellido del autor, el año de la publicación y la página (ejemplo: Cedeño, 2004, p. 12). En caso que se haga referencia a dos autores, deben escribirse los apellidos de ambos (ejemplo: González y Morales, 1997, p. 26). De tres a cinco autores, cuando se citan por primera vez deben escribirse todos los apellidos (ejemplo: Aranguren, Camejo, González y Medina (2015, p. 56), luego solamente el primero y se agrega et al (ejemplo: Aranguren et al., 2015, p.98). Cuando sean seis o más autores, desde la primera mención se coloca únicamente apellido del primero seguido de et al. (ejemplo: Sanz y otros, 1978, p. 127).

Cuando la cita tenga menos de 40 palabras se escribirá como parte del texto, entre comillas y sin cursiva. Se escribirá el punto después de finalizar la cita y todos los datos de la obra citada.

Cuando la cita tenga más de 40 palabras se escribirá aparte del texto, con sangría a ambos lados, sin comillas y sin cursiva. Al final de la cita se colocará el punto antes de los datos.

Referencias bibliográficas

Se organizan alfabéticamente y se les coloca sangría francesa. Ejemplos:

Libro:

Flores, M. (1987). *Delincuencia juvenil y familia en la doctrina criminológica*. Valencia, Venezuela: Universidad de Carabobo.

Libro con editor:

Magallanes, Juan (Ed.) (2011). *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial*. Caracas, Venezuela: Editorial Técnica.

Libro electrónico:

González, F. (2014). *Manual de auditoría*. Recuperado de <http://www.elauditor.com>.

Artículo en libro compilado:

Irazú Silva, J.L. (2000). Las sanciones penales en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. En Morais de Guerrero, M.G. (Coord.). *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. (pp. 232-240). Caracas, Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello.

Revistas o publicaciones periódicas en formato impreso:

Palazzi, P. A. (1999). El Hábeas Data en el Derecho Argentino. *Revista Internacional de Derecho e Informática*. 21 (03), 16-53.

Revistas o publicaciones periódicas on line:

Gómez, V. (2016). La formación judicial en España. *Revista española de investigaciones jurídicas*. 35 (02), 56-84. Recuperado de www.reij.com/35/formacion.htm.

Tesis de grado, maestría o doctorado:

Benítez, R. (2008). *El Estado Constitucional en Venezuela*. (Tesis de maestría). Universidad Central de Venezuela, Caracas.

Páginas Web:

Delgado, M. (2017). *Tribunal Supremo de Justicia da inicio al nuevo año judicial*. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia. Recuperado de <http://www.tsj.gov.ve>

Ponencia presentada en evento:

ORTIZ, R. (1997). *Una experiencia de formación de postgrado en Derecho*. Ponencia presentada en el Seminario Iberoamericano sobre Formación Avanzada en Derecho. Salamanca, España: Universidad de Salamanca.

Para mayor información sobre las Normas APA, visitar <http://normasapa.net/2017-edicion-6/>

Notas a pie de página

Las notas explicativas o comentarios deben reducirse al mínimo. Su uso sólo se justificará cuando incluyan observaciones de contenido que

sean imprescindibles. En ningún caso se utilizarán para referenciar o citar obras. Las notas llevarán numeración consecutiva.

- Una vez constatado el cumplimiento de las normas, el Comité Editorial de *MAGISTRA* procederá a someter las propuestas al menos a un/a árbitro/a, de manera anónima, entre especialistas o pares investigadores/as. Las sugerencias de éste/a, cuando las hubiere, serán dadas a conocer, con la confidencialidad del caso, a cada autor/a.
- La revista *MAGISTRA* aceptará artículos para someterlo a arbitraje durante todo el año.
- Los/as autores/as recibirán un ejemplar de la revista *MAGISTRA* en la cual ha sido publicado su artículo.

Instrucciones de arbitraje

- Todos los trabajos enviados a la revista *Magistra* para su publicación serán sometidos a arbitraje por profesionales, investigadores y expertos calificados en las áreas de especialización de los trabajos considerados.

Las colaboraciones especialmente solicitadas por la Escuela Nacional de la Magistratura a docentes, investigadores y expertos de reconocido prestigio nacional e internacional, sobre tópicos y materias especializadas de gran interés por su aporte al avance del conocimiento científico jurídico podrán exceptuarse de este requisito.

- El sistema de arbitraje garantizará la objetividad, idoneidad e imparcialidad de los veredictos emitidos sobre la calidad de los trabajos y artículos presentados al Consejo Editorial de la revista *Magistra*. Por ello, el Consejo Editorial procurará especialmente que los árbitros cuenten con credenciales reconocidas.
- El sistema de arbitraje adoptado por la revista *Magistra* es el conocido como sistema de «doble ciego», el cual asegura la confidencialidad del proceso y mantiene en reserva las identidades de los árbitros, así como de los autores.
- Los trabajos presentados por funcionarios de la Escuela Nacional de la Magistratura deberán ser arbitrados igualmente y se procurará que el arbitraje de estos trabajos sea realizado por árbitros externos a la Escuela Nacional de la Magistratura.
- El veredicto de los árbitros concluirá en una recomendación acerca de la conveniencia de la publicación del artículo o trabajo presentado para su consideración al Consejo Editorial de la revista *Magistra*. Para ello se tomarán en cuenta las siguientes calificaciones:
 - **PUBLICABLE SIN MODIFICACIONES.** En este caso el documento no requiere de modificaciones relevantes, por lo cual el Consejo Editorial de la revista *Magistra* lo incluirá en su próximo número a publicar.

- **PUBLICABLE CON MODIFICACIONES MENORES.** En este caso el artículo o trabajo presentado requiere de pocos ajustes de tipo formal, esencialmente pequeñas y pocas correcciones de edición, lo cual no implica la modificación sustancial de la forma en que el trabajo ha sido presentado y que en ningún caso se refieren al fondo o contenido del artículo o investigación presentado.

En caso de que un artículo sea evaluado como publicable con modificaciones menores, el Consejo Editorial de la revista *Magistra* se reservará la atribución de realizar dichas modificaciones, con el propósito de incluir este artículo en su próximo número a publicar.

- **PUBLICABLE CON MODIFICACIONES MAYORES.** Con esta calificación los árbitros estarán recomendando la realización de sustanciales o numerosos ajustes al documento original, lo que implica la modificación en forma notable de la forma en que el trabajo o artículo ha sido presentado y que incluso refieren al fondo de la materia tratada por el autor.

En caso de que un artículo sea evaluado como publicable con modificaciones mayores, el Consejo Editorial de la revista *Magistra* enviará el artículo en cuestión, a fin de que sean consideradas las observaciones de los árbitros por el (los) autor(es); luego de corregidas éstas, y una vez que haya sido enviada la versión definitiva del artículo, ésta será nuevamente revisada por los árbitros, de manera de que éstos verifiquen si el autor realizó las modificaciones sugeridas. Una vez que los árbitros den su aprobación de lo anterior, dicho documento será publicado en el próximo número de la Revista.

- **NO PUBLICABLE.** Esta calificación sugiere la inconveniencia de publicar un artículo, el cual posee, en general, serias deficiencias globales que lo convierten —en las condiciones como ha sido presentado— en desestimable como contribución original y valiosa en el área del conocimiento científico jurídico.
- Los criterios generales de evaluación que deberán ser considerados por los árbitros a la hora de emitir su calificación sobre los trabajos sometidos a su evaluación, serán como mínimos los siguientes:
 - Importancia del tema;
 - Originalidad del planteamiento;
 - Actualidad de la bibliografía;

- Calidad de la redacción;
- Modo de presentación, en términos que favorezca la comprensión y facilite la exposición del tema tratado.
- Los árbitros consultados deberán en todo momento justificar y razonar sus opiniones o calificaciones, especialmente cuando sus veredictos recomiendan la no publicación o publicación con modificaciones de los trabajos sometidos a su evaluación.
- El Consejo Editorial de la revista *Magistra* ordenará lo conducente para el adecuado cumplimiento de lo anterior.



9 771856 886001